

THOMSON REUTERS

LA LEY

**CASOS DESTACADOS
DERECHO ADMINISTRATIVO**

TOMO I

LUIS CORDERO VEGA

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

CASOS DESTACADOS DERECHO ADMINISTRATIVO - Tomo I

© LUIS CORDERO VEGA

2015 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 2510 5000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° xxx.xxx • 978 - 956 - 346 - xxx - x

1ª edición marzo 2015 Legal Publishing Chile

Tiraje: xxx ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

*Son muchas las opiniones que se sostienen en este mundo
y una buena mitad de ellas pertenece a individuos
que no se han encontrado nunca en situaciones difíciles.*

Anton Chéjov

ABREVIATURAS

C.	: Considerando
CGR	: Contraloría General de la República
CPLT	: Consejo para la Transparencia
TDLC	: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
CPR	: Constitución Política de la República
CC	: Código Civil
CP	: Código Penal
CdeT	: Código del Trabajo
CT	: Código Tributario
CS	: Código Sanitario
CdeC	: Código de Comercio
CJM	: Código de Justicia Militar
CPC	: Código de Procedimiento Civil
CdePP	: Código de Procedimiento Penal
CPP	: Código Procesal Penal
COT	: Código Orgánico de Tribunales
DS	: Decreto Supremo
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DL	: Decreto Ley
LOCBGAE	: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

LBPA	: Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado
LOGGAR	: Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional
LOCM	: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
LOCTC	: Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional
LOCCGR	: Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República
LBGMA	: Ley de Bases Generales del Medio Ambiente
LBCA	: Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios
LT	: Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado
LGUC	: Ley General de Urbanismo y Construcciones
OGUC	: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones
RLT	: Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública
TC	: Tribunal Constitucional
SCS	: Sentencia Corte Suprema
STC	: Sentencia Tribunal Constitucional

PRÓLOGO

El presente es un libro que nació de la inquietud de presentarle a mis alumnos lo complejo que es decidir casos de Derecho público y lo relevante que son sus matices en una de las materias que se analizan en el curso regular de Derecho Administrativo.

En efecto, la mayoría de los profesores nunca nos hemos enfrentado a la situación de decidir un caso, pero hacemos de nuestra actividad docente una circunstancia corriente el criticar su contenido. El que tiene la atribución para resolverlos dispone de una potestad que decide la suerte de derechos, obligaciones, privilegios y gravámenes que los particulares pueden exhibir en sus relaciones con el Estado, por lo cual no es trivial quiénes son titulares de esos cargos y cómo deciden.

Como se sabe la jurisprudencia constituye históricamente una de las principales fuentes y causas del desarrollo del Derecho Administrativo. En efecto, cuando la Corte Suprema señaló en el caso de la “Municipalidad de Zapallar”¹, que la jurisprudencia administrativa (Contraloría), debía inclinarse frente a la jurisprudencia judicial (Corte Suprema)², generó una discusión relevante sobre el sistema de fuentes en el Derecho Administrativo³. Tiempo antes, la Contraloría había sostenido que las sentencias del Tribunal Constitucional eran fuente formal de Derecho para la Administración.⁴

¹ Sentencia Corte Suprema (SCS), 03 de julio de 2012, rol 2791-2012.

² Concretamente la Corte afirmó en ese caso que: “(...) debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (...)”.

³ Ver comentario en CORDERO VEGA, L. (2013), “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del Derecho Administrativo”, en *Revista Derecho y Humanidades* N° 20.

⁴ Ver CORDERO VEGA, L. (2010), “La jurisprudencia administrativa: entre el legislador positivo y el juez activista”, en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones UDP.

Es cierto lo que ha dicho clásicamente la literatura especializada y es que el Derecho Administrativo no está codificado, pero sobre todo es en buena medida un Derecho no legislado o en donde éste sólo tiene enunciados generales que permiten la intervención pública y que legitiman determinado tipo de decisiones. La consecuencia de esto es que en Derecho Administrativo, las normas más importantes han sido históricamente enunciadas por quien ejerce la función de juez administrativo. La renuencia para aplicar las reglas del Derecho común y la gran cantidad de lagunas legislativas, algunas conscientes y otras inconscientes, ha llevado a quien ejerce la función de juez administrativo, por vía jurisprudencial, a la determinación y aplicación de principios que han construido el Derecho Administrativo⁵.

Por eso preguntarse quién actúa como juez administrativo es extremadamente relevante para poder responder adecuadamente quién tiene legitimidad institucional para reclamar la construcción jurisprudencial del Derecho Administrativo y su condición de “fuente”.

Por tales motivos, conocer las decisiones de los sujetos que establecen criterios jurisprudenciales es demasiado importante para los practicantes del Derecho y la dogmática jurídica, especialmente, por las características de esta disciplina.

Pero existe, además, otra motivación tras este libro. Es difícil entender cómo un sistema legal como el chileno, en lo que a Derecho Administrativo se refiere, se sostuviera durante tanto tiempo sin disponer de marcos legales sólidos para su desarrollo, dado que las principales leyes de Derecho Administrativo moderno son recién del año 2003, como lo es nuestra Ley de Procedimiento Administrativo.

La razón que explica el desarrollo de una teoría consistente, es en parte por las decisiones de órganos con competencias adjudicativas. En eso la Contraloría lleva la ventaja. Desde su creación hasta hoy, ha sido su jurisprudencia la que ha operado como un estabilizador de nuestro sistema legal y eso explica la consistencia en mucha de las actuaciones de la Administración, sin haber tenido Ley de Procedimiento Administrativo sino hasta hace poco tiempo.

Pero también es relevante, especialmente bajo la Constitución de 1925, el rol de nuestra Corte Suprema, quien en una primera etapa se alejó del control judicial de la Administración por la ausencia en la implementación del artículo 87 de la Constitución de 1925, pero que a finales de los 60 y derechamente desde los 70 adoptó una potestad de control jurisdiccional pleno frente a la Administración, especialmente

⁵ VEDEL, G., (1980), *Derecho Administrativo*, Aguilar, pp. 45 y 46. Para RIVERO-WALINE (2004), *Droit administratif*, Dalloz, p. 8, el Derecho Administrativo es ampliamente jurisprudencial.

en las cuestiones relativas a los vicios invalidantes de los actos administrativos y a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Otro tanto sucedió con nuestro Tribunal Constitucional. Si bien su creación es producto de la reforma de 1971, lo cierto es que su desarrollo jurisprudencial se lo debemos a las tres etapas que ha vivido bajo la Constitución de 1980: la primera, es el período que va desde su dictación hasta la vuelta a la democracia en donde el TC se concentró fundamentalmente en controles preventivos; la segunda, es la que va desde 1990 a 2005, en donde el TC, además de los controles obligatorios, actuó como árbitro institucional entre el Presidente y el Congreso; y la tercera, que va desde 2005 hasta hoy, en que además de seguir desarrollando las anteriores, se ha concentrado fuertemente en la inaplicabilidad, que constituyen sus principales ingresos. En todo ese período el TC ha tratado de buscar una cierta línea jurisprudencial, que ha dado indicaciones a la operación de la Administración.

Este libro no tiene otra pretensión que explicar por qué el Derecho Administrativo con mayores o menores énfasis se discute en diversos organismos con poderes de decisión en casos y que contrariamente a los que muchos pudieran pensar, se encuentran bastante relacionados.

El Derecho Administrativo chileno durante buena parte del siglo XX fue construido sobre la base de decisiones jurisprudenciales, elaboración dogmática y una reducida producción legislativa, de manera que se desarrolló durante largo tiempo al amparo de argumentos de autoridad y de una pretendida concepción de la Constitución. Sin embargo, la práctica de ese Derecho público nos enseña que éste ha ido construyendo sus instituciones sobre la base de la práctica constitucional, sosteniendo a ratos una lejanía con la dogmática de los académicos.

Eso explica que debamos una vez más recordar que es difícil sostener que el contenido efectivo de una disposición constitucional es inmutable, a despecho del modo en que es entendida y aplicada. En los hechos, entre los llamados “operadores del derecho” hay ciertas prácticas o convenciones que demuestran cómo éstos entienden lo que las reglas disponen⁶.

Este libro nace bajo la convicción de que es en los órganos que se le han entregado poderes de adjudicación y de control de la Administración, en donde durante largos años hemos hablado de Derecho Administrativo. Han sido las construcciones de

⁶ ATRIA, F. (1997), “Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción en la legislación nacional”, *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 36, Santiago de Chile, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, pp. 21-22.

esa práctica las que han desarrollado las grandes instituciones del Derecho público chileno.

Este no es un libro de “Grandes decisiones de Derecho Administrativo”, al estilo del texto Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois⁷ para el Derecho francés o un Casebook clásico de Derecho norteamericano⁸, sino un texto en donde se encuentran las decisiones que, en mi opinión, han marcado la evolución del Derecho Administrativo chileno o bien responden a decisiones que contienen robustas tendencias jurisprudenciales en la actualidad. En ambos, conocerlas es esencial para estudiantes, abogados y jueces, fundamentalmente, porque permiten entender cómo hemos llegado hasta acá.

¿CÓMO UTILIZAR ESTE LIBRO?

El presente es un texto que está destinado a su uso con fines esencialmente pedagógicos, de modo de poder exponer de un modo breve los principales aspectos de los casos que se seleccionaron y su tesis legal, de manera que puede ser abordado prácticamente.

Por tal motivo el libro se encuentra estructurado del siguiente modo.

En la primera parte, están los antecedentes que permiten identificar la decisión. En ellos consta el órgano, el tipo de recurso o acción en virtud de la cual conoció, el rol, la fecha, el resultado, así como quiénes fueron los que recurrieron y cuáles eran los ministros o personas que resolvieron.

La segunda parte, expresa los aspectos legales del caso en donde se establecen las normas aplicables, así como el principio jurídico que está detrás del caso, como la pregunta legal que trataba de resolver el organismo respectivo.

En la tercera parte, se encuentran los elementos de la discusión. En ella se explican los hechos que sirvieron de base del debate, así como los presupuestos de las

⁷ LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B. (1999), *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, 12ª edición, Paris, Dalloz.

⁸ Ver, por ejemplo, BREYER, S., STEWART, S., SUNSTEIN, C., SPITZER, M. (2011), *Administrative Law and Regulatory Policy*, Aspen Law & Business, New York; CASS, R. - DIVER, C.-BEERMAN, J.- JODY FREEMAN (2011), *Administrative Law*, Wolters Kluwer; FOX J.R., W. (2000), *Understanding Administrative Law*, LexisNexis, Nueva York; GELLHORN, E. y LEVIN, R. (1997), *Administrative Law and Process*, West Publishing Co; PIERCE JR., R., SHAPIRO, S., VERKUIL, P. (2008), *Administrative Law and Process*, New York Foundation Press.

alegaciones, para finalmente expresar la conclusión del caso, que corresponde a la respuesta a la pregunta formulada.

Finalmente, se encuentra la importancia del caso en donde se explican las razones de relevancia que permiten destacar la influencia o importancia de la decisión que se seleccionó, los impactos que algunas de ellas han tenido en el Derecho Administrativo chileno y su relación con otras decisiones.

A su vez, el presente libro está estructurado sobre la base de cinco índices centrales: el primero, responde a uno general en donde las cosas se ordenan por materias de acuerdo a la estructura tradicional de los cursos de Derecho Administrativo, en el cual se han ordenado todas las decisiones vinculadas, cualquiera sea el organismo que lo hubiese dictado, de manera que el lector se pueda formar una opinión transversal de las decisiones de estos organismos sobre los mismos temas; en el segundo se expresan las preguntas legales que dichos casos debían resolver; el tercero, contiene un índice con el principio jurídico que cada decisión representa o consagra; el cuarto, responde a un índice por el organismo que lo dictó y el quinto se encuentra asociado a las voces con las cuales se encuentran clasificadas las decisiones.

Hay varios ejemplos que permiten ilustrar esta situación. Por ejemplo, en lo que se refiere a actividad formal, es decir, los presupuestos formales de actuación y sus elementos de validez, han sido el Tribunal Constitucional y Contraloría quienes principalmente los han concentrado. El TC lo ha realizado en los presupuestos (legalidad, reserva de ley); en cambio, en los de validez (nulidad-invalidación) ha sido prevalente el rol de la CGR. Así la Corte Suprema se ha concentrado, en esta materia, en el desarrollo de la acción de nulidad de derecho público y sus causales.

Otro tanto sucede en materias como el procedimiento administrativo sancionador, en donde el impulso de la jurisprudencia del TC incentivó cambios en la jurisprudencia administrativa y ha generado diferencias de opinión en la jurisprudencia de la Corte Suprema. La misma influencia tuvo el TC en su temprana calificación de la función adjudicativa en manos de la Administración como jurisdicción, con el objeto de trasladar las normas del debido proceso de ley, con todas las consecuencias que esto ha generado.

Existen otros temas, en donde las decisiones están muy focalizadas. Es el caso del procedimiento administrativo en donde ha sido la jurisprudencia de la CGR la que ha tenido mayor incidencia, y en donde las decisiones del CPLT han implicado un aporte para el Derecho Administrativo desde la perspectiva de ampliar las categorías formales de actuación administrativa, así como una interpretación pro interesado de la LBPA.

Quiero finalmente expresar mis agradecimientos a dos destacados ayudantes de Derecho Administrativo que me acompañaron en este proyecto desde el principio:

Paz Irrázaval y Vicente Aliaga. Con ellos compartí los criterios de selección, la importancia de los casos y el trabajo práctico con las fichas.

A los dos mis agradecimientos por el esfuerzo en el trabajo realizado, pero también por el entusiasmo demostrado en su desarrollo.

Este es un libro para trabajar con él, en el sentido que de su uso debiera ser posible permitir sostener debates relevantes de Derecho Administrativo con el conocimiento de los criterios de decisión de nuestras instituciones, de manera de poder incentivar un trabajo incremental en la calidad de nuestras discusiones.

Por eso este libro está pensado en los que han sido y serán mis alumnos.

Santiago, diciembre de 2014.

I. ÍNDICE GENERAL

ÓRGANO PÁGINA

TOMO I

1. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. Delimitación conceptual

Rol N° 39-02.10.1986..... STC 1

1.2. Diferencia de la función administrativa con la función jurisdiccional

Rol N° 124-18.06.1991..... STC 7

1.3. Ejercicio de facultades jurisdiccionales por la Administración del Estado

Rol N° 176-22.11.1993..... STC 19

Rol N° 198-04.01.1995..... STC 33

Rol N° 681 26.03.2007..... STC 48

1.4. Ejercicio legítimo de potestades por la Administración

Rol N° 354-2010-31.05.2010..... SCS 68

Rol N° 4470-2012-30.01.2013..... SCS 80

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. Principio de legalidad

2.1.1. Casos de legalidad especial

Rol N° 254-26.04.1997..... STC 93

Rol N° 1405-03.08.2010..... STC 122

Rol N° 325-26.06.2001..... STC 142

Rol N° 1295-06.10.2009..... STC 160

2.1.2. Discrecionalidad

Rol N° 16.790-1991-16.05.1991..... SCS 207

Dictamen N° 23.114-24.05.2007..... DCGR 214

Rol N° 50-2005-07.03.2005..... SCS 218

Rol N° 5582-2010-23.09.2010..... SCS 226

2.2. Garantía patrimonial

Rol N° 245-246 (acumulados)-02.12.1996..... STC 231

Rol N° 1215-30.04.2009..... STC 257

Rol N° 505-06.03.2007..... STC 280

Rol N° 1254-29.07.2009..... STC 307

Rol N° 5450-2011-25.11.2013..... SCS 334

2.3. Probidad

Dictamen N° 39.453-15.07.2010..... DCGR 355

Dictamen N° 39.500-15.07.2010..... DCGR 365

Dictamen N° 46.002-07.12.2001..... DCGR 371

	ÓRGANO	PÁGINA
2.4. Transparencia		
Dictamen N° 16.896-18.03.2011.....	DCGR	375
Rol C274-10-10.05.2010.....	CPLT	379
Dictamen N° 75.508-15.12.2010.....	DCGR	391
Rol N° 2153-11.09.2012.....	STC	397
2.5. Control		
2.5.1. Toma de razón		
Rol N° 116-27.12.1990.....	STC	443
Dictamen N° 47.272-09.10.2008.....	DCGR	459
2.5.2. Facultades de la Contraloría General de la República		
Dictamen N° 31.356-16.06.2009.....	DCGR	462
Dictamen N° 24.841-10.04.1974.....	DCGR	472
Dictamen N° 65.058-07.09.1964.....	DCGR	475
Dictamen N° 34.053-16.09.1999.....	DCGR	479
Dictamen N° 39.777-12.09.2003.....	DCGR	482
Rol N° 2246-2012-03.07.2012.....	SCS	488
2.5.3. Control político		
Rol N° 1867-30.12.2010.....	STC	497
2.5.4. Control judicial		
Rol (s/i)-1964.....	SCS	530
Rol (s/i)-1967.....	SCS	538
Rol N° 4396-2010-21.09.2010.....	SCS	552

TOMO II

3. SISTEMA NORMATIVO

3.1. Constitución Política de la República

Dictamen N° 54.138 17.11.2005.....	DCGR	557
------------------------------------	------	-----

3.2. Reserva de ley y potestad reglamentaria

Rol N° 146 21.04.1992.....	STC	560
Rol N° 1234-07.07.2009.....	STC	573
Dictamen N° 10.378-03.03.2006.....	DCGR	589
Dictamen N° 36.118-02.07.2010.....	DCGR	593
Dictamen N° 29.554-29.06.2007.....	DCGR	596
Rol N° 153-25.01.1993.....	STC	609
Rol N° 591-11.01.2007.....	STC	619
Rol N° 242-12.08.1996.....	STC	655
Dictamen N° 74.553-13.12.2010.....	DCGR	670
Rol N° 253-15.04.1997.....	STC	675

	ÓRGANO	PÁGINA
Rol N° 1849-12.05.2011.....	STC	695
Dictamen N° 40.432-10.08.2004.....	DCGR	738
Dictamen N° 36.737-06.08.2008.....	DCGR	746
Dictamen N° 40.966-11.09.1956.....	DCGR	752
Dictamen N° 69.740-19.11.2010.....	DCGR	761
3.3. Tratados internacionales		
Dictamen N° 61.817-26.12.2006.....	DCGR	766
4. SUJETOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO		
4.1. Teoría general de la organización administrativa		
Rol N° 319-17.01.2001.....	STC	785
4.2. Estructura de la administración		
Dictamen N° 64.792-29.09.1970.....	DCGR	796
Rol N° 78-20.09.1989.....	SCT	799
Dictamen N° 70.891-22.12.2009.....	DCGR	817
Dictamen N° 23.812-06.05.2010.....	DCGR	826
Dictamen N° 39.562-01.12.1997.....	DCGR	830
4.3. Empleo público		
Rol N° 12-16.07.1982.....	STC	835
Rol N° 178-04.01.1994.....	STC	851
Dictamen N° 24.733-21.04.2011.....	DCGR	856
Dictamen N° 65.120-02.11.2010.....	DCGR	860
Rol N° 239-16.07.1996.....	STC	866
5. ACTIVIDAD FORMAL		
5.1. Acto administrativo		
Dictamen N° 39.905-16.06.1971.....	DCGR	871
Rol N° 4275-2010-07.07.2010.....	SCS	874
Dictamen N° 33.777-24.06.1957.....	DCGR	878
Dictamen N° 77.071-21.12.2010.....	DCGR	881
Rol N° 1672-2007-26.06.2008.....	SCS	886
Rol N° 7412-2008-30.06.2010.....	SCS	894
Rol N° 6567-2008-22.07.2010.....	SCS	899
Dictamen N° 43.810-17.08.1962.....	DCGR	905
Dictamen N° 39.979-19.07.2010.....	DCGR	907
5.2. Extinción del acto administrativo		
Dictamen N° 89.271-22.11.1966.....	DCGR	912

	ÓRGANO	PÁGINA
5.2.1. Revocación		
Dictamen N° 2.461-19.01.2005.....	DCGR	917
5.2.2. Caducidad		
Dictamen N° 35.166-29.06.2010.....	DCGR	923
5.2.3. Invalidación		
Dictamen N° 60.430-12.10.2010.....	DCGR	926
Rol N° 3455-1999-20.10.1999.....	SCS	930
Dictamen N° 32.350-30.07.2003.....	DCGR	938
Dictamen N° 54.179-29.10.2004.....	DCGR	945
Rol N° 7728-2013-20.11.2013.....	SCS	949
Dictamen N° 50.090-08.08.2013.....	DCGR	954
5.2.4. Nulidad de derecho público		
Rol N° 2650-2002-02.10.2003.....	SCS	959
Rol N° 3132-2005-28.06.2006.....	SCS	965
Rol N° 852-2000-27.11.2000.....	SCS	981
5.3. Procedimiento administrativo		
Dictamen N° 2.196-28.01.1993.....	DCGR	987
Rol N° 6041-2010-08.10.2010.....	SCS	1000
Rol N° 4922-2010-15.09.2010.....	SCS	1004
Dictamen N° 20.477-20.05.2003.....	DCGR	1010
5.4. Contratos públicos		
Dictamen N° 46.532-04.12.2000.....	DCGR	1018
Dictamen N° 35.989-28.09.2001.....	DCGR	1022
Dictamen N° 47.200-17.08.2010.....	DCGR	1028
Dictamen N° 55.057-15.09.2010.....	DCGR	1030

TOMO III

6. ACTIVIDAD MATERIAL

6.1. Actividad de fomento

Rol N° 771-19.06.2007.....	STC	1033
Dictamen N° 36.432-05.07.2010.....	DCGR	1052

6.2. Actividad empresarial del estado

Dictamen N° 17.210-15.04.2008.....	DCGR	1055
Rol N° 134-09.09.1991.....	STC	1062
Rol N° 467-14.11.2006.....	STC	1070
Dictamen N° 12.371-28.02.2011.....	DCGR	1103
Dictamen N° 63.868-27.10.2010.....	DCGR	1108

	ÓRGANO	PÁGINA
Dictamen N° 44.462-05.08.2010.....	DCGR	1113
6.3. Actividad sancionadora		
Dictamen N° 39.696-26.08.2005.....	DCGR	1117
Rol N° 376-17.06.2003.....	STC	1125
Rol N° 479-08.08.2006.....	STC	1134
Rol N° 1518-21.10.2010.....	STC	1160
Rol N° 7117-2008-17.11.2010.....	SCS	1190
Dictamen N° 14.571-22.03.2005.....	DCGR	1199
Dictamen N° 68.086-15.11.2010.....	DCGR	1208
Rol N° 4627-2008-11.05.2010.....	SCS	1214
Rol N° 1437-07.09.2010.....	STC	1223
6.4. Bienes públicos		
Dictamen N° 24.860-13.06.2003.....	DCGR	1238
7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO		
7.1. Normas aplicables y criterios de decisión		
Rol N° 19.439-28.07.1987.....	SCS	1247
Rol N° 4753-2001-15.05.2002.....	SCS	1258
Rol N° 371-2008-30.07.2009.....	SCS	1272
Rol (s/i)-15.11.1941.....	SCS	1282
Rol N° 10.156-2010-07.05.2013.....	SCS	1288
7.2. Falta de servicio		
Rol N° 1760-2009-24.03.2011.....	SCS	1302
Rol N° 6346-2006-05.03.2008.....	SCS	1308
Rol N° 3894-2008-27.05.2010.....	SCS	1314
Rol N° 3172-2008-19.01.2010.....	SCS	1319
Rol N° 2068-2009-18.03.2011.....	SCS	1325
Rol N° 1504-2008-26.11.2009.....	SCS	1332
Rol N° 3848-2012-19.06.2013.....	SCS	1344
7.3. Falta personal		
Rol N° 6210-2008-26.08.2010.....	SCS	1357
7.4. Falta de servicio por el municipio		
Rol (s/i)-24.03.1981.....	SCS	1362
Rol N° 6754-2006-18.03.2008.....	SCS	1373
Rol N° 3561-2008-12.08.2010.....	SCS	1380
7.5. Responsabilidad por acto lícito		
Rol (s/i)-11.01.1908.....	SCS	1386

	ÓRGANO	PÁGINA
Rol (s/i)-07.08.1984	SCS	1394
Rol N° 2213-2000-23.01.2001	SCS	1405
Rol N° 944-13.05.2008	STC	1411
Rol N° 552-2008-05.10.2010	SCS	1425
7.6. Responsabilidad por accidentes en carreteras concesionadas		
Rol N° 4292-2012-05.11.2013	SCS	1440

II. ÍNDICE POR PREGUNTA JURÍDICA

PÁGINA

TOMO I

1. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

¿Existe alguna diferencia entre las expresiones Administración del Estado y Administración Pública contenidas en el artículo 38 de la Constitución?	1
¿Se encuentra el Presidente de la República facultado para disolver una persona jurídica bajo la Constitución actual?	7
¿Ejerce funciones jurisdiccionales la autoridad administrativa que otorga o deniega concesiones de servicios públicos?	19
¿Puede una ley otorgar a la Administración facultades discrecionales para decretar medidas intrusivas con el objeto de investigar la comisión de un delito?	34
¿Puede una ley permitir a un órgano de la Administración delegar en sus subalternos facultades jurisdiccionales que le han sido atribuidas?	48
¿El ejercicio legítimo por parte de una Municipalidad de su potestad normativa y fiscalizadora la constituye en un agente económico del mercado relevante objeto de dichas potestades?	68
¿La Administración vulnera la libre competencia al licitar y adjudicar a una sola empresa un servicio de transporte de pasajeros y carga en zonas aisladas?	80

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Puede modificarse la Ley de Presupuesto a través de decretos?	94
¿Constituye un tributo el cobro que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero por inspección y certificación de productos destinados a exportación y, por ello, se sujeta dicho cobro bajo el principio de legalidad tributaria establecido en la Constitución?	123
¿Puede restringirse derechos mediante un decreto si las normas legales en que éste se funda no cumplen con los requisitos de determinación y especificidad?	142
¿Constituye una discriminación arbitraria por parte del Estado imponer a determinadas empresas los costos de actividades de utilidad pública realizadas por terceros?	160
¿El ejercicio de una potestad discrecional está sujeto a la obligación de expresar sus motivos en el acto administrativo de que se trate?	207
¿A qué requisitos se encuentra sujeto el acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales?	214
¿Cuándo se afecta el fin del acto administrativo?	218
¿En qué supuesto el ejercicio de una facultad por un órgano competente puede carecer de validez?	226
¿Deben indemnizarse las limitaciones a la propiedad?	232
¿Bajo qué condiciones puede la ley limitar el derecho de propiedad?	257
¿Se ajusta a la Constitución un cambio en la regulación legal de un servicio de utilidad pública, en virtud del cual se desconoce el precio pactado libremente entre dos particulares que prestan dicho servicio, y se impone una tarifa a cobrar entre ellos?	280

¿Infringe la igualdad ante las cargas públicas la imposición a los abogados de la obligación de defender gratuitamente las causas de personas con privilegio de pobreza?.....	307
¿Vulnera el derecho de propiedad la Administración al expropiar los terrenos superficiales en los que un particular tiene una concesión minera de explotación, sin expropiar a su vez la concesión misma?	334
¿Existe un conflicto de intereses entre el interés privado del Presidente de la República (quien es accionista mayoritario de una empresa controladora de una canal de televisión) y los nombramientos que debe efectuar en el Consejo Nacional de Televisión y en Televisión Nacional de Chile?	355
¿Existe un conflicto entre el interés privado del Presidente de la República, quien es accionista mayoritario de Blanco y Negro S.A., controladora del Club Deportivo Colo Colo, y el nombramiento que efectuó el Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile?	
¿Existe un conflicto entre el interés privado del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes y las labores que el ordenamiento jurídico le encomienda realizar respecto a la aludida sociedad anónima?	365
¿Qué asuntos deberá abstenerse de conocer un funcionario público que se encuentra afectado por un conflicto de intereses?	371
¿Debe un órgano administrativo hacerse cargo del almacenaje y administración de antecedentes que sirven de respaldo a un documento que no implicó la dictación de un acto administrativo?.....	375
¿Las corporaciones de derecho privado creadas por la Administración del Estado o por las Municipalidades están obligadas a dar cumplimiento a la Ley de Transparencia?.....	379
¿Posee el Consejo para la Transparencia potestades normativa, de fiscalización o de supervigilancia sobre las corporaciones de derecho privado creadas por el Estado para cumplir con sus funciones?.....	391
¿Los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos están sujetos al mandato constitucional de publicidad?	
¿Excede la Constitución la norma de la Ley de Transparencia que establece que toda información elaborada con presupuesto público, o que obre en poder de la Administración, es información pública?.....	398
¿La atribución del Tribunal Constitucional de conocer los reclamos que efectúen alguna de las Cámaras del Congreso o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, está subordinada a que la Contraloría curse sin observaciones (tome razón de) un decreto supremo?.....	444
¿Qué exigencia impone a la Contraloría la intervención de terceros en el trámite de toma de razón?	459
¿Tiene competencia la Contraloría para pronunciarse sobre la aplicación de una sentencia del Tribunal Constitucional?.....	462
¿Cuáles son los requisitos para solicitar un dictamen a la Contraloría?	472
¿Cuál es la naturaleza jurídica de los dictámenes de la Contraloría?.....	475
¿Cuál es la fuente de la fuerza obligatoria de los dictámenes de Contraloría?.....	479
¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de los dictámenes emitidos por Contraloría por parte de los órganos de la Administración?.....	482

	PÁGINA
En caso de que exista discordia entre los criterios jurisprudenciales de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, ¿cuál de ellos debe primar?	488
¿Puede el Congreso Nacional imponer en la Ley de Presupuestos exigencias de información al Ejecutivo sobre el cumplimiento de compromisos presidenciales?	498
¿Bajo la Constitución de 1925 son competentes los tribunales ordinarios para conocer sobre la legalidad de los actos de autoridad?	530
¿Pueden los tribunales ordinarios conocer de la legalidad de un decreto supremo a consecuencia de un interdicto posesorio?	538
¿Es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todas las prestaciones posibles para una enfermedad?	552

TOMO II

3. SISTEMA NORMATIVO

¿Los preceptos establecidos en la Constitución son aplicables directamente a un caso concreto?	557
¿Bajo qué supuesto es posible limitar los derechos a desarrollar actividades económicas y de propiedad?	561
¿Bajo qué condiciones puede la ley remitir a un reglamento la determinación de los requisitos que hacen procedente una exención tributaria?	574
¿Infringe la reserva de ley un plan seccional que establece reglamentaciones diferentes a las consagradas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones?	589
¿Infringe la reserva de ley una ordenanza municipal que establece mayores requisitos o restricciones al desarrollo de las actividades económicas que aquellos que hubieren sido impuestos por la ley o por las normas dictadas por los órganos competentes?	593
¿Infringe la reserva de ley el que la Administración amplíe, mediante una instrucción, una norma que prohíbe ejercer una actividad económica bajo determinadas circunstancias?	596
¿Cuáles son las características y requisitos de validez de un reglamento?	609
¿Cuáles son las características y requisitos de validez de un reglamento?	620
¿Puede la ley regular el destino de bienes estatales?	655
¿Infringe la reserva de ley el que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles imponga a las empresas distribuidoras, mediante una circular, el deber de implementar un procedimiento de validación de las declaraciones de instalaciones eléctricas y de combustibles que reciban?	670
¿La obligación de ceder gratuitamente terrenos a una Municipalidad como requisito para urbanizar infringe la Constitución?	
¿Infringe la Constitución que a través de un decreto se regule dicha cesión que podría afectar a los propietarios correspondientes?	675
¿Vulnera la Constitución un decreto supremo que impone un límite de tiempo a la Administración para ejercer una potestad que le fue otorgada por ley?	696

¿A qué límites se encuentra sujeta la potestad reglamentaria de ejecución al regular el ejercicio de una actividad económica?.....	738
¿Infringe la reserva de ley una circular emanada de una Superintendencia que tiene por fin detallar los preceptos de una ley?.....	746
¿Cuál es la naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por las autoridades de Administración de la Universidad de Chile?.....	752
¿Puede la Superintendencia de Salud, a través de la Intendencia de Prestadores de Salud, interpretar administrativamente las normas, impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su cumplimiento, en relación con las instituciones de salud previsional?..	761
¿Las cláusulas de un tratado son siempre obligatorias para la Administración del Estado una vez promulgado dicho acuerdo internacional?.....	766

4. SUJETOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Se ajusta a la Constitución un proyecto de ley que faculta a un jefe de un servicio público para determinar su organización interna y asignarle funciones a su personal?.....	785
¿Cuál es la naturaleza jurídica de una institución creada por ley con personalidad jurídica y que persiga un fin de interés social?.....	796
¿Es la autonomía del Banco Central, reconocida por ley orgánica constitucional, una vulneración a la facultad del Presidente de la República sobre la administración económica del Estado?.....	799
¿Cuáles son las entidades descentralizadas que pertenecen a la Administración del Estado?..	817
¿La Defensoría Laboral es un servicio público distinto a las Corporaciones de Asistencia Judicial? ¿Debe dictarse una ley para su constitución y funcionamiento?.....	826
¿Cómo se clasifican las empresas del Estado?.....	830
¿El reajuste de las pensiones de jubilación de los funcionarios públicos es un derecho adquirido, encontrándose por tanto protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad?.....	835
¿Puede la ley atribuir a los funcionarios de un servicio público descentralizado el carácter de trabajadores del sector privado, haciendo aplicable a ellos el Código del Trabajo?.....	851
El funcionario público llamado a declarar en la etapa indagatoria de un sumario administrativo ¿tiene derecho a comparecer asistido por un abogado?.....	856
¿Cómo deben interpretarse las normas de derecho público referidas a derechos, libertades o garantías de las personas, o que limiten las potestades estatales?	
¿La garantía del debido proceso establecida en la Constitución rige en los sumarios administrativos?.....	860
¿Puede una ley señalar que por acto administrativo se regulará la carrera funcionaria?.....	866

5. ACTIVIDAD FORMAL

¿A qué requisitos deben sujetarse las decisiones de los órganos públicos?.....	871
¿Cuándo queda un acto administrativo despojado de su causa perdiendo sustento legal?....	874
¿Cómo se enmienda un acto administrativo?.....	878

	PÁGINA
¿Es aplicable la institución del desasimio a los actos administrativos?.....	881
¿Cómo se clasifican las acciones jurisdiccionales que se interponen contra la Administración? ...	886
En relación al reclamo judicial de un acto administrativo, ¿es relevante que la impugnación se dirija en contra del acto administrativo que resuelve el recurso administrativo o en contra del acto original objeto de dicho reclamo, o en contra de ambos a la vez?.....	894
¿Es la orden de ingresos municipales un acto administrativo susceptible de impugnación mediante reclamo de ilegalidad?.....	899
¿Cómo se debe confeccionar formalmente un reglamento?.....	905
¿Pueden los reglamentos del Presidente de la Republica ser invalidados de conformidad a la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo?.....	907
¿En qué supuestos puede la Administración dejar sin efectos sus actos?.....	912
¿Bajo qué condiciones procede la revocación de un acto administrativo?.....	917
¿Bajo qué supuestos procede la caducidad de un permiso administrativo?.....	923
¿Toda irregularidad en un proceso de licitación puede ser supuesto de nulidad?	
¿Qué fin tienen las formalidades de una licitación?.....	926
¿Puede la Administración invalidar los actos que dicte cuando son contrarios a derecho? ...	930
¿Bajo qué supuestos procede la invalidación de un decreto alcaldicio y cuáles son los efectos de su declaración?.....	938
¿Cuáles son los límites a la invalidación de actos administrativos contrarios a derecho?.....	945
¿Es procedente que un órgano ordene la apertura de un procedimiento de invalidación de un acto administrativo dictado por otro?.....	949
¿Es procedente que un órgano de la Administración suspenda de facto los efectos de un acto administrativo de ejecución prolongada, que benefician a un particular, si dicho acto se encuentra aún vigente, pero se está tramitando un procedimiento para dejarlo sin efecto?.....	954
¿La acción de nulidad de derecho público debe ser declarada por el juez y sujeta a prescripción?.....	959
¿La acción de nulidad de derecho público es procedente cuando lo que se impugna es un vicio de legalidad interna de un acto administrativo?.....	965
¿Si producto de la nulidad de derecho público hay efectos patrimoniales, es en esta materia imprescriptible la acción?.....	981
¿A qué principios y parámetros debe sujetarse la regulación del procedimiento administrativo?.....	987
¿Es procedente el recurso jerárquico tratándose de facultades delegadas?.....	1000
¿Qué efecto jurídico genera la inactividad de la Administración por un tiempo prolongado en un procedimiento administrativo sancionatorio?.....	1004
¿Cuenta la Administración con discrecionalidad administrativa para modificar una resolución dictada en un procedimiento reglado?.....	1010
¿Qué debe entenderse por la expresión “contratos administrativos” para efectos de la obligación de celebrarlos previa propuesta pública o de hacer procedente la licitación privada?..	
¿Es necesaria, para acudir al sistema de trato directo, una resolución previa que avale la procedencia de dicho mecanismo de contratación?.....	1018

¿Corresponde a empresa concesionaria de un contrato de ejecución de obras asumir los costos que irrogue el cumplimiento de nuevas exigencias de construcción impuestas por normas administrativas?	1022
¿Es posible disponer por las partes en un contrato administrativo de la impugnabilidad de multas administrativas?.....	1028
¿Es posible que la Administración renueve sucesiva e indefinidamente contratos?.....	1030

TOMO III

6. ACTIVIDAD MATERIAL

¿A qué marco normativo deben sujetarse las actividades económicas que reciben subvención estatal?	
¿A qué marco normativo debe sujetarse la autoridad administrativa que resuelve controversias sobre la procedencia de subvenciones estatales?.....	1034
¿Pueden utilizarse subvenciones otorgadas para fines similares a los específicos en virtud de los cuales fueron otorgadas?.....	1052
¿Puede una empresa del Estado externalizar aquellos servicios que constituyen su giro, es decir, aquellos mediante los cuales cumple los fines que el legislador le ha encargado?.....	1055
¿Es necesario obtener autorización mediante ley de quórum calificado para que el Estado enajene sus empresas?	1062
¿El que una ley otorgue a una empresa estatal la facultad para llamar a licitación pública para que entes privados desarrollen una actividad distinta del giro de la empresa estatal, vulnera la Constitución en relación a la prohibición impuesta al Estado de desarrollar actividades económicas sin contar con autorización otorgada por ley de quórum calificado?	
¿El otorgamiento de una autorización a un particular, para desarrollar una actividad económica, le otorga un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente de dicha actividad al momento de ser otorgada?.....	1071
¿Se aplican las normas sobre procedimiento administrativo a las empresas del Estado?.....	1103
¿Es aplicable la Ley de Transparencia a la Empresa Nacional del Petróleo?.....	1108
¿Posee el Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar, controlar o supervigilar el cumplimiento de las normas de transparencia activa aplicables a las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior a 50% o mayoría en el directorio?.....	1113
¿Que el ordenamiento jurídico atribuya a una autoridad Administrativa potestades sancionatorias convierte a dicho organismo en un tribunal?.....	1117
¿Para la aplicación de multas debe la ley siempre otorgar en sede administrativa oportunidades de defensa a los afectados?.....	1125
¿Se encuentra la actividad sancionatoria de la administración sujeta a los mismos principios constitucionales que rigen el derecho penal, en especial el principio de legalidad?.....	1134
¿Puede disponerse la prisión de una persona que no hubiere pagado una multa impuesta por una infracción administrativa con la sola orden de un órgano de la Administración?....	1161
¿Las garantías para la imposición de sanciones administrativas son iguales a las relativas a las sanciones penales?.....	1190

	PÁGINA
¿Son aplicables los principios y reglas del derecho penal al derecho administrativo sancionador?	
¿Cuál es el plazo de prescripción de sanciones administrativas cuando la ley que establece estas no ha regulado dicho plazo?.....	1199
¿Desde cuándo debe computarse el plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración?	
¿La inexistencia de normas de prescripción respecto de las multas impuestas en un sumario sanitario, permite la aplicación de las reglas de prescripción que consagra el Código Penal para las faltas?.....	1208
¿Qué régimen de prescripción debe aplicarse a las obligaciones administrativas en silencio de la ley?.....	1214
¿Afecta el derecho a un debido proceso una norma que permite a la Tesorería General de la República retener, de la devolución de impuestos, el monto del crédito solidario universitario adeudado, con la sola información que de la existencia de dicho crédito formule el acreedor?	1223
¿Las instalaciones de energía eléctrica construidas por el urbanizador pasan a ser bienes nacionales de uso público una vez emitido el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial?	
¿En qué se distinguen los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público?.....	1238
 7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
¿A la responsabilidad del Estado le son aplicables las normas del Código Civil?	1247
¿Es la acción de responsabilidad del Estado una de carácter objetivo e imprescriptible?	1258
¿Cómo se configura el sistema de responsabilidad aplicable a las FFAA., dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado?.....	1272
¿Cuándo existe responsabilidad de Estado por los actos de sus funcionarios de conformidad a las normas del Código Civil?	1282
¿El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño?	1288
¿Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que establece dicha responsabilidad?.....	1302
¿La responsabilidad por falta de servicio es equivalente a la culpa civil?	1308
¿Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio?	
¿La calificación de un hecho como falta de servicio puede ser revisada por medio del recurso de Casación en el Fondo?.....	1314
¿Cómo debe evaluarse la falta de servicio?	1319
¿Responde el Estado cuando el daño es consecuencia de la conducta de un tercero?	1325
¿Hay responsabilidad por falta de servicio cuando existen errores en los planes y programas de viviendas sociales?	1332

¿Es responsable un servicio público por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función, en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervigilancia o fiscalización y asignación de recursos respecto de dicho organismo?.....	1342
¿Existe falta de servicio del Registro Civil al otorgar a un tercero la cédula de identidad de una persona?.....	1357
¿Es la responsabilidad por falta de servicio de las municipalidades de carácter objetivo por la mantención en las vías públicas?	1362
¿La responsabilidad por falta de servicio por el mantenimiento de las vías públicas requiere de apreciación concreta? ¿Es posible en el recurso de casación calificar los hechos en los que se funda la falta de servicio?	1373
¿Cuándo un Municipio incurre en responsabilidad por falta de servicio por un daño ocurrido en un bien nacional de uso público que le corresponde administrar?	1380
¿El Estado debe responder por los actos lícitos que afectan la propiedad de un particular? ..	1386
¿Debe indemnizar el Estado al dueño de un predio de bosques cuyas especies el Estado desea proteger imponiendo medidas lícitas y legítimas?	1394
¿Se encuentra el Estado obligado a pagar una indemnización de perjuicios cuando no hay norma expresa que permita dicha reparación?	1405
¿Puede el legislador condicionar la responsabilidad fiscal para responder por créditos de personas cuyos deudores originales desaparecieron por decisión del mismo legislador, considerando además que el cumplimiento de dicha condición depende de la mera voluntad de la Administración?	1411
¿Constituye la declaración de monumento nacional de un bien un daño por el cual el Estado deba responder objetivamente por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad?.....	1425
¿Cuándo es responsable la Administración por daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas?.....	1440

III. ÍNDICE POR PRINCIPIO JURÍDICO

PÁGINA

TOMO I

1. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El concepto de Administración Pública es orgánico.....	1
La privación de personalidad jurídica no constituye ejercicio de jurisdicción.....	7
La Administración al ejercer facultades jurisdiccionales debe sujetarse a las exigencias que para dichas facultades establece la Constitución.....	19
Facultades intrusivas otorgadas a la Administración supone ejercicio de jurisdicción que debe sujetarse a exigencias constitucionales de debido proceso.....	33
La Administración cuando ejerce jurisdicción se somete a las restricciones propias de dicha función.....	48
El Estado cuando ejerce potestades de derecho público no puede ser considerado un agente económico.....	68
La Administración no vulnera la libre competencia al licitar un servicio.....	80

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El principio de legalidad de gasto público debe ser concebido en términos flexibles....	93
Los pagos efectuados a la Administración a cambio de un servicio son tasas y no tributos.....	122
Es inconstitucional un decreto que restringe derechos fundamentales si la norma legal que ejecuta no cumple con los requisitos de determinación y especificidad.....	142
Pueden los privados ser obligados a financiar actividades de utilidad pública.....	160
El ejercicio de una potestad discrecional obliga siempre a motivar el acto administrativo.	207
Los actos discrecionales siempre deben ser motivados.....	214
La potestad discrecional no puede disponer de la competencia del órgano ni del fin de la atribución, pues estos son aspectos reglados del acto.....	218
La desviación de fin o de poder es causal de nulidad del acto administrativo.....	226
Un decreto supremo no puede limitar la propiedad sin la correspondiente indemnización.....	231
La ley puede establecer limitaciones a la propiedad que deriven de su función social,...	257
El cambio en la regulación de una actividad de servicio de utilidad pública, que no afecte en una magnitud significativa los atributos esenciales del dominio, es una limitación que no debe ser indemnizada.....	280
La gratuidad de una carga personal que genera un beneficio colectivo infringe la igualdad.....	307
La concesión minera es un derecho real que debe ser expropiado en caso de que la Administración impida de alguna manera su ejercicio.....	334
El Presidente de la República está sometido al principio de probidad administrativa,...	355

El nombramiento de una autoridad no es constitutivo de infracción a la probidad administrativa.....	365
El conflicto de interés excluye de la decisión y el conocimiento del procedimiento.....	371
Sólo se deben custodiar los documentos que sirven de fundamento directo y esencial a un acto administrativo.....	375
Existe el “levantamiento del velo” de la persona jurídica en el acceso a la información pública.....	379
Las Corporaciones de Derecho Privado en que el Estado tiene participación no son organismos de la Administración del Estado.....	391
Los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos no son información pública.....	397
La toma de razón es una simple presunción de legalidad.....	443
La toma de razón es un trámite constitucional en donde es posible formular observaciones al acto.....	459
Las sentencias del TC son fuente del Derecho para la Administración.....	462
Las solicitudes de dictámenes deben cumplir requisitos formales.....	472
Los dictámenes emitidos por la CGR son obligatorios para la Administración.....	475
Los dictámenes de Contraloría son obligatorios para el caso concreto y a toda otra situación que se asemeje.....	479
No cumplir con los dictámenes de la CGR implica incurrir en responsabilidad disciplinaria por ser estos de acatamiento obligatorio.....	482
La jurisprudencia judicial es fuente del derecho administrativo y forma parte del bloque de legalidad.....	488
En la Ley de Presupuestos se pueden imponer deberes de información al Presidente de la República ante el Congreso.....	497
Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.....	530
Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.....	538
Los jueces no pueden adoptar medidas que impliquen decisiones de política pública...	552

TOMO II

3. SISTEMA NORMATIVO

La Constitución tiene aplicación directa aun sin ley.....	557
Un Reglamento no puede regular una actividad económica.....	560
Ley tributaria puede remitir al reglamento aspectos de detalle si establece parámetros claros que impiden discrecionalidad de la Administración.....	573
Normas administrativas deben respetar principio de jerarquía.....	589

	PÁGINA
Las Ordenanzas Municipales están sometidas a las exigencias de las regulaciones generales..	593
Las instrucciones son órdenes de buen servicio no oponibles a los particulares.....	596
Todo decreto supremo de alcance y aplicación general, vinculante y de carácter permanente, es un reglamento.....	609
Un Reglamento es una norma de alcance y aplicación general, es vinculante y tiene carácter permanente, es decir, genera Derecho objetivo.....	619
La destinación de bienes del Estado es materia reservada a la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.....	655
La potestad para dictar normas de alcance general y obligatorio, corresponde a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República.....	670
Un reglamento de ejecución debe regular lo necesario para que una ley pueda producir plenos efectos jurídicos.....	675
Es inconstitucional limitar por vía de acto administrativo una potestad otorgada por ley a la Administración.....	695
No puede el reglamento establecer mayores exigencias que las impuestas por la ley que ejecuta.....	738
Las circulares de un servicio no pueden ejecutar la ley.....	746
Los decretos de autoridades de instituciones autónomas son actos administrativos sujetos al control de Contraloría.....	752
No hay potestad normativa sin ley expresa.....	761
Las normas de un Tratado Internacional sólo son obligatorias para la Administración si son autoejecutables.....	766

4. SUJETOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La organización interna de los servicios públicos y las funciones de su personal son materias reservadas a la ley.....	785
Los organismos administrativos se clasifican según la personalidad jurídica que los habilita para actuar y la naturaleza de sus recursos.....	796
La facultad de administrar el Estado que corresponde al Presidente de la República no comprende a los organismos con autonomía constitucional.....	799
La personalidad jurídica define a la descentralización.....	817
Son servicios públicos sólo los creados por ley.....	826
El Estado desarrolla actividad empresarial a través de las empresas públicas y de las sociedades del Estado.....	830
La reajustabilidad de pensiones de los funcionarios públicos no se encuentra protegida por el derecho de propiedad.....	835
Los trabajadores de los servicios públicos son funcionarios públicos, independiente del régimen laboral al que se sujeten.....	851
El debido proceso se extiende a todo el procedimiento administrativo.....	856
El principio de debido proceso debe gobernar los procedimientos administrativos.....	860
La carrera funcionaria es un derecho fundamental que sólo puede ser regulado por ley..	866

5. ACTIVIDAD FORMAL

Las decisiones de la Administración se expresan a través de actos administrativos	871
El acto administrativo requiere acreditar los hechos en que se sustenta.....	874
Las enmiendas a los actos administrativos deben venir autorizadas	878
A los actos administrativos no se les aplica la institución del desasimiento.....	881
Las acciones en contra del Estado se pueden distinguir entre las que buscan la nulidad de un acto administrativo, de las que persiguen obtener un derecho a favor de un particular.....	886
La reclamación judicial de un acto administrativo le da plena competencia sobre el asunto a un tribunal.....	894
Las acciones de ejecución no son actos administrativos.....	899
El texto del reglamento debe incorporarse íntegramente en el Decreto aprobatorio respectivo.....	905
El Reglamento es un acto administrativo sometido a la LBPA, pero no sujeto a invalidación.....	907
Los actos administrativos se pueden dejar sin efecto por invalidación, caducidad y revocación.....	912
La revocación es la extinción de un acto por razones de mérito.....	917
La caducidad de un acto administrativo opera de pleno derecho.....	923
No todos los vicios invalidan un acto administrativo	926
La Administración tiene el poder deber de invalidar actos contrarios a derecho	930
La Administración debe invalidar sus actos contrarios a derecho.....	938
La invalidación no puede afectar derechos adquiridos de buena fe por administrados..	945
Únicamente el órgano que dictó un acto administrativo es quien puede invalidarlo.....	949
Los actos administrativos producen efectos mientras se encuentren vigentes.....	954
La nulidad de derecho público debe ser declarada por el juez, no opera de pleno derecho y es prescriptible.....	959
La nulidad de derecho público no procede cuando el vicio que se invoca es el de violación de ley.....	965
Los efectos patrimoniales de la acción de nulidad de derecho público se someten a las normas del Código Civil.....	981
El procedimiento administrativo debe resguardar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa y los derechos de los administrados.....	987
El recurso jerárquico procede siempre en el caso de jerarquía directa.....	1000
La extensión de un procedimiento sancionador produce decaimiento.....	1004
Un acto administrativo puede ser modificado por circunstancias sobrevinientes.....	1010
Todo acuerdo de voluntades en que es parte la Administración, es un contrato administrativo, que por regla general debe celebrarse previa propuesta pública.....	1018

	PÁGINA
El riesgo en un contrato administrativo que por acto de autoridad haya sido modificado corre por cuenta de la Administración y no del particular.....	1022
El principio de impugnabilidad de los actos administrativos es indisponible.....	1028
Los contratos administrativos están sometidos al principio de libre concurrencia.....	1030

TOMO III

6. ACTIVIDAD MATERIAL

El otorgamiento de subvenciones autoriza a imponer condiciones a los beneficiarios....	1033
El uso y destino de las subvenciones está sometido a la ley.....	1052
La externalización de la actividad de una empresa del Estado sólo procede cuando existe autorización expresa.....	1055
La enajenación de empresas del Estado requiere de ley simple.....	1062
Que una empresa del Estado pueda efectuar una licitación pública no implica permitirle desarrollar la actividad económica a licitar.....	1070
Los actos de las empresas del Estado excepcionalmente pueden ser impugnados.....	1103
El CPLT tiene competencia sobre las empresas del Estado.....	1108
Las sociedades del Estado no están sujetas a la Ley de Transparencia.....	1113
El ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración constituye una actividad administrativa y no jurisdiccional.....	1117
Las sanciones administrativas sólo se pueden aplicar previa instrucción de un debido procedimiento administrativo.....	1125
El Derecho administrativo sancionador se encuentra sujeto a los principios de legalidad y tipicidad al formar parte del <i>ius puniendi</i> estatal.....	1134
Siempre que exista una privación de libertad, para que sea legítima, es necesaria la intervención del juez.....	1160
El Derecho Administrativo sancionador impone garantías de procedimiento y sustantivas.....	1190
El derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones del <i>ius puniendi</i> general del Estado, siéndole aplicable principios de derecho penal.....	1199
Las sanciones administrativas son una manifestación del <i>ius puniendi</i> estatal.....	1208
El plazo de prescripción de las sanciones administrativas es de seis meses.....	1214
Un procedimiento administrativo racional y justo debe permitir una defensa amplia del administrado.....	1223
Los bienes nacionales de uso público requieren declaración expresa.....	1238

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado se rige por un estatuto de Derecho público.....	1247
---	------

	PÁGINA
La responsabilidad del Estado es de regulación legal y prescriptible,.....	1258
La falta de servicio es equivalente a la culpa del Código Civil,.....	1272
Hay responsabilidad del Estado por actos de gestión,.....	1282
El cumplimiento de las leyes y reglamentos no exonera necesariamente a un órgano público de responsabilidad patrimonial,.....	1288
La falta de servicio es una regla general de responsabilidad del Estado,.....	1302
La responsabilidad por falta de servicio es distinta a la culpa,.....	1308
La falta de servicio es una calificación jurídica que siempre depende de los hechos,.....	1314
La responsabilidad por falta de servicio debe observarse de acuerdo a estándares y exigencias medias que correspondan al organismo en concreto,.....	1319
Hay falta de servicio por omisión de control,.....	1325
Hay falta de servicio cuando hay error en criterios técnicos de una licitación,.....	1332
La Administración no responde por falta de servicio cuando se producen daños a particulares, por acción de entes privados colaboradores de la función administrativa, si cumplió su deber de supervigilancia,.....	1344
En la responsabilidad del Estado puede existir cúmulo de responsabilidades,.....	1357
La responsabilidad por falta de servicio es objetiva,.....	1362
La responsabilidad por falta de servicio por mantención en las vías públicas requiere de un análisis fáctico,.....	1373
Hay responsabilidad cuando se omite un deber de actuación,.....	1380
El Estado es responsable por actos lícitos,.....	1386
El Estado debe indemnizar cuando impone un gravamen de contenido singular, sobre la base de una medida de beneficio colectivo,.....	1394
El Estado debe indemnizar sus actos lícitos cuando impongan una lesión,.....	1405
El legislador, al realizar cambios regulatorios, no puede privar el derecho de propiedad de los administrados,.....	1411
Los daños ocasionados por actos lícitos no dan derecho a indemnización vía responsabilidad del Estado,.....	1425
La Administración es responsable de los daños que se provoquen con motivo de accidentes en carreteras concesionadas cuando estos se produjeron por medidas impuestas exclusivamente por ella, por no fiscalización de los deberes del concesionario, o por deficiencias viales derivadas de la omisión de sus deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra concesionada,.....	1440

IV. ÍNDICE DE VOCES

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA		63.868	27-10-2010	1108
ACCESO A PLAYAS	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
ACTIVIDAD ECONÓMICA		36.118	02-07-2010	593
ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO		39.562	01-12-1997	830
		17.210	15-04-2008	1055
	134		09-09-1991	1062
	467		14-11-2006	1070
		12.371	28-02-2011	1103
		63.868	27-10-2010	1108
		44.462	05-08-2010	1113
ACTIVIDADES ECONÓMICAS		40.432	10-08-2004	738
ACTO ADMINISTRATIVO	16790-1991		16-05-1991	207
	5582-2010		23-09-2010	226
		40.966	11-09-1956	752
	4275-2010		07-07-2010	874
		33.777	24-06-1957	878
		77.071	21-12-2010	881
	6567-2008		22-07-2010	899
		43.810	17-08-1962	905
		39.979	19-07-2010	907
		2.461	19-01-2005	917
		54.179	29-10-2004	945
		12.371	28-02-2011	1103
ACTO LÍCITO	552-2008		05-10-2010	1425
ACTOS ADMINISTRATIVOS	3455-1999		20-10-1999	930
ACTOS DE AUTORIDAD	(s/i)		17-05-1964	530
	(s/i)		20-05-1967	538
	(s/i)		15-11-1941	1282
ACTOS DE GESTIÓN	(s/i)		15-11-1941	1282

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
ACTOS DISCRECIONALES		89.271	22-11-1966	912
ACTOS LÍCITOS	(s/i)		11-01-1908	1386
	2213-2000		23-01-2001	1405
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	39		02-10-1986	1
	153		25-01-1993	609
	591		11-01-2007	619
	78		20-09-1989	799
		70.891	22-12-2009	817
		12.371	28-02-2011	1103
ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO	78		20-09-1989	799
ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO	254		26-04-1997	93
	1867		30-12-2010	497
	242		12-08-1996	655
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	39		02-10-1986	1
AGENTE ECONÓMICO	354-2010		31-05-2010	68
ALMACENAJE DOCUMENTOS		16.896	18-03-2011	375
ALUMBRADO PÚBLICO		24.860	13-06-2003	1238
APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN		54.138	17-11-2005	557
APREMIO ILEGÍTIMO	1518		21-10-2010	1160
ARBITRARIEDAD	16790-1991		16-05-1991	207
	1234		07-07-2009	573
ASUNTOS DE CARÁCTER LITIGIOSO		61.817	26-12-2006	766
ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	124		18-06-1991	7
AUTONOMÍA		40.966	11-09-1956	752
AUTONOMÍA MUNICIPAL		31.356	16-06-2009	462
AUTORIZACIONES		2.461	19-01-2005	917
	467		14-11-2006	1070
BANCO CENTRAL	78		20-09-1989	799
BIENES INCORPORALES	505		06-03-2007	280
BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	1215		30-04-2009	257
BIENES NACIONALES USO PÚBLICO		24.860	13-06-2003	1238
BIENES PÚBLICOS		24.860	13-06-2003	1238
BUENA FE		54.179	29-10-2004	945
CADUCIDAD		89.271	22-11-1966	912
CAUSALIDAD	6210-2008		26-08-2010	1357
CIRCULAR		74.553	13-12-2010	670
CLÁUSULAS AUTO-EJECUTABLES		61.817	26-12-2006	766
CÓDIGO CIVIL	19.439		28-07-1987	1247
	4753-2001		15-05-2002	1258
	371-2008		30-07-2009	1272
	1760-2009		24-03-2011	1302
CÓDIGO DEL TRABAJO	178		04-01-1994	851
COLABORACIÓN REGLAMENTARIA	479		08-08-2006	1134
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	124		18-06-1991	7
CONCESIÓN	467		14-11-2006	1070
CONFECCIÓN DE DECRETOS		43.810	17-08-1962	905
CONFIANZA LEGÍTIMA		54.179	29-10-2007	945
CONFISCACIÓN	124		18-06-1991	7
CONFLICTO DE INTERESES		39.453	15-07-2010	355
		39.500	15-07-2010	365
		46.002	07-12-2001	371
CONGRESO NACIONAL	242		12-08-1996	655
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA		75.508	15-12-2010	391
		44.462	05-08-2010	1113
CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	325		26-06-2001	142
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	(s/i)		17-05-1964	530
	(s/i)		20-05-1967	538
CONTENIDO ESENCIAL	146		21-04-1992	560
CONTIENDA DE COMPETENCIA	(s/i)		17-05-1964	530

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	(s/i)		20-05-1967	538
CONTRALORÍA		39.777	12-09-2003	482
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS		60.430	12-10-2010	926
		46.532	04-12-2000	1018
		47.200	17-08-2010	1028
		55.057	15-09-2010	1030
CONTROL DE JURIDICIDAD		40.966	11-09-1956	752
CORPORACIÓN DE DERECHO PRIVADO	C274-10		10-05-2010	379
CORPORACIONES DE DERECHO PRIVADO		75.508	15-12-2010	391
CULPA	371-2008		30-07-2009	1272
CÚMULO DE FALTAS	6210-2008		26-08-2010	1357
DEBERES DE INFORMACIÓN	1867		30-12-2010	497
DEBIDO PROCESO	198		04-01-1995	33
		24.733	21-04-2011	856
		65.120	02-11-2010	860
	376		17-06-2003	1125
	1518		21-10-2010	1160
	1437		07-09-2010	1223
DECAIMIENTO	4922-2010		15-09-2010	1004
DECRETO ALCALDICIO		32.350	30-07-2003	938
DECRETO SUPREMO	116		27-12-1990	443
	153		25-01-1993	609
	591		11-01-2007	619
DELEGACIÓN	681		26-03-2007	48
	1405		03-08-2010	122
		54.179	29-10-2004	945
	6041-2010		08-10-2010	1000
DERECHO A DESARROLLAR ACTIVIDAD ECONÓMICA	146		21-04-1992	560
		29.554	29-06-2007	596
		36.737	06-08-2008	746
	4275-2010		07-07-2010	874
	467		14-11-2006	1070

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
DERECHO A LA DEFENSA	376		17-06-2003	1125
DERECHO A LA EDUCACIÓN	771		19-06-2007	1033
DERECHO A LA INTIMIDAD	198		04-01-1995	33
DERECHO A LA SALUD	4396-2010		21-09-2010	552
DERECHO A LA VIDA	325		26-06-2001	142
	4396-2010		21-09-2010	552
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	4922-2010		15-09-2010	1004
		39.696	26-08-2005	1117
	479		08-08-2006	1134
	1518		21-10-2010	1160
	7117-2008		17-11-2010	1190
		14.571	22-03-2005	1199
	4627-2008		11-05-2010	1214
DERECHO DE PROPIEDAD	325		26-06-2001	142
	146		21-04-1992	560
	12		16-07-1982	835
	467		14-11-2006	1070
	944		13-05-2008	1411
	552-2008		05-10-2010	1425
DERECHOS ADQUIRIDOS	12		16-07-1982	835
		89.271	22-11-1966	912
		2.461	19-01-2005	917
	3455-1999		20-10-1999	930
DERECHOS FUNDAMENTALES		65.120	02-11-2010	860
DERECHOS HUMANOS	4753-2001		15-05-2002	1258
DESTRUCCIÓN DE DOCUMENTOS		16.896	18-03-2011	375
DESVIACIÓN DE PODER	50-2005		07-03-2005	218
	5582-2010		23-09-2010	226
DETERMINACIÓN	325		26-06-2001	142
DICTÁMENES		24.841	10-04-1974	472
DISCRECIONALIDAD	198		04-01-1995	33
	16790-1991		16-05-1991	207

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	50-2005		07-03-2005	218
	1234		07-07-2009	573
		20.477	20-05-2003	1010
DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA	1295		06-10-2009	160
DOMINIO LEGAL MÁXIMO	242		12-08-1996	655
	479		08-08-2006	1134
EFECTO RETROACTIVO		32.350	30-07-2003	938
EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY	505		06-03-2007	280
EMPLEO PÚBLICO		39.453	15-07-2010	355
		39.500	15-07-2010	365
		46.002	07-12-2001	371
	12		16-07-1982	835
EMPRESA PÚBLICA DEL ESTADO		39.562	01-12-1997	830
EMPRESAS DEL ESTADO		64.792	29-09-1970	796
		63.868	27-10-2010	1108
		44.462	05-08-2010	1113
EMPRESAS PÚBLICAS		12.371	28-02-2011	1103
ENAJENACIÓN EMPRESAS DEL ESTADO	134		09-09-1991	1062
ENMIENDAS		33.777	24-06-1957	878
ESENCIA DEL DERECHO	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
ESPECIFICIDAD	325		26-06-2001	142
ESPECTRO RADIOELÉCTRICO	1849		12-05-2011	695
ESTADO EMPRESARIO	(s/i)		15-11-1941	1282
ESTATUTO ADMINISTRATIVO		65.120	02-11-2010	860
ESTRICTA SUJECIÓN A LAS BASES		60.430	12-10-2010	926
EXPROPIACIÓN	(s/i)		07-08-1984	1394
	944		13-05-2008	1411
FACULTAD DE IMPERIO	198		04-01-1995	33
FALTA DE SERVICIO	4753-2001		15-05-2002	1258
	371-2008		30-07-2009	1272
	1760-2009		24-03-2011	1302

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	6346-2006		05-03-2008	1308
	3894-2008		27-05-2010	1314
	3172-2008		19-01-2010	1319
	2068-2009		18-03-2011	1325
	1504-2008		26-11-2009	1332
	6210-2008		26-08-2010	1357
	(s/i)		24-03-1981	1362
	6754-2006		18-03-2008	1373
	3561-2008		12-08-2010	1380
FALTA PERSONAL	6346-2006		05-03-2008	1308
FLEXIBILIDAD PRESUPUESTARIA	254		26-04-1997	93
FOMENTO		36.432	05-07-2010	1052
FONDOS DEL ESTADO	178		04-01-1994	851
FUERZA MAYOR		35.989	28-09-2001	1022
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA		39.696	26-08-2005	1117
FUNCIÓN JURISDICCIONAL		39.696	26-08-2005	1117
FUNCIÓN SOCIAL	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
	505		06-03-2007	280
	146		21-04-1992	560
	253		15-04-1997	675
FUNCIONARIOS PÚBLICOS	178		04-01-1994	851
FUNCIONES PÚBLICAS		75.508	15-12-2010	391
GASTO ELECTORAL	376		17-06-2003	1125
GRAVAMEN	(s/i)		11-01-1908	1386
HISTORIA FIDEDIGNA	124		18-06-1991	7
IGUALDAD ANTE LA LEY	1295		06-10-2009	160
	5582-2010		23-09-2010	226
	1254		29-07-2009	307
	1234		07-07-2009	573
IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS	1295		06-10-2009	160
	1254		29-07-2009	307

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	19439		28-07-1987	1247
	(s/i)		07-08-1984	1394
	2213-2000		23-01-2001	1405
	552-2008		05-10-2010	1425
IMPUGNABILIDAD		12.371	28-02-2011	1103
IMPUGNACIÓN ACTO ADMINISTRATIVO	6567-2008		22-07-2010	899
IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS	6041-2010		08-10-2010	1000
IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	7412-2008		30-06-2010	894
INCUMPLIMIENTO DICTÁMENES		39.777	12-09-2003	482
INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	944		13-05-2008	1411
INDEPENDENCIA	198		04-01-1995	33
INEXCUSABILIDAD	681		26-03-2007	48
INFORMACIÓN INEXISTENTE	C274-10		10-05-2010	379
INFORMACIÓN PÚBLICA		16.896	18-03-2011	375
INICIATIVA EXCLUSIVA	1867		30-12-2010	497
	319		17-01-2001	785
INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	242		12-08-1996	655
INSTRUCCIÓN	591		11-01-2007	619
INSTRUCCIONES		75.508	15-12-2010	391
		29.554	29-06-2007	596
		69.740	19-11-2010	761
INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA	325		26-06-2001	142
INTERPRETACIÓN		65.058	07-09-1964	475
		69.740	19-11-2010	761
INVALIDACIÓN		29.554	29-06-2007	596
		77.071	21-12-2010	881
		39.979	19-07-2010	907
		89.271	22-11-1966	912
	3455-1999		20-10-1999	930
		32.350	30-07-2003	938
		54.179	29-10-2004	945

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
		2.196	28-01-1993	987
INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS	198		04-01-1995	33
IRRETROACTIVIDAD		14.571	22-03-2005	1199
IUS PUNIENDI	1518		21-10-2010	1160
		14.571	22-03-2005	1199
JEFE DE SERVICIO		39.905	16-06-1971	871
JUBILACIÓN	12		16-07-1982	835
JUEZ NATURAL	681		26-03-2007	48
JURISDICCIÓN	124		18-06-1991	7
	176		22-11-1993	19
	198		04-01-1995	33
	681		26-03-2007	48
	771		19-06-2007	1033
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA		24.841	10-04-1974	471
		34.053	16-09-1999	479
		39.777	12-09-2003	482
		39.979	19-07-2010	907
LEGALIDAD FINANCIERA	254		26-04-1997	93
LEGALIDAD TRIBUTARIA	1405		03-08-2010	122
	1234		07-07-2009	573
LEGITIMACIÓN ACTIVA	2650-2002		02-10-2003	959
LEY DE BASES	325		26-06-2001	142
LEY DE PRESUPUESTO	1867		30-12-2010	497
	254		26-04-1997	93
	242		12-08-1996	655
LEY DE QUÓRUM CALIFICADO	134		09-09-1991	1062
LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL	39		02-10-1986	1
	176		22-11-1993	19
	78		20-09-1989	799
	178		04-01-1994	851
LIBERTAD DE CIRCULACIÓN	325		26-06-2001	142

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
LIBERTAD DE ENSEÑANZA	771		19-06-2007	1033
LIBERTAD DE EXPRESIÓN	1849		12-05-2011	695
LIBERTAD ECONÓMICA	1849		12-05-2011	695
LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD	505		06-03-2007	280
LIMITACIONES A LA PROPIEDAD	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
	253		15-04-1997	675
LIMITACIONES AL DOMINIO	146		21-04-1992	560
MANTENCIÓN DE VÍAS PÚBLICAS	(s/i)		24-03-1981	1362
MANTENCIÓN DE VÍAS PÚBLICAS	6754-2006		18-03-2008	1373
MOTIVACIÓN	16790-1991		16-05-1991	207
MULTA	4922-2010		15-09-2010	1004
		47.200	17-08-2010	1028
	376		17-06-2003	1125
	1518		21-10-2010	1160
MUNICIPALIDAD		36.118	02-07-2010	593
NADIE PUEDE SER PRIVADO DE LO SUYO	(s/i)		11-01-1908	1386
	(s/i)		24-03-1981	1362
	6754-2006		18-03-2008	1373
NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO	3455-1999		20-10-1999	930
	2650-2002		02-10-2003	959
	3132-2005		28-06-2006	965
OBLIGATORIEDAD DE DICTÁMENES		65.058	07-09-1964	475
		34.053	16-09-1999	479
ORDENANZA MUNICIPAL		36.118	02-07-2010	593
ORGANISMOS AUTÓNOMOS	78		20-09-1989	799
ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS		70.891	22-12-2009	817
PENSIÓN	12		16-07-1982	835
PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO	178		04-01-1994	851
PERSONALIDAD JURÍDICA	124		18-06-1991	7
PODER JUDICIAL	176		22-11-1993	19
POLÍTICAS PÚBLICAS	4396-2010		21-09-2010	552

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
POTESTAD DICTAMINADORA		39.777	12-09-2003	482
POTESTAD FISCALIZADORA	354-2010		31-05-2010	68
POTESTAD REGLAMENTARIA	254		26-04-1997	93
	325		26-06-2001	142
	1234		07-07-2009	573
	153		25-01-1993	609
	591		11-01-2007	619
	242		12-08-1996	655
		74.553	13-12-2010	670
	253		15-04-1997	675
	1849		12-05-2011	695
		40.432	10-08-2004	738
		36.737	06-08-2008	746
		40.966	11-09-1956	752
	78		20-09-1989	799
	771		19-06-2007	1033
PRESCRIPCIÓN	2650-2002		02-10-2003	959
		14.571	22-03-2005	1199
		68.086	15-11-2010	1208
	4627-2008		11-05-2010	1214
	19439		28-07-1987	1247
	4753-2001		15-05-2002	1258
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	39		02-10-1986	1
	153		25-01-1993	609
	78		20-09-1989	799
PREVISIBILIDAD	3561-2008		12-08-2010	1380
PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS LICITANTES		35.989	28-09-2001	1022
PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD		77.071	21-12-2010	881
		47.200	17-08-2010	1028
PRINCIPIO DE JURIDICIDAD		10.378	03-03-2006	589
		36.118	02-07-2010	593
PRINCIPIO DE LEGALIDAD		31.356	16-06-2009	462

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	3455-1999		20-10-1999	930
	479		08-08-2006	1134
PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA		55.057	15-09-2010	1030
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD		17.210	15-04-2008	1055
PRINCIPIO DE TIPICIDAD	479		08-08-2006	1134
PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
	253		15-04-1997	675
PROBIDAD ADMINISTRATIVA		39.453	15-07-2010	355
		39.500	15-07-2010	365
		46.002	07-12-2001	371
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	4275-2010		07-07-2010	874
		77.071	21-12-2010	881
	7412-2008		30-06-2010	894
		39.979	19-07-2010	907
		2.196	28-01-1993	987
		12.371	28-02-2011	1103
PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO	771		19-06-2007	1033
PROCEDIMIENTO REGLADO		20.477	20-05-2003	1010
PROPIEDAD	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
	505		06-03-2007	280
	253		15-04-1997	675
	1849		12-05-2011	695
	(s/i)		11-01-1908	1386
PROPORCIONALIDAD	1254		29-07-2009	307
	1518		21-10-2010	1160
PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS		54.138	17-11-2005	557
RAZONABILIDAD TÉCNICA	253		15-04-1997	675
REAJUSTABILIDAD	12		16-07-1982	835

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
RECLAMACIÓN	7412-2008		30-06-2010	894
REGISTRO		32.350	30-07-2003	938
REGLAMENTO	153		25-01-1993	609
		33.777	24-06-1957	878
		43.810	17-08-1962	905
		39.979	19-07-2010	907
REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	354-2010		31-05-2010	68
REGULAR	146		21-04-1992	560
RESERVA	C274-10		10-05-2010	379
RESERVA DE LEY	254		26-04-1997	93
	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	146		21-04-1992	560
		10.378	03-03-2006	589
		36.118	02-07-2010	593
		29.554	29-06-2007	596
		74.553	13-12-2010	670
	1849		12-05-2011	695
		40.432	10-08-2004	738
		36.737	06-08-2008	746
		69.740	19-11-2010	761
	319		17-01-2001	785
	771		19-06-2007	1033
	479		08-08-2006	1134
RESERVA LEGAL	325		26-06-2001	142
RESOLUCIÓN	591		11-01-2007	619
RESOLUCIONES		39.905	16-06-1971	871
	6567-2008		22-07-2010	899
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	245-246 (acumulados)		02-12-1996	231
	1215		30-04-2009	257
		35.989	28-09-2001	1022

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	19439		28-07-1987	1247
	4753-2001		15-05-2002	1258
	371-2008		30-07-2009	1272
	(s/i)		15-11-1941	1282
	1760-2009		24-03-2011	1302
	6346-2006		05-03-2008	1308
	3894-2008		27-05-2010	1314
	3172-2008		19-01-2010	1319
	2068-2009		18-03-2011	1325
	1504-2008		26-11-2009	1332
	6210-2008		26-08-2010	1357
	(s/i)		24-03-1981	1362
	6754-2006		18-03-2008	1373
	3561-2008		12-08-2010	1380
	(s/i)		11-01-1908	1386
	(s/i)		07-08-1984	1394
	2213-2000		23-01-2001	1405
	552-2008		05-10-2010	1425
RESPONSABILIDAD OBJETIVA	19.439		28-07-1987	1247
	(s/i)		24-03-1981	1362
	(s/i)		07-08-1984	1394
	2213-2000		23-01-2001	1405
	552-2008		05-10-2010	1425
RESTRICCIÓN VEHICULAR	325		26-06-2001	142
REVOCACIÓN		89.271	22-11-1966	912
		2.461	19-01-2005	917
		2.196	28-01-1993	987
RIESGO	3561-2008		12-08-2010	1380
SANCIÓN ADMINISTRATIVA		77.071	21-12-2010	881
	376		17-06-2003	1125
	4627-2008		11-05-2010	1214
SECRETO	C274-10		10-05-2010	379

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
SERVICIO PÚBLICO	198		04-01-1995	33
		17.210	15-04-2008	1055
SERVICIO PÚBLICO DESCENTRALIZADO	178		04-01-1994	851
SERVICIOS AUTÓNOMOS		64.792	29-09-1970	796
SERVICIOS CENTRALIZADOS		64.792	29-09-1970	796
SERVICIOS DESCENTRALIZADOS		64.792	29-09-1970	796
SERVICIOS FISCALES		64.792	29-09-1970	796
SERVICIOS PÚBLICOS	1295		06-10-2009	160
	319		17-01-2001	785
		23.812	06-05-2010	826
SERVICIOS SEMIFISCALES		64.792	29-09-1970	796
SIMPLE DECRETO	153		25-01-1993	609
SOCIEDAD DEL ESTADO		39.562	01-12-1997	830
SOLICITUD DE DICTÁMENES		24.841	10-04-1974	472
SUBVENCIÓN		77.071	21-12-2010	881
	771		19-06-2007	1033
		36.432	05-07-2010	1052
SUMARIO ADMINISTRATIVO		24.733	21-04-2011	856
		65.120	02-11-2010	860
SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	116		27-12-1990	443
		54.138	17-11-2005	557
TASA	1405		03-08-2010	122
TELECOMUNICACIONES	176		22-11-1993	19
	1849		12-05-2011	695
TOMA DE RAZÓN	116		27-12-1990	443
		39.905	16-06-1971	871
		32.350	30-07-2003	938
TRATADOS INTERNACIONALES		61.817	26-12-2006	766
TRIBUNALES DE JUSTICIA	176		22-11-1993	19
TRIBUTO	1405		03-08-2010	122
UTILIDAD PÚBLICA	1295		06-10-2009	160

	ROL	DICTAMEN	FECHA	PÁGINA
	1215		30-04-2009	257
	253		15-04-1997	675
VARIACIÓN DE DOCTRINA		65.058	07-09-1964	475
VICIOS ACTO ADMINISTRATIVO	3132-2005		28-06-2006	965

1. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

MATERIA

CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Control de constitucionalidad Ley Orgánica Constitucional (art. 82 N° 1 CPR)

Rol: 39

Fecha: 02.10.1986

Resultado recurso: Constitucionalidad parcial del proyecto de ley.

Ministros mayoría: José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo, Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa y Eduardo Urzúa Merino.

Ministro redactor: *s/i.*

DESCRIPTORES

Ley Orgánica Constitucional – Administración del Estado – Administración Pública – Presidente de la República.

PRINCIPIO JURÍDICO

El concepto de Administración Pública es orgánico

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 38 CPR.

DISPOSICIÓN CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CONTROLA

Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Existe alguna diferencia entre las expresiones Administración del Estado y Administración Pública contenidas en el artículo 38 de la Constitución?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Durante la tramitación del proyecto que se controla se produjeron divergencias de opiniones en cuanto a su ámbito de acción, derivadas, fundamentalmente, de las distintas interpretaciones que pueden darse a las expresiones “Administración del Estado” y “Administración Pública” que se utilizan en forma indistinta, en el artículo

38 de la CPR. El punto debatido resulta importante para definir el ámbito de aplicación del proyecto de ley controlado.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 38 de la CPR emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el Constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso. A igual conclusión conlleva, además, el espíritu del constituyente al consagrar en nuestra normativa jurídica las leyes orgánicas constitucionales como un todo armónico y sistemático cuyo objeto es desarrollar los preceptos de la CPR en determinadas materias, puesto que tales características se pierden si se resolviera que la organización básica de la Administración Pública, “*stricto sensu*”, queda entregada a una ley de esta naturaleza y el resto de los servicios y organismos que integran la Administración del Estado fuera propia de una ley ordinaria o común (C. 5).

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta ley orgánica constitucional, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la CPR regula por sí misma su organización básica como ocurre con las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, o encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales como acontece con la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades o, en fin, se la entrega a una ley de quórum calificado como debe ser la que legisle sobre las empresas públicas que desarrollen actividades empresariales (C. 6).

El artículo 1º del proyecto, en cuanto hace aplicable sus normas generales a todas las instituciones y organismos que integran la Administración del Estado, según su sentido amplio y genérico, y el inciso 2 del artículo 18 del mismo proyecto, al disponer que las normas especiales contenidas en el Título II no se aplicarán a las entidades precisadas en el considerando anterior, delimitan, con sujeción a la preceptiva constitucional, el ámbito de aplicación del artículo 38, inciso 2, de la CPR (C. 7).

CONCLUSIÓN

La Constitución no establece diferencia entre las expresiones Administración del Estado y Administración Pública, contenidas ambas en su artículo 38. De esta forma para la aplicación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado debe entenderse que las expresiones son sinónimas y se utilizan en un sentido amplio y genérico.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es relevante porque aclaró una vieja discusión que se había suscitado bajo la CPR de 1925 acerca de la distinción entre Administración Pública y Administración del Estado. Esta distinción era relevante para efectos de control por parte de

la CGR, así como por la aplicación de algunos regímenes como el Estatuto Administrativo. Todo lo anterior, en un contexto de dispersión orgánica y de denominación de los organismos administrativos chilenos (fiscales, semifiscales, autónomos, etc.).

La CPR buscó uniformar esas denominaciones con la finalidad de dar un marco normativo común a los organismos que formaban parte de la Administración del Estado. Ese el objetivo del artículo 38 y la finalidad de la existencia de un sistema administrativo común que derivara de la LOCBGAE.

Para explicar esa dispersión orgánica revisar Dictamen 64.792/1970 publicado en el presente libro.

TEXTO COMPLETO

Santiago, dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1º: Que por oficio J. G. (R) N° 6583/204 de 4 de septiembre último, la Honorable Junta de Gobierno ha enviado a este Tribunal, para los efectos previstos en el N° 1º del artículo 82 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 38, inciso 1º, de la misma Carta Fundamental, el proyecto de “Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado”;

2º: Que por resolución de 9 de septiembre último, se ofició a la Honorable Junta de Gobierno a fin de que remitiera a este Tribunal las actas de las sesiones de la Comisión Conjunta así como las celebradas por la H. Junta de Gobierno para tratar este proyecto, con excepción, en este último caso, de las de fecha 22 de julio y 2 de septiembre del presente año, que se adjuntaron al requerimiento correspondiente. Con fecha 16 del mismo mes se recibieron los antecedentes solicitados;

3º: Que el artículo 38 inciso 1º de la Carta Fundamental establece: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionarla y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”;

Que durante la tramitación del proyecto remitido se produjeron divergencias de opiniones en cuanto a su ámbito de acción, derivadas, fundamentalmente, de las distintas interpretaciones que pueden darse a las expresiones “Administración del Estado” y “Administración Pública” que se utilizan en forma indistinta, en el artículo 38 de la Constitución y en el epígrafe bajo el cual esta norma se encuentra ubicada.

El punto debatido resulta de vital importancia, ya que la competencia de esta ley es diferente, según se adopte un concepto amplio de Administración Pública como similar de Administración del Estado, o un concepto restringido de ésta que proviene de distinguir entre una y otra y entender que mientras la Administración del Estado constituye el género, la Administración Pública es la especie comprendiendo, por ende, un campo más delimitado y reducido;

5º: Que, a juicio del Tribunal, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el Constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando

lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. A igual conclusión conlleva, además, el espíritu del Constituyente al consagrar en nuestra normativa jurídica las leyes orgánicas constitucionales como un todo armónico y sistemático cuyo objeto es desarrollar los preceptos de la Carta Fundamental en determinadas materias, puesto que tales características se pierden si se resolviera que la organización básica de la Administración Pública, “stricto sensu”, queda entregada a una ley de esta naturaleza y el resto de los servicios y organismos que integran la Administración del Estado fuera propia de una ley ordinaria o común;

6º: Que la conclusión anterior, sin embargo, debe entenderse sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta ley orgánica constitucional, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la Carta Fundamental regula por sí misma su organización básica como ocurre con las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales como acontece con la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades o, por último, se la entrega a una ley de quórum calificado como debe ser la que legisle sobre las empresas públicas que desarrollen actividades empresariales:

7º: Que, en consecuencia, el artículo 1º del proyecto en estudio, en cuanto hace aplicable sus normas generales a todas las instituciones y organismos que integran la Administración del Estado, según su sentido amplio y genérico, y el inciso 2º del artículo 18 del mismo proyecto, al disponer que las normas especiales contenidas en el Título II no se aplicarán a las entidades precisadas en el considerando anterior, delimitan, con sujeción a la preceptiva constitucional, el ámbito de aplicación del artículo 38, inciso 2º, de la Carta Fundamental;

8º: Que el artículo 82 N° 1º de la Constitución establece que es atribución de este Tribunal; “Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”.

En consecuencia, a este Tribunal le corresponde pronunciarse sobre los preceptos del proyecto que versan sobre las materias indicadas en el referido inciso 1º del artículo 38 de la Constitución, cuyo ámbito de aplicación ya ha quedado fijado precedentemente;

9º: Que en la situación señalada en el considerando anterior se encuentran todas las normas del proyecto remitido con excepción de sus artículos 36, 42 inciso 3º y transitorio que tratan sobre materias propias de ley ordinaria o común, según se demuestra en las consideraciones siguientes;

10º: Que, en efecto, el artículo 36 del proyecto remitido legisla sobre la forma que deberán resolverse las contiendas de competencia que surjan entre las diversas autoridades administrativas. Sin embargo, esa materia no es propia de ley orgánica constitucional porque la Carta Fundamental específicamente, y en forma amplia, la entrega a la regulación de una ley común en un precepto de carácter especial como lo es el artículo 115, inciso 1º, de la Constitución que dispone: “La ley determinará la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales”;

11º: Que, igualmente, la norma contenida en el inciso 3º del artículo 42 del proyecto remitido al determinar que: “Los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República y para su designación deberán cumplir con los requisitos generales de ingreso a la Administración Pública, y con los que para casos especiales exijan las leyes” es propia de ley común u ordinaria, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, N° 12, de la Constitución es a una ley de esta naturaleza a quien compete denominar los funcionarios de la exclusiva confianza del Jefe del Estado;

12º: Que, en relación a esta facultad que la Constitución entrega a la ley común, para otorgar a determinados empleos la calidad de cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República, el artículo 51, inciso 2º, del proyecto remitido impone una limitación a dicha ley al establecer que ésta sólo podrá conferir dicha calidad a empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio, agregando que para estos efectos no se considerarán los cargos a que se refieren los números 9º y 10º del artículo 32 de la Constitución;

13º: Que esta norma pertenece a la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 38, inciso 1º, de la Carta Fundamental y no merece reparo constitucional, por cuanto ella versa sobre una materia que de suyo es propia de la organización básica de la Administración del Estado y, al mismo tiempo, contribuye a garantizar la carrera funcionaria, materia que la Constitución en forma concreta le encarga a la presente ley.

De esta manera, los artículos 42, inciso 3º y 51, inciso 2º del proyecto remitido, armonizan la norma constitucional que autoriza a la ley común para determinar los cargos que serán de la exclusiva confianza del Jefe del Estado con el artículo 38, inciso 1º, de la Carta Fundamental que reserva a esta ley orgánica constitucional las normas necesarias para garantizar la carrera funcionaria;

14º: Que, por último, también es propio de ley ordinaria el artículo transitorio del proyecto, ya que delega en el Presidente de la República la facultad de suprimir, modificar o establecer normas legales de esa naturaleza, con el sólo objeto de adecuar el régimen jurídico de los órganos a que se refiere el artículo 18, inciso 1º, del mismo proyecto a lo dispuesto en sus artículos 24, 29, 45 y 51;

15º: Que el artículo 39, inciso 1º, del proyecto remitido, después de señalar que el Consejo Regional de Desarrollo será un órgano asesor del Intendente, dispone: “Lo anterior es sin perjuicio de las facultades decisorias que la ley asigne al Consejo Regional de Desarrollo”. La referencia a “la ley”, sin ningún calificativo adicional, debe entenderse a la ley común u ordinaria que constituye la regla general dentro de la normativa constitucional;

16º: Que el artículo 102, inciso final, de la Carta Fundamental prescribe: “Los consejos regionales tendrán las demás atribuciones que les señalen la Constitución y la ley”. Un primer análisis de este precepto, de acuerdo a su tenor literal y con prescindencia del resto de las disposiciones que se refieren al consejo regional de desarrollo, conduce a pensar que las atribuciones de dicho consejo son propias de ley común, ya que se emplea la palabra “ley” en sentido genérico;

17º: Que, sin embargo, el artículo 101, inciso final, de la Constitución reserva, con gran amplitud, a una ley orgánica constitucional determinar, “atendidas las características de cada región, el número, forma de designación y duración en el cargo de los miembros del consejo, y lo relativo a su organización y funcionamiento y los casos en que los integrantes de éste, que sean funcionarios públicos, tendrán derecho a voto”;

18º: Que del contexto de los incisos finales de los artículos 101 y 102 antes transcritos, se infiere que el Constituyente reservó a una ley orgánica constitucional este conjunto de materias, ya que no resulta lógico resolver que su intención haya sido excluir de una norma de este rango las atribuciones del consejo regional de desarrollo que, precisamente, determinarán el ámbito de acción de este órgano, en circunstancias que reserva a ella el número, forma de designación y duración en el cargo de sus miembros, su organización y funcionamiento y, en fin, otras materias de menor significación. En suma, la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental lleva a la ineludible conclusión que es propio de ley orgánica constitucional determinar las atribuciones del consejo regional de desarrollo;

19º: Que, en consecuencia, la segunda parte del inciso 1º del artículo 39 del proyecto remitido es inconstitucional, por cuanto vulnera el inciso final del artículo 102 de la Carta Fundamental

al establecer que corresponde a la ley ordinaria o común determinar las facultades decisorias del consejo regional de desarrollo;

20º: Que las demás disposiciones del proyecto no son contrarias a la Constitución Política de la República.

Y, VISTO, lo prescrito en los artículos 19 N° 21, inciso 2º, 32 N° 12, 38, 87, 88, 90 a 94, 101, inciso 2º, 102, inciso final, 107 y 115 de la Constitución, en relación con lo preceptuado en su disposición vigesimosegunda transitoria y lo dispuesto en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997. de 19 de mayo de 1981,

SE DECLARA:

1º.- Que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los artículos 36, 42, inciso 3º, y transitorio del proyecto, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional, sino de ley ordinaria o común;

2º.- que la segunda parte del inciso 1º del artículo 39 del proyecto que expresa: “Lo anterior es sin perjuicio de las facultades decisorias que la ley asigne al Consejo Regional de Desarrollo” es inconstitucional y, en consecuencia, debe ser eliminada;

3º.- que las demás disposiciones del proyecto son constitucionales.

Devuélvase el proyecto a la H. Junta de Gobierno, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose. Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese. Publíquese un extracto de la parte resolutive de esta sentencia en el Diario Oficial.

Rol N° 39.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente, don José María Eyzaguirre Echeverría y por sus Ministros señores Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo, Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa y Eduardo Urzúa Merino. Autoriza el Secretario de Tribunal, don José Rafael Larraín Cruz.

1.2. DIFERENCIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA CON LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

MATERIA

DIFERENCIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA CON LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)

Rol: 124

Fecha: 18.06.1991

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa, Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez.

Ministro redactor: Manuel Jiménez Bulnes y Luz Bulnes Aldunate.

Requirentes: Senadores Arturo Alessandri Besa, Sergio Díez Urzúa, Olga Feliú Segovia, Sergio Fernández Fernández, Jaime Guzmán Errázuriz, Sergio Onofre Jarpa Reyes, Ricardo Martín Díaz, Ronald Mc-Intyre Mendoza, Hugo Ortíz De Filippi, Ignacio Pérez Walker, Francisco Prat Alemparte, Mario Ríos Santander, Sergio Romero Pizarro, Bruno Siebert Held, Santiago Sinclair Oyaneder, William Thayer Arteaga y Beltrán Urenda Zegers.

DESCRIPTORES

Personalidad Jurídica – Competencia del Tribunal Constitucional – Atribuciones del Presidente de la República – Jurisdicción – Historia Fidedigna – Confiscación.

PRINCIPIO JURÍDICO

La privación de personalidad jurídica no constituye ejercicio de jurisdicción.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 19 N° 15, 24, 32 N° 8, 73, 80 y 82 CPR; Arts. 545 y ss., 546 y 561 Código Civil.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Decreto Supremo 143/1991 Ministerio de Justicia que declara disuelta la persona jurídica denominada “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad” y se dispone que sus bienes y patrimonio pasarán a la Corporación Metodista.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Se encuentra el Presidente de la República facultado para disolver una persona jurídica bajo la Constitución actual?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Senadores acuden al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad de un Decreto Supremo que declara disuelta una persona jurídica.

ALEGACIONES

En primer lugar el Presidente carece de la atribución para disolver una persona jurídica. La Constitución de 1980 no previó dicha atribución, que sí le era reconocida al Presidente en la de 1925. La disolución de una personalidad jurídica es de competencia exclusiva de los tribunales de justicia.

En segundo lugar sólo la Constitución puede establecer las causales prohibitivas de una personalidad jurídica, no así la ley.

En tercer lugar, el D.S. aplica la sanción de confiscación en cuanto priva de sus bienes a la sociedad sin compensación alguna, infringiendo la Constitución.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

De conformidad al artículo 19 N° 15 de la CPR, las asociaciones que deseen gozar de personalidad jurídica deberán constituirse en conformidad a la ley y para obtenerla se ceñirán a los requisitos y trámites que la normativa legal exija para ello (C. 5).

En lo relativo al otorgamiento de la personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones de derecho privado el legislador la ha regulado en el Título XXXIII del Código Civil, artículos 545 y siguientes. De acuerdo a estas normas la persona jurídica es una persona ficticia creada y reconocida por la ley, de lo que resulta que no hay obstáculo para que la misma autoridad que la crea por encargo del legislador le pueda posteriormente retirar su reconocimiento mediante la privación de la personalidad jurídica. Conforme al artículo 546 del Código Civil la autoridad que otorga y reconoce la personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones privadas es la ley o el Presidente de la República (C. 7 y 8).

Las disposiciones legales que regulan la existencia de la persona jurídica no pueden ser objeto de análisis o control constitucional por el Tribunal, por dos razones, la primera, porque esta atribución le ha sido conferida en el artículo 80 de la Constitución expresamente a otra autoridad jurisdiccional cual es, la Corte Suprema, y la segunda, porque la facultad de control de esta clase de leyes no se encuentra entre aquellas taxativas que la CPR le ha otorgado a este Tribunal en el artículo 82 (C. 9).

Ha servido de fundamento a los requirentes para impugnar la constitucionalidad del decreto materia de este fallo, la circunstancia que bajo la Constitución actual no existe la atribución del Presidente de la República para conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas y cancelarlas, como expresamente se la otorgaba el texto de la Constitución de 1925 en su artículo 72, N° 11. De la historia fidedigna del establecimiento del artículo 32 de la CPR de 1980 contenida en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se desprende con claridad que la

supresión de la facultad del Presidente de la República que le reconocía el N° 11 del artículo 72 de la Carta de 1925, se debió a que los comisionados estimaron que el otorgamiento de una atribución de esa naturaleza debería quedar entregada a la ley, pues no era materia propia de un texto constitucional (C. 10 y 11).

El Presidente de la República al dictar un decreto de privación de la personalidad jurídica no está ejerciendo jurisdicción ni dictando una sentencia con efecto que produzca cosa juzgada, pues está cumpliendo sus funciones de administrador de acuerdo al artículo 24 de la CPR y ejecutando la ley vigente en conformidad al artículo 32, N° 8 de la Constitución. Por ello, el decreto que priva de la personalidad jurídica a una corporación de derecho privado es un acto administrativo (C. 17).

Por otro lado, sostener que el Presidente de la República al privar de la personalidad jurídica a una corporación privada habría dictado una sentencia como órgano jurisdiccional sería admitir que éste estaría incursionando en materias que no le son propias vulnerando de esta manera los artículos 6°, 7° y 73 de la CPR, específicamente este último, en su inciso primero, que le prohíbe ejercer funciones judiciales (C. 19).

En lo relativo a la impugnación de que el D.S. N° 143/1991 habría impuesto una pena de confiscación de carácter inconstitucional en contra de la referida Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad al pronunciarse sobre el destino de los bienes que integraban su patrimonio, ello se desecha en atención a la existencia de normas legales expresas que regulan la materia, esto es, el artículo 561 del Código Civil que establece lo siguiente: “Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocará al Presidente de la República señalarlos”. Mientras la disposición anteriormente transcrita esté vigente, no puede ser objeto de análisis o control de constitucionalidad por el Tribunal (C. 21).

CONCLUSIÓN

El Presidente de la República al privar de personalidad jurídica no ejerce jurisdicción sino que cumple su función de administrador. Esta facultad así como las consecuencias que de su ejercicio se derivan para la asociación son establecidas por ley, de conformidad a la Constitución

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esa sentencia el TC delimitó el ámbito de las potestades sancionatorias de la Administración. La tesis del TC es que la privación de personalidad jurídica es ejercicio de la potestad administrativa de ejecución, de manera que por esa vía está ejerciendo competencia administrativa y no jurisdiccional, aunque implique el sacrificio de derechos individuales.

Esta tesis ha sido repudiada por un sector de la doctrina chilena, señalando que la privación de derechos, cualesquiera sean estos, debe ser competencia de los tribunales y no de la Administración (Soto Kloss).

Sin embargo, más adelante el TC sofisticará las exigencias y dirá, que la Administración cuando ejecuta potestades adjudicativas ejerce jurisdicción, de manera que actúa como juez y debe someterse a las normas del debido proceso (STC Rol 176), tesis que finalmente terminará por hacer suya en plenitud con las sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en el caso del artículo 116 del Código Tributario, también incorporadas en el presente libro (STC Rol 681).

Esta tesis, no obstante, no prosperó en un caso de otorgamiento de facultades intrusivas de la Administración en materia penal, donde el Tribunal resolvió que esas facultades de carácter jurisdiccional sólo pueden ser ejercidas por un tribunal de justicia (STC Rol 198).

Finalmente, el TC ha reconocido en la actualidad que las potestades sancionatorias de la Administración nunca pueden ser consideradas como jurisdiccionales, sino tan sólo administrativas para lo cual es necesario la existencia siempre de revisión judicial. (SsTC Rol N° 2264-12-INA, c. 33° y Rol N° 792-07-INA, c. 16°).

TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciocho de junio de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS:

Con fecha dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y uno, 17 señores Senadores que representan más de la cuarta parte del H. Senado, formularon requerimiento a este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el N° 5° del artículo 82 de la Constitución Política de la República.

La nómina de Senadores requirentes está integrada por los señores Alessandri Besa, Díez Urzúa, señora Feliú Segovia, Fernández Fernández, Guzmán Errázuriz (fallecido después de presentado este requerimiento), Jarpa Reyes, Martín Díaz, Mc-Intyre Mendoza, Ortiz De Filippi, Pérez Walker, Prat Alemparte, Ríos Santander, Romero Pizarro, Siebert Held, Sinclair Oyaneder, Thayer Arteaga y Urenda Zegers.

En el citado requerimiento se solicita se declare inconstitucional el Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 143, de 31 de enero de este año, publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de 1991, en virtud del cual se declara disuelta la persona jurídica denominada “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad” y se dispone que sus bienes y patrimonio pasarán a la Corporación Metodista, por adolecer de los vicios que se señalan en el respectivo decreto.

Según los requirentes dicho Decreto Supremo lesiona e infringe los artículos 1°, incisos cuarto y quinto; 5°, inciso segundo; 6°; 7°, incisos primero y segundo; 19, N° 2, inciso segundo, N° 3, inciso cuarto, N° 7, letra g), N° 15, incisos segundo y cuarto, N° 24, inciso tercero y N° 26; y 73 de la Constitución Política de la República.

Sostienen como primera alegación que el Decreto Supremo aplica la sanción de confiscación en cuanto priva de sus bienes a la mencionada sociedad sin mediar compensación alguna.

Como segunda alegación señalan los reclamantes que el Presidente de la República carece de la facultad para disponer la disolución de la sociedad en referencia. Agregan que si bien dicha atribución la tuvo el Jefe de Estado, porque así se le confería en la Constitución de 1925, fue posteriormente privado de ella, al entrar en vigencia el Acta Constitucional N° 3, de 13 de septiembre de 1976. Igualmente, la Constitución de 1980 no ha previsto ni contiene tal atribución. Manifiestan que la disolución, cancelación o revocación de una persona jurídica sólo es de competencia de los tribunales de justicia y que la autoridad administrativa, al dictar el Decreto Supremo N° 143, se ha erigido en una auténtica comisión especial infringiendo determinados artículos de la Constitución que se enuncian en la parte expositiva de esta sentencia.

Los requirentes sostienen que únicamente compete al Poder Constituyente establecer las causales que impidan o prohíban la existencia de una asociación y de la personalidad jurídica consecuen- cial, y que la ley carece de la potestad jurídica para establecer o determinar otras causales prohibi- tivas de la existencia de personas morales y asociaciones, y, con mayor razón, carece de esa facultad la autoridad administrativa que sólo actúa en ejecución de la ley.

Continúan los requirentes señalando que la Constitución exige que una determinación de tal naturaleza, gravedad y envergadura –como lo es la disolución de una persona jurídica y la confiscación de sus bienes– no sea entregada al puro arbitrio de la autoridad administrativa, la que unilateralmente y sin advertencia del ente afectado, resuelve aplicar la sanción de disolución de la persona jurídica y de incautación de sus bienes, situación que, haciendo un paralelo con la persona natural, equivale a aplicarle a aquélla la pena de muerte.

La parte requirente en abono de su tesis acompaña un informe en derecho suscrito por los profes- sores señores Guillermo Bruna Contreras y Raúl Bertelsen Repetto, que el Tribunal tuvo presente en la vista de la causa.

Por resolución de 2 de abril de 1991 se puso el requerimiento en conocimiento de S.E. el Pre- sidente de la República y del señor Contralor General de la República, para los efectos de hacer llegar al Tribunal las observaciones y los antecedentes que estimaren necesarios. Con fecha 9 de abril de 1991, el señor Contralor General de la República contestó el reclamo planteado por los requirentes de autos.

Expresa el señor Contralor que la medida ordenada en el Decreto Supremo N° 143 basa su funda- mento legal expreso en el artículo 559 del Código Civil, el que aparece totalmente omitido en el reclamo y el cual se encuentra plenamente vigente y guarda cabal armonía con la normativa cons- titucional de la Carta de 1980. En lo que corresponde a la extinción de las corporaciones el señor Contralor estima útil anotar que, de acuerdo con la disposición legal citada, esas entidades pueden ser disueltas por el Presidente de la República, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado o no corresponden al objeto de su institución.

Esta atribución presidencial, agrega el señor Contralor, no se traduce en un simple acto de revo- cación que pudiera ordenarse discrecionalmente. Tal medida sólo puede disponerse si se verifica la ocurrencia de algunas de las situaciones taxativamente previstas por el legislador, siendo del caso considerar, por otra parte, que tal decisión está sujeta, por cierto, a los pertinentes controles de orden administrativo o jurisdiccionales a que haya lugar.

A mayor abundamiento, explica el señor Contralor, la facultad que tenía el Presidente de la Re- pública en la Carta de 1925, de conceder personalidad jurídica a las corporaciones privadas y de cancelarlas, no fue reproducida en la Carta de 1980, con el objeto de dejar entregada al legislador la determinación de la autoridad administrativa competente para cancelar la personalidad jurídica de una corporación o fundación, de acuerdo a lo que se sostiene en las actas de las sesiones de la Comisión que estudió el anteproyecto constitucional.

Sostiene el señor Contralor que la Carta Fundamental no regula causales de extinción de las personas jurídicas, asunto que es del dominio de la ley, sino que aborda una materia distinta, cual es las limitaciones al derecho mismo de asociarse. Interpretar de otro modo el precepto constitucional respectivo del N° 15 del artículo 19 de la Constitución, implicaría entender derogado no sólo el artículo 559 del Código Civil, sino, además, numerosas disposiciones legales sobre disolución de esas entidades que en su respuesta enumera latamente, y que facultan a diversos órganos administrativos para ordenar la cancelación de la personalidad jurídica sin intervención de la autoridad judicial, la que, según los recurrentes, sería la única competente para disponer la disolución de una corporación.

Por otra parte, agrega el señor Contralor, que la institución disuelta tuvo conocimiento cabal y oportuno de los antecedentes en que se basa el Decreto Supremo N° 143, formuló descargos y acompañó documentos con el objeto de acreditar sus alegaciones de manera que en la tramitación del asunto se respetó el debido proceso.

Sostiene el señor Contralor que tampoco se ha impuesto la pena de confiscación de bienes a la “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”, pues la medida patrimonial dispuesta no es de carácter punitivo, sino que, de acuerdo a la ley, tiene por objeto determinar, en silencio de los estatutos, el destino de los bienes de la persona jurídica que ha dejado de existir y que, por lo tanto, carecen de titular.

Con fecha 9 de abril de 1991, el señor Vicepresidente de la República contestó el reclamo de autos.

Sostiene la contestación que en el reclamo se pide al Tribunal se pronuncie sobre un decreto particular dictado en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y del artículo 559 del Código Civil, que atribuye competencia a aquél para resolver sobre la materia de autos. De manera, sostiene la respuesta, que estando vigente la ley respectiva el Excmo. Tribunal Constitucional no está expresamente facultado para declarar la inconstitucionalidad ni la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esa ley vigente. Asimismo, agrega que este Tribunal sólo podría pronunciarse respecto de los decretos inconstitucionales que se refieran a la promulgación de las leyes.

Señala el señor Vicepresidente de la República, que el artículo 82, N° 5° de la Constitución, no otorga al Tribunal Constitucional la facultad de declarar inconstitucional un decreto particular dictado en conformidad a una ley vigente, situación que se desprende de las actas que cita de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

Manifiesta el señor Vicepresidente que al disolverse la sociedad materia de la litis de autos, el Presidente de la República hizo uso de las facultades y deberes que le imponen los artículos 24 y 32, N° 8, de la Constitución Política de la República. Este último ordena al Presidente dictar los decretos para la ejecución de las leyes, siendo el Decreto Supremo N° 143, de 1991, del Ministerio de Justicia, el ejecutor del artículo 559 del Código Civil, que precisa, en su inciso segundo, que las corporaciones pueden ser disueltas por la autoridad que legitimó su existencia si se dan los presupuestos establecidos en dicha norma, la cual no ha sido abrogada por un texto expreso de ley ni aparece en contraposición con preceptos jurídicos posteriores que habilitan a órganos públicos para poner fin a la existencia de determinadas personas jurídicas, citando al efecto diversos ejemplos en tal sentido.

Es por estas razones que la afirmación de los requirentes en el sentido de que la Constitución de 1980 habría privado al Presidente de la República de la facultad para cancelar la personalidad jurídica de las corporaciones privadas, carece de fundamentos de acuerdo a la historia que se registra en las actas de las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de 1980, en la que en ningún caso se manifestó la idea que el Presidente de la República pudiera perder la facultad que tradicionalmente se le ha reconocido en el país.

Agrega el señor Vicepresidente que tanto la posición de la Contraloría General de la República como la jurisprudencia judicial, reconocen la facultad del Presidente de la República para disolver las personas jurídicas, corporaciones y fundaciones, en uso de la atribución del artículo 559 del Código Civil.

Luego, en cuanto a la naturaleza jurídica del Decreto N° 143, de Justicia, firmado por el Ministro del ramo, por orden del Presidente de la República, la contestación expresa que no cabe duda que se trata de un acto administrativo dictado en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución y en la ley, sin que pueda considerarse, en ningún caso, como el juzgamiento propio de los tribunales a que se refiere el artículo 73 de la Constitución Política.

En el caso presente, agrega la contestación, el Presidente de la República no está juzgando, sino imponiendo una sanción que la ley le ha ordenado aplicar, a fin de conservar el orden en el interior de la República, facultándolo para que dicha sanción recaiga en la revocación de la personalidad jurídica otorgada, en las circunstancias previstas en la norma legal respectiva del Código Civil. Por ello, agrega, su accionar no es arbitrario, sino plenamente reglado y estando resguardado el derecho al debido proceso y garantizada la igualdad ante la ley de la ex Corporación Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad, así como el de su Directiva, de acuerdo a las consideraciones que en la misma respuesta se hacen.

Con respecto a la afirmación de los requirentes en orden a que el Presidente de la República está confiscando los bienes de la Sociedad, la respuesta precisa que el decreto materia de autos no confisca ni priva de sus bienes a ésta, ya que se trata de una corporación legalmente disuelta en que sus estatutos no prescriben el destino de sus bienes y, en tal evento, se cumple con la parte supletoria de la norma del artículo 561 del Código Civil, sin que ello infrinja ninguna de las normas constitucionales indicadas por los requirentes.

En cuanto al hipotético carácter del Presidente de la República como “comisión especial” señala la respuesta que el Presidente de la República, por la naturaleza de su investidura, no puede asumir tal carácter ni tampoco una función propia de los tribunales de justicia, sino que ha cumplido con el deber de gobernar, administrar el Estado y ejecutar las leyes.

Sobre el eventual quebrantamiento de valores superiores consagrados en la Constitución que alegan los requirentes, el señor Vicepresidente de la República expone que la actuación del Poder Ejecutivo al dictar el Decreto Supremo N° 143, de 1991, del Ministerio de Justicia, ha hecho imperar el Derecho en nuestro país, al cual todos estamos sujetos. Así el artículo 1° de la Constitución ampara a los grupos intermedios de la sociedad para “cumplir sus propios fines específicos”. Si éstos no los respetan y desvían estos fines, corresponde a la autoridad hacer cumplir la ley, como ha ocurrido en este caso.

Por las razones señaladas el señor Vicepresidente de la República solicita el rechazo del requerimiento.

Con posterioridad y durante la tramitación de esta causa se presentaron, tanto por el señor Ministro de Justicia, como por el apoderado de la parte requirente, señor Edgardo Palacios Angelini, diversos escritos en que se abunda sobre las pretensiones y alegaciones expuestas en el requerimiento y contestación al reclamo interpuesto. Cabe señalar un informe del profesor señor Enrique Evans de la Cuadra, documentos todos que el Tribunal ordenó tener presente en la vista de la causa.

Por resolución de fecha 22 de mayo pasado se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°. Que en esencia el requerimiento de los H. Senadores impugnando el Decreto N° 143 que declara disuelta la persona jurídica denominada “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”

publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de 1991, consiste en negar la facultad del Presidente de la República para privar de personalidad jurídica a una corporación o fundación de derecho privado regida por el Título XXXIII del Código Civil;

2°. Que uno de los fundamentos de la impugnación anterior reside en que el Presidente de la República no tendría bajo la Constitución de 1980, las atribuciones especiales de conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas y cancelarlas, aprobar los estatutos por que deban regirse, rechazarlos y aceptar modificaciones, facultades todas que le otorgaba el texto constitucional de 1925 en su artículo 72, N° 11;

3°. Que la Carta Fundamental actualmente en vigencia establece en su artículo 19, N° 15, incisos primero al cuarto lo siguiente:

Artículo 19.- “La Constitución asegura a todas las personas:

N° 15. El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”;

4°. Que sobre la disposición anterior este Tribunal sostuvo en la sentencia recaída en el proyecto de ley orgánica constitucional sobre Partidos Políticos, rol N° 43, en su considerando 11° lo siguiente:

“11°. Que de un análisis de esta disposición se deriva, con claridad meridiana, que la Carta Fundamental regula tres institutos jurídicos a los cuales les atribuye distintos alcances, no obstante su íntima vinculación. Ellos son: el derecho de asociación en general, las asociaciones que deseen gozar de personalidad jurídica y los partidos políticos”;

5°. Que en lo que dice relación a las asociaciones que deseen gozar de personalidad jurídica como lo ha sostenido el fallo anterior, éstas deberán constituirse en conformidad a la ley y tal como se señala en el considerando N° 14 de dicha sentencia, para obtenerla se ceñirán a los requisitos y trámites que la normativa legal exija para ello;

6°. Que de lo anterior se infiere que el sentenciador de este requerimiento deberá, para resolver sobre la constitucionalidad de un decreto que priva de la personalidad jurídica a una corporación de derecho privado regida por el Código Civil, previamente determinar si existen disposiciones constitucionales y legales que regulen la materia;

7°. Que en lo relativo al otorgamiento de la personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones de derecho privado el legislador la ha regulado en el Título XXXIII del Código Civil, artículos 545 y siguientes. De acuerdo a estas normas la persona jurídica es una persona ficticia creada y reconocida por la ley, de lo que resulta que no hay obstáculo para que la misma autoridad que la crea por encargo del legislador le pueda posteriormente retirar su reconocimiento mediante la privación de la personalidad jurídica;

8°. Que conforme al artículo 546 del Código Civil la autoridad que otorga y reconoce la personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones privadas es la ley o el Presidente de la República, y de esta manera mediante este reconocimiento nace a la vida del derecho “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”;

9°. Que las disposiciones legales que regulan la existencia de la persona jurídica no pueden ser objeto de análisis o control constitucional por este Tribunal, por dos razones, la primera, porque esta

atribución le ha sido conferida en el artículo 80 de la Constitución expresamente a otra autoridad jurisdiccional cual es, la Corte Suprema, y la segunda, porque la facultad de control de esta clase de leyes no se encuentra entre aquellas taxativas que la Carta Fundamental le ha otorgado a este Tribunal en el artículo 82;

10°. Que, tal como se ha señalado ha servido de fundamento a los requirentes para impugnar la constitucionalidad del decreto materia de este fallo, la circunstancia que bajo la Constitución actual no existe la atribución del Presidente de la República para conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas y cancelarlas, como expresamente se la otorgaba el texto de la Constitución de 1925 en su artículo 72, N° 11;

11°. Que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 32 de la Constitución Política de 1980 contenida en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se desprende con claridad que la supresión de la facultad del Presidente de la República que le reconocía el N° 11 del artículo 72 de la Carta de 1925, se debió a que los comisionados estimaron que el otorgamiento de una atribución de esa naturaleza debería quedar entregada a la ley, pues no era materia propia de un texto constitucional.

Así lo expresó el comisionado señor Bertelsen en las sesiones N° 345 y N° 356 de 4 y 20 de abril de 1978, en las que manifestó lo siguiente:

Sesión N° 345: “Estima conveniente eliminar de la Constitución algunas normas de menor significación o de detalle,... como la concesión de personalidad jurídica a las corporaciones privadas y la facultad de cancelarlas. Dice que nada se alteraría si estas facultades se encomendaran a otras autoridades”.

Sesión N° 356: “... da a conocer que en su informe ha eliminado otras atribuciones de menor importancia, que no deben tener rango constitucional, como por ejemplo, la concesión... personalidades jurídicas, etcétera y que si la ley considera que debe concederlo el Presidente, el Ministro de Justicia, el Intendente Regional o el Alcalde, es algo distinto”.

Las indicaciones anteriores no originaron observaciones siendo aprobadas consecencialmente por la Comisión y la actual Carta Fundamental;

12°. Que el criterio de dejar a la ley el establecimiento de los requisitos para el otorgamiento de la personalidad jurídica se ve reflejado en el inciso segundo del artículo 19, N° 15, al prescribir que: “Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”.

Así entonces, las corporaciones y fundaciones que regula el Título XXXIII del Código Civil, son de aquellas asociaciones con personalidad jurídica a que se refiere el inciso segundo del artículo 19, N° 15 de la Carta Fundamental;

13°. Que de lo anterior se infiere que existiendo las normas legales contenidas en el Código Civil relativas al otorgamiento y privación de la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones, el Presidente de la República está facultado para dictar los decretos respectivos en tal sentido ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución de ley que le otorga el artículo 32, N° 8 de la Constitución Política;

14°. Que los requirentes han impugnado el Decreto N° 143, de Justicia, de 16 de febrero de 1991 sosteniendo que la privación de la personalidad jurídica de una asociación sólo puede fundarse en las causales que se contemplan en el inciso cuarto del artículo 19, N° 15, de la Constitución, las que únicamente podrían ser aplicadas por la autoridad judicial;

15°. Que el inciso cuarto del artículo 19, N° 15 de la Carta Fundamental dice textualmente:

“Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”.

Esta disposición se refiere a la existencia misma del derecho de asociación que regula el inciso primero del artículo citado, estableciendo las causales que impiden la formación de una asociación o su subsistencia como tal, y no a las asociaciones que ya han obtenido su personalidad jurídica, las que están reguladas en el inciso segundo del artículo 19, N° 15 de la Carta, el cual, según se ha señalado, se remite al legislador para los efectos de su otorgamiento y eventualmente a su supresión;

16°. Que se ha sostenido por los requirentes en escrito de téngase presente que tiene como antecedente un informe en derecho acompañado a estos autos, que el Presidente de la República al privar de la personalidad jurídica a una corporación o fundación de derecho privado ejerce una actividad de carácter jurisdiccional. También se afirma que en el decreto de privación de la personalidad jurídica de la corporación denominada “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad” no se han respetado las normas del debido proceso legal a que se refiere el artículo 19, N° 3° en su inciso quinto de la Constitución Política;

17°. Que el Presidente de la República al dictar un decreto de privación de la personalidad jurídica no está ejerciendo jurisdicción ni dictando una sentencia con efecto que produzca cosa juzgada, pues está cumpliendo sus funciones de Administrador de acuerdo al artículo 24 de la Carta Fundamental y ejecutando la ley vigente en conformidad al artículo 32, N° 8 de la Constitución. Por ello, el decreto que priva de la personalidad jurídica a una corporación de derecho privado es un acto administrativo tal cual lo califican los reclamantes en su presentación;

18°. En el mismo sentido anterior se ha pronunciado la doctrina tal como lo señala el tratadista Enrique Sayagués Lazo al afirmar: “La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada. Por lo tanto, puede ser atacada por los distintos procedimientos que el derecho establece para impugnar los actos administrativos” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, p. 426);

19°. Que por otro lado, sostener que el Presidente de la República al privar de la personalidad jurídica a una corporación privada habría dictado una sentencia como órgano jurisdiccional sería admitir que éste estaría incursionando en materias que no le son propias vulnerando de esta manera los artículos 6°, 7° y 73 de la Constitución, específicamente este último, en su inciso primero, que le prohíbe ejercer funciones judiciales al señalar:

“Artículo 73. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”;

20°. Que también es necesario tener en consideración que las normas del proceso legal previo que contempla el inciso quinto del artículo 19, N° 3 de la Carta Fundamental en aquellos casos en que no existe disposición legal expresa sobre la materia no puede tener plena aplicación respecto de los actos administrativos mientras no se dicte la legislación que prevee el artículo 60, N° 18 de la Constitución y que establece lo siguiente:

Artículo 60. “Sólo son materias de ley:

N° 18) Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”;

21°. Que en lo relativo a la impugnación de los H. Senadores de que el Decreto N° 143, de Justicia, de 16 de febrero de 1991 habría impuesto una pena de confiscación de carácter inconstitucional en contra de la referida Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad al pronunciarse sobre el destino de los bienes que integran su patrimonio, ello se desecha en atención a la existencia de normas legales expresas que regulan la materia, esto es, el artículo 561 del Código Civil que establece lo siguiente:

“Artículo 561. Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocaré al Presidente de la República señalarlos”.

Mientras la disposición anteriormente transcrita esté vigente, no puede ser objeto de análisis o control de constitucionalidad por este Tribunal por las razones ya dadas en el considerando 9° de este fallo. Todo ello sin perjuicio de los efectos del recurso de inaplicabilidad que corresponde conocer a la Corte Suprema;

22°. Que se estima conveniente reiterar ante las afirmaciones vertidas por el Presidente de la República en su escrito de contestación al requerimiento materia de autos, en relación a que el Tribunal no tendría competencia o jurisdicción para pronunciarse en este caso, lo expuesto en la parte resolutive del fallo de 27 de diciembre de 1990 rol N° 116 que declaró lo siguiente en su punto primero:

“1°. Que el Tribunal Constitucional, de acuerdo al N° 5 del artículo 82, de la Constitución Política de la República, 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”.

Y, VISTO lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3 y 15, 24°, 32, N° 8, 60, N° 18, 73 y 82, N° 5° de la Constitución y lo prescrito en el Decreto Supremo N° 143, del Ministerio de Justicia, de 1991, y en los artículos 38 a 45 y 48, de la Ley N° 17.997, de 19 de mayo de 1981,

SE DECLARA:

Que se rechaza el reclamo de fojas 1 formulado por los señores Senadores individualizados en lo expositivo de este fallo y que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del H. Senado y en el cual solicitan a este Tribunal declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 143, del Ministerio de Justicia, de 1991, publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de este mismo año.

Se deja constancia que los Ministros señores Maldonado (Presidente) y Urzúa concurren a la sentencia después de haberse rechazado su proposición en cuanto este Tribunal debe abstenerse de pronunciarse sobre el reclamo de constitucionalidad del Decreto Supremo de Justicia N° 143, publicado en el Diario Oficial de fecha 16 de febrero de 1991, en atención a las siguientes consideraciones que tuvieron para fundamentarla:

1°. Que se encuentran pendientes de resolución ante los Tribunales Superiores de Justicia recursos deducidos en conformidad a los artículos 20 y 80 de la Constitución Política de la República por la “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”;

2°. Que los referidos recursos tienen como finalidad obtener que se revoque y deje sin efecto el Decreto del Ministerio de Justicia N° 143, publicado en el Diario Oficial de fecha 16 de febrero de 1991, y consecuentemente, que no se produzca la disolución de la persona jurídica citada en el apartado anterior y que los bienes y patrimonio de la misma no salgan de su dominio;

3°. Que el reclamo presentado ante este Tribunal persigue que se declare la inconstitucionalidad del decreto mencionado y en el caso que se acogiera tal pretensión el decreto quedaría sin efecto de pleno derecho;

4°. Que, por consiguiente, la finalidad que se busca tanto por los recursos deducidos ante los Tribunales Superiores de Justicia como por el reclamo presentado ante este Tribunal es la misma, a saber, que no se disuelva la personalidad jurídica de la “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad” y que no pierda el dominio de sus bienes y patrimonio;

5°. Que, eventualmente, podrían dictarse pronunciamientos contradictorios porque el fallo que recaiga en los recursos pendientes ante los Tribunales Superiores de Justicia involucra la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto supremo impugnado y la resolución que este Tribunal debiera emitir debe contener precisamente esa decisión;

6°. Que la oportunidad en que podrían generarse estos eventuales pronunciamientos contradictorios no es una situación de hecho que impida pronunciarse al órgano que deba emitir su fallo, en una fecha posterior, porque los fundamentos de los respectivos recursos son distintos, pues mientras el de inaplicabilidad se basa en que determinados preceptos legales son contrarios a la Constitución Política el de reclamo sostiene la inconstitucionalidad de lo que dispone el acto administrativo, es decir, el decreto supremo;

7°. Que no obstante los distintos fundamentos de la impugnación del decreto citado, la finalidad que se persigue es la misma, como ha quedado expresado en el apartado 4° precedente; y lo que se resuelva conlleva un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo, como se dice en el apartado 5°;

8°. Que esta dualidad de pronunciamientos originaría una pugna o una diversa interpretación de las normas jurídicas pertinentes la que no ha sido prevista ni resuelta por nuestra Carta Fundamental, pudiendo crearse incertidumbre respecto de cuál de ellas debe prevalecer, lo que dañaría el buen orden jurídico nacional, consecuencia que no es posible atribuirle al Poder Constituyente y que es necesario evitar.

Redactaron la sentencia los Ministros señor Jiménez y señora Bulnes.

Redactó la proposición el Ministro señor Urzúa.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 124.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente don Luis Maldonado Boggiano y por sus Ministros señores Marcos Aburto Ochoa, Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, señora Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez.

Autoriza el Secretario del Tribunal, don Rafael Larraín Cruz.

1.3. EJERCICIO DE FACULTADES JURISDICCIONALES POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

MATERIA

EJERCICIO DE FACULTADES JURISDICCIONALES POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Control de constitucionalidad Ley Orgánica Constitucional (art. 82 N° 1 CPR)

Rol: 176

Fecha: 22.11.1993

Resultado recurso: Constitucionalidad parcial del proyecto de ley.

Ministros mayoría: Manuel Jiménez Bulnes, Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.

Ministro minoría: Osvaldo Faúndez Vallejos.

Ministro redactor: Manuel Jiménez Bulnes.

DESCRIPTORES

Ley Orgánica Constitucional – Jurisdicción – Procedimiento Jurisdiccional, Causas Civiles, Tribunales de Justicia – Control de Constitucionalidad de Ley Orgánica Constitucional, Poder Judicial – Telecomunicaciones.

PRINCIPIO JURÍDICO

La Administración al ejercer facultades jurisdiccionales debe sujetarse a las exigencias que para dichas facultades establece la Constitución.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 19 N° 12, 73 y 74 CPR; Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

DISPOSICIÓN CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CONTROLA

Artículos 13 A, 15, 16, 36 A y 39, entre otras disposiciones del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones. En los primeros artículos se regula el concurso público para obtener concesiones y permisos de telecomunicación, la adjudicación por parte del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, y las posibilidades de reclamación de las decisiones adoptadas en este proceso ante las autoridades del Ministerio y los tribunales de justicia. Las dos últimas disposiciones se refieren a la aplicación de sanciones por parte del Ministerio por infracciones a la Ley General de Telecomunicaciones.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Ejerce funciones jurisdiccionales la autoridad administrativa que otorga o deniega concesiones de servicios públicos?

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La primera modificación a la Ley General de Telecomunicaciones sometida a control está contenida en el artículo nuevo que se creó con el número 13 A del proyecto de ley el cual se compone de doce incisos, los que en una forma sistemática, relacionada e integral formando un solo todo, resuelven lo relativo a la participación de interesados en el concurso público para obtener concesiones y permisos de telecomunicación; a la actividad que desarrolla la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones ante una solicitud de concesión; a la reclamación en contra de la resolución del Ministro por todo el que tenga interés; a la interposición del recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la resolución del Ministro que resuelva la reclamación, entre otras materias (C. 2).

La actividad y actitud que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones, es la de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir, está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición le señala (C. 3).

Al concepto de “causas civiles” referido en el artículo 73 de la CPR, se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que se pueden suscitar, y que deben resolver autoridades, que si bien no están insertas dentro de los tribunales que regula el Código Orgánico de Tribunales, están ejerciendo jurisdicción y resolviendo cuestiones que afectan los derechos de las personas. Es lo anterior, por lo demás, el origen de la eliminación que hizo al inciso segundo del artículo 38 de la CPR, la Ley N° 18.825. La modificación que sufrió el artículo constitucional citado fue que mientras no se dicte la ley orgánica constitucional que regule a los tribunales contencioso-administrativos, corresponderá a los tribunales del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos (C. 6).

Ahora bien, el artículo 74 de la CPR prescribe que es materia de Ley Orgánica Constitucional la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia. El artículo 13 A incisos 5, 7, 9, 11 y 12, del proyecto de ley en estudio, versa sobre el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a un funcionario administrativo, que, al ejercerlas, actúa como un tribunal de primera instancia cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal. Por lo anterior, las materias pertinentes contenidas en dicho artículo 13 A, se encuentran dentro de la órbita propia de la ley orgánica constitucional antes referida según se desprende del texto constitucional y la jurisprudencia del Tribunal (C. 7).

Respecto de la segunda modificación sujeta a control, contenida en el artículo 15 del proyecto, esta se compone por nueve incisos que, en forma relacionada e integral, resuelven todo lo relativo a las solicitudes de concesión y de modificación de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones (C. 9).

Son de naturaleza de ley orgánica constitucional los siguientes incisos del artículo 15 del proyecto de ley bajo control: a) El inciso cuarto en la parte que establece: “El que tenga interés en ello podrá oponerse al otorgamiento de la concesión o modificación de la concesión, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación del extracto”; b) El inciso quinto en la parte que establece: “Vencido el plazo para el traslado, con o sin respuesta del peticionario, y recibido el informe de la Subsecretaría, el Ministro resolverá la oposición dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de este informe. Esta resolución podrá ser apelada para ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación”. También tiene el mismo carácter el párrafo final de este inciso en la parte que establece: “La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno”; c) Los incisos sexto y séptimo que disponen: “La resolución judicial que rechaza totalmente una oposición, deberá condenar expresamente en costas al opositor y le aplicará una multa no inferior a 10 ni superior a 1.000 UTM, la que irá a exclusivo beneficio fiscal. La Corte graduará la multa atendida la plausibilidad de la oposición, las condiciones económicas del oponente y la buena o mala fe con que éste haya actuado en el proceso. La Corte, en resolución fundada, podrá no aplicar multa”. “Vencido el plazo para apelar o ejecutoriada la resolución que resuelve la apelación, el Ministro procederá a dictar el decreto, otorgando la concesión o modificación de la misma”. (C. 11).

Respecto del control del nuevo artículo 16 en su inciso tercero del proyecto de ley que establece, básicamente, la posibilidad de recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago contra la resolución de la Subsecretaría cuando esta estime subsanados los reparos u observaciones de los interesados, es materia de Ley Orgánica Constitucional conforme al artículo 74 de la CPR (C. 12).

En relación al nuevo artículo 36 A que se refiere a la aplicación de sanciones por las infracciones que se cometen a la Ley General de Telecomunicaciones y al procedimiento para su aplicación, es necesario agregar lo expresado en el segundo Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado en el cual se hace constar que se rechazó una indicación de la senadora señora Feliú que tenía por objeto eliminar el procedimiento que en él se establece, fundada, según ella, en que “dicho procedimiento transforma al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en un tribunal de primera instancia para la aplicación de sanciones, las que sólo deben ser de competencia de los tribunales ordinarios”. En consecuencia, los incisos primero, segundo y tercero del artículo 36 A versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la CPR (C. 15 y 16).

Respecto del inciso primero del artículo 39 del proyecto en cuestión, que establece la posibilidad de limitar en condiciones excepcionales por un plazo máximo de 30 días el funcionamiento de un servicio cuando se contravengan las normas del marco regulador del artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones, es necesario, en vista de la importancia de esta ley, considerar si esta restricción vulnera la CPR o no. La Ley General de Telecomunicaciones tiene una importancia relevante dentro de la organización social del país, pues ella regula entre otros, los servicios de te-

lecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa del público en general; los servicios públicos de telecomunicaciones destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general; los servicios limitados de telecomunicaciones, todos los cuales inciden directa o indirectamente con aquel derecho fundamental que la CPR asegura a todas las personas en el número del artículo 19, reconociéndoles “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, ...”. La importancia de esta garantía es de tal magnitud para el constituyente que la limitación, restricción o afectación de aquella debe satisfacer estándares de justificación expresamente contemplados en la CPR. Ahora, el inciso primero del artículo 39 del proyecto faculta a un funcionario como el Subsecretario de Telecomunicaciones para restringir o afectar de manera discrecional esta garantía. En virtud de lo anterior la norma es inconstitucional (C. 22).

CONCLUSIÓN

La autoridad administrativa al resolver reclamaciones que se susciten en procedimientos de otorgamiento de concesiones y permisos y al aplicar sanciones por infracción a leyes sectoriales, ejerce una función jurisdiccional toda vez que afecta derechos de terceros, debiendo sujetarse a las exigencias que para dicha función dispone la Constitución.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia el TC opta por la tesis material de la función jurisdiccional, en el sentido que esta última no es sólo una competencia ejercida exclusivamente por los tribunales de justicia, sino que también ella puede ser ejercida por la Administración, pero en tal virtud debe someterse a las exigencias aplicables a los procedimientos de los organismos jurisdiccionales.

Como se señaló, esta tesis la llevará adelante el TC y será su principal fundamento en las sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario (STC Rol N° 681).

No obstante, esta tesis no prosperará en el caso de otorgamiento a la Administración de facultades intrusivas en materia penal. En tal caso, la tesis del TC será que esas facultades jurisdiccionales sólo pueden ser ejercidas por un tribunal de justicia (STC Rol 198).

Esta tesis, sin embargo, en la actualidad ha sido desechada por la Corte Suprema, quien para procedimiento de este tipo ha sostenido que el procedimiento que instruye la autoridad de telecomunicaciones es administrativo y no jurisdiccional, aplicando en consecuencia las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo para su decisión (SsCS roles 1735-2014; 4846-2014; 5013-2014; 11464-2014; 30018-2014; 30020-2014).

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

VISTOS:

Que por oficio N° 1435, de 25 de octubre pasado, la Honorable Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad, por contener normas de rango orgánico constitucional, respecto de las siguientes disposiciones del proyecto: incisos décimo y undécimo del artículo 13 A contenidos en el número 8; incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 15 insertos en el número 10; inciso tercero del artículo 16 contemplado en el número 11; párrafo tercero de la letra b) y letra f) del artículo 16 bis incluidos en el número 12; incisos tercero y cuarto del artículo 36 A contenidos en el número 17, y el artículo 39 contemplado en el número 20;

El artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal: “Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”;

El artículo 74 de la Carta Fundamental establece:

“Artículo 74.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema”.

CONSIDERANDO:

Primero: Que tal como se ha indicado en la parte expositiva, el proyecto de ley que se ha enviado a este Tribunal para que ejerza el control de constitucionalidad que contempla el artículo 82, N° 1°, de la Carta Fundamental, versa sobre las modificaciones que se han introducido a la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, de 1982, la cual comprende y tiene por objeto regular y reglar, según se desprende de su artículo 1°, todo lo relativo a “transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

Como se puede apreciar, la esfera de acción de la ley cuyas modificaciones se analizan es de la más alta trascendencia para el país tanto por el acceso igualitario a las telecomunicaciones de que deben gozar sus habitantes, como por su íntima relación al involucrar en su contenido medios de comunicación social con el derecho inalienable y fundamental contemplado en nuestra Constitución en el N° 12 del artículo 19 que asegura a todas las personas “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.”.

Es en consecuencia, desde el prisma anterior y teniendo en especial consideración la importancia de los valores y derechos contenidos en la ley que versa sobre las telecomunicaciones, desde el cual se deben analizar las modificaciones que a su texto se contienen en el proyecto de ley enviado para control de constitucionalidad de este Tribunal;

Segundo: Que la primera modificación a la Ley General de Telecomunicaciones que se somete a control de constitucionalidad, se contiene en el artículo nuevo que se crea con el N° 13 A, agregado por el N° 8 del proyecto de ley en análisis, el cual se compone de doce incisos, los que en una forma sistemática, relacionada e integral formando un solo todo resuelven lo relativo a

la participación de interesados en el concurso público para obtener concesiones y permisos de telecomunicación (inciso primero); a la actividad que desarrolla la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones ante una solicitud de concesión (incisos segundo, tercero y cuarto); a la participación del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones dictando una resolución que asigna la concesión, declara desierto el concurso público o llama a una nueva licitación entre participantes similares (inciso quinto); a la publicación en el Diario Oficial de la resolución que asigna la concesión o la declara desierta (inciso sexto); a la reclamación en contra de la resolución del Ministro por todo el que tenga interés, requisitos de la reclamación, procedimiento a que somete la reclamación el Ministro (incisos séptimo y octavo); a la resolución de la oposición por el Ministro (inciso noveno); a la aplicación que hace el Ministro del mismo procedimiento de los incisos anteriores para resolver la reclamación en contra de su resolución que niega la concesión o que declara desierto el concurso (inciso décimo); a la interposición del recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la resolución del Ministro que resuelva la reclamación (inciso décimo primero), y a la dictación por el Ministro del decreto supremo o la resolución que le corresponda emitir (inciso décimo segundo);

Tercero: Que la síntesis hecha precedentemente de los incisos que conforman el nuevo artículo 13 A del proyecto, conduce inexorablemente a concluir que la actividad y actitud que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones, es la de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición le señala;

Cuarto: Confirma lo expuesto precedentemente si se tiene en consideración que el artículo 13 A preceptúa que las resoluciones que dicte el Ministro resolviendo una reclamación deducida en contra de la asignación o denegación de una concesión de telecomunicaciones, son revisables por los tribunales ordinarios de justicia mediante la interposición que hace el afectado del recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Es decir, es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia, la que es revisada por un tribunal de segunda instancia, que viene a constituirse en el superior jerárquico del que dicta la resolución.

Estamos en presencia de aquel concepto que los estudiosos y profesores de derecho procesal denominan el “principio de la doble instancia”, cuyo fundamento esencial es que el mismo asunto sea visto en dos oportunidades por distintos jueces, todo ello a través del recurso de apelación;

Quinto: Que lo anterior se confirma por el análisis que se contiene sobre el artículo 13 A en el segundo Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, conforme lo acordado en las sesiones que se especifican en el Boletín N° 400-15 b) del Senado. En efecto, al tratarse una indicación del Ejecutivo que pretende reemplazar en el referido artículo los vocablos “reclamable”, “reclamación” y “el reclamo”, por “impugnable”, “impugnación”, y “la impugnación” y los vocablos “apelada”, “apelación”, “apelar” y “la apelación”, por “reclamada”, “reclamación”, “reclamar”, y “el reclamo” respectivamente, la Comisión rechazó por la unanimidad de los miembros la indicación “en atención a que es el Ministro quien resuelve en primera instancia y emite una resolución que es apelable”;

Sexto: Que la primera parte del inciso primero del artículo 73 de la Constitución prescribe que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Que dentro del concepto “causas civiles” a que se refiere la disposición preinserta, se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que se pueden suscitar, y que deben resolver autoridades, que si bien no están insertas dentro de los tribunales que regula el Código Orgánico de Tribunales, están ejerciendo jurisdicción y resolviendo cuestiones que afectan los derechos de las personas.

Es lo anterior, por lo demás, el origen de la eliminación que hizo al inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental, la Ley N° 18.825, de 1989, cuyo texto establecía: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Es decir, la única modificación que sufrió el artículo constitucional citado fue la eliminación de la referencia a lo “contencioso-administrativo” cuyo objetivo fue, tal como lo señala el profesor Carlos Andrade Geywitz, en su obra sobre “Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980” que “mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales contencioso administrativos, corresponderá a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos” (Obra citada, p. 216, Editorial Jurídica de Chile, 1991);

Séptimo: Que teniendo en consideración que el artículo 74 de la Constitución Política de la República, prescribe que es materia de ley orgánica constitucional la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia, es forzoso concluir, que el artículo 13 A del proyecto de ley en estudio versa sobre el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a un funcionario administrativo, que, al ejercerlas, actúa como un tribunal de primera instancia cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal. Por lo anterior las materias pertinentes contenidas en dicho artículo 13 A que se señalan en el considerando siguiente, se encuentran dentro de la órbita propia de la ley orgánica constitucional antes referida según se desprende del texto constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal;

Octavo: Que conforme lo señalado en los considerandos precedentes, versan sobre la Ley Orgánica Constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución, los siguientes incisos del artículo 13 A en análisis:

- a) El inciso quinto en la parte que señala “El Ministro, cumplido los trámites precedentes, asignará la concesión o declarará desierto el concurso público o, de existir solicitudes con similares condiciones, llamará a licitación entre éstas. El Ministro, en los dos primeros casos o en el tercero, resuelta la licitación, dictará la resolución respectiva”;
- b) El inciso séptimo en la parte que establece: “Esta resolución será reclamable por quien tenga interés en ello, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación de su extracto”;
- c) El inciso noveno que establece: “Vencido el plazo para el traslado, con o sin la respuesta del asignatario y recibido el informe de la Subsecretaría, el Ministro resolverá la oposición dentro de los 16 días siguientes a la fecha de recepción de este informe”;
- d) El inciso décimo primero, en la parte que establece: “La resolución que resuelva la reclamación podrá ser apelada para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación.”, y el párrafo final de este inciso que señala: “La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno”;
- e) El inciso décimo segundo del artículo que establece: “Vencido el plazo para apelar, sin haberse interpuesto este recurso o ejecutoriada la resolución que resuelva la apelación, el Ministro procederá a dictar el decreto supremo o la resolución que corresponda”;

Noveno: Que la segunda modificación a la Ley General de Telecomunicaciones que se somete a consideración de este Tribunal, se contiene en el nuevo artículo 15 que reemplaza al anterior de

la Ley General de Telecomunicaciones, el cual está compuesto por nueve incisos que, en forma relacionada e integral, resuelven todo lo relativo a las solicitudes de concesión y de modificación de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones;

Décimo: Que al ser tratado este artículo en el segundo Informe por la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado que se ha señalado en el considerando quinto, al discutirse una indicación del Ejecutivo que tenía por objeto reemplazar los vocablos “apelada”, “apelación” y “apelar” por “reclamada”, “reclamación” y “reclamar”, respectivamente se manifestó textualmente en su página 66:

“Se dejó expresa constancia, para la historia de la ley, que se desea consagrar un procedimiento contencioso-administrativo reglamentado, claro y de acuerdo a las reglas del debido proceso, y que no se radica la primera instancia en un Juzgado de Letras, porque existe una connotación técnica importante, que aconseja entregar su evaluación al Ministro, pudiendo la parte que no se conforme con la resolución que dicte, apelar de ella”.

Sostienen además los partidarios de la tesis que fue acogida y por la cual se rechazó la indicación del Ejecutivo: “La indicación en debate, a juicio de los autores de este planteamiento, no postula por consiguiente un simple cambio de términos, sino que involucra un radical cambio de conceptos. Terminaron reiterando que, por su naturaleza, la resolución del Ministro de que se trata resuelve un conflicto jurídico, y es, entonces, una resolución de primera instancia apelable”;

Décimo Primero: Que este Tribunal, teniendo en consideración lo expuesto precedentemente en los considerandos anteriores, resuelve que son de naturaleza orgánica constitucional los siguientes incisos del artículo 15 del proyecto de ley en análisis:

a) El inciso cuarto en la parte que establece: “El que tenga interés en ello podrá oponerse al otorgamiento de la concesión o modificación de la concesión, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación del extracto”;

b) El inciso quinto en la parte que establece: “Vencido el plazo para el traslado, con o sin respuesta del peticionario, y recibido el informe de la Subsecretaría, el Ministro resolverá la oposición dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de este informe. Esta resolución podrá ser apelada para ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación”. También tiene el mismo carácter el párrafo final de este inciso en la parte que establece: “La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno”.

c) Los incisos sexto y séptimo que disponen:

“La resolución judicial que rechace totalmente una oposición, deberá condenar expresamente en costas al opositor y le aplicará una multa no inferior a 10 ni superior a 1.000 UTM, la que irá a exclusivo beneficio fiscal. La Corte graduará la multa atendida la plausibilidad de la oposición, las condiciones económicas del oponente y la buena o mala fe con que éste haya actuado en el proceso. La Corte, en resolución fundada, podrá no aplicar multa”.

“Vencido el plazo para apelar o ejecutoriada la resolución que resuelve la apelación, el Ministro procederá a dictar el decreto, otorgando la concesión o modificación de la misma”;

Décimo Segundo: Que habiéndose sometido a consideración de este Tribunal el nuevo artículo 16, inciso tercero, contenido en el número 11 del proyecto de ley en estudio, se declara que el citado inciso que establece: “En caso que la Subsecretaría no estime subsanados los reparos u observaciones, dictará una resolución fundada rechazando el otorgamiento o la modificación de la concesión. Esta resolución podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación, deberá ser fundada y se tramitará conforme a las reglas

del recurso de protección”, es materia de la Ley Orgánica Constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Carta Fundamental;

Décimo Tercero: Que también se ha sometido a consideración de este Tribunal el párrafo tercero de la letra b) y la letra f) del artículo 16 bis que se crea, incluido en el número 12 del proyecto de ley en estudio que señalan:

– Artículo 16 bis, letra b), párrafo tercero: “Las disposiciones contenidas en esta letra no se aplicarán a la notificación de las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia”.

– Artículo 16 bis, letra f): “Todos los trámites procesales que se realicen ante los Tribunales de Justicia se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, del Código Orgánico de Tribunales y los Autos Acordados respectivos”.

El Tribunal no se pronuncia sobre estas disposiciones por versar sobre materias propias de la ley ordinaria o común.

Décimo Cuarto: Se ha sometido también a consideración de este Tribunal un nuevo artículo que se crea con el número 36 A, contenido en el número 17 del proyecto de ley en estudio, que se refiere a la aplicación de sanciones por las infracciones que se cometan a la Ley General de Telecomunicaciones y contempla, además, el procedimiento para su aplicación;

Décimo Quinto: Que a lo expuesto en los considerandos 2º, 3º y 4º de este fallo, debe agregarse lo expresado en el segundo Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado en las oportunidades indicadas en los considerandos 5º y 10º, en el cual se hace constar que se rechazó una indicación de la senadora señora Feliú que tenía por objeto eliminar el procedimiento que en él se establece fundada, según ella, en que “dicho procedimiento transforma al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en un tribunal de primera instancia para la aplicación de sanciones, las que sólo deben ser de competencia de los tribunales ordinarios”. Además se rechazan las indicaciones del Ejecutivo en cuanto al reemplazo de las expresiones “apelable” y “apelación” por “reclamable” y “reclamación” respectivamente, por las mismas razones que se tuvieron para no acoger las referentes al artículo 13 A;

Décimo Sexto: Que en mérito de lo anterior, este Tribunal resuelve que versan sobre materias propias de la Ley Orgánica Constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Política, los incisos primero, segundo y tercero del artículo 36 A, que establecen:

“Antes de aplicarse sanción alguna, se deberá notificar previamente al infractor del o de los cargos que se formulan en su contra. El afectado, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la notificación, deberá formular sus descargos y, de estimarlo necesario, solicitar un término de prueba para los efectos de acreditar los hechos en que basa su defensa. Los descargos deberán formularse por escrito ante el Ministro, señalar los medios de prueba con que se acreditarán los hechos que los fundamentan, adjuntar los documentos probatorios que estuvieren en poder del imputado, y fijar domicilio dentro del radio urbano de la comuna de Santiago”.

“Vencido el plazo para el traslado, con o sin la respuesta del afectado o, si existiendo descargos, no hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el Ministro resolverá derechamente. En caso de existir descargos y haber hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el Ministro recibirá la causa a prueba, la que se rendirá conforme a lo establecido en la letra c) del artículo 16 bis. Expirado el término probatorio, se haya rendido prueba o no, el Ministro resolverá sin más trámite”.

“La resolución que imponga sanciones será apelable para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a menos que se decrete la caducidad de una concesión, en cuyo caso la apelación se hará para ante la Corte Suprema”;

Décimo Séptimo: Que se ha sometido también a control de constitucionalidad la sustitución que se hace en el proyecto de ley en estudio al actual inciso primero del artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones, que se reemplaza por el siguiente:

“Artículo 39: En casos graves y urgentes, y sólo por razones de conveniencia o utilidad pública, la Subsecretaría podrá suspender hasta por 30 días el funcionamiento de un servicio, cuando se contravengan normas técnicas del marco regulador a que se refiere el artículo 24 de la presente ley. De la resolución de la Subsecretaría podrá, dentro de quinto día, reclamarse ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El reclamo se tramitará de conformidad con las normas que rigen el recurso de protección y su interposición no suspende la medida decretada, sin perjuicio de las facultades de la Corte de Apelaciones”;

Décimo Octavo: Que tal como se ha señalado anteriormente, la Ley General de Telecomunicaciones tiene una importancia relevante dentro de la organización social del país, pues ella regula entre otros, los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa del público en general; los servicios públicos de telecomunicaciones destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general; los servicios limitados de telecomunicaciones, incluyéndose dentro de ellos servicios limitados de televisión y la radiodifusión televisiva, todos los cuales inciden directa o indirectamente con aquel derecho fundamental que la Constitución asegura a todas las personas en el número 12 del artículo 19, reconociéndoles “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio,”;

Décimo Noveno: Que para el Constituyente de 1980, es tan importante la libertad de emitir opinión y la de informar que sólo contempla la afectación de su ejercicio mediante la suspensión o restricción que pueda decretar el órgano constitucional habilitado para ello, en caso que ocurran los estados de excepción constitucional a que se refieren los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política.

Específicamente los números 1, 2 y 5 del artículo 41 de la Carta Fundamental autorizan al Presidente de la República para suspender o restringir la libertad de información y de opinión, cuando en situación de guerra externa declara en estado de asamblea todo o parte del territorio nacional, o cuando decreta estado de sitio en caso de guerra interna o conmoción interior o cuando en caso de calamidad pública declare la zona afectada o cualquier otra que lo requiera en estado de catástrofe;

Vigésimo: Que el nuevo inciso primero del artículo 39 del proyecto en análisis contempla como se ha transcrito, la posibilidad de suspender un servicio de telecomunicaciones, para lo cual faculta al funcionario público Subsecretario de Telecomunicaciones para decretarla discrecionalmente en casos graves y urgentes y por razones de conveniencia o utilidad pública que él mismo determina.

Es decir, la facultad que se otorga al Subsecretario de Telecomunicaciones para suspender un servicio de esta última naturaleza, implica facultarlo para impedir el ejercicio de una garantía constitucional cuando la suspensión afecta a un medio informativo regulado por la Ley General de Telecomunicaciones;

Vigésimo Primero: Que reafirma la discrecionalidad con que actúa el Subsecretario para aplicar la suspensión de un servicio de telecomunicaciones cuando la contravención en que se fundamenta es el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones, el hecho que al señalar las “normas técnicas del marco regulador” establece que las constituyen “a) Planes fundamentales de numeración, encaminamiento, transmisión, señalización, tarificación y sincronismo; b) Planes de gestión y mantenimiento de redes; c) Planes de operación y funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones; d) Plan de uso del espectro radioeléctrico; e) Plan de radiodifusión sonora y televisiva”, elementos todos que de su simple lectura no permiten precisar cuándo existe una con-

travención que faculte para decretar la suspensión de un servicio de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión;

Vigésimo Segundo: Que al verse eventualmente afectado en su ejercicio, uno de los derechos que la Constitución asegura a todas las personas fuera de los casos que la misma Carta contempla, es preciso concluir que la norma en análisis es inconstitucional;

Vigésimo Tercero: Que no obstante que la Cámara de origen sometió a control como materia propia de ley orgánica constitucional conforme al artículo 82, N° 1°, de la Constitución, los incisos décimo y décimo primero del artículo 13 A; los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 15; los incisos tercero y cuarto del artículo 36 A, y el inciso primero del artículo 39, todos del proyecto de ley en análisis, este Tribunal estima, tal como lo ha señalado precedentemente, que los incisos que se han sometido a su control constituyen un solo todo orgánico y sistemático con los restantes incisos, que forman parte del artículo que los contiene, y que con un análisis parcializado de su contenido no puede desarrollar en su integridad y cabalmente su labor fundamental destinada a la preservación de uno de los valores rectores que conforman las Bases de la Institucionalidad contenidas en nuestra Carta Fundamental, cual es velar por el principio de la supremacía constitucional a que se refieren sus artículos 6° y 7°.

El Tribunal Constitucional cumple su función de control de constitucionalidad que la Carta Fundamental le señala en el artículo 82, N° 1°, confrontando la disposición orgánica constitucional consultada con la correspondiente norma de nuestra Constitución que le daría tal carácter, pero, el Tribunal no puede verse restringido en el ejercicio de su labor al consultársele solamente incisos de un artículo, en especial si éste constituye una disposición nueva que se crea, pues tal como se ha señalado, los incisos o partes de un artículo forman un solo todo que es jurídicamente difícil de separar y permiten al sentenciador constitucional comprender su exacto contenido y alcance;

Vigésimo Cuarto: Que lo señalado precedentemente no es obstáculo para que en el desempeño de su labor, el Tribunal Constitucional examinando un artículo sometido a su control, pueda, con el objeto de desarrollar el sentido que lo ha inspirado en su jurisprudencia de no rigidizar la legislación, determinar libremente que ciertos incisos o párrafos de aquél cuando ello sea pertinente son preceptos o normas que versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional;

Vigésimo Quinto: Que este Tribunal, al controlar otros incisos del mismo artículo consultado no está actuando de oficio, sino que tal como se ha señalado, está cumpliendo su función fundamental de velar como órgano preventivo por la supremacía y aplicación integral de las normas de la Constitución, para lo cual la propia Carta en su inciso segundo del artículo 83 lo faculta y encarga al prescribir que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”, labor que debe y puede realizar sin restricciones dentro del ejercicio de sus atribuciones y funciones taxativas que le señala el artículo 82 de la Carta Fundamental;

Vigésimo Sexto: Que consta de autos que se ha oído previamente a la Corte Suprema en conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 74 de la Constitución Política de la República;

Vigésimo Séptimo: Que consta, asimismo, de autos que tanto las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad como las que no lo han sido, fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución Política de la República, y que sobre ellas no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

Y, VISTOS, lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19, N° 12, 39, 40, 41, 63, 73, 74, 82, N° 1° y 83, de la Constitución Política de la República, lo prescrito en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, de 19 de mayo de 1981,

SE DECLARA:

1º.- Que el inciso primero del artículo 39, sustituido por el numeral 20 del proyecto, es inconstitucional, y por tanto debe eliminarse de su texto.

2º.- Que las siguientes disposiciones del proyecto, son de naturaleza orgánica y constitucional:

I) Artículo 13 A, agregado por el numeral 8 del proyecto remitido:

Inciso décimo primero, la primera oración que dice: “La resolución que resuelva la reclamación podrá ser apelada para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación.”, y la oración final, que expresa: “La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno”.

II) Artículo 15, reemplazado por el número 10, del proyecto remitido:

a. Inciso quinto, las dos primeras frases que dicen: “Vencido el plazo para el traslado, con o sin respuesta del peticionario, y recibido el informe de la Subsecretaría, el Ministro resolverá la oposición dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de este informe. Esta resolución podrá ser apelada para ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su notificación.”, y la frase final: “La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno”.

b. Inciso sexto, y

c. Inciso séptimo.

III) Artículo 16, sustituido por el número 11 del proyecto:

Inciso tercero.

IV) Artículo 36 A, agregado por el numeral 17 del proyecto remitido:

Inciso tercero.

3º.- Que las siguientes disposiciones del proyecto, son también de naturaleza orgánica y constitucional:

I) Artículo 13 A, agregado por el numeral 8 del proyecto remitido:

a. Inciso quinto, la primera parte que dice: “El Ministro, cumplido los trámites precedentes, asignará la concesión o declarará desierto el concurso público o, de existir solicitudes con similares condiciones, llamará a licitación entre éstas. El Ministro, en los dos primeros casos o en el tercero, resuelta la licitación, dictará la resolución respectiva”;

b. Inciso séptimo, en la parte que dice: “Esta resolución será reclamable por quien tenga interés en ello, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación de su extracto”;

c. Inciso noveno;

d. Inciso décimo segundo.

II) Artículo 15, reemplazado por el número 10 del proyecto:

Inciso cuarto, en la parte que dice: “El que tenga interés en ello podrá oponerse al otorgamiento de la concesión o modificación de la concesión, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación del extracto”.

III) Artículo 36 A, agregado por el número 17 del proyecto:

a. Inciso primero;

b. Inciso segundo.

4º.- Que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las siguientes disposiciones del proyecto remitido, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional:

I) Artículo 13 A, contenido en el numeral 8 del proyecto:

a. Inciso décimo;

b. Inciso décimo primero, la frase que dice: “La apelación deberá ser fundada y para su agregación a la tabla, vista y fallo, se regirá por las reglas aplicables al recurso de protección. El Ministro deberá elevar los autos a la Corte dentro de quinto día de interpuesto el recurso”.

II) Artículo 15, consultado en el número 10 del proyecto:

Inciso quinto, la frase: “La apelación deberá ser fundada y para su agregación a la tabla, vista y fallo, se regirá por las reglas aplicables al recurso de protección”.

III) Artículo 16 bis, contemplado en el número 12 del proyecto:

a. Párrafo tercero de la letra b), y

b. Letra f);

IV) Artículo 36 A, contenido en el número 17 del proyecto:

Inciso cuarto.

Acordada la declaración 3º, en todo cuanto se refiere a disposiciones no señaladas en el oficio N° 1435, de 25 de octubre último, por el que la H. Cámara de Diputados solicita se ejerza el control de constitucionalidad establecido en el N° 1º del artículo 82 de la Constitución Política de la República respecto de los preceptos que precisa –incisos décimo y décimo primero del artículo 13 A; incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 15; inciso tercero del artículo 16; párrafo tercero de la letra b) y letra f) del artículo 16 bis; incisos tercero y cuarto del artículo 36 A, e inciso primero del artículo 39 del proyecto–, en empate de votos, contando dicha declaración con el voto conforme del Presidente subrogante del Tribunal, Ministro señor Jiménez, de acuerdo a lo dispuesto en la letra f) del artículo 8º de la Ley N° 17.997, y los votos de los Ministros señores García y Colombo; y con el voto en contra de los Ministros señora Bulnes y señores Faúndez y Jordán. Los disidentes fueron de opinión de no emitir pronunciamiento alguno en relación con aquellas disposiciones por las que no se ha requerido por la Cámara de origen del proyecto la intervención de este Tribunal. En concepto de los señores Ministros disidentes, el claro mandato del artículo 3º de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que perentoriamente ordena que éste sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política, lleva inevitablemente a concluir que no es procedente, como por lo demás lo ha resuelto de manera reiterada e invariable este Tribunal, que, de oficio, efectúe el control de constitucionalidad sobre normas de un proyecto de ley que no le han sido sometidas a su examen.

Para evitar que se produzcan situaciones análogas a las que motivan su disidencia; los que, por los razonamientos que han vertido, no comparten las decisiones signadas en la declaración 3º del fallo, estuvieron por hacer presente a ambas ramas del Congreso la inconveniencia de solicitar ejercer

dicho control respecto de incisos o partes de un precepto y no del precepto respectivo en su integridad, puesto que es el contenido total de éste el que permite fijar su real sentido y alcance, y consecuentemente, ejercer a cabalidad y razonablemente el control constitucional correspondiente.

Redactó la sentencia el Ministro señor Jiménez, y la disidencia el Ministro señor Faúndez.

Devuélvase el proyecto a la H. Cámara de Diputados rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N° 176.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, don Manuel Jiménez Bulnes, y los Ministros señora Luz Bulnes Aldunate, señores Ricardo García Rodríguez, Osvaldo Faúndez Vallejos, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

La ley que modifica la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones fue publicada en el Diario Oficial del día 30 de enero de 1994, bajo el N° 19.277.

MATERIA

EJERCICIO DE FACULTADES JURISDICCIONALES POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Control de constitucionalidad Ley Orgánica Constitucional (art. 82 N° 1 CPR)

Rol: 198

Fecha: 04.01.1995

Resultado recurso: Constitucionalidad parcial del proyecto de ley.

Ministros mayoría: Marcos Aburto Ochoa, Manuel Jiménez Bulnes, Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez y Servando Jordán López.

Ministro minoría: Juan Colombo Campbell.

Ministro redactor: Manuel Jiménez Bulnes.

DESCRIPTORES

Servicio Público – Consejo de Defensa del Estado, Discrecionalidad – Investigación de Delito, Jurisdicción – Independencia – Facultad de Imperio – Debido Proceso – Derecho a la Intimidad – Inviolabilidad de las Comunicaciones y Documentos.

PRINCIPIO JURÍDICO

Facultades intrusivas otorgadas a la Administración supone ejercicio de jurisdicción que debe sujetarse a exigencias constitucionales de debido proceso.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 1º, 5º, 6º, 7º, 19 N° 3, 4 y 5, 73 y 74 CPR; Arts. 6º y 7º Código de Procedimiento Penal.

DISPOSICIÓN CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CONTROLA

Arts. 16 y 47 proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sustituye la Ley N° 18.403. El primer artículo, en lo principal, dispone en su primer inciso que el Consejo de Defensa del Estado podrá requerir directamente a funcionarios del Estado cooperación e información para el cumplimiento de sus funciones. En su inciso tercero establece que el Consejo podrá recoger e incautar documentación y antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos, y requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de una investigación. El inciso cuarto dispone otras medidas de intromisión que podrá adoptar el Consejo previa autorización judicial. Por último, en el inciso séptimo se establece que el Consejo podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas que se resuelva adoptar.

El segundo de los artículos impugnados establece competencia de jueces del crimen para conocimiento de ciertas faltas que señala la ley.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede una ley otorgar a la Administración facultades discrecionales para decretar medidas intrusivas con el objeto de investigar la comisión de un delito?

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El proyecto de ley sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Para la investigación de este delito, el inciso tercero del artículo 16 otorga facultades al Consejo de Defensa del Estado, servicio público descentralizado que, conforme a su ley orgánica, está bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República, para que efectúe y practique en forma discrecional, sin sujeción a tutela judicial alguna, las medidas que indica tendientes a establecer los hechos constitutivos de los delitos tipificados en el proyecto y, posteriormente, conforme a su artículo 13, decidir en forma privativa o monopólica, si ejercita o no la acción penal correspondiente, sin que tenga que fundar su decisión si así no lo hiciere (C. 8).

El inciso tercero del artículo 16 del proyecto de ley ha sido calificado como precepto propio de una ley orgánica constitucional por ambas ramas del Congreso Nacional y efectivamente lo es, pues él se refiere a la facultad que se otorga a un servicio público para entrar a conocer, investigar e indagar en causas criminales, materia cuyo conocimiento es privativo del Poder Judicial conforme a los principios de jurisdicción e independencia, bases esenciales de dicho Poder, según el artículo 73 de la CPR. Además, mediante él se está legislando para privar a los jueces del crimen de las atribuciones que los artículos 6º y 7º del Código de Procedimiento Penal, otorgan en lo relativo a la práctica de las primeras diligencias del sumario en un juicio criminal. Es decir, en estas materias el proyecto priva de atribuciones a los jueces con jurisdicción en lo criminal, situación que está inserta y dice relación directa con el contenido de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la CPR, que debe determinar “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia”. Por último, sirve de fundamento para la calificación del precepto como orgánico constitucional la facultad de imperio que se otorga, en el inciso séptimo del artículo 16 en análisis, al Consejo de Defensa del Estado para llevar a efecto las resoluciones que dicte o de las actuaciones que practique en uso de las atribuciones que el inciso tercero del mismo artículo le otorga. En efecto, mediante dicha facultad el Consejo de Defensa del Estado, puede recurrir directamente a la fuerza pública, materia propia de los tribunales ordinarios de justicia y de los especiales que integran el Poder Judicial al tenor del inciso tercero del artículo 73 de la CPR (C. 9).

El inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la CPR al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades

absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio, o para requerir a terceros la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva pertenecientes también a las personas investigadas. Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se prevén recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen. La vulneración constitucional referida se produce:

a) En relación a los artículos 1º, 5º, 6º y 7º de la CPR, donde se establece que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado. La potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas.

b) Vulnera también el artículo 19 de la CPR, en su N° 3 que establece el debido proceso legal. Esta norma presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor José Luis Cea en su “Tratado de la Constitución de 1980” (p. 275), “que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos”. En consecuencia, al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación. Pero el artículo 19 N° 3, inciso quinto de la CPR, asegura también que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado exigiendo al legislador que garantice un racional y justo procedimiento. Es decir, lo que la disposición prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo. En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16, en su inciso tercero, otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan. Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la

oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc.

c) Infringe también la disposición en análisis la garantía que contempla el N° 5 del artículo 19 de la Constitución, que establece conjuntamente con el N° 4, lo que la doctrina ha denominado el derecho a la intimidad de que gozan las personas y su familia. En efecto, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley (C. 10).

Como consecuencia de la inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 16 establecida precedentemente, también lo son lo que dicen relación al auxilio de la fuerza pública de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones que puede solicitar el Consejo de Defensa del Estado para llevar a cabo las actuaciones y diligencias que dicho inciso tercero contempla y que son declaradas inconstitucionales en esta sentencia. Al ser inconstitucionales las facultades que se le otorgan al Consejo de Defensa del Estado es obvio que éste no puede solicitar el auxilio de la fuerza pública para ejercerlas (C. 11).

CONCLUSIÓN

La Administración ejerce jurisdicción al disponer medidas intrusivas en la investigación de un delito. Infringe la Constitución la ley que atribuye esas facultades de manera discrecional sin sujetar la actuación de la Administración a control judicial y sin establecer un debido proceso para el ejercicio de las facultades. El derecho a la intimidad exige también que la ley establezca los casos y formas en que la Administración podrá decretar medidas intrusivas en las comunicaciones e información sujeta a secreto o reserva de las personas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es una restricción al criterio de que la Administración puede ejercer funciones de carácter jurisdiccional, ya enunciada en los casos Colonia Dignidad y Ley de Telecomunicaciones, pues a partir de este caso el TC observará que la Administración no puede disponer medidas intrusiva en libertades fundamentales de las personas sin la autorización previa de un juez.

Este criterio lo aplicará nuevamente en el caso del apercibimiento de arresto por no pago de multas del Código Sanitario (Rol 1518), también publicado en este libro.

TEXTO COMPLETO

Santiago, cuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que por oficio N° 292, de 4 de octubre de 1994, la Honorable Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que sanciona el tráfico ilícito de

estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sustituye la Ley N° 18.403, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 16 y 47 de éste;

2°. Que el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal: “Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”;

3°. Que el artículo 74 de la Carta Fundamental establece que: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema”;

4°. Que el artículo 16 del proyecto remitido dice:

“Artículo 16.- El Consejo de Defensa del Estado podrá requerir directamente de las autoridades y funcionarios o empleados de cualesquiera de los servicios de la administración del Estado, de las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente o de las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, la cooperación, la asistencia, el apoyo, los informes y antecedentes que estime necesarios para el cumplimiento de las funciones que le asigna esta ley.

Asimismo, podrá efectuar actuaciones en el exterior dirigidas a indagar y acumular pruebas acerca de la procedencia u origen de los bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio a que se refiere el artículo 12, pudiendo solicitar directamente asesoría a las representaciones diplomáticas y consulares de Chile en el exterior.

Con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, el Consejo de Defensa del Estado podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla.

Esta medida sólo podrá ser encomendada a un abogado funcionario del Consejo de Defensa del Estado, el cual levantará acta de ella, la que expresará el lugar donde se practica, el nombre de las personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que hubiere principiado y aquella en que concluyere, la relación del registro en el mismo orden en que se hubiere efectuado y un inventario de los objetos que se recojan. Se entregará copia de dicha acta y de la respectiva resolución a la persona de quien se ha recogido o incautado la documentación, y

b) Requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizados o facultados para operar en los mercados financieros, de valores y seguros y cambiario, proporcionarlos en el más breve plazo.

Además, el Consejo de Defensa del Estado podrá, previa autorización judicial, disponer las siguientes diligencias:

a) Impedir la salida del país de aquellas personas de quienes, a lo menos, se sospeche fundadamente que están vinculadas a alguno de los hechos previstos en el artículo 12 de esta ley, por un período máximo de sesenta días. Para estos efectos, deberá comunicar la prohibición y su alzamiento a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile. En todo caso, transcurrido este plazo, la medida de arraigo caducará por el solo ministerio de la ley, de lo cual deberán tomar nota de oficio los organismos señalados, y

b) Ordenar algunas de las medidas a que se refiere el artículo 19 por un plazo no superior a sesenta días.

Corresponderá al juez del crimen dentro de cuyo territorio jurisdiccional tenga su domicilio el Consejo de Defensa del Estado, autorizar previamente la práctica de las diligencias a que se refiere el inciso precedente. El tribunal procederá breve y sumariamente, sin audiencia ni intervención de terceros. La resolución que rechace la práctica de las diligencias solicitadas será someramente fundada, y el Consejo de Defensa del Estado podrá apelar de ella. La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la Sala de Cuenta de la Corte de Apelaciones de Santiago, tan pronto se reciban los antecedentes. El expediente se tramitará en forma secreta y será devuelto íntegramente al Consejo de Defensa del Estado, fallado que sea el recurso.

Copia de las resoluciones a que se refieren las letras a) y b) del inciso cuarto serán entregadas al afectado, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento.

Para llevar a efecto las actuaciones a que se refiere este artículo, una vez resueltas o autorizadas judicialmente, en su caso, el Consejo de Defensa del Estado podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, la que será concedida por el Jefe de Carabineros o de la Policía de Investigaciones más inmediato sin más trámite que la exhibición de la resolución administrativa o autorización judicial correspondiente. La fuerza pública se entenderá facultada, en estos casos, para descerrajar y allanar si fuere necesario.

Los notarios, conservadores y archiveros deberán entregar al Consejo de Defensa del Estado, en forma expedita y rápida, los informes, documentos, copias de instrumentos y datos que se les soliciten.

El otorgamiento de cualquier antecedente mencionado en este artículo será gratuito y libre de toda clase de derechos e impuestos”.

El artículo 47 por su parte señala:

“Artículo 47.- Las faltas a que alude el artículo 41 serán de conocimiento del juez del crimen competente, de acuerdo con las reglas generales, sin que proceda su acumulación a otros procesos criminales instruidos respecto del mismo hechor”;

5°. Que, de acuerdo a los considerandos 2° y 3° de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a la ley orgánica constitucional indicada en el último de ellos;

6°. Que en la situación prevista en el considerando anterior se encuentran los incisos tercero, cuarto, quinto y séptimo del artículo 16 y el artículo 47;

7°. Que en lo que se refiere a la constitucionalidad de las disposiciones orgánicas constitucionales referidas precedentemente, todas ellas lo son, salvo el inciso tercero del artículo 16, que adolece de inconstitucionalidad por las causas que se señalarán y que hace, por vía consecuencial, extensivo dicho vicio, en el inciso séptimo de la citada disposición, a las frases que se indicarán más adelante.

En efecto, el inciso tercero del referido artículo 16, establece, según se ha visto, lo siguiente:

“Con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, el Consejo de Defensa del Estado podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla.

Esta medida sólo podrá ser encomendada a un abogado funcionario del Consejo de Defensa del Estado, el cual levantará acta de ella, la que expresará el lugar donde se practica, el nombre de las personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que hubiere principiado y aquella en que concluyere, la relación del registro en el mismo orden en que se hubiere efectuado y un inventario de los objetos que se recojan. Se entregará copia de dicha acta y de la respectiva resolución a la persona de quien se ha recogido o incautado la documentación, y

b) Requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizados o facultados para operar en los mercados financieros, de valores y seguros y cambiario, proporcionarlos en el más breve plazo”;

8°. Que la norma anterior, inserta dentro del proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, tiene por objeto, al tenor de su artículo 12, descubrir y sancionar a todos aquellos que hubieren obtenido una utilidad, provecho o beneficio, o que sean partícipes o colaboren en el uso, aprovechamiento o destino de los bienes, valores, dineros que provengan de la perpetración en Chile o en el extranjero de algunos de los delitos a que dicho proyecto se refiere.

Para la investigación de este delito, el inciso tercero del artículo 16 otorga facultades al Consejo de Defensa del Estado, servicio público descentralizado que conforme a su ley orgánica está bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República, para que efectúe y practique en forma discrecional, sin sujeción a tutela judicial alguna, las medidas que indica tendientes a establecer los hechos constitutivos de los delitos tipificados en el proyecto y, posteriormente, conforme a su artículo 13, decidir en forma privativa o monopólica, si ejercita o no la acción penal correspondiente, sin que tenga que fundar su decisión si así no lo hiciera;

9°. Que el inciso tercero del artículo 16 del proyecto de ley en análisis, tal como se indicó, ha sido calificado como precepto propio de una ley orgánica constitucional por ambas ramas del Congreso Nacional y efectivamente lo es, pues él se refiere a la facultad que se otorga a un servicio público para entrar a conocer, investigar e indagar en causas criminales, materia cuyo conocimiento es privativo del Poder Judicial conforme a los principios de jurisdicción e independencia, bases esenciales de dicho Poder, según el artículo 73 de la Constitución. Además, se debe tener en consideración, para la calificación legal del precepto en análisis, que mediante él se está legislando para privar a los jueces del crimen de las atribuciones que los artículos sexto y séptimo del Código de Procedimiento Penal, otorgan en lo relativo a la práctica de las primeras diligencias del sumario en un juicio criminal. Es decir, en estas materias el proyecto priva de atribuciones a los jueces con jurisdicción en lo criminal, situación que está inserta y dice relación directa con el contenido de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Carta Fundamental, que debe determinar “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia...”.

Por último, sirve de fundamento para la calificación del precepto como orgánico constitucional la facultad de imperio que se otorga, en el inciso séptimo del artículo 16 en análisis, al Consejo de Defensa del Estado para llevar a efecto las resoluciones que dicte o de las actuaciones que practique en uso de las atribuciones que el inciso tercero del mismo artículo le otorga. En efecto, mediante dicha facultad el Consejo de Defensa del Estado, puede recurrir directamente a la fuerza pública, materia propia de los tribunales ordinarios de justicia y de los especiales que integran el Poder Judicial al tenor del inciso tercero del artículo 73 de la Constitución, facultad que, como consecuencia de la inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 16, adolece también del mismo vicio;

10°. Que el referido inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio, o para requerir a terceros la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva pertenecientes también a las personas investigadas. Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se prevén recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen.

La vulneración constitucional referida se produce:

a) En relación al artículo primero de la Carta Fundamental que establece uno de los pilares de nuestro ordenamiento constitucional estructurado sobre la base de ciertos valores esenciales entre los cuales se destaca el que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado y por ello se encuentra incluido dentro del Capítulo I que denomina “Bases de la Institucionalidad”. En efecto, el inciso cuarto de la referida disposición establece el principio que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución reconoce y asegura a las personas. Es decir, la Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto, y en consecuencia toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo. En efecto, la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas. Lo anterior se aprecia nítidamente en el proyecto ya que las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y “objetos que se recojan” dependen de potestades discrecionales amplias, en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen, sólo depende de la apreciación libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación.

b) Vulnera también la disposición en análisis el artículo 19 de la Carta Fundamental, en su N° 3, inciso quinto, que establece el debido proceso legal, pues se está en presencia de un servicio público legalmente facultado para ejercer jurisdicción pudiendo decidir sobre la conducta o bienes de las personas; investigar hechos, recoger e incautar documentos y antecedentes que le permitirán

en definitiva, a su mero arbitrio, decidir si se ejerce la acción penal ante la justicia del crimen tendiente a sancionar a los culpables de la comisión de los delitos investigados.

La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor don José Luis Cea en su “Tratado de la Constitución de 1980” (p. 275), “que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos”. En consecuencia, al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación.

Pero el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la Carta Fundamental, asegura también que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado exigiendo al legislador que garantice un racional y justo procedimiento. Es decir, lo que la disposición prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo.

En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16, en su inciso tercero, otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan. Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc.

c) Infringe también la disposición en análisis la garantía que contempla el N° 5 del artículo 19 de la Constitución, que establece conjuntamente con el N° 4, lo que la doctrina ha denominado el derecho a la intimidad de que gozan las personas y su familia.

En efecto, tal como se ha señalado en la letra b) precedente, el inciso tercero del artículo 16 en examen, no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, en las que deben actuar los funcionarios del servicio autorizado para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios y objetos que estimen necesarios para la investigación. Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley;

11°. Que, como consecuencia de la inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 16 establecida precedentemente, también lo son las frases “una vez resueltas o”, “en su caso,” y “resolución administrativa o” contenidas en el inciso séptimo del mismo artículo y que dicen relación al auxilio de la fuerza pública de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones que puede solicitar el Consejo de Defensa del Estado para llevar a cabo las actuaciones y diligencias que dicho inciso tercero contempla y que son declaradas inconstitucionales en esta sentencia. Al ser inconstitucionales las facultades que se le otorgan al Consejo de Defensa del Estado es obvio que éste no puede solicitar el auxilio de la fuerza pública para ejercerlas;

12°. Que el inciso cuarto del artículo 16 del proyecto de ley en examen faculta al Consejo de Defensa del Estado para que, “previa autorización judicial” pueda disponer de las diligencias que en la citada disposición se contemplan.

Establecido el carácter de precepto orgánico constitucional de la disposición y con el objeto de precisar el entendimiento con que este Tribunal la ha declarado constitucional, cree del caso señalar que al otorgar el juez del crimen la autorización para la práctica de las diligencias que la norma contempla y que se le solicitan, no existe delegación alguna de facultades jurisdiccionales del juez al Consejo de Defensa del Estado y, en consecuencia, en cada oportunidad que se pretendan deben ellas ser solicitadas nuevamente al órgano judicial respectivo.

13°. Que las normas contenidas en los incisos primero, segundo, sexto, octavo y noveno del artículo 16, del proyecto remitido, no son propias de la ley orgánica constitucional a que alude la disposición señalada en el considerando 3°, según se desprende de la interpretación que deriva de su texto, de la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y del espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestra Carta Fundamental;

14°. Que, consta de autos que se ha oído previamente a la Corte Suprema de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 74 de la Constitución Política;

15°. Que, consta asimismo de autos, que las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución Política, y que sobre ellas no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

Y, VISTO, lo dispuesto en los artículos 1°; 5°; 19, N°s. 3, 4 y 5; 63; 73; 74 y 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República, y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997, de 1981, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA:

1. Que el inciso tercero del artículo 16, y las frases “una vez resuelta o”, “en su caso,” y “resolución administrativa o”, contenidas en el inciso séptimo del mismo artículo, del proyecto remitido, son inconstitucionales, y deben eliminarse de su texto.

2. Que las disposiciones contempladas en los incisos cuarto, quinto y séptimo –salvo las frases “una vez resuelta o”, “en su caso,” y “resolución administrativa o”– del artículo 16 y el artículo 47, del proyecto remitido, son constitucionales.

3. Que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las normas de los incisos primero, segundo, sexto, octavo y noveno del artículo 16, del proyecto remitido, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional.

Acordada contra el voto de los Ministros señora Luz Bulnes Aldunate y don Juan Colombo Campbell, quienes estuvieron por declarar materia propia de ley común el inciso tercero del artículo 16, del proyecto, en mérito de las siguientes consideraciones:

1º) Que este Tribunal tiene competencia privativa y obligatoria para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política.

Para precisar si el texto de los incisos citados del artículo 16 contienen normas de rango orgánico constitucional, o si, por el contrario, son materia de ley común, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo expuesto por el artículo 74 de la Constitución “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

Las normas sobre organización de los tribunales comprenden, en lo esencial, el establecimiento de las bases del sistema judicial, la implementación de los órganos que ejercen jurisdicción los que se

agrupan en la clasificación tradicional que distingue entre tribunales constitucionales, ordinarios, especiales, contencioso-administrativos y arbitrales y las disposiciones relativas al nombramiento de los jueces.

Por su parte, las atribuciones a que se refiere el artículo 74 mencionado precedentemente, configuran la competencia del tribunal, que comprende la competencia jurisdiccional, no contenciosa, administrativa y disciplinaria.

La competencia es la parte de jurisdicción que le corresponde a cada tribunal y se regula a base de un conjunto de reglas destinadas a distribuir su ejercicio entre los distintos tribunales establecidos en la República. Se encuentra definida en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, como “la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”.

2º) Que la jurisdicción, como ya se dijo en sentencia recaída en el proceso Rol Nº 165, se define, generalmente, como “el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”.

Dicho concepto lo recoge nuestra normativa orgánica en el artículo 73 de la Constitución Política que expresa: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” y en el artículo 1º, tanto del Código Orgánico de Tribunales, como en el de Procedimiento Penal, que lo reafirman.

En esencia, y para los efectos de este fallo, interesa destacar dos elementos de la jurisdicción. El primero, se refiere a la facultad privativa que la Constitución y la ley otorgan a los tribunales para resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República; y el segundo, a los denominados momentos jurisdiccionales del conocimiento, juzgamiento y cumplimiento, que constituyen las etapas o fases a través de las cuales se desarrolla el ejercicio de la jurisdicción en el proceso y que le permiten conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

3º) Que precisado lo anterior, debe tenerse presente que el Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos ministerios, regido por el D.F.L. Nº 1, de 28 de julio de 1993.

Los artículos 2º y 3º de su ley orgánica, precisan las funciones del Consejo, que en cuanto inciden en el contenido de esta sentencia, le otorgan la defensa judicial de los intereses del Estado en todos los juicios y actos no contenciosos y lo legitiman como actor y pretendiente en los procesos penales en que se encuentre comprometido el interés fiscal.

Cabe destacar que el artículo 41 de la ley citada obliga a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones a enviar al Consejo todos los partes relacionados con los delitos de elaboración y tráfico de estupefacientes y que a su vez, el artículo 48 señala que “En los procesos sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el Presidente del Consejo y los abogados procuradores fiscales dentro de sus respectivos territorios, podrán también participar en los interrogatorios y careos a los inculpados y testigos, pudiendo formular preguntas a través del tribunal; así como en los allanamientos, inspecciones y otras diligencias o gestiones que decreta el tribunal, pudiendo hacer peticiones y observaciones, a menos que el tribunal lo deniegue por resolución fundada, en casos graves y calificados, de todo lo cual deberá dejarse debida constancia”.

El tenor de las disposiciones legales que regulan la organización y funcionamiento del Consejo, llevan necesariamente a concluir que dicho órgano es un servicio público descentralizado, que no es un tribunal de justicia y que carece de funciones jurisdiccionales.

4º) Que por lo tanto, lo que debe dirimirse en esta sentencia es si el proyecto de ley en consulta, al otorgar a este ente administrativo, las funciones señaladas precedentemente, le están dando jurisdicción y habilitándolo como tribunal especial, cuando excepcionalmente haga uso de ella. Nuestra legislación presenta múltiples ejemplos en que la Constitución o la ley entregan a órganos no jurisdiccionales “per se”, el ejercicio de la función jurisdiccional y en la medida que la ejerzan quedan habilitados como tribunales, sin que ello violente las bases constitucionales de nuestro sistema orgánico.

5º) Que por lo tanto, corresponde ahora examinar las funciones que el proyecto entrega al Consejo para calificarlas de jurisdiccionales o no jurisdiccionales y resolver en consecuencia si se trata de materia propia de ley orgánica o materia propia de ley común.

En efecto, el artículo 16 del proyecto, faculta al Consejo de Defensa del Estado para adoptar las siguientes medidas, contando con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros en ejercicio:

“a) Recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla”, y

“b) Requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizados o facultados para operar en los mercados financieros, de valores y seguros y cambiario, proporcionarlos en el más breve plazo”.

Siendo así y como ya se dijo, lo que debe ser resuelto es si las atribuciones contenidas en las disposiciones citadas son o no jurisdiccionales. Si lo fuesen, los incisos estarían regulando materias propias de la organización y atribuciones de los tribunales y tendrían carácter de orgánica constitucionales de acuerdo al citado artículo 74 de la Carta Fundamental. Por el contrario, si se les califica de atribuciones administrativas, serían materias propias de una ley común, normas que la Constitución no somete al control de constitucionalidad de este Tribunal, al tenor de lo previsto en el también citado artículo 82, N° 1º.

6º) Que, para dirimir lo anterior deben, además, considerarse los siguientes antecedentes:

a.- Que el propio texto del proyecto de ley califica las atribuciones del Consejo en la investigación de los hechos que eventualmente configuran el tipo previsto como delito por la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, como de carácter meramente preliminar, esencialmente administrativo, no contencioso y obligatorio sólo respecto de las personas a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 16 y la letra b, inciso tercero, del mismo artículo.

A continuación, su artículo 18 establece que concluida la investigación preliminar a que se refieren los artículos anteriores, el Consejo de Defensa del Estado, con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, resolverá acerca de la procedencia de deducir la acción penal, lo que significa que antes de su ejercicio no puede haber proceso jurisdiccional.

b.- Que la determinación del hecho punible equivale a la demostración de la existencia de un conflicto penal de intereses de relevancia jurídica y surge cuando un sujeto con su acción u omisión genera como resultado un hecho que reviste caracteres de delito.

El artículo 76 del Código de Procedimiento Penal establece que TODO JUICIO CRIMINAL comenzará por la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella.

Por su parte, el artículo 108 establece que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objetivo del sumario.

Siendo así, en la mayoría de los conflictos penales existe una calificación previa de las circunstancias que invisten a un hecho del carácter de punible, calificación extra procesal que es realizada por la persona que posteriormente accionará a través de la denuncia o la querrela o, del propio tribunal, cuando su mérito decida actuar de oficio sin esperar ejercicio de la acción.

En la especie, las facultades que se dan al Consejo operan entre el tiempo que se ejecutó el hecho que reviste caracteres de delito y su traspaso al tribunal para la formación del proceso respectivo, por lo cual necesariamente deben calificarse como de extra procesales y, por lo tanto, no jurisdiccionales.

c.- Que la acción procesal es el derecho que tienen los titulares legitimados, para traspasar el conflicto al proceso.

Para saber quiénes son sujetos activos con legitimación para obrar en el proceso penal, hay que distinguir si el delito otorga acción penal pública, privada, mixta o monopólica.

La acción pública se caracteriza porque la generalidad de los habitantes pueden ejercerla; la privada está reservada a los personalmente ofendidos por el delito, la mixta se inicia como privada pero la prosecución del proceso se independiza de la voluntad del actor, y finalmente la monopólica es aquella cuyo ejercicio entrega la ley en forma exclusiva a determinados organismos públicos. Esta última forma de acción penal constituye la regla general en el sistema anglosajón y es absolutamente excepcional en el sistema chileno, toda vez que cuando la consagra, la investigación de los hechos queda subordinada a la voluntad del actor que es el único que puede instar a la apertura del proceso.

La calificación de la acción la hace el legislador y es materia que se contiene en una ley de procedimiento.

Los titulares la pueden hacer efectiva a través de la querrela, denuncia o requerimiento, según lo autorice la ley procesal funcional.

En este contexto, tratándose de delito de acción penal pública, la policía y los particulares pueden denunciar cuando tienen conocimiento de la existencia de un hecho punible. Como ya se dijo, éste es tal cuando reviste caracteres de delito. Actualmente los delitos de elaboración y tráfico de estupefacientes son de acción pública.

La policía tiene el carácter de agente del tribunal para recibir las denuncias de particulares, como lo indica el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, o puede ser denunciante en los casos en que debe o puede denunciar.

El sistema procesal penal chileno está construido sobre la base de que la denuncia se formula cuando hay un hecho que reviste caracteres de delito, o sea, cuando el resultado de una acción u omisión responde a un tipo penal previamente establecido.

De acuerdo a las reglas del Código de Procedimiento Penal, si el hecho denunciado no reviste caracteres de delito, el juez no abrirá proceso según lo expresan los artículos 91 y 102 del Código de Procedimiento Penal.

7º) Que en el caso regulado por el artículo 16, la complejidad del tipo penal y la dificultad de su prueba, han llevado al legislador a generar una instancia administrativa preliminar para poder precisar si el hecho que se investiga reviste o no el carácter de alguno de los delitos tipificados en la propia ley en consulta.

Es por ello que resulta plausible en este tipo penal la generación de un mecanismo que permite realizar una investigación administrativa previa, tendiente a establecer antes de accionar, si el hecho reviste o no caracteres de delito. Actualmente así ocurre con la policía cuando practica por sí misma diligencias tendientes a precisar la existencia del cuerpo del delito para luego decidir si cursa o no la denuncia al tribunal.

Este derecho es independiente de la facultad jurisdiccional del tribunal para abrir proceso cuando la existencia del hecho llega a su conocimiento y se trata de delito de acción pública.

Las consideraciones precedentes llevan necesariamente a concluir que la facultad que le confiere el artículo 16, en su inciso primero al Consejo de Defensa del Estado es de carácter administrativo y, como tal, no violenta al artículo 73 de la Constitución Política de la República que consagra el principio de jurisdicción como facultad privativa de los tribunales de justicia, ni se rige por el artículo 74 que se refiere a las normas sobre la organización y atribuciones de los tribunales.

Debe tenerse presente que el proyecto considera la existencia de una acción monopólica para el inicio de los procesos por tráfico de drogas y demás que establece esta ley y que faculta al Consejo para no deducir la acción si estima que los hechos investigados preliminar y administrativamente, no revisten caracteres de delito.

Al respeto, reconociendo la gravedad que presenta esta alternativa, debe resolverse que en cuanto se trata de materias que se refieren al proceso y al procedimiento, a este Tribunal no le corresponde emitir pronunciamiento por no referirse a materias que deban, de acuerdo a la Constitución, ser reguladas por ley orgánica constitucional.

8º) Que de lo considerado precedentemente se deduce que la investigación preliminar no es jurisdiccional y por lo tanto, debe decidirse que la norma en consulta, esto es, el artículo 16, inciso tercero, no es orgánica constitucional en esta parte, por lo que no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre su constitucionalidad, pues se trata de una ley común la que sólo puede llegar a conocer y controlar por la vía del requerimiento que establece el artículo 82, Nº 2º, e inciso séptimo de la misma disposición.

Se previene, además, que los Ministros señora Luz Bulnes Aldunate y don Juan Colombo Campbell, estuvieron por declarar que el inciso séptimo del artículo 16, en la parte que autoriza al Consejo de Defensa del Estado para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública para apoyar la realización de las atribuciones que le otorga el artículo 13, es orgánico e inconstitucional, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:

1º) Que el proyecto prescribe que para llevar a efecto las actuaciones establecidas por el artículo 16, una vez resuelta o autorizada judicialmente, el Consejo podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública a la que sólo deberá exhibírsele la resolución administrativa o autorización judicial según los casos.

Cuando se trate del cumplimiento de una resolución judicial, es el juez que concede la medida el que está instando a su cumplimiento y, por lo tanto, la fuerza pública está destinada al cumplimiento de la sentencia.

El problema se presenta cuando el proyecto autoriza al Consejo para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas que puede decretar en uso de las facultades de las letras a) y b) del inciso tercero del artículo 16.

2º) Que igualmente, debe considerarse lo previsto por el artículo 73 en sus dos incisos finales, que establecen la facultad denominada del “imperio”, al señalar que “Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

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”.

3º) Que a juicio de los Ministros previnientes, no obstante la facultad que la ley otorga al Consejo para instruir la investigación administrativa preliminar, ella no puede alcanzar la facultad de hacer uso del imperio jurisdiccional, toda vez que la atribución es administrativa, en circunstancias que las facultades previstas por la Constitución Política en el artículo 73 están reservadas para el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando existe proceso jurisdiccional pendiente, y no podrían ser usadas por organismos administrativos para practicar diligencias decretadas en investigaciones preliminares.

Al proponerlo así el legislador, violenta el artículo 73, inciso tercero de la Constitución Política al entregar a un organismo ajeno al sistema jurisdiccional una facultad que es privativa de los tribunales y que sólo puede ejercer existiendo un proceso que se sustancia ante ellos.

Con el mérito de lo expuesto, los Ministros previnientes consideran que, en esta parte, la ley es orgánica constitucional e inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la Constitución Política.

Redactó la sentencia el Ministro señor Manuel Jiménez Bulnes, la disidencia y la prevención el Ministro señor Juan Colombo Campbell.

Devuélvase al proyecto a la Honorable Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N° 198.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Marcos Aburto Ochoa, y los Ministros señor Manuel Jiménez Bulnes, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Ricardo García Rodríguez, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

La ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sustituye la Ley N° 18.403, fue publicada en el Diario Oficial del día 20 de enero de 1995, bajo el N° 19.366.

MATERIA

EJERCICIO DE FACULTADES JURISDICCIONALES POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad precepto legal declarado inaplicable (art. 93 N° 7 CPR)

Rol: 681

Fecha: 26.03.2007

Resultado recurso: Inconstitucionalidad precepto.

Ministros mayoría: José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

Ministro minoría: Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes.

Ministro redactor: Marisol Peña Torres.

Requirente: De oficio.

DESCRIPTORES

Jurisdicción – Tribunales de Justicia, Delegación – Facultades Jurisdiccionales, Atributo de la Soberanía, Servicio de Impuestos Internos, Inexcusabilidad – Juez Natural.

PRINCIPIO JURÍDICO

La Administración cuando ejerce jurisdicción se somete a las restricciones propias de dicha función.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 5º, 6º, 7º, 19 N° 3, 76 y 77 CPR; Art. 41 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración; Art. 115 Código Tributario.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE REvisa

Artículo 116 del Código Tributario que autoriza al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar en funcionarios la facultad de conocer y fallar reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede una ley permitir a un órgano de la Administración delegar en sus subalternos facultades jurisdiccionales que le han sido atribuidas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

En virtud de la autorización del artículo 116 del Código Tributario, los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos venían delegando sus facultades para conocer y fallar reclamaciones de los contribuyentes.

Por sentencia Rol 472 el TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario, sosteniendo que vulneraba los artículos 6º, 7º, 19 Nº 3, inciso 4, 38, inciso 2, 76 y 77 de la CPR. El Tribunal declaró inaplicable el artículo 116 del Código Tributario en 33 oportunidades adicionales. En base a lo anterior, se resolvió abrir proceso de oficio sobre la constitucionalidad de aquella disposición.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos. En este contexto, la autorización que confiere dicho órgano, en virtud del cuestionado artículo 116 del Código Tributario, en su calidad de juez tributario, a funcionarios de su dependencia implica una delegación de la referida competencia jurisdiccional, toda vez que dice relación con el conocimiento y fallo de reclamaciones y denuncias tributarias que, en forma privativa, le ha otorgado la ley a dicha autoridad a través del artículo 115 del mismo cuerpo legal, en los siguientes términos: “El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa”. (C. 12).

Los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos –cuya función principal es administrativa– al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado, como lo autoriza expresamente el sistema constitucional y orgánico nacional. Ello, por cuanto la jurisdicción supone el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir (C. 16).

El artículo 77 de la CPR delegó en el legislador orgánico la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República (C. 17).

Así entonces, la autorización que puede otorgar el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos a determinados funcionarios del mismo, para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden suya, contemplada en el artículo 116 del Código Tributario, constituye una delegación de facultades propias del tribunal tributario, en la medida que es el Director Regional como juez tributario quien confía a un funcionario del mismo Servicio el ejercicio de parte de la competencia que la ley le ha confiado originalmente. La referida delegación de facultades, que se materializa a través de la dictación de una resolución exenta, como aquéllas que se han examinado, ya en numerosas ocasiones, permite que el funcionario delegado conozca y resuelva reclamaciones tributarias, actuando “por orden del Director Regional” (C. 18).

Resulta necesario precisar la naturaleza de las funciones que se delegan en virtud de la disposición citada. La delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario consiste en la facultad de conocer y de resolver, en primera o única instancia, según proceda, las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, facultad otorgada originalmente al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos por el artículo 115 del mismo Código. Tal y como se afirmó antes, se trata de una facultad de naturaleza eminentemente jurisdiccional. Debe descartarse, consecuentemente, la hipótesis de que se trate de una delegación administrativa de aquéllas previstas en el artículo 41 de la LOCBGAE, pues no concurre el supuesto fundamental para que ésta opere y que consiste en que quien delega ejerza una función administrativa (C. 19).

Sobre la base de que el artículo 116 del Código Tributario importa una delegación de facultades jurisdiccionales, es preciso analizar su conformidad con la Constitución teniendo en cuenta que la jurisdicción constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la CPR o la ley la han confiado. Tal conclusión se desprende inequívocamente del artículo 5° de la CPR. En el mismo sentido, el artículo 76, inciso 1, de la CPR indica que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Cabe advertir que el Tribunal ha precisado que dentro del concepto de causas civiles se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que, como las reclamaciones tributarias, se susciten y sean resueltas por autoridades que estén ejerciendo jurisdicción afectando los derechos de las personas (C. 21).

Desde el punto de vista explicado, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5° de la CPR, al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador. Al mismo tiempo, el precepto cuestionado infringe el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que se encuentra consagrado en el artículo 76, inciso 2, de la CPR (C. 22).

El artículo 116 del Código Tributario, al posibilitar una delegación de facultades jurisdiccionales abiertamente inconstitucional, transgrede asimismo el artículo 6° de la CPR (C. 23).

En este mismo orden de consideraciones, el artículo 116 del Código Tributario vulnera, asimismo, en su esencia, el artículo 7° de la Constitución, que precisa los requisitos indispensables para la validez y sujeción a derecho en la actuación de todo órgano del Estado, esto es, de todo ente unipersonal o colegiado cuya voluntad se imputa o atribuye a éste. La prohibición recordada, que configura el más cardinal de los principios del derecho público chileno, resulta confirmada con la prohibición que se impone al propio legislador, en el artículo 64 de la CPR, en orden a autorizar al Presidente de la República para dictar legislación delegada en materias que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, como es el caso de aquéllas que se refieren

a la organización y atribuciones de los tribunales, tal y como ordena el artículo 77, inciso 1, de la misma CPR. En la situación que se analiza, la forma de constituir un tribunal que resuelva conflictos tributarios es a través de un mandato conferido por la propia ley y no puede ser sustituida por un mero acto administrativo (C. 24).

La delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente. El referido principio se desprende, en primer término, del artículo 19 N° 3, inciso 4, de la CPR (C. 25).

CONCLUSIÓN

Una ley no puede permitir a un órgano de la Administración delegar facultades jurisdiccionales que le han sido atribuidas, toda vez que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y en tal calidad es indelegable.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia el TC ratificó que la Administración puede ejercer jurisdicción (STC Roles 176 y 681, incorporadas en este libro), pero que cuando se le reconoce tal función debe someterse a las restricciones propias de ella, en este caso el que la jurisdicción no se puede delegar.

Así las cosas el TC opta definitivamente por considerar que el establecimiento de poderes adjudicativos reconocidos a la Administración son funciones jurisdiccionales y no administrativas, sujetas a su sistema de garantías.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiséis de marzo de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha veintitrés de marzo de 2006, don Eduardo Zarhi Hasbún, en representación de don Rafael Selume Sacaan, dedujo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario, sosteniendo que vulneraba los artículos 6º, 7º, 19 N° 3, inciso cuarto, 38, inciso 2º, 76 y 77 de la Constitución Política.

Por sentencia de 30 de agosto de 2006 (Rol N° 472-2006), se acogió el aludido requerimiento declarando que el artículo 116 del Código Tributario era inaplicable en la gestión pendiente constituida, en la especie, por el recurso de apelación de que conocía la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4985-2002.

Con posterioridad al referido pronunciamiento y hasta la fecha, este Tribunal ha declarado asimismo inaplicable el aludido precepto legal en los procesos Roles N°s. 499, 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658, todos del año 2006, por adolecer de los mismos reproches de constitucionalidad constatados en la sentencia referida en el párrafo anterior.

Por su parte, con fecha 6 de diciembre de 2006 y sobre la base de las cuatro primeras sentencias dictadas hasta ese momento, esta Magistratura resolvió abrir proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario. Todo ello en virtud de la atribución que

le confiere el artículo 93, inciso primero, numeral 7º, de la Constitución Política, en relación con el inciso décimo segundo del mismo artículo, luego de constatar que se había dado cumplimiento a los presupuestos exigidos por dichas normas para iniciar un proceso de inconstitucionalidad.

En la misma resolución mencionada precedentemente se dispuso ponerla en conocimiento de S.E. la Presidenta de la República, del H. Senado, de la H. Cámara de Diputados, del Servicio de Impuestos Internos y del Consejo de Defensa del Estado.

El 23 de enero de 2007 y haciendo uso del traslado conferido, el Servicio de Impuestos Internos hizo presente que “a propósito de requerimientos de inconstitucionalidad deducidos en diversos procesos de reclamaciones tributarias pendientes ante distintos Jueces Tributarios del país, el Servicio de Impuestos Internos procedió a remediar jurídicamente la circunstancia cuyo examen constitucional fue reprobado, cuál era el acto de delegación de la función jurisdiccional desde el Señor Director Regional del Servicio a otro funcionario dependiente de aquél”.

Agregó que, “en efecto, mediante Resolución Exenta N° 118, de 04 de octubre del año 2006, fueron dejadas sin efecto, entre otras, las autorizaciones dadas a los Directores Regionales para delegar la función jurisdiccional en funcionarios de su dependencia, disponiéndose, en la misma Resolución, la dictación de las resoluciones revocatorias pertinentes y ordenándose, finalmente, que una vez que dichas revocaciones fueran publicadas en el Diario Oficial, los Directores Regionales se avocarían al conocimiento y resolución de los reclamos, pendientes y futuros, de liquidaciones, giros, pagos y resoluciones regidos por los procedimientos contemplados en el Título II y en el Párrafo 1º del Título III del Libro Tercero del Código Tributario, así como de los reclamos de denuncias que indica”.

Precisó, asimismo, que la inconstitucionalidad anterior, resuelta por este Tribunal, “ha dicho precisa relación con la facultad delegatoria regulada en el artículo 116 del Código Tributario, delegación cuya improcedencia no hace más que afirmar la facultad jurisdiccional que ejerce y debe ejercer el delegante, esto es, el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, observando así el principio de inexcusabilidad que impera respecto de su función jurisdiccional y la seguridad jurídica que ampara a los particulares, uno y otro principios reconocidos como pilares fundamentales de nuestro estado de derecho en todos y cada uno de los fallos referentes a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario”.

Finaliza el Servicio de Impuestos Internos indicando que “en caso alguno pretende controvertir una eventual declaración de inconstitucionalidad relativa al artículo 116 referido sino, por el contrario, dar cuenta de las medidas jurídicas adoptadas, del pleno acatamiento de las resoluciones de este Excmo. Tribunal, así como del hecho que, en cuanto a sus efectos, aquella eventual declaración deberá disponer hacia futuro, publicada que sea la misma, manteniendo intactos los efectos de las sentencias anteriormente dictadas, conforme disponen de manera expresa los incisos tercero y cuarto del artículo 94 de la Constitución Política de la República”.

Los demás órganos interesados no formularon observaciones.

Se trajeron los autos en relación procediéndose a la vista de la causa con fecha veinticinco de enero de dos mil siete.

CONSIDERANDO:

I. Presupuestos constitucionales y procesales necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

Primero: Que el artículo 93, numeral 7º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en

ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

Segundo: Que el inciso duodécimo del mismo artículo agrega: “Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”.

Tercero: Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes:

- a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal;
- b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6º, e inciso undécimo, de la Constitución;
- c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo actuando de oficio; y
- d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia.

Cuarto: Que, en la especie, esta Magistratura ha abierto proceso de oficio para declarar la inconstitucionalidad del precepto legal contenido en el artículo 116 del Código Tributario, como consta de la resolución de 6 de diciembre de 2006, aludida en la parte expositiva de esta sentencia. En la misma se hace referencia a las decisiones previas al acuerdo del Tribunal de entrar de propia iniciativa a la apertura del proceso y que corresponden a los Roles N°s. 472, 499, 502 y 515, todos del año 2006, que declararon la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario en las diversas gestiones en que incidían dichos procesos, por los fundamentos que se expresan en las sentencias aludidas.

En consecuencia, en esta materia, este Tribunal ha procedido en estricta concordancia con lo que dispone la Constitución Política, de acuerdo a la normativa contenida en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal.

Se han cumplido así todos y cada uno de los presupuestos exigidos por la Carta Fundamental para proceder a pronunciarse sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, destacándose, además, la conveniencia de formular tal declaración en función de la adecuada coherencia que debe guardar el ordenamiento jurídico con lo prescrito en la Constitución Política y, consecuentemente, atendiendo al interés general que ella envuelve.

Quinto: Que, con posterioridad a la resolución que ordenó abrir de oficio el proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma aludida, este Tribunal ha declarado, asimismo, su inaplicabilidad en las demás sentencias que han sido mencionadas en la parte expositiva de este fallo, por las mismas razones de inconstitucionalidad constatadas y declaradas en los procesos considerados e invocados en la resolución de 6 de diciembre de 2006.

Sexto: Que, tal como consta en los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005, materializada a través de la Ley N° 20.050, el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley.

A juicio de esta Magistratura, la situación sub lite afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica que, tal y como ha sido precisado en su jurisprudencia, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho cuya custodia la Carta encomienda a este órgano de control constitucional.

Séptimo: Que, por otra parte, debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución.

Octavo: Que, tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad.

Noveno: Que sólo en el contexto explicado deben entenderse los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal según se lee en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Constitución Política, que expresan: “El precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”. “Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación”.

II. Alcances constitucionales de la autorización contenida en el artículo 116 del Código Tributario.

Décimo: Que, sobre la base de las consideraciones que preceden, resulta necesario examinar si el artículo 116 del Código Tributario puede, de alguna manera, ser conciliado con la Carta Fundamental o si, por el contrario, la inconstitucionalidad constatada y declarada en los procesos previos de inaplicabilidad decididos por este Tribunal, puede tener aplicación general y dar lugar, por ende, a una declaración que produzca los efectos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 94 de la Constitución.

Décimo Primero: Que, con tal finalidad y en este contexto, resulta pertinente recordar que el referido precepto legal dispone: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional”.

En relación y concordancia con dicha norma, el artículo 6º, letra B, N° 7, del Código Tributario señala que corresponde a los Directores Regionales en la jurisdicción de su territorio: “Autorizar a

otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por “orden del Director Regional”, y encargarles, de acuerdo con las leyes y reglamentos, el cumplimiento de otras funciones y obligaciones”.

Por otra parte, el artículo 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, precisa, a su turno, que: “Los Directores Regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el Director, autorizar a funcionarios de su dependencia para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando “por orden del Director Regional”.

Décimo Segundo: Que en el ámbito de la competencia absoluta, el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos. En este contexto, la autorización que confiere dicho órgano, en virtud del cuestionado artículo 116 del Código Tributario, en su calidad de juez tributario, a funcionarios de su dependencia implica una delegación de la referida competencia jurisdiccional, toda vez que dice relación con el conocimiento y fallo de reclamaciones y denuncias tributarias que, en forma privativa, le ha otorgado la ley a dicha autoridad a través del artículo 115 del mismo cuerpo legal, en los siguientes términos: “El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa”.

Aplicando las reglas de competencia relativa, el sistema establece que: “Será competente para conocer de las reclamaciones el Director Regional de la unidad del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame; en el caso de reclamaciones en contra del pago, será competente el Director Regional de la unidad que emitió el giro al cual corresponda el pago. Si las liquidaciones, giros o resoluciones fueren emitidos por unidades de la Dirección Nacional, o el pago correspondiere a giros efectuados por estas mismas unidades, la reclamación deberá presentarse ante el Director Regional en cuyo territorio tenga su domicilio el contribuyente que reclame al momento de ser notificado de revisión, de citación, de liquidación o de giro.

El conocimiento de las infracciones a las normas tributarias y la aplicación de las sanciones pecuniarias por tales infracciones, corresponderá al Director Regional que tenga competencia en el territorio donde tiene su domicilio el infractor.

Tratándose de infracciones cometidas en una sucursal del contribuyente, conocerá de ellas el Director Regional que tenga competencia en el territorio dentro del cual se encuentre ubicada dicha sucursal”.

La norma transcrita se reitera en el artículo 6º, letra B, N° 6, del Código Tributario, que señala que corresponde a los Directores Regionales, en la jurisdicción de su territorio: “Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes de conformidad a las normas del Libro Tercero”.

Por su parte, el artículo 19 del D.F.L. N° . 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, indica, en su letra b), que: “Le corresponde a los Directores Regionales dentro de sus respectivas jurisdicciones:

b) Resolver las reclamaciones tributarias que presenten los contribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias, en conformidad al Libro III del Código Tributario y a las instrucciones del Director”.

Décimo Tercero: Que, precisado que la facultad de conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias, que le otorgan las normas de competencia antes señaladas, corresponde al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, este Tribunal ha afirmado la naturaleza jurisdiccional de tal facultad, en cada uno de los pronunciamientos de inaplicabilidad que sirven de antecedente

y fundamento a esta sentencia, teniendo presente, para ello, los preceptos constitucionales que regulan el ejercicio de la jurisdicción y su distribución entre los tribunales establecidos por la ley; la historia fidedigna del establecimiento de las respectivas disposiciones legales; las precisiones conceptuales efectuadas por el propio Servicio de Impuestos Internos; los antecedentes del proyecto de ley sobre tribunales tributarios, en actual trámite legislativo; la jurisprudencia previa tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema y la correlación armónica de diversos preceptos contenidos en el mismo Código Tributario.

Décimo Cuarto: Que cabe recordar, en efecto, que en el debate abierto, en el año 1960, cuando se otorgó originalmente la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias al Director General del Servicio de Impuestos Internos, este órgano del Estado defendió el carácter jurisdiccional de aquella atribución frente a los argumentos de la Contraloría General de la República, vertidos en Dictamen N° 18.359, de 5 de abril de 1957, que afirmaban el carácter administrativo de la señalada facultad.

Dicha naturaleza ha sido también reiterada por el Servicio de Impuestos Internos en recientes documentos oficiales, como es el caso del estudio “La Justicia Tributaria en Chile”, de abril de 2001, publicado en la página web del aludido Servicio.

Décimo Quinto: Que otros órganos del Estado distintos del Servicio de Impuestos Internos han afirmado también el carácter jurisdiccional de la facultad que se confiere a los Directores Regionales de ese Servicio por el artículo 115 del Código Tributario.

Es así como en el Mensaje de S. E. el Presidente de la República que inicia el proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria, de 19 de noviembre de 2002, y en actual tramitación legislativa (Boletín N° 3139-05), se señala que: “la facultad jurisdiccional de primera instancia, en materia tributaria, corresponde en la actualidad a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. Por la vía de la delegación de facultades, se ha radicado en los Jefes de Departamento Tribunal Tributario de cada Dirección Regional”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema al emitir su opinión respecto del referido proyecto de ley (Oficio N° 3643, de 30 de diciembre de 2002) y al fallar diversos recursos de inaplicabilidad como, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 17.167, de 4 de septiembre de 1992. En estos últimos procesos, la misma Corte ha afirmado que los tribunales tributarios constituidos por los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que alude el artículo 5°, inciso cuarto, del Código Orgánico de Tribunales.

Décimo Sexto: Que, por su parte, como se recordó, esta Magistratura Constitucional también ha afirmado reiteradamente, en los diversos pronunciamientos de inaplicabilidad que han antecedido a esta sentencia, que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos –cuya función principal es administrativa–, al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado, como lo autoriza expresamente el sistema constitucional y orgánico nacional. Ello, por cuanto la jurisdicción supone el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.

Décimo Séptimo: Que debe recordarse que el artículo 77 de la Constitución delegó en el legislador orgánico la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

Debe destacarse que la misma disposición facultó expresamente al legislador para señalar las calidades que deben tener los jueces y es en este contexto donde el Código Tributario contempla las reglas contenidas en su Libro Tercero, titulado “De los Tribunales, de los procedimientos y de la prescripción”, que confirman la naturaleza jurisdiccional de la atribución confiada a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos por el artículo 115 del Código Tributario como tribunales especiales de carácter contencioso-administrativo. Entre dichas disposiciones pueden mencionarse los artículos 130, 132, 134, 135, 136, 137 y 138, referidos todos al procedimiento general de reclamaciones tributarias. Asimismo no debe perderse de vista que, de conformidad con el artículo 120 del citado Código, las Cortes de Apelaciones son los tribunales señalados por la ley para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los Directores Regionales y que, en diversas ocasiones, han constituido la gestión pendiente que ha fundado las acciones de inaplicabilidad decididas previamente por este Tribunal.

Décimo Octavo: Que claramente la autorización que puede otorgar el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos a determinados funcionarios del mismo, para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden suya, contemplada en el artículo 116 del Código Tributario, constituye una delegación de facultades propias del tribunal tributario, en la medida que es el Director Regional como juez tributario quien confía a un funcionario del mismo Servicio el ejercicio de parte de la competencia que la ley le ha confiado originalmente. La referida delegación de facultades, que se materializa a través de la dictación de una resolución exenta, como aquéllas que ha examinado este Tribunal, ya en numerosas ocasiones, permite que el funcionario delegado conozca y resuelva reclamaciones tributarias, actuando “por orden del Director Regional”.

Décimo Noveno: Que, aclarado que el contenido del artículo 116 del Código Tributario importa una delegación de facultades del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos en funcionarios dependientes del mismo, resulta necesario precisar la naturaleza de las funciones que se delegan en virtud de la disposición citada.

Al respecto, este Tribunal ha afirmado, consistentemente, en los pronunciamientos de inaplicabilidad que preceden a esta sentencia, que la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario consiste en la facultad de conocer y de resolver, en primera o única instancia, según proceda, las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, facultad otorgada originalmente al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos por el artículo 115 del mismo Código. Tal y como se afirmó en el considerando décimo quinto, se trata de una facultad de naturaleza eminentemente jurisdiccional.

Debe descartarse, consecuentemente, la hipótesis de que se trate de una delegación administrativa de aquéllas previstas en el artículo 41 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pues no concurre el supuesto fundamental para que ésta opere y que consiste en que quien delega ejerza una función administrativa. En efecto, cuando el Director Regional conoce y falla reclamaciones tributarias actúa como el tribunal señalado por la ley, constituyendo así el juez competente para decidir estos conflictos. Es en esa calidad –juez del tribunal– que efectúa la delegación a un funcionario público que no reviste tal atributo, puesto que no ha sido investido por la ley como juez del tribunal.

A su turno, la delegación administrativa es siempre parcial, en la medida que sólo puede referirse a materias específicas. En el caso del artículo 116 del Código Tributario, es evidente que con la dictación de la resolución exenta respectiva se delega íntegramente la facultad de conocer y fallar reclamaciones tributarias en un funcionario público que, como se dijo, no está investido de la calidad de juez. Así, tal delegación no se refiere a aspectos específicos de la función jurisdiccional como podría ser la realización de los actos de mera sustanciación del proceso.

La autorización prevista en el artículo 116 del Código Tributario tampoco importa una “delegación de firma” como aquella que prevé el inciso final del artículo 41 de la Ley N° . 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pues la doctrina ha señalado y esta Magistratura ha resuelto que aquella no es sino una especie de delegación administrativa procedente sólo en casos muy excepcionales que no coinciden con la situación que se analiza.

III. Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.

Vigésimo: Que, sobre la base de que el artículo 116 del Código Tributario importa una delegación de facultades jurisdiccionales realizada por el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, en su carácter de juez del tribunal tributario, en funcionarios de su dependencia, es preciso analizar su conformidad con la Constitución siguiendo la línea argumental desplegada por esta Magistratura en los pronunciamientos previos de inaplicabilidad recaídos en el mismo precepto legal.

Vigésimo Primero: Que, tal y como este Tribunal ha recordado, la jurisdicción, entendida en la forma explicada en el considerando décimo sexto, constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado.

Tal conclusión se desprende inequívocamente del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental que establece, en su inciso primero: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”. En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución indica que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Cabe advertir que este Tribunal ha precisado que dentro del concepto de causas civiles se deben incluir todas aquellas controversias jurídico-administrativas que, como las reclamaciones tributarias, se susciten y sean resueltas por autoridades que estén ejerciendo jurisdicción afectando los derechos de las personas. (Sentencia de 22 de noviembre de 1993, Rol No 176, considerando 6°).

Vigésimo Segundo: Que, desde el punto de vista explicado, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5° de la Constitución Política, al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador, en el artículo 115 del mismo Código, y que se traduce en el ejercicio de la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias que deduzcan los contribuyentes. Ello importa, indudablemente, un conflicto de intereses de relevancia jurídica y que sólo puede ser resuelto por los tribunales establecidos por la ley y por los jueces designados por ella.

Al mismo tiempo, el precepto cuestionado infringe el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que se encuentra consagrado en el artículo 76, inciso segundo, del Código Político, en los siguientes términos: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Vigésimo Tercero: Que, en el mismo sentido, el aludido artículo 116 del Código Tributario, al posibilitar una delegación de facultades jurisdiccionales abiertamente inconstitucional, transgrede asimismo el artículo 6° de la Carta Fundamental, que ordena en forma perentoria, en su inciso primero, que: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”. La consagración del principio de supremacía de la Constitución en la norma transcrita encuentra su adecuado complemento en la norma contenida en el inciso segundo del mismo artículo, que expresando el principio de vinculación directa de la Carta Fundamental señala que: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Esta disposición, en concordancia con el artículo 7º, excluye la delegación de funciones por parte de funcionarios públicos tratándose de órganos jurisdiccionales.

Vigésimo Cuarto: Que, en este mismo orden de consideraciones, el artículo 116 del Código Tributario vulnera, asimismo, en su esencia, el artículo 7º de la Constitución, que precisa los requisitos indispensables para la validez y sujeción a derecho en la actuación de todo órgano del Estado, esto es, de todo ente unipersonal o colegiado cuya voluntad se imputa o atribuye a éste. Así, de conformidad con el inciso primero de esa norma, los órganos del Estado actúan válidamente “previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. De allí que el inciso segundo de esa norma sea categórico en señalar que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

La prohibición recordada, que configura el más cardinal de los principios del derecho público chileno, resulta confirmada con la prohibición que se impone al propio legislador, en el artículo 64 de la Carta Fundamental, en orden a autorizar al Presidente de la República para dictar legislación delegada en materias que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, como es el caso de aquellas que se refieren a la organización y atribuciones de los tribunales, tal y como ordena el artículo 77, inciso primero, de la misma Constitución.

En la situación que se analiza, la forma de constituir un tribunal que resuelva conflictos tributarios es a través de un mandato conferido por la propia ley y no puede ser sustituida por un mero acto administrativo, tal como se explicará en el considerando siguiente. Así, la dictación de una resolución exenta a través de la cual el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos materializa la delegación de sus facultades jurisdiccionales en un funcionario público que no tiene el carácter de juez, no se ajusta a la forma prescrita por la propia Constitución para designar a sus jueces.

Vigésimo Quinto: Que, por otra parte, la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente.

El referido principio se desprende, en primer término, del artículo 19 N° 3, inciso cuarto, de la Constitución que precisa que: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Asimismo, la Carta Fundamental alude al referido presupuesto en su artículo 38, inciso segundo, al señalar: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución, indica: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. Como se ha indicado precedentemente, dentro del concepto de causas civiles se incluyen las causas contencioso-administrativas como aquellas que resuelven los conflictos tributarios.

Al mismo tiempo, el artículo 77, en su inciso segundo, prescribe que: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

El hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale previamente la ley y por el juez que lo representa, al tenor de las normas citadas, constituye, por un lado, un derecho esencial que se asegura a toda persona y que los órganos del Estado están obligados a respetar y promover, tal y como ordenan los artículos 1º, inciso cuarto, y 5º, inciso segundo, de la Constitución. A la vez, representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él. Como puede observarse, el Estado de Derecho mismo, en cuanto adecuado equilibrio entre el orden y la libertad, es el que resulta afianzado con el debido respeto al principio de legalidad del tribunal.

Consecuentemente, el juez al ser generado por una resolución exenta infringe, en su esencia, el mencionado principio. En efecto, el funcionario del Servicio de Impuestos Internos en quien el Director Regional respectivo efectúa la delegación de sus facultades jurisdiccionales de conocer y fallar reclamaciones tributarias, no es un juez ni menos puede constituir un tribunal al solo amparo del artículo 116 del Código Tributario. Por el contrario, es necesario que se concrete la delegación de facultades, a través de la resolución exenta, para que pueda asumir tal calidad. Expresado en otros términos, la ley, a través del artículo 115 del Código Tributario, creó un sistema jurisdiccional en materia tributaria –el Director Regional–. De esta forma, el principio de legalidad del tribunal sólo se cumple en la disposición contenida en el artículo 115 del Código Tributario. En la medida que el artículo 116 del mismo cuerpo legal faculta al referido juez para delegar sus atribuciones, en esencia indelegables, infringe la preceptiva constitucional antes señalada.

De la misma forma, toda persona que pretenda desempeñarse como juez ejerciendo una jurisdicción que no le ha sido conferida por la ley sino por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por el artículo 19 N° 3, inciso cuarto, de la Ley Fundamental.

Vigésimo Sexto: Que las inconstitucionalidades constatadas precedentemente, ligadas, por lo demás, a principios cardinales del derecho público, ya precisados en esta sentencia, no admiten ninguna otra interpretación plausible que no conduzca necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 5º, 6º, 7º, 19 N° 3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 64, 76, 77 y 93, inciso primero, numeral 7º, e inciso duodécimo, de la Constitución Política, así como en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE QUE EL ARTÍCULO 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ES INCONSTITUCIONAL, CONSIDERÁNDOSE DEROGADO, COMO EFECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 94, INCISO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN, DESDE LA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL, DENTRO DE TERCERO DÍA, DE LA PRESENTE SENTENCIA.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Correa y Fernández Fredes, quienes estuvieron por declarar que el artículo 116 del Código Tributario no es inconstitucional, por las consideraciones que siguen:

Primero: Estos disidentes no difieren de lo que razona este Tribunal acerca de los presupuestos constitucionales y procesales necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, contenidos en el apartado primero. Concuerdan también con el fallo que antecede en que resulta contrario a la Constitución que quien ha sido instituido como juez por la ley se vea facultado a delegar esa función de juzgar en un funcionario que la ley no designa más que por su pertenencia a un servicio público determinado. Por los fundamentos que el fallo expresa en su apartado III, comparten que es contrario a los derechos fundamentales que conozca y juzgue una causa de

naturaleza jurisdiccional quien resulte designado en virtud de una decisión administrativa por el director regional de un servicio centralizado y concuerdan también que el orden institucional que consagra la Constitución no acepta que se deleguen facultades jurisdiccionales, sin estricta sujeción al principio de legalidad. Comparten también que la razón de ser más importante de las normas constitucionales es la de proteger la seguridad de los justiciables, impidiendo que el juzgamiento destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad.

Segundo: Discrepan, sin embargo, estos disidentes, con la premisa básica en que descansa tal razonamiento y que consiste en que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos sea un órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado una función jurisdiccional al permitirle resolver un reclamo tributario. Analizada la función que el artículo 116 autoriza a delegar, debe concluirse que ella carece de los atributos básicos de la función jurisdiccional, pues en el reclamo tributario que se debe resolver no hay controversia entre partes sometidas a la decisión de un tercero, ni esta controversia debe, en estricto rigor jurídico, resolverse conforme a derecho y, por último, las reglas de procedimiento tienen características que difieren de aquellas que regulan los procesos judiciales. En cambio, el reclamo tributario y su resolución comparten una naturaleza y una regulación que es típica de las de carácter administrativo y que no difiere sustancialmente de muchas otras existentes en nuestra legislación, todas ellas consistentes en resolver en sede y con carácter administrativo reclamaciones respecto de lo obrado por el propio servicio. Esta disidencia difiere de lo resuelto únicamente porque no comparte lo que se razona y concluye en el apartado II del fallo. Los motivos para estimar que la facultad que el artículo 116 autoriza a delegar no tiene naturaleza jurisdiccional serán desarrollados en los considerandos que siguen.

Tercero: Que es efectivo que las normas del Código Tributario que regulan la reclamación tributaria –cuyo conocimiento y resolución el impugnado artículo 116 del mismo cuerpo legal autoriza delegar– se refieren a este reclamo, a quien lo resuelve, a su procedimiento y a la decisión que le pone término con un lenguaje propio de lo judicial. Así, el propio Libro Tercero y su Título I hablan de los “Tribunales”, otras disposiciones otorgan la denominación de juez (tributario) a quien encargan resolver este asunto; diversos preceptos llaman “instancia” a la sucesión de actos destinados a resolver el reclamo. En igual sentido, el artículo 134 denomina “fallo” a la resolución definitiva del reclamo, mientras el inciso segundo del artículo 136 y los artículos 137 y 138, entre otros, la denominan “sentencia”. Igual lenguaje propio de lo judicial utiliza el Código Tributario para denominar la impugnación de lo resuelto que habilita al reclamante a llegar a la instancia del Poder Judicial, pues los artículos 139 y 141 la llaman “apelación”. De igual modo, y en consecuencia, las publicaciones del Servicio de Impuestos Internos y los proyectos de ley a los que el fallo alude han seguido este modo legislativo de referirse a las reclamaciones tributarias como una instancia de naturaleza judicial. No debe restarse importancia a estas denominaciones; no son triviales, pues, como ha acreditado la teoría contemporánea, en el ámbito jurídico, los nombres suelen constituir realidades, particularmente en cuanto esos nombres, por su sola invocación, hacen inmediatamente aplicables estatutos jurídicos a la figura respectiva. No siendo trivial el modo en que la legislación, las autoridades políticas o la doctrina mayoritaria denominan una determinada situación, el nombre no es, sin embargo, un antecedente suficiente para resolver que tal situación es, en realidad, lo que la ley dice que es. Un viejo aforismo jurídico dice que las cosas en derecho son lo que son y no lo que se dice que son. Para saber si el órgano que resuelve el reclamo tributario es en realidad un tribunal especial que ejerce jurisdicción y para determinar si su resolución es, en verdad, una sentencia, es necesario examinar las restantes reglas relativas a tales institutos, pues es perfectamente posible que los nombres no constituyan esas realidades y que, bajo su apariencia, ni el órgano sea un Tribunal, ni el procedimiento uno judicial ni la resolución un fallo, todo lo cual obliga a ir más allá de las denominaciones legales, particularmente si, como en la especie,

tales denominaciones concordaban con la voluntad política de revestir modos arcaicos de resolver cuestiones contencioso-administrativas con apariencias propias de un estado de derecho.

Cuarto: Que, al hacer el examen de las restantes reglas relativas al reclamo tributario, estos disidentes llegan a la conclusión de que en él no se encuentran presentes las características más elementales de la jurisdicción. Desde luego, y como se desarrolla más extensamente en los considerandos que siguen, no se verifica, en la especie, una controversia entre partes sometida a la decisión de un juez. En cuanto a la materia, si bien hay un asunto de relevancia jurídica que debe resolverse, el acto que lo resuelve no está obligado a hacerlo en conformidad a derecho y ni siquiera hay obligación de resolverlo, por lo que tampoco comparece, en la especie, este tan elemental componente de la jurisdicción. Por último, las formas procesales carecen de la bilateralidad de la audiencia, elemento que configura esencialmente una controversia jurisdiccional. En cambio, el análisis de los intervinientes, de la resolución y, parcialmente, de las formas procesales muestra que éstas son las propias del reclamo administrativo denominado recurso jerárquico. En tales condiciones, debe concluirse que aquello que el artículo en examen autoriza a delegar no son funciones jurisdiccionales.

Quinto: Que, en lo que se refiere a los intervinientes, es forzoso concluir, en primer lugar, que el reclamo tributario no está llamado a ser resuelto por un tribunal especial ni por un juez, sea el titular al que alude el artículo 115, sea el delegado a que se refiere el artículo 116, ambos del Código Tributario. Por definición, un juez es un tercero imparcial que se sitúa entre quienes contienden para resolver una disputa de relevancia jurídica (en la jurisdicción contenciosa). En la especie, el reclamo tributario lo interpone el contribuyente en contra de una resolución del Servicio de Impuestos Internos y la ley llama a resolverlo a un funcionario del mismo Servicio en contra del que se reclama. Este funcionario es dependiente del órgano reclamado y tiene el deber funcionario de defender sus intereses. En consecuencia, el órgano que resuelve el reclamo tributario es el Servicio de Impuestos Internos y la persona que lo decide un funcionario de dicho Servicio, quien, como tal, no puede ser tenido como un tercero, pues es dependiente del órgano reclamado (artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de Hacienda, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos), ni está llamado a ser imparcial, pues si lo fuere incumpliría con sus deberes funcionarios. Ni en el sentido natural y obvio, ni en el sentido técnico, puede estimarse juez a la parte interesada, aunque esté facultada para resolver. Lo dicho vale tanto para el Director Regional como para su eventual delegado.

Sexto: Que lo razonado en el considerando que antecede no es suficiente para concluir que la resolución del reclamo tributario no tiene carácter jurisdiccional, como lo han sostenido votos minoritarios en inaplicabilidades análogas a las de esta causa, emanados de la Excma. Corte Suprema (como el pronunciado por cinco señores Ministros con fecha 12 de diciembre de 2002 en la causa Verdugo Pincheira con Servicio de Impuestos Internos), pues ello equivale a definir lo jurisdiccional únicamente por el órgano que resuelve. A juicio de estos disidentes, la afirmación contenida en el considerando quinto puede llevar a dos conclusiones igualmente plausibles: por una parte, a que el supuesto tribunal no es tal y, por ende, no hay un órgano que ejerza jurisdicción, como lo han sostenido esos votos de minoría; pero también permite igualmente concluir que el órgano ejerce jurisdicción pero que, por no reunir las características propias de un juez, lo hace contraviniendo la Constitución, privando a quienes litigan de un juez imparcial y, por ende, de un debido proceso judicial.

Si lo dicho en el considerando quinto no es suficiente para concluir acerca de si lo que se delega es o no jurisdiccional, se hace necesario continuar con el análisis, para discernir si estamos ante una función administrativa o ante un órgano que, violando garantías constitucionales de imparcialidad, ejerce jurisdicción.

Séptimo: Que, continuando con el análisis de los intervinientes, es fuerza concluir que tampoco concurre en la especie el más elemental componente de la jurisdicción contenciosa: no existen

partes que sostengan una controversia jurídica. Por el contrario, el examen del procedimiento que rige el reclamo tributario muestra a un solo sujeto o parte: el reclamante y ninguna controversia. El Servicio de Impuestos Internos no es parte en el reclamo, el procedimiento no supone que comparezca, no lo contempla; el Servicio de Impuestos Internos no está llamado a controvertir nada y mal podría hacerlo, del momento que es el mismo órgano que llevó a cabo el acto en contra del cual se reclama y, a su vez, es quien resuelve el reclamo de que se trata. El Servicio de Impuestos Internos no es parte que controvierta ni podría serlo, pues sus intereses están representados por quien va a resolver el reclamo y nadie puede controvertir ante sí mismo.

Octavo: Que, de ese modo, el análisis de los actores del reclamo tributario no muestra ninguna de las características propias de la jurisdicción, pues no hay partes que controviertan un asunto de relevancia jurídica que deba ser resuelto por un tercero. En cambio, el asunto de relevancia jurídica ha de ser decidido por actores que están siempre presentes y son típicos del recurso jerárquico ante el propio órgano que ya ha resuelto en contra de los intereses del administrado. En la especie, un órgano de la administración del Estado, como es el Servicio de Impuestos Internos, resuelve en contra de los intereses del contribuyente y ello origina el reclamo tributario, que es, así, un recurso jerárquico destinado a que el propio Servicio de Impuestos Internos modifique o mantenga su posición y no uno de carácter jurisdiccional, sostenido por partes que controvierten ante un tercero imparcial que, sin tener interés en el asunto ni haber emitido opinión anterior a su respecto, conoce y resuelve.

Noveno: A diferencia del análisis acerca de los intervinientes, el de las reglas de procedimiento no permite arribar a conclusiones unívocas acerca de la naturaleza (jurisdiccional o administrativa) del instituto en estudio. A favor del carácter jurisdiccional puede anotarse el hecho de que los autos sobre reclamación deben llevarse en la forma ordenada para los expedientes judiciales en los artículos 29 y 34 del Código de Procedimiento Civil y especialmente que las reglas supletorias aplicables son, por disposición del artículo 148 del Código Tributario, las comunes a todo procedimiento del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil y no las supletorias de los procedimientos administrativos. Con todo, no es menor anotar a favor de la tesis de que estamos enfrente de una gestión administrativa y no jurisdiccional, el hecho de que el procedimiento para conocer y resolver de estas reclamaciones, establecido en el Título II del Libro Tercero del Código Tributario, no contempla bilateralidad de la audiencia. En efecto, las reglas procesales del respectivo Título no otorgan, como ya se dijo, derechos procesales al Servicio de Impuestos Internos, lo que se justifica precisamente porque se trata de un reclamo en su contra que resuelve uno de sus funcionarios, por lo que sus intereses están representados no por una parte en el litigio, sino por quien resuelve tal reclamo, lo que hace innecesario que argumente o aporte pruebas. Esta forma procesal es típica de los procedimientos administrativos y completamente ajena e intolerable en un proceso jurisdiccional.

Décimo: Que, por último, el análisis de la resolución que decide el reclamo tributario lleva definitiva y concluyentemente a la convicción de que no estamos frente a una sentencia, componente esencial de lo jurisdiccional, pues no resulta exigible que el reclamo se decida en conformidad a derecho y ni siquiera resulta exigible que se resuelva, lo que priva al reclamo tributario de otro de los más esenciales componentes de la jurisdicción. La ley tributaria establece tres reglas acerca de esta resolución definitiva que son tan propias de resoluciones administrativas y tan impropias de resoluciones jurisdiccionales que convencen a estos disidentes que aquello cuya delegación viene impugnándose es una atribución administrativa y no una jurisdiccional. Estas son el carácter modificable de la resolución, la forma que ella debe tener y, lo más significativo, el valor que la ley concede al silencio o falta de resolución, todo lo cual se desarrolla en los tres considerandos que siguen.

Décimo Primero: Que, en lo que respecta a la resolución definitiva de la reclamación tributaria, el artículo 139 del Código respectivo autoriza a interponer en su contra recurso de reposición, lo

que es impropio de una sentencia definitiva y típico de una resolución administrativa. En efecto, cuando se produce una sentencia definitiva, el órgano respectivo pierde su jurisdicción bajo el efecto del desasimiento. En cambio, cuando la resolución es administrativa, el órgano puede siempre modificar lo resuelto.

Décimo Segundo: Que las sentencias o fallos típicamente deben resolver en conformidad a derecho y tener una forma determinada, exigida por los artículos 170 del Código de Procedimiento Civil para las sentencias civiles y 500 del Código de Procedimiento Penal y 342 del Código Procesal Penal para las sentencias penales. La forma, en este caso, no es una cuestión menor, pues las decisiones de un órgano que ejerce jurisdicción se diferencian de las decisiones políticas y de las administrativas esencialmente por el razonamiento, en derecho, que les resulta debido a las primeras y no a las restantes. En efecto, si algo distingue sustancialmente a las resoluciones de jueces ordinarios o especiales, es que ellas deben estar sólo fundadas en el derecho y razonar conforme a él, mientras las restantes no tienen la exigencia de razonar únicamente conforme a derecho.

Para lograr esta fundamentación exhaustiva en derecho, la ley exige formas, tales como las de consignar las alegaciones de las partes, resolver cada una de ellas, dar los fundamentos jurídicos de tales razonamientos, exponer y ponderar la prueba y otras reglas de forma, que constituyen la única garantía de que el razonamiento de fondo sea efectivamente conforme a derecho. Para que estas reglas realmente obliguen es necesario que la sentencia que no cumpla con ellas sea susceptible de ser anulada, de no valer como sentencia.

Esta esencial característica no se verifica en el reclamo tributario. En efecto, si bien la resolución del reclamo tributario está llamada a tener la forma de una sentencia, pues le es aplicable el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, no está, en rigor, jurídicamente obligada a tener esta forma de sentencia y no deja de valer si carece de esos requisitos esenciales. El artículo 140 del Código Tributario establece que “en contra de la sentencia de primera instancia no procederá el recurso de casación en la forma ni su anulación de oficio. Los vicios en que se hubiere incurrido deberán ser corregidos por el Tribunal de Apelaciones que corresponda”. En otras palabras, la resolución de la reclamación tributaria puede tener la forma, tener los requisitos de forma; ser, en esencia, una sentencia, resolver en conformidad a derecho, pero puede igualmente no tener esas características y valer, pues, como señala la norma transcrita, no cabe anularla, ni a petición de parte ni de oficio, cualesquiera sean los vicios de que adolezca. En otras palabras, la resolución de la reclamación tributaria, aunque puede revocarse, debe estimarse que vale, aunque no resuelva conforme a derecho ni cumpla con ninguno de los requisitos propios de las decisiones judiciales. La decisión del reclamo tributario vale aunque no cumpla con los requisitos de una sentencia; vale aunque no razone ni resuelva conforme a derecho. A una decisión de estas características no cabe atribuirle naturaleza jurisdiccional.

Décimo Tercero: Que, probablemente, lo que más define una sentencia como resolución propia del ejercicio de la función jurisdiccional es que dirime la controversia, que se pronuncia acerca de ella. Pues bien, el artículo 135 del Código Tributario dispone que el contribuyente, en una determinada etapa procesal, puede pedir que se establezca un plazo para dictar la resolución definitiva, el que no puede exceder de tres meses. El inciso segundo de la disposición en comento establece literalmente que “transcurrido el plazo anterior sin que se hubiere resuelto el reclamo, podrá el contribuyente... pedir se tenga por rechazado. Al formular esta petición podrá apelar para ante la Corte de Apelaciones respectiva, y en tal caso el Director Regional concederá el recurso y elevará el expediente”. En consecuencia, el reclamante puede llegar a la Corte de Apelaciones para pedir que se deje sin efecto una resolución que nunca ha existido, que es sólo una decisión tácita del órgano ante el cual se reclama. Esta figura de dar valor al silencio como expresión de rechazo (o aceptación) de un reclamo o petición es típica de las resoluciones administrativas (véanse los artículos 64 y 65 de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de

la Administración del Estado) y completamente incompatible con las resoluciones jurisdiccionales. Ello tiene una lógica: el silencio administrativo supone una negación (o aceptación) del órgano en contra del cual se reclama, pero nunca podría expresar la voluntad del tercero imparcial que resuelve un asunto, pues el silencio del tercero no puede interpretarse a favor de ninguna de las partes. El silencio de una parte puede entenderse como aceptación o rechazo de lo que la otra le reclama. El silencio de un juez, ordinario o especial, no puede estimarse como una manifestación de su voluntad. La posibilidad de apelar en contra del silencio del Servicio de Impuestos Internos, representado por su Director Regional, instituido en el artículo 115, o por su delegado, en el caso del artículo 116, termina de convencer a estos disidentes, con fuerza irrefutable, que lo que la ley tributaria estableció para resolver los reclamos fue una instancia administrativa y jerárquica ante el propio órgano que resolvió, aunque lo haya llamado juez tributario, instancia y fallo.

Décimo Cuarto: De todo lo anterior se sigue que el Servicio de Impuestos Internos no ejerce una facultad jurisdiccional, sino una administrativa cuando resuelve un reclamo tributario, a través de su Director Regional (en el caso del artículo 115) o del funcionario en que éste delegue (en el caso del artículo 116). Por las razones expuestas, llegamos a la convicción de que los nombres que utiliza el Código Tributario y algunas formas procesales propias de lo judicial no otorgan ni al órgano ni a la decisión el carácter de jurisdiccionales pues el resto de las disposiciones acerca del órgano que ejerce esta función y, sobre todo, las características de la resolución impiden calificarla de tal, según todo lo ya razonado.

Décimo Quinto: Que de la conclusión establecida en el considerando anterior se sigue que no cabe considerar inconstitucional el artículo 116 del Código Tributario, pues autoriza delegar no una función judicial, sino una administrativa. No viola la Constitución que se delegue resolver un recurso de reclamación tributaria por un funcionario del Servicio de Impuestos Internos, con los requisitos y efectos establecidos por el Código del ramo. Tampoco la delegación verifica la pérdida de seguridad y de garantías para el justiciable que sí se producirían si un órgano imparcial e independiente, como es el juez natural, delegara sus funciones en otro. Aquí el tercero independiente e imparcial simplemente no existe en el llamado juez tributario y, por ende, la delegación no desmejora, por se, la situación de los derechos del administrado.

Décimo Sexto: Que la Constitución no contiene valor o regla institucional alguna acerca de la titularidad, ejercicio o límites del poder público que resulte vulnerada por el precepto legal que faculta a un funcionario dependiente del Servicio en contra del cual se reclama a delegar el conocimiento y la resolución de un recurso administrativo jerárquico, como el analizado, en otro funcionario igualmente dependiente del mismo Servicio; máxime cuando esa resolución no tiene las características de una propia del ejercicio de la jurisdicción, sino de una administrativa.

Tampoco se vulnera o menoscaba un derecho o garantía fundamental por el solo hecho de la delegación, pues no existe diferencia significativa para el ejercicio de derechos fundamentales en la independencia, legalidad o imparcialidad de uno u otro funcionario del Servicio de Impuestos Internos. Que un recurso jerárquico en contra del mismo Servicio sea resuelto por el Director Regional del Servicio o por un delegado de éste, ambos funcionarios dependientes del Servicio en contra del cual se reclama, no mejora ni empeora los derechos de defensa del reclamante ni su derecho a que su reclamo sea resuelto, en definitiva, por un juez imparcial en un debido proceso. En consecuencia, la sola autorización de la delegación de una facultad administrativa para resolver una reclamación, que es lo impugnado en autos, no merece, a juicio de estos disidentes, reproche de constitucionalidad.

Décimo Séptimo: Lo que se afirma en este voto no debe entenderse en el sentido de que el estatuto jurídico de las reclamaciones tributarias en particular o de las administrativas en general quede al margen del estatuto constitucional. Estas instancias administrativas, en su procedimiento y

resolución, están sujetas a una serie de normas y principios constitucionales; más aún si, como en la especie, la ley las establece como un presupuesto necesario de una instancia judicial posterior para resolver acerca de los derechos de una persona. Una figura de esta naturaleza es susceptible de ser examinada, conjuntamente con el procedimiento judicial que le sigue, para determinar si se garantiza el derecho a un justo y racional procedimiento. Si un reclamo administrativo es un presupuesto para obtener una resolución judicial, resuelta por un tribunal independiente, después de un proceso judicial y con las características y efectos propios de una sentencia, como lo es, en la especie, la instancia de la Corte de Apelaciones, entonces ambas instancias –la administrativa y la judicial– forman un todo, que queda sujeto a las exigencias de un debido proceso. Ello no es, sin embargo, lo que se ha de examinar en esta causa, sino sólo el carácter constitucional de la delegación de la atribución para dictar una resolución administrativa habilitante de una decisión judicial posterior, delegación respecto de la cual estos disidentes, como ha quedado dicho, no ven vicios de inconstitucionalidad.

Décimo Octavo: Tal como se ha demostrado, en las reclamaciones tributarias se constatan las características típicas de una reclamación administrativa. El hecho de que el país no haya instalado tribunales contencioso-administrativos para conocer y resolver estas reclamaciones, no se puede mejorar ni se mejora por el hecho de considerar como tribunales a servicios públicos, como lo es el de Impuestos Internos, que no cumplen los requisitos mínimos para ser tenidos como tales. A juicio de estos disidentes, hacerlo tampoco ayuda a superar los problemas y rasgos criticables de una situación que debe tener una resolución política que se exprese en una legislación sistemática.

Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza tiene en consideración para resolver la inconstitucionalidad del precepto legal de autos, además, lo siguiente:

1. Que referido a los considerandos vigésimo primero al vigésimo cuarto de la sentencia recaída en la especie, debe afirmarse que el principio cardinal del derecho público chileno es aquel comprendido en el artículo 4º de la Constitución Política –“Chile es una república democrática”–, del cual se desprenden, por ser parte copulativa de su esencia, los principios de soberanía, estado de derecho y separación de poderes, enunciados en los artículos inmediatamente siguientes de la Carta.
2. Que la acción de inconstitucionalidad incorporada en nuestro ordenamiento constitucional por la Ley N° 20.050, viene a vigorizar la declaración de la forma de gobierno y sistema político chilenos antes mencionada, así como su resolución de autos contribuye a dar concreción jurisdiccional a su sentido y contenido.
3. Que siguiendo con tal argumentación, la atribución entregada a esta Magistratura de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, esto es, resuelto sobre un requerimiento de cualquiera de las partes en una gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial, lleva consigo una verificación del “derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, que la Constitución determina como deber del Estado en el último párrafo del inciso quinto de su artículo 1º. Esta habilitación procesal constitucional para que una persona pueda causar el desaparecimiento de un precepto del ordenamiento legal, es equivalente sólo al ejercicio del derecho a sufragio, en cuanto una decisión personal determina efectivamente una decisión institucional con consecuencias colectivas.
4. Que, consecuentemente, la aplicación práctica de la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico político chileno, reviste una manifestación moderna del control del poder enunciado por Kart Löwenstein hace medio siglo, combinando lo que denomina el control horizontal “interórganos” y el control vertical conformado por “los derechos fundamentales como limitaciones al poder estatal”. Se trata de una novedad en nuestra realidad constitucional, hasta ahora ignorada por la doctrina, sólo puesta en evidencia ante la puesta en movimiento de las reformas de 2005.

Redactó la sentencia la Ministro señora Marisol Peña Torres; la disidencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil, y la prevención el Ministro Mario Fernández Baeza.

Notifíquese, regístrese y publíquese en el Diario Oficial dentro de tercero día. Cumplido lo anterior, archívese.

Rol N° 681-2006.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

1.4. EJERCICIO LEGÍTIMO DE POTESTADES POR LA ADMINISTRACIÓN

MATERIA

EJERCICIO LEGÍTIMO DE POTESTADES POR LA ADMINISTRACIÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de Recurso: Reclamación

Rol: 354-2010

Fecha: 31.05.2010

Resultado Recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz, Guillermo Silva Gündelach, Domingo Hernández Emparanza y Patricio Figueroa Velasco.

Ministro Redactor: Sonia Araneda Briones

Partes: Hotelera Rent Home Limitada con Municipalidad de Providencia

DESCRIPTORES

Regulación de la Actividad Económica – Facultades de Regulación Vecinal, Potestad Fiscalizadora – Agente Económico – Municipalidades, Recepción de la Causa a Prueba.

PRINCIPIO JURÍDICO

El Estado cuando ejerce potestades de derecho público no puede ser considerando un agente económico.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 19 N° 3 y 118 CPR; D.L. N° 211/1973 Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia; Arts. 1°, 5°, 12 y 141 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 58 D.L. N° 3.063/1979 Ley de Rentas Municipales; D.F.L. N° 458/1975 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones; Libros I y II Código de Procedimiento Civil; D.S. N° 47/1992 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones; D.S. N° 194/1978 Ministerio de Salud Pública, Aprueba el Reglamento de Hotelaría y Establecimientos Similares; D.S. N° 227/1987 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Aprueba el Reglamento de Clasificación, Calificación y Registro de Establecimientos que Presten Servicios de Alojamiento Turístico; Ordenanza 66/1994 Municipalidad de Providencia.

PREGUNTA JURÍDICA

¿El ejercicio legítimo por parte de una Municipalidad de su potestad normativa y fiscalizadora la constituye en un agente económico del mercado relevante objeto de dichas potestades?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Hotelera Rent a Home fue denunciada ante el Departamento de Inspección Municipal de la Ilustre Municipalidad de Providencia. Posteriormente, fue clausurado su servicio de desayunos, ya que estaba funcionando sin autorización municipal. Luego, la Municipalidad clausuró 26 departamentos en los que Hotelera Rent a Home ejercía su actividad.

Frente a esta situación, Hotelera Rent a Home interpuso una demanda contra la Municipalidad de Providencia ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien la rechazó, al considerar que las clausuras ordenadas por la Municipalidad, si bien le impidieron prestar el servicio de su giro, no impidieron, restringieron o entorpecieron la libre competencia. En contra de esta sentencia, la demandante interpuso reclamación para ante la Corte Suprema.

ALEGACIONES

Se sostuvo que había existido ausencia de debido proceso legal en la tramitación de la causa, al privar al demandante de su derecho a rendir prueba.

Conforme a la jurisprudencia, las normas de protección de la libre competencia son de orden público, por lo que son aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas que intervengan en el mercado. Es evidente que la Municipalidad de Providencia interviene en el mercado de los apart-hotel, en tanto otorga las patentes que autorizan el ejercicio de esta actividad y fiscaliza el cumplimiento de la correspondiente normativa legal. En la sentencia se ha cometido un grave error de derecho al omitir analizar si estos mayores requisitos contemplados en la Ordenanza Municipal respectiva eran o no legales.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

En relación con la argumentación de haberse vulnerado las normas del debido proceso, el artículo 29 del D.L. N° 211/1973 dispone que las normas contenidas en los Libros I y II del CPC se aplicarán supletoriamente al procedimiento de dicha normativa en todo aquello que no sean incompatibles con él.

Por consiguiente, para la procedencia de la recepción de la causa a prueba deben reunirse las exigencias generales, esto es, que del examen de los autos aparezca que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio. La circunstancia alegada por el reclamante de impedirle probar el trato invocado y la situación en que se encuentran los demás competidores del mercado, no reviste la característica de ser un hecho sustancial que deba ser probado, toda vez que la controversia se ha remitido en definitiva a analizar, si en el presente caso, la Municipalidad demandada ha intervenido como un agente económico en el mercado, de tal manera que pueda investigarse un eventual abuso de su posición dominante en el mercado relevante de apart-hoteles, no siendo por ello pertinente analizar la posición de las demás empresas que conforman dicho mercado.

En relación con los supuestos errores de hecho y de derecho, para desarrollar su actividad económica, la demandante debe cumplir con la obtención de los permisos necesarios de acuerdo con los requisitos de general aplicación estipulados en la Ley y Ordenanza General de Construcción, la Ley de Rentas Municipales y el Reglamento Sanitario de Hoteles y Establecimientos Similares. Adicionalmente, en caso de ubicarse en la comuna de Providencia, se debe cumplir con lo dispuesto en las Ordenanzas 66 de 1994 y Local de Edificación.

El artículo 5º de la Ordenanza 66/1994 estipula que los Apart Hoteles sólo podrán funcionar en edificios destinados a la habitación si el Reglamento de Copropiedad respectivo así lo permite y siempre que cumplan las exigencias establecidas en el artículo 6º. La normativa consignada emana del poder legislativo, del ejecutivo en uso de la potestad reglamentaria y de la Municipalidad en virtud de las facultades de regulación vecinal que le son propias, siendo todas manifestaciones del poder del Estado de regular la actividad económica.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 5º letra d) en relación al artículo 12 de la LOCM, la corporación demandada cuenta con facultades para la dictación de cuerpos normativos aplicables a la comunidad que rigen.

Por otro lado, la fiscalización del cumplimiento de la normativa que le compete, se encuentra también entre las atribuciones de la demandada, entregada entre otros por el inciso 3 del artículo 5º de la LOCM ya citada; artículo 58 del D.L. Nº 3.063/1979 sobre Rentas Municipales; e inciso 2 del artículo 32 del D.S. Nº 194/1978 del Ministerio de Salud Pública que aprueba el Reglamento de Hoteles y Establecimientos Similares.

El examen de los antecedentes muestra con claridad que las fiscalizaciones a la actividad económica de la reclamante y los actos que se originaron a raíz de ellas –decretos y oficios impugnados– fueron emitidos en conformidad a la normativa vigente.

Entonces, debe analizarse si dicha conducta puede estimarse lesiva a la libre competencia y constituir por lo mismo causal de sanción a su ejecutor.

Atendidas las facultades legales señaladas, no cabe sino concluir que la actividad impugnada corresponde al ejercicio por parte de la Municipalidad de su legítima potestad normativa y fiscalizadora en aras del cumplimiento de su cometido legal, no pudiendo derivarse de los actos señalados que la autoridad se haya desempeñado como un agente económico, esto es, un sujeto interviniente en la actividad económica.

En cuanto a la imputación de abuso de posición dominante del artículo 3º letra b) del D.L. Nº 211/1973, resulta imperativo precisar que dicho precepto se encuentra en estrecha vinculación con las nociones de monopolio puro, monopolio de privilegio y monopolio estructural, conceptos todos de un andamiaje eminentemente económico, y por ende, de componentes valorativos en ese mismo orden, dentro de la esfera económica en que participan antes que desarrollan preferentemente actividades de comercio. Por tanto, resulta forzado y hasta artificial comprender que

los actos administrativos de concesión de patente y fiscalización efectuados por la Municipalidad de Providencia, en ejercicio de sus atribuciones legales, corresponden a actos que se insertan en el ámbito de las transacciones comerciales. Por lo demás, pretender lo contrario desnaturaliza el carácter de tributo, contribución o impuesto que subyace a la patente municipal.

Finalmente, no aparece coherente acoger la pretensión del actor —de abuso de posición dominante—, por cuanto el D.L. N° 3.063/1979 sobre Rentas Municipales señala en su artículo 26 que: “La municipalidad estará obligada a otorgar la patente respectiva, sin perjuicio de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales y a las autorizaciones que previamente deben otorgar en ciertos casos las autoridades sanitarias u otras que contemplen las leyes”. Así, cumpliendo los requisitos legales, el municipio no podría negar la patente respectiva, lo que tampoco se condice con el actuar de un ente monopólico.

En consecuencia, toda vez que al no encontrarse la demandada actuando en calidad de agente económico, no puede ser objeto de reproche en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211/1973.

A mayor abundamiento, cabe consignar que las alegaciones efectuadas por el recurrente sobre la legalidad del actuar normativo de la demandada y el trato discriminatorio del que denuncia haber sido objeto, no resultan por sí mismos censurables por esta vía.

Cabe precisar que el legislador contempló vías a las que pudo recurrir el compareciente para impugnar las actuaciones de las Municipalidades (i.e. art. 141 letra a) y b) de la LOCM y art. 20 de la CPR). Ninguno de estos arbitrios fue ejercido para la solución del caso.

CONCLUSIÓN

El ejercicio legítimo por parte de una Municipalidad de su potestad normativa y fiscalizadora no la constituye en un agente económico del mercado relevante objeto de dichas potestades.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este caso coloca en evidencia la necesidad de límites entre los ámbitos de la regulación de la libre competencia, de aquellos que corresponden a la regulación y el ejercicio de potestades propias de derecho público asignadas a la Administración.

La Corte Suprema decidió, al revocar la decisión del TDLC, establecer un límite claro sobre qué entender por agente económico cuando se habla de la Administración, pues al regular no puede actuar como agente del mercado.

Un criterio semejante ha sostenido la Corte en relación a los límites del TDLC en el caso de potestades para resolver la legalidad de las bases de una licitación pública,

desconociendo a este tribunal competencias para cuestionar la legalidad y arbitrariedad de dichas bases considerando las normas de libre competencia. La Corte insistió que esa es una atribución de los contencioso-administrativos especiales. (ver SCS 1079-2014).

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

VISTOS:

En estos antecedentes Rol N° 354-2010 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta en contra de la sentencia de diecisiete de diciembre del año dos mil nueve, dictada a fojas 558 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha resolución rechazó la demanda interpuesta por la empresa “Hotelera Rent AHome Limitada” contra la Ilustre Municipalidad de Providencia, por actos contrarios a libre competencia que vulnerarían el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

La sentencia negó lo pedido, sin costas, al concluir que si bien las clausuras ordenadas por la demandada han impedido, al menos temporalmente, que la demandante ofrezca servicio de apart hotel, de las condiciones del mercado y regulatorias que describe concluye que este solo hecho no impide, restringe o entorpece la libre competencia, ni tiende a producir dichos efectos.

El procedimiento se inició por la demanda de “Hotelera Rent A Home Limitada”, de fecha 12 de mayo de 2009, la que se funda en el abuso –por parte de la demandada– de la posición dominante que detenta respecto del otorgamiento de patente municipal para operar en su territorio.

Sostiene que existe un monopolio por parte de la Municipalidad en el otorgamiento y fiscalización de la patente para la actividad de Apart Hotel. Entiende por patente municipal el permiso necesario para emprender cualquier actividad comercial que necesita un local fijo, obligando la ley a solicitarlo en la municipalidad del lugar donde se instalará el negocio.

Como la actividad comercial que realiza su industria de Apart Hotel está necesariamente sujeta al otorgamiento y mantenimiento de una patente municipal, el Municipio al ser en la práctica el organismo que decide quien existe y quien no en dicha comuna, tiene un gran poder de mercado, sin perjuicio que es la justicia quien puede poner fin a eventuales arbitrariedades.

Se debe tener en cuenta que en dicho mercado no se hallan elementos sustitutivos a la patente municipal. Es decir, no existe ningún otro bien por el cual se pueda reemplazar sin ningún inconveniente y, por lo tanto, la patente es la única alternativa que tiene la empresa para funcionar. De tal manera, concluye, se puede considerar que la posición de la Municipalidad a este respecto constituye un monopolio puro, dado que en el mercado sólo hay una entidad que otorgue la patente.

También la facultad de fiscalización que se da a las patentes municipales tiene carácter monopólico. En este sentido, son los funcionarios fiscalizadores dependientes de tal repartición, quienes acreditan el cumplimiento de los parámetros y exigencias que se deben dar en la gestión de una actividad.

Las prácticas que denuncia se encuentran contenidas en los siguientes actos del Municipio, los que solicita dejar sin efecto:

1.- Decreto Municipal N° 351 de fecha 22 de febrero de 2008, por el cual se decreta la clausura de la cafetería de propiedad de la demandante ubicada en el Edificio de Santa Magdalena N° 68 departamento N° 1501, por funcionar sin autorización municipal.

2.- Decreto Municipal N° 901 de fecha 07 de mayo de 2008, que impone la clausura de los departamentos que indica, por funcionar sin patente municipal.

3.- Oficio N° 5858 de la Dirección de Obras Municipales de fecha 02 de septiembre de 2008, que da respuesta la solicitud de fiscalización de treinta y cuatro empresas denunciadas por la demandante.

4.- Oficio N° 8274 de la Alcaldía de Providencia de fecha 09 de diciembre de 2008, que contesta la consulta de fecha 29 de octubre de 2008 respecto de los requisitos reglamentarios para operar en la comuna.

Argumenta que la municipalidad les prohíbe seguir ejerciendo su actividad económica, la que se ha extendido por más de veinte años sólo en la comuna de Providencia. La acción que concede el legislador en el Decreto Ley N° 211 y sus posteriores modificaciones y que ahora ejerce, es la solución planteada por el ordenamiento jurídico para el restablecimiento del derecho y el final de los abusos mencionados.

El texto citado tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, corrigiendo, prohibiendo o reprimiendo los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas, por medio de las sanciones para tal caso dispuestas. Dentro de las conductas sancionadas por dicho cuerpo legal invoca el artículo 3° letra b) el que describe lo que se ha denominado doctrinariamente como “abuso de posición dominante”.

Pide finalmente al tribunal que, en atención al grave perjuicio económico que la situación infraccional descrita le ha generado, además del evidente menoscabo de su imagen comercial y profesional, se ordene la modificación, revocación y/o eliminación de las actuaciones, instrucciones o estipulaciones y oficios atentatorios contra la libre competencia, ya identificados y de todos aquellos que en concepto del tribunal impliquen conductas que revistan tal carácter.

Asimismo, atendida la gravedad y reiteración de las conductas objeto de la demanda, solicita se aplique una multa máxima de veinte mil Unidades Tributarias Anuales (20.000 UTA) a la Municipalidad de Providencia, representada legalmente por don Cristián Labbé Galilea y una multa de cinco mil Unidades Tributarias Anuales (5.000 UTA) a su representante legal así como a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización de los actos denunciados, según se demuestre en la investigación.

A fojas 121, don Cristian Labbé Galilea, Alcalde de la Municipalidad de Providencia y en su representación contesta la demanda interpuesta, solicitando el rechazo de lo pedido en todas sus partes por carecer de todo fundamento.

Describe, en primer orden, las autorizaciones y patentes municipales obtenidas por la demandante y sus antecesoras legales, esgrimiendo que ninguna de ellas le habilita para el ejercicio de la actividad de Apart Hotel.

Apunta que dicha actividad requiere el cumplimiento de normas legales y reglamentarias que regulan este rubro, incluyendo la Ordenanzas Municipales citadas en la demanda.

Explica que la demandante no cumple con los requisitos y exigencias que dichas normas señalan para un Apart Hotel, ni cuenta con las autorizaciones sanitarias correspondientes, por lo que la Municipalidad se encuentra legalmente impedida de otorgarle una patente para su funcionamiento, según lo expresamente dispuesto por el artículo 32 del D.S. N° 194 de 1978 (Salud).

A continuación señala que el Municipio no es una empresa, sino un órgano público autónomo, cuyas decisiones se expresan a través de actos administrativos que gozan de presunción de legali-

dad, imperio y exigibilidad, por lo que sus actuaciones en la materia de la causa están determinadas por ser autoridad, y no por una empresa que participa en el mercado, menos aún abusando de una supuesta posición dominante en el mismo.

Por otra parte, representa el error jurídico cometido por la demandante al calificar las patentes municipales como permisos necesarios para ejercer una actividad, pues su naturaleza corresponde a un impuesto, especie de tributo u obligación pecuniaria que grava a los contribuyentes sin considerar una contraprestación determinada. Si la demandante no cumple con los requisitos necesarios para desarrollar una actividad económica como la de Apart Hotel, la Municipalidad no puede permitir su funcionamiento ni percibir el pago de la patente.

En cuanto a la petición de alzamiento de las clausuras decretadas en contra de la demandante, considera que su parte ha ejercido una atribución legal que permite al Alcalde el cierre de establecimientos que funcionan al margen de la legalidad, por tanto, esta facultad no fue ejercida en forma discriminatoria ni tampoco existió ninguna irregularidad en las fiscalizaciones realizadas.

Finalmente, argumenta que exigir el cumplimiento del ordenamiento jurídico para el desarrollo de una actividad económica no configura la conducta tipificada en la letra b) del art. 3º del D.L. Nº 211, y que ni el Municipio ni sus funcionarios ha celebrados hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia del mercado. Por lo tanto, no se configura un abuso de posición dominante sino que, por el contrario, el municipio ha actuado en cumplimiento de su mandato constitucional y legal de fiscalizar el adecuado ejercicio de las actividades económicas en su comuna.

A fojas 558, consta que con fecha diecisiete de diciembre de dos mil nueve el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emitió pronunciamiento, rechazando lo pedido.

En una primera parte el fallo analiza las características del servicio ofrecido por la demandante, así como las funciones reguladoras y fiscalizadoras de la Municipalidad, para luego describir algunas características del mercado.

Establece luego que, respecto al mercado potencialmente afectado –los apart-hotel en Providencia– estos conforman un mercado bastante atomizado. Así se desprende de la información acompañada, en particular, los datos de los sitios web de nueve establecimientos situados en esa comuna que ofrecen servicios similares a los ofrecidos por “Hotelera Rent a Home”.

Considera además que, en las comunas colindantes a Providencia, como Las Condes o Santiago, también se ofrecen servicios de apart-hotel, por lo que es posible señalar que “Hotelera Rent a Home” es sólo un actor más de entre muchos que ofrecen servicios similares. De esta forma, describe el fallo, la única condición para ofrecer el servicio de apart-hotel es la obtención de los permisos necesarios, de acuerdo con los requisitos de general aplicación estipulados en la Ley y Ordenanza General de Construcción, la Ley de Rentas Municipales, y el Reglamento Sanitario de Hoteles y Establecimientos Similares. Adicionalmente, en caso de ubicarse en la comuna de Providencia, deben cumplir con lo dispuesto en la Ordenanza Nº 66 de 1994, y en la Ordenanza Local de Edificación.

Concluye entonces, que la conducta denunciada por “Hotelera Rent a Home” no podría haber tenido efecto significativo alguno en el grado de competencia en el mercado de los apart-hoteles de la comuna de Providencia.

No obstante lo señalado analiza las imputaciones efectuadas en la demanda.

Precisa que de los hechos afirmados por la demandante –y no controvertidos por la demandada, los documentos de fojas 168 y 210, y lo dispuesto en el artículo 6º de la Ordenanza Municipal

Nº 66, de 1994, de la Municipalidad de Providencia, se ha formado la convicción que, al tiempo de las inspecciones realizadas por funcionarios fiscalizadores de la Municipalidad en las dependencias de la demandante (22 de febrero y 7 de mayo de 2008), ésta no contaba con la autorización sanitaria para el funcionamiento del servicio de cafetería, en la primera ocasión, ni con la autorización municipal específica aplicable, en el segundo caso.

Por ello concluye que la actividad fiscalizadora de la Municipalidad y las clausuras decretadas con fecha 22 de febrero y 7 de mayo de 2008, se encontraban dentro del ámbito de las atribuciones municipales, las que no corresponderían a un ejercicio arbitrario de sus potestades públicas con fines exclusorios. Por ende, no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al respecto en otras sedes o instancias. Agrega la sentencia respecto a la afirmación de la demandante en cuanto a que la totalidad de los establecimientos que prestan servicios de apart-hotel en la comuna de Providencia cuentan con patentes distintas a la de apart-hotel, y a pesar de ello prestarían igualmente servicios de desayuno y mucamas, que ésta no resulta plausible, y aun cuando esto fuera efectivo, no exime a ésta del cumplimiento de las normas que regulan dicha actividad económica ni de los efectos jurídicos derivados de su incumplimiento.

Finaliza señalando que, si bien las clausuras ordenadas por la Municipalidad han impedido, al menos temporalmente, que la demandante ofrezca servicios de apart-hotel, de las condiciones de mercado y regulatorias descritas precedentemente se concluye que este solo hecho no impide, restringe o entorpece la libre competencia, ni tiende a producir dichos efectos.

Por estas razones decide rechazar la demanda de autos, sin condenar en costas a la demandante dado que, a juicio de dicho Tribunal, habría tenido motivos plausibles para litigar.

Como se dijo previamente, dicha sentencia fue objeto del recurso de reclamación por parte de la demandante.

Mediante este arbitrio de impugnación la demandante realiza dos órdenes de argumentaciones, la primera reclama de la ausencia de debido proceso legal en la tramitación de la causa, al privar a su parte de su derecho a rendir prueba y la segunda, respecto del fondo, impugnan la decisión por haberse incurrido en errores de hecho y derecho.

Respecto de la primera cuestión planteada expone que su parte denunció el trato discriminatorio e ilegal dado a su representada en relación con el dispensado a su competencia, en el otorgamiento y fiscalización de patente para la actividad de apart-hotel, lo que configura una conducta discriminatoria, ilegal y contraria a la libre competencia, y es así que solicita la revocación y/o modificación de dichas conductas. Explica que estas afirmaciones fueron negadas por la demandada y asiste entonces, el derecho de acreditar que las exigencias ilegales contenidas –en la también ilegal– Ordenanza Municipal Nº 66 de 1994, jamás fueron aplicadas a ningún Apart Hotel de la comuna, al menos hasta el año 2008; así como también las circunstancias del trato que ha alegado.

Consecuente con este planteamiento solicita se revoque la sentencia impugnada y se reemplace por la que, conforme a derecho, reponga la causa al estado de recibirse a prueba, y/o adoptar las demás medidas necesarias para permitir a su representada acreditar los hechos en que se fundó la conducta discriminatoria, ilegal y contraria a la libre competencia denunciada en la demanda.

En segundo término, y sobre el fondo de lo decidido, la reclamante expone que conforme a la jurisprudencia, las normas de protección de la libre competencia son de orden público, por ende, son aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas que intervengan en el mercado, siendo evidente que la Municipalidad de Providencia, interviene en el mercado de los apart-hotel, pues, otorga las patentes que autorizan el ejercicio de esta actividad y fiscaliza el cumplimiento de la correspondiente normativa legal.

Reitera sus argumentaciones en relación al trato que se ha dado a su parte, señalando que en la sentencia se ha cometido un grave error de derecho al omitir analizar si estos mayores requisitos contemplados en la Ordenanza Municipal eran o no legales. Concluye –en subsidio de su primera petición– se acoja la demanda con el mérito de autos, con costas, y se apliquen las medidas pedidas en ellas, contempladas en el artículo 23 del D.L. N° 211 de 1973 y demás que se estimen procedentes en derecho.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en relación con lo expuesto corresponde pronunciarse a esta Corte Suprema sobre la base del recurso de reclamación interpuesto.

Segundo: Que previo al análisis de lo decidido respecto del fondo, en relación con la argumentación de haberse vulnerado las normas del debido proceso denunciada por el reclamante cabe consignar que la Constitución Política de la República contempla en su artículo 19 N° 3 que: “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

Tercero: Que para dar cumplimiento a esta exigencia la ley N° 19.911 junto con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableció el procedimiento aplicable para la tramitación de las demandas interpuestas ante dicha judicatura. Al efecto dicha normativa se encuentra contenida en los artículos 20 a 25 del texto refundido del D.L. N° 211 de 1973.

Sobre el particular el inciso primero del artículo 22 dispone que “Vencido el plazo establecido en el artículo 20, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba por un término fatal y común de veinte días hábiles”

Luego el artículo 29, del mismo texto legal, dispone que las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en todo aquello que no sean incompatibles con él.

Cuarto: Que de lo relacionado debe concluirse que, para la procedencia de la recepción de la causa a prueba deben reunirse las exigencias generales, esto es, que del examen de los autos aparezca que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio.

Quinto: Que examinados los autos en la oportunidad procesal correspondiente se estimó por el Tribunal la ausencia de hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Determinación que esta Corte Suprema comparte.

Sexto: Que la circunstancia alegada por el reclamante de impedirse probar el trato invocado y la situación en que se encuentran los demás competidores del mercado, no reviste la característica de ser un hecho substancial que deba ser probado, toda vez que la controversia se ha remitido en definitiva a analizar, si en el presente caso, la Municipalidad demandada ha intervenido como un agente económico en el mercado, de tal manera que pueda investigarse un eventual abuso de su posición dominante en el mercado relevante de autos, no siendo por ello pertinente analizar la posición de las demás empresas que conforman dicho mercado.

Séptimo: Por lo razonado anteriormente, debe rechazarse el primer capítulo de la reclamación, en cuanto solicita la nulidad del procedimiento incoado en razón de que no concurre en la especie el vicio denunciado.

Octavo: Que según define el artículo 4° del Decreto N° 194 de 1978 –Reglamento de Hotelería y establecimientos similares– se entiende por “apart hotel”: establecimiento en que se presta al

usuario hospedaje, en departamentos independientes de un edificio, que conformen una unidad que disponga a lo menos de un dormitorio, baño, cocina y sala de estar, comedor, adecuadamente equipados.

El artículo 32 de la misma norma dispone que el municipio no podrá otorgar patente para el funcionamiento de estos establecimientos “si ellos no cuentan con la autorización sanitaria previa concedida por el Servicio Nacional de Salud”.

Por su parte, el Decreto N° 227 de 7 de agosto de 1987, entiende por “apart hotel” el “establecimiento en que se preste el servicio de alojamiento turístico”, el cual “puede ofrecer otros servicios complementarios”.

Noveno: Que en relación a la argumentación de fondo contenida en el reclamo materia de autos, debe consignarse que, como se ha razonado en el fallo impugnado, para desarrollar su actividad económica la demandante debe cumplir con la obtención de los permisos necesarios de acuerdo con los requisitos de general aplicación estipulados en la Ley y Ordenanza General de Construcción, la Ley de Rentas Municipales, y el Reglamento Sanitario de Hoteles y Establecimientos Similares. Adicionalmente, en caso de ubicarse en la comuna de Providencia, se debe cumplir con lo dispuesto en la Ordenanza N° 66 de 1994, y en la Ordenanza Local de Edificación.

La Ordenanza N° 66 de 1994 “que reemplaza la anterior normativa del año 1992 sobre hoteles, apart hoteles y otros establecimientos tales como moteles, residenciales y hospederías- en sus artículos 2°, 5°, 6° y 20 prescribe: Artículo 2°: Para los efectos de esta ordenanza, los términos que más adelante se indican tendrán el significado que para el caso se señalan: (“) Apart hoteles: establecimientos en que se prestan servicios de alojamiento en forma habitual, en departamentos independientes de un edificio, que conformen una unidad de administración y explotación, pudiendo ofrecer otros servicios complementarios a los pasajeros”. Complementando la disposición transcrita señala el artículo 5° que dichos establecimientos sólo podrán funcionar en edificios destinados a la habitación si el Reglamento de Copropiedad respectivo así lo permite; y siempre que cumplan las exigencias establecidas en el artículo 6°, tales como: que la administración de los servicios de alojamiento y complementarios debe estar emplazada en la misma unidad de edificación, contar con una sala de acceso con espera y recepción y, finalmente, en caso de funcionar en edificios donde subsista en parte el destino habitacional, debe contar con una entrada para uso exclusivo de huéspedes y ascensores para uso exclusivo de éstos y el personal de servicio. Por último, el mismo texto legal contempla las sanciones aplicables en caso de infracciones, las cuales comprenden multas de dos a cinco unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones en normas especiales.

Décimo: Que la normativa consignada emana del poder legislativo, del ejecutivo en uso de la potestad reglamentaria y de la Municipalidad en virtud de las facultades de regulación vecinal que le son propias, siendo todas manifestaciones del poder del Estado de regular la actividad económica. Cabe destacar al respecto que, es la propia Carta Fundamental en virtud de su artículo 118 “y refrendado en el artículo 1° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades- ubicado bajo el epígrafe “ADMINISTRACIÓN COMUNAL”, la que establece y prescribe que: La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en la municipalidad”, y añade más adelante: “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio(“). Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades”.

Undécimo: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 5° letra d) en relación al artículo 12 de la ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades, la corporación demandada cuenta con facultades para la dictación de cuerpos normativos aplicables a la comunidad que rigen.

Por otro lado la fiscalización del cumplimiento de la normativa que le compete, se encuentra también entre las atribuciones de la demandada, entregada entre otros por el inciso tercero del artículo 5º de la ley N° 18.695 ya citada; artículo 58 del D.L. N° 3.063 de 1979 sobre rentas municipales; e inciso segundo del artículo 32 del D.L. N° 194 de 1978 que aprueba el reglamento de hoteles y establecimientos similares.

Duodécimo: Que del examen de los antecedentes tenidos a la vista y la argumentación de las partes aparece con claridad que las fiscalizaciones a la actividad económica de la reclamante y los actos que se originaron a raíz de ellas –decretos y oficios impugnados– fueron emitidos en conformidad a la normativa vigente que se ha señalado.

Décimo tercero: Que debe entonces analizarse si dicha conducta puede estimarse lesiva a la libre competencia y constituir por lo mismo causal de sanción a su ejecutor.

Décimo cuarto: Que atendidas las facultades legales señaladas, no cabe sino concluir que la actividad impugnada corresponde al ejercicio por parte de la Municipalidad de su legítima potestad normativa y fiscalizadora en aras del cumplimiento de su cometido legal, no pudiendo derivarse de los actos señalados que la autoridad se haya desempeñado como un agente económico, esto es, un sujeto interviniente en la actividad económica.

Décimo quinto: En cuanto a la imputación de abuso de posición dominante del artículo 3º letra b) del Decreto Ley N° 211, resulta imperativo precisar que dicho precepto “y a la luz de los hechos de autos– se encuentra en estrecha vinculación con las nociones de “monopolio puro”, “monopolio de privilegio” y “monopolio estructural”, conceptos todos de un andamiaje eminentemente económico, y por ende, de componentes valorativos en ese mismo orden, dentro de la esfera económica en que participan antes que desarrollan preferentemente actividades de comercio. Por tanto, siguiendo este razonamiento, resulta forzado y hasta artificial comprender que los actos administrativos de concesión de patente y fiscalización “en ejercicio de sus atribuciones legales– efectuados por la Municipalidad de Providencia, corresponden a actos que se insertan en el ámbito de las transacciones comerciales. Por lo demás, pretender lo contrario desnaturaliza el carácter de “tributo”, “contribución” o “impuesto” que subyace a la patente municipal, tanto es así que el Decreto Ley N° 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, regula bajo el título IV “DE LOS IMPUESTOS MUNICIPALES” –artículo 23– la patente municipal requisito para ejercer la actividad del “apart-hotel”, y consabido es que en nuestro ordenamiento jurídico los términos “contribuciones” o “impuestos” resultan sinónimos.

Finalmente, y en concordancia con el argumento anterior, no aparece coherente acoger la pretensión del actor –de abuso de posición dominante– endilgada al demandado, por cuanto, y acudiendo nuevamente al Decreto Ley N° 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, en su artículo 26 señala textualmente: La municipalidad estará obligada a otorgar la patente respectiva, sin perjuicio de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales y a las autorizaciones que previamente deben otorgar en ciertos casos las autoridades sanitarias u otras que contemplen las leyes. Luego, cumpliendo los requisitos legales, el municipio no podría negar la patente respectiva, lo que tampoco se condice con el actuar de un ente monopólico.

Que estos argumentos bastan para rechazar lo pedido por el reclamante toda vez que al no encontrarse la demandada actuando en calidad de agente económico, no puede ser objeto del reproche en los términos del artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

Décimo sexto: Que, a mayor abundamiento, cabe consignar que las alegaciones efectuadas por el recurrente sobre la legalidad del actuar normativo de la demandada y el trato discriminatorio del que denuncia haber sido objeto, no resultan por sí mismos censurables por esta vía.

Décimo séptimo: Que al efecto cabe precisar que el legislador contempló vías a las que pudo recurrir el compareciente para impugnar las actuaciones de las Municipalidades, por ejemplo el artículo 141 letra a) de la Ley Orgánica de Municipalidades, el que dispone que cualquier particular podrá reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. En la letra b) la misma norma permite también, a cualquier particular agraviado reclamar por toda resolución u omisión del alcalde u otros funcionarios, que estime ilegales.

Pudo asimismo el reclamante solicitar la tutela de los derechos que estima vulnerados en conformidad a la normativa constitucional que lo protege, conforme al procedimiento cautelar contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Ninguno de estos arbitrios aparece se hubieren ejercido para la solución del caso de autos.

Décimo octavo: Que atento lo razonado en las consideraciones anteriores es que se procederá a rechazar la reclamación interpuesta.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se declara:

Que se rechaza el recurso de reclamación deducido en la presentación de fojas 569 por la demandante, Hotelera Rent a Home Limitada en contra de la sentencia de diecisiete de diciembre de dos mil nueve, escrita a fojas 558.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción de la Ministro Sra. Araneda.

Rol N° 354-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sr. Guillermo Silva y los Abogados Integrantes Sr. Domingo Hernández y Sr. Patricio Figueroa. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Hernández por estar ausente. Santiago, 31 de mayo de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto E.

En Santiago, a treinta y uno de mayo de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA

EJERCICIO LEGÍTIMO DE POTESTADES POR LA ADMINISTRACIÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de Recurso: Reclamación

Rol: 4470-2012

Fecha: 30.01.2013

Resultado recurso: Acogido.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, María Eugenia Sandoval Gouët y Alfredo Pfeiffer Richter y el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga.

Ministro redactor: Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga.

Partes: Naviera Valdivia Ltda. y otros con Fisco y otro.

DESCRIPTORES

Servicio Público, Concesión de Servicio Público, Reclamación, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

PRINCIPIO JURÍDICO

La Administración no vulnera la libre competencia al licitar un servicio.

LEGISLACIÓN APLICABLE

D.L. N° 211/1973 Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

PREGUNTA JURÍDICA

¿La Administración vulnera la libre competencia al licitar y adjudicar a una sola empresa un servicio de transporte de pasajeros y carga en zonas aisladas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La empresa Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva EIRL y don Ricardo Da Bove Fierro demandaron ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al Fisco (por actos del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones) y a la Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada, por atentados a la libre competencia con motivo de la licitación del “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos”, en relación con la conexión Niebla-Corral.

Los demandantes son pequeños armadores que transportan carga y vehículos entre las localidades de Niebla y Corral, con naves de su propiedad. Para ello, en un principio utilizaban rampas que fueron construidas por un privado (quien fue el que comenzó a prestar el servicio, pero que no pudo mantenerlo) y posteriormente aquellas que el Ministerio de Obras Públicas construyó, existiendo en ambas situaciones un acceso libre e igualitario a dicha infraestructura por parte de todos quienes ofrecían el servicio de transporte y carga en dicho sector.

El año 2002, la Administración del Estado buscó establecer un número mínimo y periódico de circuitos entre Niebla y Corral, para lo cual contrató con uno de los armadores existentes, otorgándole subsidios para que desarrollara dichos viajes, existiera o no demanda. Luego caducó dicho contrato y se adjudicó a Naviera Valdivia Limitada, la que estaba obligada a llevar a cabo 5 viajes diarios.

Posteriormente, el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Transporte desarrollaron el “Plan de Conectividad Austral”, que tenía por objetivo asegurar la conectividad del territorio mediante la provisión de servicios de transporte marítimo, fluvial y lacustre, de pasajeros y de carga, con estándares de calidad en cuanto a infraestructura y servicios. Dentro de dicho plan se licitó el servicio respecto de la conexión Niebla-Corral, adjudicándose a Somarco Limitada. En virtud de esta licitación, el Estado se comprometió a hacer una serie de aportes, cediendo además el uso, goce y explotación de la infraestructura portuaria existente. La empresa, por su parte, debe llevar a cabo 9 viajes diarios, junto con otras obligaciones. Por otra parte, se establecieron tarifas máximas, tanto para el transporte de vehículos y pasajeros, como para la recalada de naves de terceros o por el uso de la infraestructura portuaria.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia condenó al Fisco por haber diseñado la licitación de forma tal que facultó al concesionario a cobrar una tarifa exclusiva de competidores. También condenó al concesionario debido a que efectivamente cobró una tarifa que produce estos efectos.

El Fisco reclamó de dicha sentencia ante la Corte Suprema.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Dentro del contexto temporal y geográfico en el cual fluyen los hechos, se puede apreciar que como política gubernamental se implementó la ejecución del Plan de Conectividad Austral, cuyo objetivo fue asegurar la conectividad del territorio mediante la provisión del servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre de pasajeros y de carga, con estándares de calidad de infraestructura y de servicios.

La realidad del transporte de la zona, hasta antes de la licitación, comenzó recién en el año 1998, por medio de una barcaza de propiedad de un operador privado que realizó inversiones en rampas provisionales sin recibir subsidio alguno, quien concedió acceso libre y gratuito a terceros; sin embargo, no le fue posible a este empresario viabilizar económicamente su operación y abandonó el mercado en el año 2002. Ese año, el Ministerio de Obras Públicas construyó las actuales rampas de hormigón que son indispensables para prestar el servicio de transporte, a las cuales accedían los armadores privados en forma libre y gratuita.

Ya el Estado tuvo en ese entonces la iniciativa de establecer un número mínimo y periódico de circuitos entre Niebla y Corral, y para ello contrató primero con uno de los armadores entonces existentes y le subsidió con pagos mensuales a fin de que realizara tales viajes en forma periódica, existiera o no demanda.

En enero de 2008 caducó ese contrato y se adjudicó un nuevo período a la Naviera Valdivia, –que se mantuvo vigente hasta la ocurrencia de los hechos objeto de este juicio– contrato que aseguraba la existencia de cinco viajes diarios ida y vuelta entre Niebla y Corral, en horarios que eran coordinados con la comunidad de Corral. El uso de las rampas continuaba siendo gratuito.

Sin embargo, con el Plan de Conectividad Austral el Estado buscó, según se dijo, no sólo asegurar la conectividad del territorio, sino también que el servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre se prestara con estándares más elevados en cuanto a calidad en los servicios y también en la infraestructura.

En efecto, al licitar el servicio se estableció como obligación del adjudicatario prestar los servicios de transporte de carga y de pasajeros en nueve ciclos diarios, realizar la mantención y conservación de la infraestructura y las naves, controlar a toda nave que atraque/desatraque en la infraestructura portuaria, para lo cual debía habilitar procedimientos que permitan el acceso y control de las naves, autorizando y controlando la operación durante su permanencia, ello como evidente medida destinada a garantizar la seguridad en la faena, debía mantener un refugio y servicios higiénicos en el sector del muelle, mantener el perímetro del área cercado, todo el sector de acceso y explanada en condiciones de soportar el tránsito de vehículos, toda el área iluminada y hacerse cargo de la vigilancia de todo el sector.

De lo dicho queda en evidencia que la iniciativa buscaba una mayor eficiencia y calidad de los servicios en beneficio de la comunidad, y conforme a ello puede entonces advertirse que en la especie se trataba de una concesión de un servicio público –en su dimensión funcional– como lo es el transporte público de pasajeros y de carga entre aquellas localidades distantes y geográficamente separadas entre sí. (C. 6).

Tratándose de concesiones de servicio público, la regla general es que éstas se concedan bajo la forma de un monopolio, es decir, bajo la existencia de un solo operador, con exclusión de otros partícipes en el mercado. Sin embargo, aquí no se dio tal monopolio ni en el servicio de transporte ni en el uso de la infraestructura portuaria fiscal (C. 7).

CONCLUSIÓN

La Administración no vulnera la libre competencia al licitar y adjudicar un servicio de transporte de pasajeros y carga en zonas aisladas, ya que ello no busca excluir competidores de dicho mercado, sino que, al tratarse de una concesión de servicio público, sólo busca garantizar la seguridad en la faena y una mayor eficiencia y calidad de los servicios en beneficio de la comunidad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante porque establece un límite en cuanto a los actos de la Administración que pueden resultar lesivos de la libre competencia. La Corte Suprema, al

igual que en su sentencia Rol 354-2010 (publicada en este libro), concluye que el ejercicio válido de potestades de la Administración, llevadas a cabo con determinados fines, no son situaciones que puedan conllevar un atentado contra la libre competencia.

En este caso, el fin de prestar un servicio de manera más eficiente y segura para la comunidad, habilita para adjudicar a una sola empresa dicho servicio.

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta de enero de dos mil trece.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 4470-2012 Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva E.I.R.L. y Ricardo da Bove Fierro denunciaron al Fisco de Chile, por actos del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y a la Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Limitada por atentados a la libre competencia con motivo de la licitación del Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos, en relación con la conexión Niebla Corral. Específicamente las conductas imputadas fueron la existencia de un monopolio de privilegio, integración vertical artificial en el mercado relevante, constitución de un subsidio indirecto al operador dominante en perjuicio de los otros y abuso de posición dominante y prácticas desleales por parte del concesionario integrado, lo que en concepto de los denunciantes constituye una infracción a los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 211.

Por sentencia N° 121 de 10 de mayo del año 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decidió, en lo pertinente, acoger la demanda deducida a fojas 171 y declarar (i) que los demandados infringieron el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos indicados en la consideración quincuagésimo quinta de dicha sentencia, esto es, por haber el Fisco diseñado la Licitación en cuestión y concedido al concesionario resultante facultades que posibilitaron e incentivaron el cobro de una tarifa exclusiva de competidores y por ende contraria a la libre competencia; y por haber SOMARCO cobrado una tarifa que produce los efectos descritos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores; y, (ii) que la tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral fijada por Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Ltda. produce efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo fluvial entre tales localidades, en contravención a las normas de defensa de la libre competencia.

Conforme a ello se ordenó a la Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Ltda. fijar una tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral que no produzca efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo fluvial entre dichas localidades; para lo cual, en este caso, dicha tarifa deberá estar justificada en los costos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, en consonancia con lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta de la sentencia.

A su vez se ordenó al Fisco de Chile que, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato de “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos, y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escogiera alguna de las dos siguientes alternativas, en lo relativo a la conexión entre Niebla y Corral: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien, (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor

que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el Ministerio de Obras Públicas para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación.

Finalmente la sentencia condenó al Fisco de Chile a pagar las costas de los demandantes.

A fojas 2047 el Fisco de Chile dedujo reclamación en contra de la sentencia antes aludida y solicitó su enmienda, particularmente en la parte que ordenó a SOMARCO modificar su régimen tarifario por considerar que dicha resolución es contraria a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, ya que ninguna de las medidas dispuestas en esta norma fue adoptada por el tribunal y porque esa decisión contraviene además lo resuelto en cuanto dispuso que sólo si los Ministerios decidieran efectuar una nueva licitación al vencimiento del presente contrato debían sujetarse a las fórmulas que la sentencia disponía, sin afectar la actual licitación, todo ello con costas.

A fojas 2092 se agregó un avenimiento al que arribaron las denunciadas y SOMARCO en el juicio arbitral seguido por esta última en contra de las primeras por el cobro por el uso de rampas. Dicho avenimiento fue rechazado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin perjuicio del valor del mismo en sede arbitral, según consta de la resolución que al efecto se dictó a fojas 2104.

A fojas 2111 se hizo regir el decreto en relación.

Considerando:

Primero: Que el Fisco de Chile dedujo reclamación en contra de la sentencia N° 121/2012 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la parte que ordenó a la Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada a fijar una tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral que no produzca efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo fluvial entre dichas localidades, para lo cual dispuso que dicha tarifa debía estar justificada en los actos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, conforme a lo razonado en el mismo fallo.

Segundo: Que el Fisco adujo que la sentencia afecta la licitación cambiando su estructura tarifaria sin imponer la medida del literal a) del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, y de esta forma se alteran los actos administrativos que conforman la licitación para el Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos, en la conexión Niebla Corral, específicamente se afectan las Bases en su artículo 3.2.1 referido a la “Tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria que establecía como tarifa máxima el valor de \$ 25.000 en las rutas Lago Pirihueico, Lago Ranco y Niebla Corral. Agrega que al alterar la tarifa, sin ordenar la modificación de las bases, se afecta el principio de sujeción estricta a las bases de la licitación, conforme al cual una vez aprobadas éstas ellas son obligatorias tanto para el organismo licitante como para los participantes, tal como se reconoce, por ejemplo, en el artículo 8° bis de la Ley N° 18.575.

Enseguida, el reclamante aduce que el propio Tribunal ha reconocido que no existía antes de la licitación un mercado de transporte de pasajeros y que el existente sólo se limitaba al transporte de vehículos y de carga, asimismo el fallo admite que los demandantes no proveen los mismos servicios y que ellos conforman un mercado diferente del de transporte de pasajeros. Alude el Fisco al concepto de “Mercado” como “Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios; conforme a esta definición no existía hasta

antes de la licitación mercado alguno de transporte de pasajeros, pues los viajes que se realizaban eran en forma esporádica. Así, arguye que es absurdo sostener que si no existía este mercado de transporte de pasajeros se diga que para acceder a un mercado inexistente resultaba necesario contar con un acceso a las rampas, que por lo demás son de propiedad fiscal, ello porque el uso de las rampas sólo se justificaba para los demandantes en relación a la naturaleza del transporte que estos realizaban, que no era otro que el de carga y transporte de vehículos mayores.

En tercer término el Fisco sostiene que la puesta en marcha del contrato de concesión no significó la entrada de un nuevo oferente al mercado. Así, la interpretación que efectúa el tribunal de los supuestos mercados de transportes existentes en la zona lo induce a persistir en la errada apreciación de los hechos expuestos en la causa. Dice que la implementación del Plan de Conectividad Austral desarrollado por el Estado no tiene como objetivo la participación de éste como agente económico en mercado alguno, de lo contrario habría conculcado el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, lo que no ha sucedido, como tampoco ha vulnerado el derecho a la libre competencia sino que sólo se ha tratado del cumplimiento de las finalidades sociales que son características de los entes públicos.

En cuarto lugar el Fisco hace referencia en su reclamación al derecho del Estado al uso de infraestructura fiscal. Arguye que el sentenciador no reparó en la diferencia entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales recogida en el artículo 589 del Código Civil. La sentencia señaló que el uso de las rampas dejó de ser libre y gratuito, sin advertir que las rampas son fiscales y por tanto no son de uso público, que el hecho de que hasta antes de la licitación no fueran objeto de regulación obedeció a una mera liberalidad de éste y no podría considerarse de manera alguna restricción o vulneración a derecho alguno. Así, el Estado haciendo uso de su propia infraestructura decidió entregar su explotación y administración a particulares a través de un proceso licitatorio, abierto al público en general y sin más restricciones que aquellas contenidas en las bases de licitación, no pudiendo resultar dicho accionar un agravante o una conducta vulneratoria de la libre competencia. Agrega que la entrega de concesión de la administración de las rampas emplazadas en las localidades de Niebla y Corral efectivamente originó una actividad económica en torno a dicha infraestructura, la cual quedó regulada por el propio contrato de concesión.

En quinto lugar el reclamante afirma que el mercado relevante es el de transporte de pasajeros por lo que la sentencia yerra al decir que los mercados relevantes son dos, pues el mercado relevante es el transporte de pasajeros entre dos localidades separadas por eventos geográficos. Afirma que esto es importante porque el fallo no reparó ni se hizo cargo de la función subsidiaria del Estado en actividades poco lucrativas para los particulares, ni en los deberes e imposiciones legales que tiene éste, para llevar a cabo el bien común. Así, en la búsqueda de satisfacer el bien común el Estado definió por medio de leyes otorgar subsidios al transporte público de pasajeros y subsidios focalizados a nivel regional, y no sólo para el Transantiago, a fin de que la población de todo el territorio nacional tenga acceso igualitario a centros médicos, educacionales, recreacionales, de esparcimiento y a los lugares donde además puedan desarrollar sus actividades particulares, como comercio minorista o trabajos prestados en áreas de servicios en centros urbanos. Indica que las empresas demandantes operan un mercado distinto, el que sólo tiene como regulación la normativa de seguridad que impone la Autoridad Marítima dentro del ámbito de sus facultades, las demandantes son las que establecen por ejemplo el ordenamiento de carga y descarga de los vehículos de las naves y fijan las tarifas y son soberanas para decidir si llevan o no pasajeros, animales y si aceptan o no el transporte de vehículos de emergencia, policiales y ambulancias. Ellas fijan sus frecuencias, orientadas al servicio de las empresas productoras que intervienen como clientes.

En sexto lugar, se hace hincapié en que la licitación apunta a satisfacer la demanda del transporte de pasajeros. El Plan de Conectividad Austral buscaba desde el punto de vista económico satisfacer una demanda en el transporte de pasajeros existente y cubierta de manera muy precaria y riesgosa por

pequeñas embarcaciones, por ello resulta incomprensible que el tribunal luego de haber establecido en su sentencia que los demandantes no proveen exactamente los mismos servicios que el concesionario, al no transportar regularmente pasajeros ni cumplir deberes en cuanto a frecuencia, horarios y calidad, concluya posteriormente que los servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga son sustitutos, al menos parcialmente de los que provee la empresa concesionaria SOMARCO. Lo anterior porque dos o más bienes son sustitutos si a consecuencia de un alza en el precio de uno de ellos se origina un aumento en el consumo o en la demanda de los otros. Esta relación de sustitución puede surgir por razones técnicas o debido a los gustos del consumidor. En el caso de una licitación pública, donde el valor a cobrar por el adjudicatario de la concesión está regulado en las bases de licitación, esa condicionante no será posible de ocurrir y no se puede entonces dar un aumento en el valor de los bienes o servicios. Agrega que tampoco se produce sustitución por aumento en el consumo de otros bienes o servicios, porque los servicios de transporte de pasajeros no son otorgados por los demandantes, ni siquiera de manera residual, los que se han avocado al transporte de vehículos y de carga conformando un mercado diferente del de transporte de pasajeros, como lo ha concluido el propio tribunal. Además la sustitución no podría producirse en la práctica por el servicio de transporte de pasajeros porque no opera como un servicio que obedezca a las leyes del mercado, es un servicio subsidiado, que no representa un negocio en sí para el Estado, pues con él se busca satisfacer necesidades de un colectivo o sociedad. Así, dice que debe enmendarse la decisión cuarta del fallo por ser contraria al artículo 26 del Decreto Ley N° 211, ya que ninguna de las medidas dispuesta por esta norma fue adoptada por el Tribunal y porque esa decisión contraviene el resuelto quinto que dispone que si sólo los Ministerios demandados decidieran nuevamente licitar, al vencer este contrato deberán sujetarse a las fórmulas que indica sin afectar la actual licitación.

Finalmente, la reclamación alude a la improcedencia de la condena en costas que se ha hecho a su parte, en circunstancias que tuvo motivo plausible para litigar, pues el Fisco representado por el Consejo de Defensa del Estado; fue demandado por actos de los Ministerios de Obras Públicas y de Transportes y Telecomunicaciones, luego era un imperativo legal para la institución asumir la representación y defensa de los intereses fiscales de acuerdo al artículo tercero de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, tampoco ha habido mala fe o ausencia de un fundamento legítimo, y no fue totalmente vencido, pues si se revisan las peticiones de la demanda, no se acogió la petición de poner término a la licitación; por el contrario, ella sigue operando, y tampoco se accedió a las demás solicitudes de las denunciante.

Tercero: Que para una adecuada comprensión del asunto debatido conviene precisar que en el período anterior al año 2008 el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el tramo Niebla Corral se realizaba utilizando unas rampas de hormigón que había construido el Ministerio de Obras Públicas en el año 2002, uso que era libre y gratuito. En el año 2008 el Estado convocó a una licitación pública a fin de adjudicar y concesionar el “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos: Lago Pihueico, Lago Ranco y Conexión Niebla Corral”. Por Resolución DGOP N° 27, de 5 de febrero de 2009, se adjudicó el contrato a la empresa Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada. En el contrato el concesionario se obligó a mantener y conservar la infraestructura portuaria y las naves provistas por el Estado, o las auxiliares que se requieran para prestar adecuada e ininterrumpidamente el servicio, a contratar diversos seguros para cubrir daños a la nave, a la infraestructura y a terceros, a entregar un reglamento de operación y prestación de servicios, restituir las naves al término del contrato, entregar un registro con los horarios de zarpe y recalada. A su vez el adjudicatario adquirió el derecho de explotar la concesión durante cinco años, percibir las tarifas por la prestación de los servicios básicos previstas en las Bases y los aportes o subsidios establecidos en el contrato, obligándose el Estado a entregarle infraestructura y naves dentro de los plazos convenidos.

Conforme a esta licitación, el uso de las rampas dejó de ser gratuito y se permitió al concesionario cobrar una tarifa por recalada, cuyo monto máximo ascendió a \$ 25.000.

Dado este nuevo escenario, las actoras argumentan en su demanda contra el Estado que se ha infringido el principio de subsidiariedad por cuanto la licitación constituiría una intervención excesiva en el mercado de transporte marítimo fluvial en la conexión Niebla Corral; que la Ley de Concesiones no ampararía la constitución de un monopolio en relación con los servicios de transportes y sólo permitiría concesionar la infraestructura. Además, se afirmó que la licitación autoriza al concesionario para cobrar a sus competidores una tarifa por recalada que tiene como objeto y efecto excluirlos del mercado, sin perjuicio de hacer presente que el concesionario se convierte en un prestador de servicios de transportes verticalmente integrado con la infraestructura portuaria.

En cuanto a SOMARCO, las demandantes sostuvieron que esta compañía habría abusado de su posición dominante al efectuar cobros abusivos a los actores por el uso de la infraestructura portuaria en la conexión Niebla Corral y que se habría incurrido en actos de competencia desleal por medio del envío y publicación de un documento denominado “comunicado” que habría desprestigiado a los mismos con sus clientes. Este último aspecto quedó fuera del debate al ser desechado y no reclamado.

Cuarto: Que la sentencia impugnada consideró prioritario definir y caracterizar el o los mercados relevantes para luego analizar el efecto actual o potencial de las conductas cuestionadas en ellos a fin de establecer si dichos efectos son contrarios a la libre competencia y, en el evento de ser así, determinar si concurre o no alguna justificación para dichas conductas.

Quinto: Que el fallo para los efectos de determinar el mercado relevante hizo una distinción que parece razonable, cual es la realidad existente antes y después de la licitación. Así estableció que antes de aquélla se verificaba un mercado de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga entre las localidades de Niebla y Corral que era servido desde hace años por los demandantes, quienes contaban cada uno con una barcaza y que utilizaban libremente las rampas construidas en el año 2002 por el Ministerio de Obras Públicas.

Después de la licitación, la sentencia estima que entró un nuevo oferente al mercado de servicios de transporte de vehículos y de carga, y que además el acceso a las rampas dejó de ser libre y gratuito, porque se autorizó a SOMARCO a cobrar por el uso de aquéllas.

Conforme a lo anterior el fallo concluye que la licitación originó un nuevo mercado que podría definirse como uno de prestación de servicios portuarios o de acceso a infraestructura y en consecuencia son dos los mercados relevantes. El primero, de servicio de transporte de vehículos y de carga entre Niebla y Corral en el que participan SOMARCO y los demandantes; y el segundo, de servicios portuarios necesarios para la recalada de las barcazas que proveen servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga entre las mismas localidades y que tras la licitación estaría monopolizado por el concesionario, toda vez que no existirían alternativas a la infraestructura existente entregada en concesión. Se sostuvo también que tanto los operadores privados existentes como el concesionario participan como demandantes de servicios en este último mercado.

Sexto: Que dentro del contexto temporal y geográfico en el cual fluyen los hechos, se puede apreciar que como política gubernamental se implementó la ejecución del Plan de Conectividad Austral, cuyo objetivo fue asegurar la conectividad del territorio mediante la provisión de servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre de pasajeros y de carga, con estándares de calidad de infraestructura y de servicios.

La realidad del transporte de la zona, hasta antes de la licitación, y según reconocen las propias denunciadas en su libelo de fojas 171, comenzó recién en el año 1998, por medio de la Barcaza Transbordador Bahía Corral, de propiedad de un operador privado que realizó inversiones en rampas provisoria sin recibir subsidio alguno, quien concedió acceso libre y gratuito a terceros; sin embargo, no le fue posible a este empresario viabilizar económicamente su operación y abandonó

el mercado en el año 2002. Ese año, el Ministerio de Obras Públicas construyó las actuales rampas de hormigón que son indispensables para prestar el servicio de transporte, a las cuales accedían los armadores privados en forma libre y gratuita. Se reconoce que ya el Estado tuvo en ese entonces la iniciativa de establecer un número mínimo y periódico de circuitos entre Niebla y Corral, y para ello contrató primero con uno de los armadores entonces existentes y le subsidió con pagos mensuales a fin de que realizara tales viajes en forma periódica, existiera o no demanda. En enero de 2008 caducó ese contrato y se adjudicó un nuevo período a la Naviera Valdivia que se mantuvo vigente hasta la ocurrencia de los hechos objeto de este juicio, contrato que aseguraba la existencia de cinco viajes diarios ida y vuelta entre Niebla y Corral, en horarios que eran coordinados con la comunidad de Corral. El uso de las rampas continuaba siendo gratuito.

Sin embargo, con el Plan de Conectividad Austral el Estado buscó, según se dijo, no sólo asegurar la conectividad del territorio sino también que el servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre se prestara con estándares más elevados en cuanto a calidad en los servicios y también en la infraestructura.

En efecto, al licitar el servicio se estableció como obligación del adjudicatario prestar los servicios de transporte de carga y de pasajeros en nueve ciclos diarios, realizar la mantención y conservación de la infraestructura y las naves, controlar a toda nave que atraque/desatraque en la infraestructura portuaria, para lo cual debía habilitar procedimientos que permitan el acceso y control de las naves, autorizando y controlando la operación durante su permanencia, ello como evidente medida destinada a garantizar la seguridad en la faena; debía mantener un refugio y servicios higiénicos en el sector del muelle, mantener el perímetro del área cercado, todo el sector de acceso y explanada en condiciones de soportar el tránsito de vehículos, toda el área iluminada y hacerse cargo de la vigilancia de todo el sector.

De lo dicho queda en evidencia que la iniciativa buscaba una mayor eficiencia y calidad de los servicios en beneficio de la comunidad, y conforme a ello puede entonces advertirse que en la especie se trataba de una concesión de un servicio público —en su dimensión funcional como lo es el transporte público de pasajeros y de carga entre aquellas localidades distantes y geográficamente separadas entre sí.

Séptimo: Que tratándose de concesiones de servicio público, la regla general es que éstas se concedan bajo la forma de un monopolio, es decir, bajo la existencia de un solo operador, con exclusión de otros partícipes en el mercado. Sin embargo, aquí no se dio tal monopolio ni en el servicio de transporte ni en el uso de la infraestructura portuaria fiscal.

En efecto, en el caso del mercado del transporte, las denunciadas han seguido ejerciendo dicha labor, constituida por el transporte de carga y de vehículos, aunque ellas arguyen que con dificultad. En lo que dice relación con el transporte de pasajeros, las actoras no son las que lo prestan, sino otros armadores que operan dicho servicio a través de lanchas, y que en la actualidad, al menos así lo reconocen las propias demandadas, son alrededor de quince lanchas controladas por trece microempresarios.

En cuanto al uso de infraestructura portuaria, el Estado la entregó en concesión a la empresa SOMARCO, y la facultó para cobrar a terceros por su uso una determinada tarifa que no podía exceder de \$ 25.000 por recalada. Es decir, pese a que las partes están contestes en el dominio del Fisco sobre las rampas, las actoras cuestionan el cobro que se hace por su uso, por cuanto ven allí un mecanismo de exclusión de competencia, que la sentencia impugnada ha recogido como tal, de lo que surge entonces la necesidad de examinar el tema tarifario.

Octavo: Que al respecto útil resulta considerar para estos efectos que el derecho de la competencia ha sido definido como “aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación

de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público (Derecho de la Competencia en América, autor Jorge Witker Velásquez, publicado por el Fondo de Cultura Económica, primera edición, Chile, año 2000, p. 21).

Como corolario de lo anterior, ha de examinarse si con la licitación efectuada los intereses antes enunciados aparecen o no protegidos, pudiendo advertirse desde ya que éstos se han mantenido incólumes; es más, se ha privilegiado el factor de eficiencia y seguridad en la prestación de los servicios.

En efecto, los consumidores se han visto beneficiados por cuanto a través de la licitación se les ha dotado de un medio de transporte permanente y continuo, que les asegura nueve ciclos diarios independientes de la demanda que se genere; además, se ha mejorado la infraestructura para acceder a las embarcaciones, se han implementado mecanismos de vigilancia en la operación portuaria, iluminación, etcétera, lo que se traduce en una mejora ostensible de los servicios.

En cuanto al interés público, este puede entenderse en un doble sentido: primero, como manifestación del interés ciudadano, situación que se confunde con la del interés de los consumidores y que, por lo tanto, vale lo dicho a ese respecto; y en segundo término como manifestación de los intereses del Estado, y en este caso también éste se ve tutelado pues se ha asegurado a través de las obligaciones que asumió el adjudicatario la conservación y mantención de la infraestructura portuaria de dominio fiscal.

Finalmente, en cuanto al interés de los competidores, cabe comprender aquí a los denunciantes que prestan principalmente el servicio de transporte de carga y de vehículos; entre ellos, las reglas del mercado son similares, pues todos pueden seguir cubriendo las rutas que antes de la licitación hacían, todos ellos se ven en la necesidad de utilizar las rampas fiscales en términos más seguros que antes y todos deben pagar por dicho uso tarifas que son similares, las que la licitación se encargó de regular a través de la fijación de un monto máximo. Ahora bien, en cuanto a la comparación de la situación de SOMARCO y las demandantes, obviamente se constata una diferencia, pero ella obedece a que las cargas que tienen uno y otro son también desiguales. Así, mientras las demandantes deben ahora pagar por el uso de las rampas, que antes era gratuito, no pesa sobre ellas ninguna obligación respecto a las instalaciones, salvo someterse a las reglamentaciones que impone su uso como consecuencia de las ordenaciones que debe implementar el adjudicatario para el control del atraque y desatraque; en cambio, el adjudicatario sí tiene diversas obligaciones que le impone el contrato, como son la conservación y mantención de la infraestructura, que evidentemente significan un costo mayor que el que tienen las denunciantes. Es cierto que recibe un subsidio estatal por la actividad que se adjudicó y que además puede percibir los cobros por el uso de rampas, pero no ha de olvidarse que también está obligada a realizar un determinado número de ciclos de transporte diario, exista o no demanda.

Noveno: Que la sentencia impugnada realizó todo un análisis de los cobros a partir del fundamento cuadragésimo cuarto y concluyó que la tarifa de \$ 25.000 por recalada no tenía justificación, que le reportaba utilidades a SOMARCO por sobre las que obtenía por el negocio del transporte y que ello generaba un efecto contrario a la libre competencia porque producía desventajas de costos artificiales para los competidores y en definitiva desembocaba en efectos exclusorios cerrando el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado.

Décimo: Que, sin embargo, la realidad que se desprende de autos demuestra que aquella aseveración no es efectiva, puesto que el mercado no se ha cerrado a un solo actor. En efecto, consta en autos que SOMARCO y las demandantes llegaron a un avenimiento en el juicio arbitral que la primera inició contra las segundas por cobro de tarifas de uso de infraestructura portuaria. Si bien

dicho avenimiento pretendía también poner término a este litigio entre dichas partes, lo que no fue aceptado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia según consta de la resolución dictada a fojas 2104, no es menos cierto que dicho acto jurídico deja patente que las actoras continúan operando en el mercado, que ninguna ha sido finalmente excluida y que han acordado junto a SOMARCO la tarifa a solucionar por el uso de la infraestructura. Así en la cláusula novena del avenimiento se acordó que las demandadas de ese juicio –actoras de éste– pagarán a SOMARCO la suma de \$ 20.000 más IVA por cada día de operación de cada una de sus naves o uso efectivo de cualquiera de las rampas de Niebla o Corral, independiente del horario o número de recaladas que cada nave realice durante el respectivo día de operación.

La circunstancia anterior evidencia que la actividad comercial de las denunciantes ha podido continuar desarrollándose en términos razonables, tanto es así que han convenido la tarifa a pagar, la cual se enmarca también dentro de los parámetros que había fijado la licitación y de esta forma todos los actores partícipes de este mercado continúan operando en él.

Undécimo: Que de acuerdo a lo relacionado precedentemente, se hace innecesario efectuar razonamientos de tipo económico en cuanto a las tarifas desde que las partes libremente en uso de la autonomía de la voluntad han acordado sus valores, lo que hace desaparecer los reproches que la sentencia formula en su consideración quincuagésima quinta respecto de los demandados y por ende se descarta una contravención por parte de éstos al artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

Duodécimo: Que como consecuencia de lo anterior no se advierte la necesidad de mantener las medidas adoptadas en la sentencia, máxime cuando no se ha demostrado que a todo evento en este caso la integración vertical haya sido contraria a la libre competencia, y por tanto tampoco resulta necesario condicionarla para futuras licitaciones dadas las variaciones económicas, políticas o sociales que pueden afectar a los mercados en el transcurso del tiempo.

Décimo tercero: Que resulta innecesario referirse a los demás argumentos de la reclamación, salvo considerar que la condena en costas que se había impuesto al Fisco no se justificaba si resultaba evidente el motivo plausible que tuvo para litigar.

Décimo cuarto: Que si bien la empresa demandada SOMARCO no impugnó la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esta Corte Suprema tiene amplia competencia para pronunciarse sobre la materia, en atención a que el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 le permite no sólo conocer de las reclamaciones por las que se impongan medidas de las señaladas en el artículo 26 sino también de las que absuelvan, y con todo, el Fisco de Chile ha impugnado precisamente el fallo por afectar con su decisión una licitación pública en su globalidad y con ello la estructura tarifaria de la misma.

Décimo quinto: Que por todo lo expuesto se acogerá la reclamación deducida y se dejarán sin efecto todas las medidas adoptadas, por innecesarias.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 27 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se acoge la reclamación deducida por el Fisco de Chile en lo principal de fojas 2047 en contra de la sentencia N° 212 de diez de mayo de dos mil doce, escrita a fojas 1996 y siguientes y en consecuencia se dejan sin efecto las decisiones III, IV, V y VI de la misma y se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta a fojas 171 por Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva EIRL y Ricardo Da Bove Fierro, sin costas por existir motivo plausible para litigar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pfeffer.

Rol N° 4470-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeffer R., y el Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pfeffer por haberse ausentado. Santiago, 30 de enero de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de enero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1.1. CASOS DE LEGALIDAD ESPECIAL

MATERIA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE GASTO PÚBLICO

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)

Rol: 254

Fecha: 26.04.1997

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Osvaldo Faúndez Vallejos, Marcos Aburto Ochoa, Eugenio Valenzuela Somarriva, Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell y Mario Verdugo Marinkovic.

Ministro minoría: Luz Bulnes Aldunate.

Ministro redactor: Juan Colombo Campbell.

Requirentes: Senadores Olga Feliú Segovia, Arturo Alessandri Besa, Alberto Cooper Valencia, Sergio Fernández Fernández, Hernán Larraín Fernández, Miguel Otero Lathrop, Bruno Siebert Held, Julio Lagos Cosgrove, Enrique Larre Asenjo, Sebastián Piñera Echenique, Francisco Prat Alemparte y Santiago Sinclair Oyaneder.

DESCRIPTORES

Administración Financiera del Estado – Ley de Presupuesto – Flexibilidad Presupuestaria – Estimación, Legalidad Financiera – Reserva de Ley – Potestad Reglamentaria.

PRINCIPIO JURÍDICO

El principio de legalidad de gasto público debe ser concebido en términos flexibles.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 32 N° 22, 64, 88 y 89 CPR; Arts. 11, 17, 19, 26 y 28 D.L. N° 1.263/1975 Orgánico de Administración Financiera del Estado.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Decreto Supremo 1.679/1997 Ministerio de Hacienda que establece normas de flexibilidad presupuestaria para la ejecución de la Ley de Presupuesto del 1997. Este D.S. facultó al propio Ministro de Hacienda para que por sí, o en conjunto con otros Ministros de Estado, como asimismo a los Ministros de Salud y de Vivienda y al resto de las autoridades que indica, pudiesen disponer de gastos no autorizados en la ley,

ya sea: a) por mayores ingresos que los estimados; b) por reducciones de otros gastos autorizados en la ley, y c) a través de modificaciones esenciales de los gastos y/o de las glosas aprobadas en la Ley de Presupuestos.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede modificarse la ley de presupuesto a través de decretos?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

En diciembre de 1996 el Ministerio de Hacienda dictó el D.S. N° 1.679 que contemplaba normas de flexibilidad presupuestaria para la ejecución de la Ley de Presupuesto del 1997.

Este D.S. se dictó teniendo como fundamento el artículo 26 del D.L. N° 1.263 de 1975 Ley de Administración Financiera del Estado, que comprende un régimen para realizar por medio de decretos modificaciones a la Ley de Presupuesto vigente. Dicho artículo dispone: “Las normas sobre traspasos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán establecidas por decreto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Estas normas podrán ser modificadas por decreto fundado durante el ejercicio presupuestario.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, sólo por ley podrá autorizarse el traspaso de fondos entre diferentes Ministerios y el incremento de aportes a las empresas del Estado que no sean sociedades anónimas”.

ALEGACIONES

El D.S. N° 1.679/1997 Ministerio de Hacienda, introduce modificaciones a la Ley de Presupuestos aprobada por el Congreso, estableciendo gastos no autorizados por la Ley.

La Constitución en sus artículos 32 N° 22, 64, 88 y 89, exige que el Presupuesto se apruebe por una ley. El principio de legalidad del gasto público consagrado en la Constitución exige que los egresos aprobados en la Ley de Presupuestos, constituyan el límite máximo del gasto que puede realizar el Ejecutivo en el año respectivo. Para sobrepasar este gasto máximo se necesita una ley que lo autorice.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

De las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que establecen el régimen presupuestario chileno se desprende que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en materia de la Ley de Presupuestos y al Congreso Nacional, discutirla y aprobarla. Para dar eficacia al Presupuesto, se dictó el D.L. N° 1.263/1975 que, en su artículo 26, inciso 1, autorizó al Presidente de la República para que, por decreto, pueda dictar normas sobre traspasos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias. La ley le impide autorizar traspasos de fondos entre diversos ministerios y el incremento de aportes a las empresas del Estado que no sean sociedades anónimas. Cabe destacar que la limitación anterior es

sin perjuicio de las establecidas en el artículo 4º de la Ley de Presupuestos en vigencia, 19.486. Consagra así, lo que se denomina flexibilización presupuestaria. De las disposiciones citadas se concluye que aprobada la Ley de Presupuestos, le corresponde, nuevamente al Presidente de la República, su ejecución, para lo cual, la propia ley le otorga las atribuciones y herramientas necesarias, para que el Presupuesto cumpla su objetivo final. Ello implica que el poder administrador está facultado para usar las potestades indispensables, las que deberán contar con la flexibilidad necesaria para que no pierdan el sentido que la Constitución señala para tan importante materia en el desarrollo integral del Estado (C. 2).

Debe precisarse cuál es el régimen de ingresos y egresos que contempla la Ley de Presupuestos en conformidad con las disposiciones constitucionales y legales pertinentes. Respecto de los ingresos y conforme al inciso segundo del artículo 64 de la CPR, la “estimación” corresponde exclusivamente al Presidente de la República. En concordancia con la norma antes citada, el artículo 11 del D.L. N° 1.263/1975, preceptúa: “El presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”. Más adelante, en su artículo 17 reitera que el cálculo de entradas “debe contener una proyección del rendimiento del sistema de ingresos públicos”. No hay pues, aquí, una fijación de los ingresos, sino tan sólo una estimación de los mismos. En cuanto a los gastos, y de acuerdo con el sistema legal, no son ellos propiamente fijados en la Ley de Presupuestos, sino autorizados por ella. El mismo artículo 11 antes citado, expresa que el presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los gastos para este sector para un año dado. Por su parte, el artículo 19 del mismo D.L. referido dispone que “Los presupuestos de gastos son estimaciones del límite máximo a que pueden alcanzar los egresos”. De lo hasta aquí expuesto debe destacarse la importante diferencia que existe entre el concepto de “fijación” usado en el artículo 44, N° 4 de la Constitución de 1925 y el de “estimación” que contempla la actual CPR y al que reiteradamente alude el D.L. N° 1.263 (C. 15).

De lo anterior resulta que el Presupuesto es un instrumento de política fiscal que barraja la variable de ingreso y gasto público, lo que explica que éste contenga elementos de periodicidad, discrecionalidad y condicionalidad que lo distinguen de las leyes tradicionales (C. 16).

El principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico. Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas. La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse

a esquemas interpretativos apriorísticos. En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal. Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina de que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley (C. 18).

El Presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al Presupuesto Nacional y aún más se encuentra facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos. Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, o no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente, en el artículo 32 N° 22. En efecto, la ley autoriza al Presidente de la República, como lo ha hecho en los artículos 26 y 28 del D.L. N° 1.263/1975, para que decrete un gasto superior al autorizado por el Congreso si se dan las situaciones habilitantes previstas por el legislador, o sea, dentro de los supuestos planteados de antemano y autorizados por éste. Siendo así, el principio de la legalidad financiera en Chile está conformado por el juego armónico de las normas contenidas en la Constitución, en las leyes y en los decretos que implementan el Presupuesto. En tal sentido, es un hecho que, a partir de 1977, el Presidente de la República, por decreto supremo, ha procedido anualmente a fijar las normas sobre la forma de llevar a efecto determinadas modificaciones presupuestarias para el respectivo ejercicio financiero. Igualmente debe considerarse a este propósito que, el D.L. N° 1.263, de 1975, ha sufrido diversas modificaciones, lo que confirma la plena vigencia que a sus disposiciones otorgó el Congreso Nacional al modificarlo en cada oportunidad. Es más, a él se remite la propia Ley de Presupuestos en vigencia en su artículo 4° que limita el ámbito de aplicación de su artículo 26 (C. 19).

Es un hecho que la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones legislativas del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República, criterios que deben tenerse presente para la interpretación de las disposiciones *decisoria litis* (C. 21).

La Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña que estima que “la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras, la Ley de Presupuestos es una normativa típicamente autorizatoria, en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al Jefe de Estado” (C. 22).

Son razones históricas, doctrinarias y de texto las que permiten avanzar, como conclusión, que la Ley de Presupuestos se aparta en varios aspectos de las características y objetivos universalmente reconocidos a la ley. En efecto, resulta necesario buscar una explicación a las disposiciones vigentes que autorizan al Poder Administrativo para que, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda efectuar adecuaciones al presupuesto consistentes en trasposos, incrementos, reducciones y otras modificaciones. La historia nos muestra que la guerra civil de 1891, bajo el gobierno de Balmaceda, se originó en su disputa con el Congreso a raíz de la discusión de la Ley de Presupuestos. Dicha experiencia hizo que el constituyente de 1925 se cuidara de regular en forma exhaustiva el tema. La detenida regulación constitucional, que proviene del texto de 1925, procura evitar así lo que sucedió en el pasado, durante la vigencia de la Constitución de 1833, cuando con el pretexto del despacho de la Ley de Presupuestos el Parlamento presionaba y ejercía influencia sobre el Ejecutivo. Por su parte, respecto de la Constitución de 1980, debe ponerse de relieve, como lo destaca el profesor Alejandro Silva Bascuñán que “todo lo relativo al Presupuesto Anual se encuentra sumido en el propósito sustancial de darle unidad de manejo tributario y financiero al sector público, entregando la responsabilidad de su formulación y ejecución al Presidente de la República, como una de las manifestaciones del vigoroso presidencialismo consagrado en la Constitución de 1980” (C. 23).

El análisis de las normas que regulan el presupuesto nos permite concluir: A) Que el Presupuesto General de la Nación es materia de ley, encontrándose así consagrado a su respecto el principio de reserva legal. Sin embargo, esto no puede llevar a desconocer que atendida su propia naturaleza, dicho principio recibe una aplicación atenuada y flexibilizada; B) Que, por su naturaleza, la Ley de Presupuestos dura un año y, por lo tanto, a su vencimiento, deberá impulsarse nuevamente el mecanismo para la dictación de la próxima; C) Que la reserva de ley, en materia presupuestaria, está complementada por otras normas legales ya citadas, que autorizan el uso de la potestad reglamentaria para colaborar en la aplicación concreta de su normativa para que ella logre su plena eficacia, y D) Que la ley remite al ejercicio de la potestad reglamentaria, la operación de la Ley de Presupuestos, con lo cual se produce la trílogía Constitución, ley y decreto (C. 24).

La Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor (C. 26).

Del análisis efectuado en esta sentencia y de las disposiciones invocadas, puede concluirse que la legalidad del gasto público significa que ellos deben estar incluidos, como gastos, en la Ley de Presupuestos; más, por la vía de la potestad reglamentaria de ejecución, el Presidente de la República puede hacer uso de las facultades que expresamente le confiere el D.L. N° 1.263/1975 (C. 27).

De todo lo expuesto surge con claridad el verdadero sentido y alcance del artículo 32, N° 22, de la CPR, que dispone que es atribución especial del Presidente de la República “Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley”. La expresión “con arreglo a la ley” tiene fundamental importancia porque ella denota que el constituyente no ha reservado exclusivamente a la ley la materia respectiva, sino que ha convocado a la potestad reglamentaria para regularla en los términos que fije la ley. En consecuencia, en el caso en estudio, es el D.L. N° 1.263/1975 y la Ley N° 19.486 los que establecen el núcleo central conforme al cual puede el Presidente de la República ejercer su potestad reglamentaria en este campo. Ello conduce entonces, necesaria e ineludiblemente, a resolver que el D.S. N° 1.679 impugnado, dictado en virtud de las normas legales antes señaladas, está en perfecta concordancia y armonía con la preceptiva constitucional (C. 28).

CONCLUSIÓN

El Presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al Presupuesto Nacional y aún más se encuentra facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos. Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos. La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador, correspondiendo al Ejecutivo efectivizar dicha ley en cumplimiento de su atribución constitucional de cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia expuso de un modo notable las características particulares de la Ley de Presupuestos como marco regulatorio en cuya formulación participa el Congreso y el Presidente de la República en posiciones diferentes, destacando los poderes prevalentes de este último.

Además, justifica porque el principio de reserva de ley es especialmente relativo en materia presupuestaria. En estricto rigor, mediante esta sentencia queda en evidencia la existencia de un criterio de “vinculación negativa” en el ejercicio de competencias asociadas a los gastos públicos.

Los criterios de este caso se verán profundizados en el caso Rol 1867 (publicado en el presente libro), donde admitió que mediante glosas presupuestarias se impusieran obligaciones de información al Presidente de la República sobre sus promesas de campaña.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiséis de abril de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS:

Con fecha 10 de marzo del presente año, doce Senadores, que representan más de la cuarta parte de esa Corporación, han presentado un requerimiento a este Tribunal, con el objeto de que se declare que el Decreto Supremo N° 1.679, de fecha 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1997, es inconstitucional, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 5°, de la Constitución Política.

Los senadores requirentes son la señora Olga Feliú Segovia, los señores Arturo Alessandri Besa, Alberto Cooper Valencia, Sergio Fernández Fernández, Hernán Larraín Fernández, Miguel Otero Lathrop, Bruno Siebert Held, Julio Lagos Cosgrove, Enrique Larre Asenjo, Sebastián Piñera Eche-nique, Francisco Prat Alemparte y Santiago Sinclair Oyaneder.

Señalan los requirentes que desde 1990, año desde el que le ha correspondido al Congreso Nacional estudiar el proyecto de Ley de Presupuestos, han tomado conocimiento de numerosas modificaciones que por la vía administrativa se le introducen a dichos cuerpos legales con posterioridad a su publicación. Entre las más importantes que se realizan por decreto supremo se encuentran las siguientes:

1°. Autorización de gastos no aprobados por el Congreso Nacional.

2°. Aumento del monto de gastos determinados aprobados por el Congreso Nacional por una cantidad inferior.

3°. Modificación de la estructura del Presupuesto creando subtítulos de gastos sin la aprobación del Congreso Nacional.

4°. Incremento de los montos de gastos limitados en las glosas presupuestarias que contemplan las leyes respectivas.

Las modificaciones aludidas implican que el Presupuesto que se ejecuta es substancialmente distinto del aprobado por el Congreso Nacional.

Señalan los requirentes que es evidente entonces, que por la vía de las normas que dicta anualmente el Poder Ejecutivo regulando las modificaciones presupuestarias, que este año se contienen en el Decreto Supremo N° 1.679, motivo del presente requerimiento, se le introducen substanciales modificaciones al Presupuesto aprobado por el Congreso Nacional, efectuando en definitiva gastos no autorizados por ley.

Expresan que la Constitución exige, en sus artículos 32, N° 22, 64, 88 y 89, que el Presupuesto se apruebe por ley y que, si bien el Congreso no tiene atribuciones para aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos, sí puede reducir los gastos que propone el Poder Ejecutivo, con la sola condición de que no se trate de gastos establecidos por una ley permanente.

Todas las normas anteriores consagran el principio de legalidad del gasto público, que no es nuevo y que ha inspirado las normas sobre gastos contenidas en las distintas Cartas Fundamentales que han regido a nuestro país.

Resulta evidente que el principio de legalidad del gasto público consagrado en la Constitución no significa que para cada gasto que ordene el Poder Ejecutivo deba dictarse una ley, sino que establece el gran marco jurídico al que se debe ceñir el sistema presupuestario y que, en suma, consiste en que los gastos son materia de ley, ya sea de un cuerpo legal que directamente los apruebe, de uno

que delegue facultades al Presidente de la República para hacerlo por Decreto con Fuerza de Ley o, por último, de uno que regule la forma en que es posible efectuar traspaso de recursos mediante decreto supremo, eventualidad que la propia Constitución contempla en su artículo 32, N° 22.

Plantean los requirentes que, tradicionalmente, el ordenamiento constitucional en materia de gasto público se encontraba complementado por las Leyes Orgánicas de Presupuestos, las que contemplaban normas sobre la llamada flexibilidad presupuestaria, esto es, regulaba los traspasos de recursos que es posible efectuar administrativamente.

En la actualidad rige en esta materia la Ley de Administración Financiera del Estado, contenida en el Decreto Ley N° 1.263, de 1975.

Los egresos aprobados en la Ley de Presupuestos, constituyen el límite máximo del gasto que puede realizar el Ejecutivo en el año respectivo. Para sobrepasar este gasto máximo necesita una ley que lo autorice.

A diferencia de las anteriores Leyes Orgánicas de Presupuestos, en materia de flexibilidad, el Decreto Ley N° 1.263 no regula los traspasos que es posible efectuar durante la vigencia de un presupuesto determinado sin necesidad de ley.

En el mes de diciembre de cada año el Ministro de Hacienda dicta un decreto que establece normas sobre modificaciones presupuestarias para el año siguiente, conocidas como normas de flexibilidad presupuestaria. El Decreto Supremo que se objeta es aquel dictado en diciembre de 1996, llamado a regir durante la ejecución del Presupuesto del presente año, cuyas normas serían inconstitucionales.

El fundamento de lo anterior se encuentra en que al artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, se le ha dado una interpretación tan amplia, que lleva a que las disposiciones que se dictan en conformidad con él sean inconstitucionales puesto que permiten efectuar gastos no aprobados por ley.

Si la Constitución Política exige que el Presupuesto se apruebe por ley y que todo gasto tenga fundamento en una ley que lo autorice, no es posible entender que la norma legal que regula los traspasos a través de un simple decreto, no de un decreto con fuerza de ley, permita que mediante ese decreto se le dé facultades al Poder Ejecutivo para realizar gastos no autorizados por el Congreso Nacional.

Como consecuencia de ello, todas las normas de dicho decreto que permiten al Gobierno exceder el gasto máximo aprobado por el Congreso Nacional son inconstitucionales.

El Decreto Supremo N° 1.679, en lo sustancial faculta al propio Ministro de Hacienda para que por sí, o en conjunto con otros Ministros de Estado, como asimismo a los Ministros de Salud y de Vivienda y al resto de las autoridades que indica, puedan disponer gastos no autorizados en la ley, ya sea:

1. por mayores ingresos que los estimados;
2. por reducciones de otros gastos autorizados en la ley, y
3. a través de modificaciones esenciales de los gastos y/o de las glosas aprobadas en la Ley de Presupuestos.

En esta situación se encuentran las siguientes disposiciones del Decreto Supremo N° 1.679:

- 1°. En el N° I, partida 50, Tesoro Público, los números 1.2. y 1.3.

2°. En el N° II, Organismos del Sector Público, excluidas las Municipalidades, los números 2.3., 2.5., 2.6., 2.7., 2.8., 2.9., 2.10. y 2.11.

En el mismo número los numerales 3.1., 3.2., 3.6., 3.7., 3.8. y 3.12.

Expresan los requirentes que todas las atribuciones comprendidas en los números anteriores constituyen autorizaciones a la administración para afectar gastos fiscales, lo que contraviene los artículos 32, N° 22, 64, 88 y 89 de la Constitución Política, de acuerdo con los cuales los gastos públicos deben ser aprobados por ley a proposición del Presidente de la República.

Por otra parte, plantean que el Decreto Supremo N° 1.679, al facultar a los Ministros de Estado y a las autoridades que indica, en sus números I y II, contraviene el artículo 35 de la Constitución Política.

A su vez, plantean los requirentes que, además, contraviene el artículo 61 de la Carta Fundamental que contempla la institución de delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República.

En tal sentido, señalan que las modificaciones a la Ley de Presupuestos deben disponerse por ley.

Todos los números del Decreto Supremo N° 1.679, en cuanto confieren facultades a Ministros, Subsecretarios y Director de Presupuestos, para disponer modificaciones al Presupuesto de la Nación y en cuanto autorizan tales modificaciones contravienen el artículo 61 de la Constitución Política pues no se ha otorgado delegación de facultades legislativas para disponer en estas materias, en los términos establecidos por la Constitución.

Agregan también que el Decreto Supremo N° 1.679, en sus números VI y VII, que se refieren a los Presupuestos Municipales y de los Servicios Incorporados a la Gestión Municipal, contraviene el artículo 111 de la Constitución, de acuerdo con el cual, las Municipalidades y los servicios incorporados a su gestión gozan de autonomía constitucional en materia de administración financiera, al imponerle obligaciones de comunicar determinados actos a las autoridades propias de la administración central.

Por último se expone que el número VIII, que determina el ámbito propio de este Decreto, al ser consecuencia o complemento de las disposiciones que se han analizado es igualmente inconstitucional.

Concluye el requerimiento solicitando que los preceptos que se han individualizado del Decreto Supremo N° 1.679, se declaren inconstitucionales debiendo quedar sin efecto desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

Con fecha 18 de marzo se admitió a tramitación el requerimiento, ordenando ponerlo en conocimiento del Presidente de la República y del Contralor General de la República.

Con fecha 24 de marzo, a fojas 92, el Contralor General de la República formuló las siguientes observaciones al requerimiento:

Al plantearse que al artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, que sirve de fundamento al Decreto impugnado, se le habría dado una interpretación tan amplia que conduciría a que las disposiciones del Decreto que se dicta en conformidad con él serían inconstitucionales, lo que se argumenta es que el acto administrativo adolece de ilegalidad y no de inconstitucionalidad como afirman los recurrentes, materia que es ajena a la competencia de este Tribunal.

El Decreto Supremo N° 1.679, tiene, en primer término, sus fundamentos en la Constitución Política de la República, de acuerdo con la cual al Presidente de la República le corresponde el go-

bierno y la administración del Estado, tarea que involucra la conducción de la política económica del país. El Presupuesto es el instrumento que permite al Ejecutivo planificar en forma anticipada, mediante la estimación del rendimiento de los ingresos así como la determinación de los gastos, los programas de acción tendientes a cumplir precisamente con el fin antes indicado. Es evidente que la Ley de Presupuestos tiene que incluir dos aspectos básicos: primero, la fijación de una estimación de los ingresos para cada ejercicio, y, segundo, la priorización de un cálculo de gastos que podrán ser solventados con aquellas entradas.

De ello se sigue que las cifras inicialmente consignadas en la ley quedan sujetas a las naturales variaciones que pueden producirse al momento de percepción de los ingresos estimados o de la aplicación de éstos a los fines programados.

Tales fluctuaciones cuantitativas, junto a otras situaciones difíciles de prever, darán lugar a las necesarias modificaciones que durante el ejercicio deban efectuarse al presupuesto originalmente aprobado, mediante los mecanismos que el ordenamiento legal establece.

Tales mecanismos están contemplados en el Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado.

Diversos preceptos del Decreto Ley otorgan atribuciones al Ejecutivo en materia de modificaciones presupuestarias, lo que viene a confirmar la naturaleza de meras estimaciones que el legislador le ha conferido a los cálculos o cifras que inicialmente se han consultado en la Ley de Presupuestos.

Puede advertirse que las normas sobre Administración Financiera del Estado contemplan un régimen de acuerdo con el cual la Ley Anual de Presupuestos está sujeta a eventuales modificaciones que corresponde efectuarse por vía administrativa a través de un decreto del Presidente de la República.

De acuerdo con el régimen legal vigente el Presidente de la República, a partir del año 1977, ha establecido anualmente mediante decretos supremos suscritos por el Ministro de Hacienda, por orden del Jefe del Estado, las normas sobre modificaciones presupuestarias para el respectivo ejercicio.

Además, las leyes anuales de Presupuestos habitualmente contemplan disposiciones que prevén modificaciones presupuestarias por vía administrativa.

La Ley de Presupuestos actualmente vigente, N° 19.486, comprende diversas disposiciones que permiten al Ejecutivo efectuar modificaciones presupuestarias a través de un decreto supremo.

El legislador ha reconocido así que las modificaciones presupuestarias deben disponerse por decreto del Ejecutivo, dictado en conformidad al artículo 26 y que, por excepción, determinadas modificaciones requieren de autorización legal, apareciendo así de manifiesto que por regla general ellas competen al Presidente de la República.

En cuanto el Decreto Supremo N° 1.679, al facultar a Ministros de Estado y otras autoridades para ordenar modificaciones al Presupuesto contravendría el artículo 35 de la Constitución Política, toda vez que los Ministros sólo pueden expedir con su sola firma, por orden del Presidente de la República, decretos o resoluciones de acuerdo a las normas que establezca la ley, señala el Contralor que eso es precisamente lo que ocurre en este caso.

Es evidente, entonces, que existe texto legal expreso que faculta al Ministro de Hacienda para dictar todas las normas que regulan la flexibilidad presupuestaria, lo cual supone que es el Presidente quien ha dispuesto tales preceptos, autoridad que cuenta con la potestad para delegar su firma en otros órganos del Estado de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 5° y 43 de la Ley N° 18.575, y 65 de la Ley N° 16.840.

No se contraviene el artículo 61 de la Constitución dado que el Decreto Supremo N° 1.679 ha sido dictado en virtud del mandato contenido en el artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de acuerdo con el cual las modificaciones presupuestarias constituyen una atribución propia del Ejecutivo.

Tampoco se infringe el artículo 111 de la Constitución, según el cual las municipalidades gozan de autonomía financiera, por cuanto dicho precepto prescribe también que la Ley de Presupuestos podrá asignarles recursos para atender sus gastos y la propia Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en sus artículos 43 y 56, letra e), establece que los municipios se rigen por las normas sobre Administración Financiera del Estado y que el alcalde debe administrar los recursos financieros de la municipalidad con sujeción a dichas disposiciones.

Termina el señor Contralor General solicitando que el reclamo deducido sea desestimado en todas sus partes.

Con fecha 11 de abril, a fojas 137, el Vicepresidente de la República, ha hecho presente las siguientes observaciones al requerimiento:

Se analiza dicho Decreto Supremo indicándose que no establece modificaciones o adecuaciones presupuestarias, sino que, ajustándose estrictamente a lo que ordena la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, establece las normas a las cuales los trasposos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias que señala deben sujetarse en el caso de que lleguen a efectuarse.

Señala el Vicepresidente que la Ley de Presupuestos es de carácter especial y que tiene por objeto aprobar el presupuesto de acuerdo con el artículo 11 del Decreto Ley N° 1.263. Sus elementos configuradores están dados porque es una estimación de carácter financiero, considera ingresos y gastos, constituye una estimación o cálculo anual y es un instrumento de ordenación y planificación.

Por otra parte los principios que la informan responden a su especialidad. Entre ellos destaca el Vicepresidente los siguientes:

1. Principio de legalidad, sustentado en la idea básica de que los egresos de fondos públicos requieren de una autorización legal previa.
2. Principio de equilibrio presupuestario, como rasgo más típico en que se basa la teoría clásica del presupuesto en cuanto a la nivelación entre las entradas y gastos de la Nación.
3. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La Ley de Presupuestos es sometida al conocimiento del Congreso Nacional, a objeto de que éste la despache, circunscribiéndose claramente las facultades que el Poder Legislativo tiene a este respecto.
4. Principio de universalidad de los gastos presupuestarios, que se basa en que los ingresos se encuentren disponibles para financiar todas y cualesquiera de las necesidades del Estado.
5. Principio de unidad, sustentado en la idea de que el cálculo presupuestario debe contener todos los ingresos y gastos que se han previsto para el período respectivo.

Señala el Vicepresidente que la especialidad de la Ley de Presupuestos se expresa en las características que se desprenden, en lo esencial, de lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Política, y son las siguientes:

- a) es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.
- b) se restringe la competencia propia del Congreso Nacional.

- c) la Ley de Presupuestos tiene una fecha cierta para su presentación y para su despacho.
- d) su vigencia es anual.
- e) tiene como Cámara de origen obligatoria la Cámara de Diputados.
- f) si el Presidente de la República hace uso de su derecho a veto, puede promulgar la parte que no ha sido objeto de observaciones.
- g) es una ley compleja.
- h) es, por último, una ley de quórum simple.

Expresa el Vicepresidente que la Ley de Presupuestos permite adecuaciones durante su ejecución de acuerdo con un régimen especial diseñado por la ley. Actualmente el Decreto Ley N° 1.263 permite efectuar adecuaciones a la Ley Anual de Presupuestos durante el ejercicio presupuestario, por vía administrativa, mediante decreto.

Expone el Vicepresidente que el principio de legalidad en la Constitución de 1980 reconoce a lo menos estos tres aspectos:

- 1) La Constitución como norma de vinculación directa.
- 2) Corresponde a la ley atribuir potestades y derechos.
- 3) El principio de legalidad se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Señala el Ejecutivo que la administración financiera del Estado es una potestad pública que involucra la recaudación y la inversión, de manera que se convierte en una potestad expresa y específica del Presidente de la República, que se encuentra dentro de otra genérica, administrar el Estado.

Al Congreso Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64, de la Carta Fundamental, sólo le corresponde la aprobación del Presupuesto, pero no su gestión o administración que es propia del Presidente de la República.

Del mismo modo, el ejercicio de tales potestades puede y debe concretarse en la forma prevista por el ordenamiento jurídico en su conjunto, pudiendo expresarse en leyes o decretos.

El constituyente reconoce en el Presidente de la República la figura central del Estado y máxima de la administración, no restringiéndolo a meras atribuciones de ejecución de ley. La Constitución, la práctica gubernativa y la doctrina, coinciden en reconocer a esta alta magistratura poderes reglados y discrecionales, expresos e implícitos de actuación, que le permiten ejecutar la ley y administrar el Estado, o sea, adoptar medidas de bien público con la sola limitación de hacerlo dentro de la Constitución y las leyes, de modo que satisfaga el bien común de manera continua, permanente e ininterrumpida.

Se expresa que el Presidente de la República es el jerarca de la administración del Estado y sus colaboradores inmediatos, los ministerios, sus órganos de ejecución, es decir, los servicios públicos son los responsables de la actividad financiera del Estado, no sólo para la obtención de recursos, sino además para decretar su inversión de modo que se permita efectivamente satisfacer las necesidades públicas de manera regular y continua.

De esta manera, al Presidente de la República le corresponde administrar financieramente el Estado, poseyendo potestades derivadas de una atribución privativa y excluyente de propender al bien común, satisfaciendo las necesidades de la ciudadanía de manera regular, continua e ininterrumpida, con pleno respeto a los contenidos preceptivos y a los principios de la Constitución y la ley.

Señala el Ejecutivo que la Constitución de 1980 cambió el criterio de reserva legal que contemplaba la Constitución de 1925, puesto que se pasó de una enumeración abierta a otra en que la ley debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación. Por otra parte, el Ejecutivo, a través de la potestad reglamentaria tiene un marco competencial propio que la ley debe respetar. Además, el dominio de la ley debe ser limitado sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece.

En este sentido, el constituyente reforzó la potestad reglamentaria del Presidente de la República a través del establecimiento de un dominio legal máximo, de las leyes de bases y de la potestad reglamentaria autónoma.

En relación con las materias que son propias de ley, el legislador sólo debe regular el núcleo esencial de ellas, lo que implica que ha de darse una amplia colaboración entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en todo lo relativo a la ejecución de las leyes.

En el artículo 32, N° 22 de la Constitución Política se consagra el principio de legalidad del gasto público, en virtud del cual el Jefe del Estado no puede crear nuevos gastos por la sola vía de la potestad reglamentaria. Dichos nuevos gastos deben estar contemplados en la ley o el Jefe del Estado autorizado por ella para crearlos. El principio de legalidad financiera implica una sujeción del actuar de la administración al ordenamiento jurídico y no sólo a una ley particular. Destaca que dicha disposición expresa que las inversiones deben hacerse de conformidad a la ley, pero no por ley.

Agrega que la inversión de las rentas públicas está regulada en la Ley de Presupuestos y también en el Decreto Ley N° 1.263. De acuerdo con lo anterior al decretar las inversiones, el Presidente de la República debe ajustar su actuar a las disposiciones de ambos cuerpos legales y de cualquier otro que establezca gastos. En este contexto se entienden las facultades que se contienen en el artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263.

El Vicepresidente analiza, seguidamente, el régimen de adecuaciones presupuestarias en los diferentes sistemas presupuestarios que han existido hasta la fecha.

Expone que las sucesivas leyes de presupuestos dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1980 han reconocido como régimen vigente para las adecuaciones presupuestarias las disposiciones del Decreto Ley N° 1.263. Sobre ese fundamento y enmarcando el presupuesto anual que aprueban, dentro de un sistema de administración financiera regulado por una ley de bases, las leyes de presupuestos para los años 1993, 1994, 1995 y 1996, han restringido la atribución del Presidente de la República para disponer adecuaciones presupuestarias, aumentando los casos en que ellas requieren de ley.

Se plantea que no es efectivo que dicho Decreto Supremo faculte a los Ministros de Estado y otras autoridades para ordenar modificaciones presupuestarias, puesto que una lectura detenida de los puntos I y II del Decreto impugnado pone en evidencia que ambos se refieren al Ministro de Hacienda, y no a otras autoridades, ejecutando y cumpliendo de esa forma el artículo 70 del mismo cuerpo legal.

Se agrega que los requirentes no indican de qué manera se viola el artículo 35 de la Constitución, y no se aprecia cómo podría hacerlo toda vez que el Decreto impugnado es un simple decreto y que de conformidad a la Carta Fundamental y a la doctrina de este Tribunal es constitucional.

Agrega, que el simple decreto suele ser definido como un acto administrativo del Presidente de la República, de carácter obligatorio, que contiene disposiciones precisas, pero de particular aplicación y que agota su contenido con su cumplimiento.

El artículo 70 del Decreto Ley N° 1.263, al regular la forma en que deben aprobarse las materias en que dicha ley exige un decreto, se refiere a simples decretos y, en consecuencia, son normas de

particular aplicación que contienen disposiciones precisas, que se agotan en su cumplimiento, dictándose por orden del Presidente de la República.

De esta forma, al ser simples decretos es posible su dictación por orden del Presidente de la República cumpliendo con el mandato del artículo 35 de la Constitución.

Señala, finalmente, el Vicepresidente que, de acuerdo al artículo 111 de la Constitución, las Municipalidades gozan de dicha autonomía, pero la Ley de Presupuestos de la Nación puede asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confiera por la ley o se les otorgue por los gobiernos regionales respectivos.

Termina el Vicepresidente expresando que en este marco debe entenderse la información presupuestaria que el Decreto objetado exige, la que se funda en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado aplicable a los Municipios por disposición de su propia Ley Orgánica Constitucional.

Concluye el Vicepresidente de la República solicitando que se rechace el requerimiento y se declare la plena concordancia del Decreto Supremo N° 1.679 con la Constitución.

Con fecha 20 de marzo, a fojas 90, un grupo de senadores hizo presente al Tribunal ciertas argumentaciones.

De igual forma, con fecha 2 de abril, a fojas 110, un grupo de parlamentarios formuló diversas observaciones.

Tanto los requirentes como el Vicepresidente de la República acompañaron a los autos diversos informes en derecho en respaldo de sus afirmaciones.

Con fecha 16 de abril de 1997, se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°. Que, para una mejor resolución del presente requerimiento, este Tribunal Constitucional tiene en consideración que todo ordenamiento jurídico es un sistema jerarquizado de normas. En virtud de ello, cada una vale por su alusión a otra de rango superior y el conjunto está referido a la Constitución Política. En este entendido, resulta útil precisar —en primer término— cuál es la normativa básica del régimen presupuestario chileno, contenido en la propia Constitución, sus leyes complementarias y los reglamentos y decretos que inciden en su administración.

a) Normas constitucionales.

1) El presupuesto es materia de ley según lo dispone el artículo 60, N° 14, en concordancia con el artículo 64. En efecto, el primero expresa “Sólo son materias de ley: “Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”; y el segundo, que “El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional,”...

Concordante con las disposiciones citadas, debe mencionarse el artículo 42, que señala que ambas ramas del Congreso Nacional “concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución”, lo que resulta relevante para los trámites de aprobación de la Ley de Presupuestos.

2) Por su parte, el artículo 24 otorga al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado. En el ejercicio de tales atribuciones, el número 8° del artículo 32 le autoriza para “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Y el numeral 22° del mismo artículo lo faculta expresamente

para llevar a cabo la administración financiera del Estado y “Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley”.

3) También debe colacionarse el artículo 62, que en su inciso segundo, establece que las leyes sobre presupuestos de la Nación sólo pueden tener su origen en la Cámara de Diputados, agregando que corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva del proyecto de ley que tenga relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, como ya se indicó precedentemente.

4) A su turno, el artículo 64 fija los plazos durante los cuales debe efectuarse la tramitación y aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos, previniendo que si éste no se despachare dentro de los 60 días contados desde su presentación al Congreso Nacional, regirá el propuesto por el Presidente de la República.

5) De otra parte, la Constitución dispone en el artículo 64, inciso segundo, que:

“El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente”.

6) La estimación de los recursos contemplados en la Ley de Presupuestos corresponderá exclusivamente al Presidente de la República, como asimismo de cualquier otro que establezca otro proyecto de ley.

Es así, como el inciso tercero del citado artículo 64 dispone que:

“La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos”.

De igual manera, la Carta señala, en los incisos finales de la misma disposición, que “No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

“Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza”.

7) También debe tenerse presente lo previsto por el artículo 32, N° 22, de la Constitución, que establece:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

“22°. Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los ministros de Estado o funcionarios que autoricen

o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos”.

8) A su vez, debe tomarse en consideración lo previsto por el artículo 88 de la Carta que dispone:

“En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría, o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. “En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara”.

9) Debe citarse, además, el artículo 89 que señala que:

“Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago”.

10) A esta enumeración de preceptos constitucionales relacionados con el requerimiento, debe agregarse el artículo 82 que consagra la competencia de este Tribunal Constitucional para resolver los siguientes conflictos de constitucionalidad que puedan afectar a la Ley de Presupuestos: a.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de la ley. b.- Resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República no promulgue la Ley de Presupuestos cuando debe hacerlo, promulgue un texto diverso o dicte un decreto inconstitucional. c.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

11) Por su parte debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 33, que dispone:

“Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado.

“La ley determinará el número y organización de los Ministerios como también el orden de precedencia de los Ministros titulares.

“El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional”.

12) En la misma forma interesa destacar el artículo 35, que dice:

“Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

“Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

13) En lo que se refiere al capítulo de infracción vinculado al derecho municipal debe citarse el artículo 111, que expresa:

“Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los

ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley”.

14) Deben, finalmente, mencionarse los artículos 6º y 7º que consagran en nuestra Constitución, entre otros, los principios de división orgánica y funcional y del poder estatal de legalidad.

Ellos expresan:

“Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

b) Normas legales:

Las principales normas que complementan la Constitución en materia presupuestaria y de administración financiera del Estado son las siguientes:

1) Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Dispone en su artículo 19, lo siguiente:

“El proyecto de Ley de Presupuestos será informado exclusivamente por una comisión especial, que se integrará con el mismo número de diputados y de senadores que establezcan las normas reglamentarias que acuerden las Cámaras. Formarán parte de ella, en todo caso, los miembros de sus respectivas comisiones de hacienda. La comisión será presidida por el senador que ella elija de entre sus miembros y deberá quedar constituida antes del término de la legislatura ordinaria.

“Esta comisión especial fijará en cada oportunidad sus normas de procedimiento y formará de su seno las subcomisiones que necesite para el estudio de las diversas partidas del proyecto sin sujeción en ellas a la paridad de que trata el inciso anterior”.

Y agrega en su artículo 24 que “En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento”.

De su parte, el artículo 26 señala que las normas de este artículo y de los artículos 27, 28 y 29 no se aplicarán a la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos, el que deberá ser despachado en los plazos establecidos en la Constitución Política, con la preferencia que determinen los reglamentos de las Cámaras.

A su vez, el inciso segundo del artículo 36 dispone “El proyecto de Ley de Presupuestos aprobado por el Congreso Nacional podrá ser observado por el Presidente de la República si desaprueba una o más de sus disposiciones o cantidades. Sin embargo, la parte no observada regirá como Ley de Presupuestos del año fiscal para el cual fue dictada a partir del 1º de enero del año respectivo”.

Finalmente, el artículo 53 establece “La Ley de Presupuestos de la Nación deberá consultar anualmente los recursos necesarios para el funcionamiento del Congreso Nacional, sujetándose a la clasificación presupuestaria común para el sector público”.

2) Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Su artículo 1º reitera el precepto constitucional que dispone que el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado, con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Por su parte el artículo 3º establece que:

“La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

“La administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

3) El Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado.

Este cuerpo legal establece las bases del sistema de administración del presupuesto, su formación y su ejecución. Contempla al respecto las normas denominadas “de flexibilización presupuestaria” a las cuales nos referiremos posteriormente en esta sentencia para hacernos cargo de su contenido y del cuestionamiento de constitucionalidad formulado a parte del Decreto N° 1.679, objeto del presente requerimiento y dictado en conformidad a su preceptiva.

4) Ley de Presupuestos.

La ley vigente lleva el número 19.486 y corresponde al ejercicio en curso. Esta ley, como las anteriores, reitera, en lo que interesa a este proceso, la facultad del Ejecutivo para efectuar modificaciones presupuestarias mediante decreto supremo, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263.

Cabe citar el artículo 4º que expresa:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, sólo en virtud de autorización otorgada por ley podrá incrementarse la suma del valor neto de los montos para los Gastos en personal, Bienes y servicios de consumo, Prestaciones previsionales y Transferencias corrientes, incluidos en el artículo 1º de esta ley, en moneda nacional y moneda extranjera convertida a dólares.

“No regirá lo dispuesto en el inciso precedente respecto de los mayores egresos que se produzcan en los ítems de los referidos subtítulos que sean legalmente excedibles de acuerdo al artículo 28 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, y a la glosa 01, Programa Operaciones Complementarias de esta ley ni a los incrementos originados en aplicación o devolución de fondos de terceros, en la incorporación de dichas devoluciones en el servicio receptor, en la asignación de mayores saldos iniciales de caja, excepto el correspondiente a la Partida Tesoro Público, en venta de activos financieros, en ingresos propios asociados a prestaciones o gastos, en recursos obtenidos de fondos concursables de entes públicos o

en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975. Los mayores gastos efectivos o incrementos que se dispongan por tales conceptos, en la cantidad que excedan lo presupuestado, incrementarán los montos máximos señalados en el inciso precedente, según corresponda.

“Igual autorización legal se requerirá para aumentar la suma de las cantidades, aprobadas en el citado artículo 1º, de los subtítulos de Inversión real, Inversión sectorial de asignación regional y Transferencias de capital a organismos o empresas no incluidas en esta ley, en un monto superior al 10% de dicha suma, salvo que los incrementos se financien con reasignaciones presupuestarias provenientes del monto máximo establecido en el inciso primero de este artículo o por incorporación de mayores saldos iniciales de caja, excepto el correspondiente a la Partida Tesoro Público, del producto de venta de activos, de aplicación de fondos de terceros, de recursos obtenidos de fondos concursables de entes públicos o de recuperación de anticipos.

“Sólo por ley podrá autorizarse el traspaso a las diferentes partidas de la Ley de Presupuestos de aquellos recursos que, previamente, hayan sido traspasados desde ellas hacia el Tesoro Público, como también aportes a empresas del Estado, sean estas públicas o sociedades anónimas, que no estén incluidas en esta ley. Los aportes al conjunto de empresas incluidas en esta ley podrán elevarse hasta en 10%”.

El artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, a que se alude en la disposición anterior, expresa:

“Las normas sobre traspasos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán establecidas por decreto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Estas normas podrán ser modificadas por decreto fundado durante el ejercicio presupuestario.

“No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, sólo por ley podrá autorizarse el traspaso de fondos entre diferentes Ministerios y el incremento de aportes a las empresas del Estado que no sean sociedades anónimas”.

Similares situaciones se contemplan en los artículos 5º, 7º y 8º, entre otros;

5) Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

“Artículo 147.- La Contraloría no tomará razón de ningún decreto que apruebe contratos o que comprometa en cualquier forma la responsabilidad fiscal, si el gasto no está autorizado por la Ley de Presupuestos o por leyes especiales”.

c) Reglamentos de Funcionamiento de las Cámaras en lo relacionado con la Ley General de Presupuestos:

En los artículos 173 a 182 del Reglamento de la Cámara de Diputados se regula la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos en esa rama del Congreso. Entre ellos destaca el artículo 180, inciso primero, que dice: “La aprobación general del Proyecto de Ley de Presupuestos, importa por sí sola la aprobación de todos los gastos fijos, entendiéndose por tales los que deban su origen a leyes especiales o generales de efectos permanentes”.

Normas similares se encuentran en el Reglamento del Senado, especialmente en sus artículos 28, 44, 187 y 207 a 211.

d) Reglamentos y Decretos del Presidente de la República que se refieren a esta misma materia.

1.- El Decreto Supremo N° 1.679, de 31 de diciembre de 1996.

Su texto se encuentra acompañado al proceso y parte de su contenido es objeto del presente requerimiento.

El Decreto se apoya en lo dispuesto en el Decreto Ley N° 1.263 que contiene los preceptos sobre administración financiera del Estado.

Su contenido establece las normas a las que los trasposos, incrementos, reducciones y demás modificaciones deberán ajustarse.

Se observa desde ya, que su texto, dictado en conformidad al artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263 es del todo similar a los que han operado desde la fecha de vigencia de la ley que lo sustenta.

2.- Decreto Supremo N° 1.256, de 28 de diciembre de 1990.

Contiene una serie de conceptos de índole presupuestaria que resulta de interés considerar en la presente sentencia. Ellos son los siguientes: a) Partida: "Nivel superior de agrupación asignada a la Presidencia de la República, al Congreso Nacional, al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, a cada uno de los diversos Ministerios y a la Partida "Tesoro Público" que contiene la estimación de ingresos del Fisco y de los gastos y aportes de cargo fiscal". b) Capítulo: "Subdivisión de la Partida, que corresponde a cada uno de los organismos que se identifican con presupuestos aprobados en forma directa en la Ley de Presupuestos". c) Programa: "División presupuestaria de los Capítulos, en relación a funciones u objetivos específicos, identificados dentro de los presupuestos de los organismos públicos". d) Subtítulo: "Agrupación de operaciones presupuestarias de características o naturaleza homogénea, que comprende un conjunto de ítem". e) Ítem: Representa el ingreso o gasto. f) Asignación: Es el motivo específico del ingreso o gasto. g) Glosa: Es el nivel de máximo detalle a que llega la voluntad del legislador en la Ley de Presupuestos, a través de explicaciones, puntualizaciones, indicaciones, advertencias o comentarios sobre el sentido o alcance del egreso aprobado;

2º. Que, de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias recopiladas se desprende que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en materia de la Ley de Presupuestos y al Congreso Nacional, discutirla y aprobarla.

Para dar eficacia al Presupuesto, se dictó el Decreto Ley N° 1.263, de 1975 que, en su artículo 26, inciso primero, autorizó al Presidente de la República para que, por decreto, pueda dictar normas sobre trasposos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias. La ley le impide autorizar trasposos de fondos entre diversos ministerios y el incremento de aportes a las empresas del Estado que no sean sociedades anónimas. Cabe destacar que la limitación anterior es sin perjuicio de las establecidas en el artículo 4º de la Ley de Presupuestos en vigencia, N° 19.486. Consagra así, lo que se denomina flexibilización presupuestaria.

De las disposiciones citadas se concluye que aprobada la Ley de Presupuestos, le corresponde, nuevamente al Presidente de la República, su ejecución, para lo cual, la propia ley le otorga las atribuciones y herramientas necesarias, para que el Presupuesto cumpla su objetivo final.

Ello implica que el poder administrador está facultado para usar las potestades indispensables, las que deberán contar con la flexibilidad necesaria para que no pierdan el sentido que la Constitución señala para tan importante materia en el desarrollo integral del Estado;

3º Que, los requirentes han accionado ante este Tribunal Constitucional para que declare que el Decreto Supremo N° 1.679, de 31 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 8 de febrero de 1997, sobre modificaciones presupuestarias para el presente año, es inconstitucional, en lo que indican, fundando su pretensión en las siguientes violaciones de la Carta Fundamental:

a) Expresan que el Decreto Supremo N° 1.679 autoriza en lo sustancial al Ministro de Hacienda para que, por sí o conjuntamente con otros Ministros, disponga de gastos no autorizados expresamente por la Ley de Presupuestos. Agregan que, igualmente, lo faculta para que ordene modifi-

caciones esenciales y, precisan, que en tal situación se encuentran las secciones que se expresan en el requerimiento.

A juicio de los requirentes, en esa parte el Decreto es contrario a lo previsto por los artículos 32, N° 22; 64; 88 y 89 ya citados, de la Constitución Política, en cuya virtud los gastos públicos deben ser aprobados por ley. Esto significa, a su juicio, la consagración plena del principio de la legalidad del gasto público que estiman violentado por la norma requerida.

b) El Decreto Supremo N° 1.679, en cuanto faculta a los Ministros de Estado y demás autoridades que señala, para proceder en la forma que en él se indica en sus N°s I y II contraviene el artículo 35 de la Constitución.

c) Como tercera infracción expresan que el citado decreto contraviene el artículo 61 de la Carta que impide al Poder Ejecutivo modificar la Ley de Presupuestos por disposición administrativa. Por tanto, concluyen que, en cuanto confiere facultades a Ministros, Subsecretarios y Director de Presupuestos para disponer modificaciones al Presupuesto General de la República y, en cuanto autoriza tales cambios, viola el artículo 61 de la Constitución, en concordancia con el artículo 62, inciso tercero, de su texto, toda vez que las modificaciones deben disponerse por ley y, por lo tanto, son materias que requieren delegación de facultades legislativas al Presidente para que él pueda actuar, lo que no ha ocurrido en la especie.

d) Como cuarto capítulo se impugna el Decreto N° 1.679 en sus N°s VI y VII relativos a los presupuestos municipales y servicios incorporados a la gestión municipal por estimar que contravienen el artículo 111 de la Carta Fundamental, en cuanto un decreto firmado por orden del Presidente de la República impondría a las autoridades comunales obligaciones de comunicar determinados actos a las autoridades propias de la administración central.

e) Y, finalmente se plantea que el N° VIII del Decreto Supremo citado, que determina su ámbito, por ser complemento o consecuencia de las disposiciones impugnadas, quedaría igualmente viciado de inconstitucionalidad.

Concluyen los requirentes solicitando que, por las razones expuestas y disposiciones infringidas, se acoja el requerimiento y se declare que son inconstitucionales los preceptos requeridos del Decreto N° 1.679, los que quedarán sin efecto a partir de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial;

4°. Que, para un mejor orden de esta decisión, este Tribunal considera conveniente referirse a la eventual incompetencia del señor Ministro de Hacienda para dictar el Decreto N° 1.679, actuando individualmente con su sola firma y “por orden del Presidente de la República”;

5°. Que, el artículo 35 de la Carta Fundamental establece “Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

“Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional distingue entre los reglamentos, por una parte, y los decretos e instrucciones por la otra, disponiendo que sólo respecto de los primeros no es admisible que ellos se dicten “por orden del Presidente de la República”. No acontece así, por el contrario, en cuanto a los decretos supremos y a las instrucciones, porque como expresamente lo prescribe el inciso segundo de la norma constitucional en análisis, ellos pueden ser dictados por orden del Presidente en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley;

6°. Que, corresponde entonces determinar si el Decreto N° 1.679 constituye un reglamento o un decreto supremo. Conforme a la doctrina universalmente aceptada y a lo resuelto por este mismo

Tribunal en la causa Rol N° 153, el decreto supremo se diferencia del reglamento en cuanto a que no es de general aplicación y a su temporalidad.

El Decreto Supremo N° 1.679 que regula la forma de aplicación de la Ley de Presupuestos no reviste, desde luego, el carácter de generalidad que tipifica al reglamento, tanto porque por su contenido como por sus destinatarios, contiene disposiciones particulares. Y, al propio tiempo, se distingue por su temporalidad, pues se agota con el ejercicio presupuestario para el cual está destinado a regir. En consecuencia, resulta evidente que se está en presencia de un decreto supremo y no de un reglamento y, por ende, es posible que él se dicte por el Ministro de Hacienda por orden del Presidente de la República. Cabe recordar que los propios requirentes califican el acto del Ministro como decreto;

7°. Que, en concordancia con la preceptiva constitucional, los artículos 70 y 29 del Decreto Ley N° 1.263 autorizan al Ministro de Hacienda para suscribir los decretos regulados por su texto bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”. Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Presupuestos vigente, N° 19.486, relativo a ejecución presupuestaria, establece que “Los decretos supremos del Ministerio de Hacienda que deban dictarse en cumplimiento de lo dispuesto en los diferentes artículos de esta Ley, se ajustarán a lo establecido en el artículo 70 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975”;

8°. Que, de lo relacionado en los considerandos precedentes fluye con nitidez que el Decreto N° 1.679 cuestionado, constituye un decreto supremo y que ha sido dictado en conformidad a lo dispuesto en la ley. En consecuencia al dictarse “Por orden del Presidente de la República”, de acuerdo a la ley no ha vulnerado el artículo 35 de la Carta Fundamental;

9°. Que, cabe ahora considerar la objeción concreta que los requirentes formulan en este aspecto al Decreto Supremo N° 1.679. Se sostiene textualmente que el señalado decreto “en cuanto facultada a los Ministros de Estado y a las autoridades que señala en sus números I; II, en la forma que establece, contraviene el artículo 35 de la Constitución Política”.

Pues bien, el decreto supremo cuestionado en sus números I, 1. y II, 2., establece “Sólo por decreto del Ministerio de Hacienda, se efectuarán.”; a su vez, el mismo decreto en el numeral II, 3. señala “Por decretos del Ministerio de Hacienda, que deberá también suscribir el Ministro del ramo correspondiente, se efectuarán.”.

Si se tiene presente lo relacionado en los considerandos precedentes y lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto Ley N° 1.263 que como hemos visto, prescribe que las materias que de acuerdo a las disposiciones de dicho cuerpo legal deben sancionarse por decreto y “serán cumplidas por el Ministro de Hacienda, bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República””, lógico resulta concluir que las normas objetadas se ajustan al artículo 35 de la Constitución desde el momento que se trata de un decreto y que lo obrado se hace, en conformidad a la ley;

10°. Que, corresponde ahora analizar el capítulo de inconstitucionalidad formulado en el requerimiento relativo a que el Decreto Supremo N° 1.679, excediendo los límites de la potestad reglamentaria, ha invadido la esfera legal, violando así los artículos 32, N° 22; 64; 88 y 89 de la Constitución.

Para resolver adecuadamente sobre las inconstitucionalidades que se entran a analizar, es necesario efectuar algunas precisiones sobre las facultades de este Tribunal en relación con el Decreto Ley N° 1.263, y con el Decreto Supremo N° 1.679 impugnado, como asimismo, señalar las características generales del régimen presupuestario en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en relación con las atribuciones tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo y, en fin, expresar algunas consideraciones sobre flexibilización de gestión y ejecución presupuestaria. De todo lo anterior dan cuenta los considerandos siguientes;

11°. Que, como sostuvo este Tribunal en la reciente sentencia recaída en el Rol N° 253, la facultad que le otorga el artículo 82, N° 5, de la Carta, que lo autoriza a declarar la inconstitucionalidad de un decreto, precepto en que se funda el requerimiento, debe interpretarse en consonancia con el resto de las normas de la Ley Fundamental, ya que, como se ha dicho por este Tribunal desde 1985, en forma inalterada y constante, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de la misma;

12°. Que, como consecuencia de lo anterior, su jurisdicción no comprende la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes por la vía de declarar la inconstitucionalidad de un decreto;

13°. Que, sin perjuicio de lo anterior es necesario tener presente que en el evento de que el decreto se aparte de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que dé lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en partes de una relación ley-decreto que se contrastan y se repudian. En esta hipótesis, desaparece el fundamento de la tesis antes indicada y, por ende, se exceptúa de ella, porque el decreto puede ser objetado, en conformidad con lo prescrito en el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo;

14°. Que, asimismo, es del caso reiterar en esta sentencia lo que por decisión acordó este Tribunal en el Rol N° 253, al expresar que, en este orden de ideas, debemos entender que el decreto contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución. En efecto, la ley hace una remisión al decreto de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación por la vía del decreto no vulnere los preceptos de la Constitución ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha encomendado a los órganos gubernamentales dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina “razonabilidad técnica” y que, en el caso que nos ocupa, se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el decreto para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar.

Lo expuesto cobra especial fuerza tratándose del contenido del Decreto Ley N° 1.263 y de la Ley N° 19.486 que sirven de sustento al Decreto N° 1.679, de 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, objeto del presente requerimiento;

15°. Que, sobre el particular, debe precisarse cuál es el régimen de ingresos y egresos que contempla la Ley de Presupuestos en conformidad con las disposiciones constitucionales y legales pertinentes ya invocadas en esta sentencia.

Respecto de los ingresos y conforme al inciso segundo del artículo 64 de la Carta Fundamental, la “estimación” corresponde exclusivamente al Presidente de la República. En concordancia con la norma antes citada, el artículo 11 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, preceptúa “El presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”. Más adelante, en su artículo 17 reitera que el cálculo de entradas “debe contener una proyección del rendimiento del sistema de ingresos públicos”. No hay pues, aquí, una fijación de los ingresos, sino tan sólo una estimación de los mismos.

En cuanto a los gastos, y de acuerdo con el sistema legal, no son ellos propiamente fijados en la Ley de Presupuestos, sino autorizados por ella. El mismo artículo 11 antes citado, expresa que el presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los gastos para este sector para un año dado. Por su parte, el artículo 19 del mismo decreto ley referido dispone que “Los presupuestos de gastos son estimaciones del límite máximo a que pueden alcanzar los egresos”.

De lo hasta aquí expuesto debe destacarse la importante diferencia que existe entre el concepto de “fijación” usado en el artículo 44, N° 4° de la Constitución de 1925 y el de “estimación” que contempla la actual Constitución y al que reiteradamente alude el Decreto Ley N° 1.263 tantas veces citado;

16°. Que, de lo anterior resulta que el Presupuesto es un instrumento de política fiscal que baraja la variable de ingreso y gasto público, lo que explica que éste contenga elementos de periodicidad, discrecionalidad y condicionalidad que lo distinguen de las leyes tradicionales;

17°. Que, por su parte, la Constitución determina el ámbito, por lo demás bastante reducido, dentro del cual interviene el Congreso en la aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos, debiendo distinguirse entre el rol que le cabe en cuanto a entradas, del que le corresponde en relación a los gastos.

a) En cuanto a los ingresos, el Congreso no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los mismos. La iniciativa, entonces, para alterar el cálculo de entradas corresponde exclusivamente al Presidente de la República;

b) En cuanto a los gastos, sólo podrá reducir aquéllos contenidos en el proyecto, salvo los que estén establecidos por ley permanente.

Es conveniente, también, tener presente que el Congreso no podrá aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indique, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto, como ya se dijo.

Estas y otras limitaciones que consulta la Carta Fundamental, y que se reiteran en este considerando tienen como propósito velar por una sana política fiscal, para lo cual deben privilegiarse criterios técnicos;

18°. Que, el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico. Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas.

La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilita una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos.

En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal.

Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina de que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley;

19°. Que, en esta línea de argumentación, el Presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al Presupuesto Nacional y –aún más– se encuentra

facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos.

Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, o no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente, en el artículo 32, N° 22.

En efecto, la ley autoriza al Presidente de la República, como lo ha hecho en los artículos 26 y 28 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, para que decrete un gasto superior al autorizado por el Congreso si se dan las situaciones habilitantes previstas por el legislador, o sea, dentro de los supuestos planteados de antemano y autorizados por éste.

Siendo así, el principio de la legalidad financiera en Chile está conformado por el juego armónico de las normas contenidas en la Constitución, en las leyes y en los decretos que implementan el Presupuesto.

En tal sentido, es un hecho que, a partir de 1977, el Presidente de la República, por decreto supremo, ha procedido anualmente a fijar las normas sobre la forma de llevar a efecto determinadas modificaciones presupuestarias para el respectivo ejercicio financiero.

Igualmente debe considerarse a este propósito que, el Decreto Ley N° 1.263, de 1975, ha sufrido diversas modificaciones, lo que confirma la plena vigencia que a sus disposiciones otorgó el Congreso Nacional al modificarlo en cada oportunidad. Es más, a él se remite la propia Ley de Presupuestos en vigencia en su artículo 4° que limita el ámbito de aplicación de su artículo 26;

20°. Que, el principio de la legalidad ha sido objeto de intensos debates doctrinarios en torno al tema, todos ellos orientados a precisar las facultades que los Poderes Legislativo y Ejecutivo tienen en relación a la materia presupuestaria.

Sobre el particular este Tribunal ha tenido presente las opiniones de los profesores y especialistas de Derecho Público Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra, José Luis Cea Egaña, Jorge Ovalle Quiroz, Jorge Precht Pizarro y Rodrigo Pineda Garfías, que se expresan en sendos documentos agregados al proceso;

21°. Que, de lo expuesto en esta sentencia se deriva que es un hecho que la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones legislativas del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República, criterios que deben tenerse presente para la interpretación de las disposiciones decisorias litis;

22°. Que, la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña que estima que “la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras, la Ley de Presupuestos es una normativa típicamente autorizatoria, en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al Jefe de Estado”;

23°. Que, son razones históricas, doctrinarias y de texto las que permiten avanzar, como conclusión, que la Ley de Presupuestos se aparta en varios aspectos de las características y objetivos universalmente reconocidos a la ley. En efecto, resulta necesario buscar una explicación a las disposiciones vigentes que autorizan al Poder Administrador para que, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda efectuar adecuaciones al presupuesto consistentes en trasposos, incrementos, reducciones y otras modificaciones.

La historia nos muestra que la guerra civil de 1891, bajo el gobierno de Balmaceda, se originó en su disputa con el Congreso a raíz de la discusión de la Ley de Presupuestos. Dicha experiencia hizo que el constituyente de 1925 se cuidara de regular en forma exhaustiva el tema.

La detenida regulación constitucional, que proviene del texto de 1925, procura evitar así lo que sucedió en el pasado, durante la vigencia de la Constitución de 1833, cuando con el pretexto del despacho de la Ley de Presupuestos el Parlamento presionaba y ejercía influencia sobre el Ejecutivo.

Por su parte, respecto de la Constitución de 1980, debe ponerse de relieve, como lo destaca el profesor don Alejandro Silva Bascuñán que “todo lo relativo al Presupuesto Anual se encuentra sumido en el propósito sustancial de darle unidad de manejo tributario y financiero al sector público, entregando la responsabilidad de su formulación y ejecución al Presidente de la República, como una de las manifestaciones del vigoroso presidencialismo consagrado en la Constitución de 1980”;

24°. Que, el análisis de las normas que regulan el presupuesto nos permite concluir:

A) Que el Presupuesto General de la Nación es materia de ley, encontrándose así consagrado a su respecto el principio de reserva legal. Sin embargo, esto no puede llevar a desconocer que atendida su propia naturaleza, dicho principio recibe una aplicación atenuada y flexibilizada;

B) Que, por su naturaleza, la Ley de Presupuestos dura un año y, por lo tanto, a su vencimiento, deberá impulsarse nuevamente el mecanismo para la dictación de la próxima;

C) Que la reserva de ley, en materia presupuestaria, está complementada por las normas legales citadas en esta sentencia, que autorizan el uso de la potestad reglamentaria para colaborar en la aplicación concreta de su normativa para que ella logre su plena eficacia, y

D) Que la ley remite al ejercicio de la potestad reglamentaria, la operación de la Ley de Presupuestos, con lo cual se produce la trilogía Constitución, ley y decreto;

25°. Que, debe precisarse que la normativa de la Ley de Presupuestos ha de interpretarse según los principios que informan la hermenéutica constitucional, para que cumpla el Estado el objetivo básico que le asigna la Constitución, o sea, como lo señala el artículo 1º, inciso tercero, estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, creando las condiciones necesarias que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce;

26°. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor;

27°. Que, del análisis efectuado en esta sentencia y de las disposiciones invocadas, puede concluirse que la legalidad del gasto público significa que ellos deben estar incluidos, como gastos, en la Ley de Presupuestos; más, por la vía de la potestad reglamentaria de ejecución, el Presidente de la República puede hacer uso de las facultades que expresamente le confiere el Decreto Ley N° 1.263, de 1975;

28°. Que, con todo lo expuesto en los considerandos precedentes surge con claridad el verdadero sentido y alcance del artículo 32, N° 22, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución

especial del Presidente de la República “Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley”.

La expresión “con arreglo a la ley” tiene fundamental importancia porque ella denota que el constituyente no ha reservado exclusivamente a la ley la materia respectiva, sino que ha convocado a la potestad reglamentaria para regularla en los términos que fije la ley.

En consecuencia, en el caso en estudio, es el Decreto Ley N° 1.263 y la Ley N° 19.486 los que establecen el núcleo central conforme al cual puede el Presidente de la República ejercer su potestad reglamentaria en este campo.

Ello conduce entonces, necesaria e ineludiblemente, a resolver que el Decreto Supremo N° 1.679 impugnado, dictado en virtud de las normas legales antes señaladas, está en perfecta concordancia y armonía con la preceptiva constitucional;

29°. Que, la argumentación del requerimiento en orden a que al dictarse el decreto supremo cuestionado se ha efectuado una interpretación demasiado amplia de las normas contenidas en el Decreto Ley N° 1.263 lo que desvirtuaría su real alcance, origina un problema de legalidad y no de constitucionalidad y no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto, ya que carece de atribuciones para hacerlo, pues únicamente le compete, de conformidad a lo dispuesto del artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, resolver sólo sobre la constitucionalidad de los decretos;

30°. Que, también debe ser desestimado el capítulo del requerimiento que impugna el citado Decreto Supremo N° 1.679, por infringir el inciso primero del artículo 61 de la Constitución, ya que, como se ha pormenorizado, el artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, en términos explícitos establece que las modificaciones presupuestarias constituyen facultad propia del Ejecutivo, lo que, obviamente, hace innecesario recurrir al mecanismo de las facultades delegadas;

31°. Que, en lo que atañe a la denuncia contenida en el requerimiento en el sentido que el cuestionado Decreto Supremo N° 1.679, infringe el artículo 111 de la Constitución, cabe puntualizar:

a) que el mencionado artículo 111 de la Carta Fundamental, prescribe: “La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos...”, y

b) la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, expresa que los municipios se rigen por las normas de la Ley sobre Administración Financiera del Estado y corresponde al Alcalde administrar los recursos con sujeción a tales disposiciones. En efecto, así lo disponen los artículos 43 y 56, letra e), de la mencionada Ley Orgánica Constitucional;

32°. Que, en este contexto, el decreto cuestionado no ha violentado de manera alguna el artículo 111 de la Constitución Política, ya que no afecta a la autonomía de las municipalidades para la administración de sus finanzas;

33°. Que, en atención a los fundamentos precedentes y atendido su carácter residual, se omiten considerandos sobre el último capítulo, para su rechazo.

Y, VISTOS, lo dispuesto en los artículos 1°; 6°; 7°; 24; 32, N°s 8 y 22; 33; 35; 42; 60, N° 14; 62; 64; 82, N° 5°; 88; 89 y 111 de la Constitución Política de la República, y 38 a 45 y 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA, que se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas 1.

La Ministra señora Luz Bulnes Aldunate no concurre al fallo por considerar inadmisibile el reclamo teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

1. Que, por el reclamo de autos se ha solicitado que se declare inconstitucional el Decreto del Ministerio de Hacienda N° 1.679, de 31 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 8 de febrero de 1997, y titulado “Establece modificaciones presupuestarias para el año 1997”.

2. Que, en el título “Antecedentes de hecho” del reclamo, los requirentes sostienen que por la vía administrativa:

1. se autorizan gastos no aprobados por el Congreso;
2. se aumenta el monto de determinados gastos que han sido aprobados por el Congreso;
3. se aumenta el monto de determinados gastos que han sido aprobados por una cantidad inferior;
4. se modifica la estructura del Presupuesto aprobado por ley, creando subtítulos de gastos sin la aprobación del Parlamento, y
5. se incrementan los montos de gastos limitados en las glosas presupuestarias que contiene la respectiva ley.

A juicio de los requirentes “las referidas modificaciones implican que, en definitiva, el presupuesto que se ejecuta es substancialmente distinto del aprobado por el Parlamento”.

Del estudio del reclamo presentado resulta con nitidez que lo objetado por los requirentes básicamente sería que no se ha cumplido con el principio de legalidad del gasto público.

3. Que, el decreto mencionado, en opinión de los requirentes, sus acápite violentan el principio de legalidad del gasto público porque facultan al propio Ministro de Hacienda para que por sí o conjuntamente con otros Ministros y otras autoridades disponga de gastos no autorizados por ley. Ello implicaría la violación de los artículos 32, N° 22; 64; 88 y 89 de la Constitución.

Además, sostienen que se habría conculcado el artículo 35 de la Constitución porque los Ministros quedarían autorizados para expedir decretos e instrucciones por orden de un Ministro de Estado.

Señalan, también, como inconstitucionalidad que se ha violado el artículo 61 de la Carta Fundamental en relación a las facultades que se confieren a los Ministros de Estado.

Por último, sostienen que el decreto objetado violaría la autonomía municipal.

4. Que, del contexto del reclamo se infiere con claridad que los requirentes sostienen que los gastos públicos sólo se pueden modificar con autorización del legislador, tanto en el monto de dichos gastos como en su finalidad.

5. Que, con el fin de darle flexibilidad al Presupuesto se dictó el Decreto Ley N° 1.263, especialmente en sus artículos 26 y 26 bis como, también, en el artículo 70, los que otorgan atribuciones a la autoridad administrativa en materia de gastos públicos.

6. Que, respecto a la relación que debe existir entre la Constitución, la ley y el decreto reitero la prevención contenida en el Rol N° 253 de este año, que señala en sus considerandos especialmente lo siguiente:

“1. Que, de los considerandos que se previenen se infiere que la sentencia de autos se atiene estrictamente al principio jerárquico de las normas. Siguiendo el criterio de estudiar la Constitución en forma armónica esta doctrina, a juicio de la Ministra que previene, no se ajustaría al artículo 6º, inciso primero, de la Carta Fundamental que ha dado especial relevancia al principio de la supremacía constitucional, de manera que los órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. De acuerdo a la disposición citada, los órganos del Estado quedan vinculados directamente a la Constitución”.

“5. Que, cabe considerar, además, que si existiera una legislación anterior a la Constitución de 1980 que fuera contraria a ésta, el Presidente de la República no podría ponerla en ejecución por la potestad reglamentaria pues estaría violando los artículos 6º y 24 de la Ley Fundamental antes citados.

“6. Que, también en relación con la vinculación directa de los órganos del Estado a la Constitución hay que considerar el artículo 6º, inciso segundo de la Carta Fundamental, que expresa: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Esta disposición deja en claro y reitera la vinculación directa de los órganos del Estado, entre ellos el Presidente de la República, a los preceptos constitucionales”.

7. Que, conforme a lo anterior debe estudiarse el Decreto Supremo N° 1.679, a la luz de la Constitución y ver si su contenido viola o, no la Ley Fundamental.

Sobre el particular cabe resaltar, nuevamente, que la esencia del reclamo se funda en que el decreto violaría el principio de la legalidad del gasto público, como también los principios de la potestad reglamentaria.

8. Que, a juicio de la suscrita, el decreto reclamado ha sido erróneamente objetado, pues de su estudio y contexto aparece con claridad que no establece ninguna modificación a los gastos contenidos en la Ley de Presupuestos, por lo que su título no corresponde a su contenido.

El Decreto de Hacienda N° 1.679 solamente señala procedimientos para llevar a efecto modificaciones presupuestarias.

9. Que, fijar un procedimiento no puede violentar el principio de la legalidad del gasto público ni los principios referentes a la no delegación de la potestad reglamentaria.

Estos principios y los preceptos constitucionales sólo podrían verse afectados al poner en ejecución el referido decreto, por lo que las normas y procedimientos que de él emanan deben ajustarse a la Ley Fundamental para que se produzca la armonía entre la Constitución y el decreto.

10. Que, en sí mismo, el decreto no corresponde a las objeciones que plantean los requirentes por lo que no cabe entrar a su conocimiento.

11. Que, por las razones expuestas y analizado el contenido del Decreto Supremo N° 1.679, éste no viola la legalidad del gasto público ni la Constitución. Reiteramos que sólo autoriza para dictar normas las que sí deberán ajustarse a la Constitución, tanto en la forma como en el fondo y no podrán violentar los principios antes señalados.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan Colombo Campbell.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 254.

Se certifica que el Ministro señor Servando Jordán López concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse ausente.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, y los Ministros señores Marcos Aburto Ochoa, Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell y Mario Verdugo Marinkovic.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA

COBRO POR SERVICIO PRESTADO POR LA ADMINISTRACIÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)

Rol: 1405

Fecha: 03.08.2010

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Marcelo Venegas Palacios, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Ministro redactor: Los que la suscriben.

Requirentes: 126 personas naturales y jurídicas dedicadas a la exportación o producción de frutas.

DESCRIPTORES

Tributo – Tasa – Legalidad Tributaria – Delegación de Facultades Legislativas.

PRINCIPIO JURÍDICO

Los pagos efectuados a la Administración a cambio de un servicio son tasas y no tributos

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N°s. 20 y 21 CPR; Art. 26 D.L. N° 3.557/1981 Establece Disposiciones sobre Protección Agrícola.

CAUSA EN QUE INCIDE

Causa Rol 8325-2009 del Séptimo Juzgado Civil de Santiago sobre nulidad de derecho público de los D.S. N° 142/1990 y 104/2008 de los Ministerios de Agricultura y Hacienda.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD DE SOLICITA

Artículo 7° de la Ley N° 18.196 que dispone que el Servicio Agrícola y Ganadero podrá cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda; y artículo 7° letra ñ), de la Ley N° 18.755 que dispone que corresponderá al Director Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el Servicio, los que se fijarán por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará, además, la firma del Ministro de Hacienda.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Constituye un tributo el cobro que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero por inspección y certificación de productos destinados a exportación y, por ello, se sujeta dicho cobro bajo el principio de legalidad tributaria establecido en la Constitución?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Servicio Agrícola y Ganadero cobró, en conformidad a la ley, por inspeccionar y certificar productos destinados a exportación. Los montos a cobrar se determinaron por D.S. N° 142/1990 y 104/2008, en los cuales participaron en conjunto los Ministerios de Agricultura y Hacienda.

Los recurrentes demandaron nulidad de derecho público de dichos decretos y luego recurrieron de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, con el fin de declarar inaplicables las disposiciones de rango legal que facultan al Servicio Agrícola y Ganadero a cobrar por concepto de inspección y certificación, y que remiten la determinación del monto a los decretos señalados.

ALEGACIONES

Los requirentes señalaron que las tarifas y derechos a que se refieren las disposiciones legales impugnadas, independientemente de su nombre o denominación, tienen la naturaleza jurídica de un tributo, específicamente una tasa. Añadieron que la regulación tributaria debe ser establecida mediante normas de rango legal, en cumplimiento del principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 19 N° 20 de la CPR, y reiterado en el inciso segundo y en el N° 1 del inciso cuarto del artículo 65 del mismo cuerpo normativo. El Constituyente precisó que la normativa tributaria es propia y exclusiva del dominio legal y entendió la voz tributo de manera amplia.

Reafirma lo anterior el inciso segundo del artículo 64 de la CPR que no admite la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República, en materias comprendidas en las garantías constitucionales, una de las cuales estaría representada por el principio de legalidad tributaria. Concluyen que menos puede por tanto resultar posible que esta materia le sea entregada a la potestad reglamentaria.

Por lo anterior, y teniendo en consideración que las normas impugnadas facultan a los Ministros de Agricultura y Hacienda para fijar tributos, mediante un decreto conjunto, y al Director Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero para establecer liberaciones respecto del pago de tales tributos, tales disposiciones resultan abiertamente inconstitucionales, en la medida en que se interviene mediante actos administrativos el ámbito de la regulación tributaria que, como se dijo, está reservado de manera exclusiva a normas de rango legal.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Los aludidos D.S. constituyen decretos tarifarios a través de los cuales se han fijado los montos que los requirentes han debido y deben pagar al Servicio Agrícola y Ganadero por concepto de tarifas de inspección y certificación fitosanitaria, toda vez que,

como ellos mismos indican, el artículo 26 del D.L. N° 3.557 que Establece Disposiciones sobre Protección Agrícola exige que los productos vegetales que se exporten vayan acompañados de un certificado sanitario expedido por el Servicio Agrícola y Ganadero (C. 3).

El primer precepto impugnado (artículo 7° de la Ley N° 18.196) faculta al Servicio Agrícola y Ganadero para cobrar tarifas por las inspecciones y certificaciones fitosanitarias que practique y establece que su fijación se hará mediante decreto supremo; y la segunda norma objetada (artículo 7°, letra ñ, de la Ley N° 18.755) faculta a su Director Nacional para proponer las tarifas que se cobren y para liberar de su pago en los casos que la misma norma contempla, reiterando que aquéllas se fijarán por decreto supremo (C. 4).

El Tribunal Constitucional ha señalado que, “los tributos, impuestos o contribuciones son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava, con miras a subvenir al funcionamiento del Estado en su conjunto, sin que vayan acompañadas de una contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente” (Rol 1034). Así las cosas, corresponde analizar si los cobros que efectúa en la especie el Servicio Agrícola y Ganadero por sus inspecciones y certificaciones fitosanitarias presentan o no la naturaleza de tributos (C. 10 y 11).

En primer término, es indubitado que los pagos efectuados por los requirentes al Servicio Agrícola y Ganadero lo han sido a cambio de la prestación de un servicio. El dinero que los requirentes han pagado al Servicio lo ha sido a cambio de una contraprestación que consiste en la inspección fitosanitaria de los productos a exportar y en su certificación, la cual es necesaria para poder exportarlos. El Servicio Agrícola y Ganadero efectúa este cobro, precisamente, porque así lo autoriza el artículo 7° de la Ley N° 18.196, que le permite “cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda” (C.14).

En segundo lugar, los dineros que se obtienen por los cobros que hace el Servicio Agrícola y Ganadero por los servicios que presta a los exportadores, tienen un fin determinado y específico que es, justamente, cubrir el costo del servicio prestado (C.15).

En tercer lugar, los dineros cobrados por el Servicio Agrícola y Ganadero no lo son en virtud de la potestad tributaria del Estado, no existe a su respecto una actividad coercitiva de este órgano, sino que constituyen el precio de un servicio. Así, tampoco son estos cobros de carácter general y aplicables a toda la comunidad, como lo serían los tributos, sino que sólo son aplicables a los exportadores que han solicitado el respectivo servicio, dentro del ejercicio de su actividad económica. En este sentido, los

exportadores hacen ejercicio de esta actividad (como indica el artículo 19 N° 21 de la CPR), “respetando las normas legales que la regulen”, las que establecen (por motivos de orden público, de salubridad y seguridad pública) la exigencia de las inspecciones y certificaciones que practica el Servicio Agrícola y Ganadero. Lo anterior opera de acuerdo a las obligaciones que el comercio internacional ha establecido y que se plasman en acuerdos y protocolos fitosanitarios internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Además, las inspecciones y certificaciones a que se viene aludiendo tienen como objeto proteger el denominado “patrimonio fitosanitario” y, en este sentido, operan en beneficio de los mismos exportadores. Por cierto, es constitucionalmente legítimo que se exija a los exportadores las aludidas inspecciones y certificaciones sanitarias, tratándose de una actividad económica regulada por ley, y teniendo en vista en definitiva bienes jurídicos tan relevantes como la salud pública e incluso la vida de las personas (C. 16 a 19).

Conforme a lo expuesto, los cobros que efectúa el Servicio Agrícola y Ganadero por las inspecciones y certificaciones no constituyen propiamente un tributo. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “la obligación de pagar una cantidad de dinero por el servicio que presta un municipio es la contraprestación por el beneficio que recibe el usuario del servicio y corresponde al precio del mismo que se conoce con el nombre de tarifa. No se trata, por consiguiente, de un tributo, que es una exacción patrimonial destinada a obtener recursos para financiar las actividades del Estado y sus órganos y que no tiene como contrapartida un beneficio directo para la persona que lo paga” (Rol 1063, considerando noveno) (C. 19).

Luego, las tarifas que el Servicio Agrícola y Ganadero puede cobrar a los exportadores tienen su origen en la ley, la cual establece en forma suficiente y precisa el concepto por el cual se puede cobrar y, en cuanto a la determinación del monto a cobrar, no es efectivo, como sostienen los requirentes de inaplicabilidad, que exista libertad para la fijación de la tarifa, ni tampoco para la liberación de su pago. En virtud de lo anterior, la fijación de las tarifas no está sometida al actuar discrecional de la Administración, sino que ésta debe fijarla conforme a criterios objetivos de mercado que, en definitiva, representen el costo real y efectivo de la prestación otorgada. En este sentido, con la observancia de los criterios de competencia y de mercado que el precepto legal al que se viene aludiendo establece para la determinación de las tarifas que puede cobrar el Servicio Agrícola y Ganadero, se respeta, asimismo, el principio de proporcionalidad de los cobros (C. 23 a 26).

Asimismo, en la especie se ha dado pleno cumplimiento a lo sostenido en la sentencia Rol 325 del Tribunal Constitucional, en orden a que “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de (...) derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad” (C. 27).

CONCLUSIÓN

No constituye un tributo el cobro que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero por inspecciones y certificaciones de productos destinados a exportación. El pago por el servicio prestado es la contraprestación por el beneficio que recibe el usuario. Dicho pago corresponde al precio del servicio, que se conoce con el nombre de tarifa. Por lo tanto, no debe interpretarse dicho pago como un tributo, puesto que por tal se debe entender una exacción patrimonial destinada a obtener recursos para financiar las actividades del Estado y sus órganos y que no tiene como contrapartida un beneficio directo para la persona que lo paga.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC diferencia en el presente caso entre un tributo y una tarifa, donde esta última implica que quien paga recibe un servicio que lo beneficia directamente, no siendo el fin de tales montos el obtener recursos para financiar las actividades del Estado sin un beneficio directo para quien paga el monto, como es el caso de los tributos.

Sin embargo, el TC en el caso Rol 247 había señalado que las tasas sí conformaban parte de la denominación “tributo” a la cual hace mención la CPR en el artículo 19 N° 20.

TEXTO COMPLETO

Santiago, tres de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 8 de junio de 2009, los abogados Enrique Barros Bourie y Francisco González Hoch, en representación de 126 personas naturales y jurídicas dedicadas a la exportación o producción de frutas, interponen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 7° de la Ley N° 18.196 –sobre “Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria”– y 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755 –que “Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, Deroga la Ley N° 16.640 y otras Disposiciones”–, en los autos tramitados bajo el Rol N° 8325-2009 ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago, iniciados por una demanda de nulidad de derecho público de los Decretos N° 142, de 1990, y N° 104, de 2008, de los Ministerios de Agricultura y de Hacienda, interpuesta con fecha 16 de abril de 2009, en la que se solicita, además, condenar al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) a restituir las sumas pagadas en los últimos 5 años y las que siguieren pagando hasta la terminación del juicio, por concepto de tarifas de inspección y certificación fitosanitaria. En subsidio, se demanda solidariamente indemnización de perjuicios al Fisco de Chile y al SAG.

Indican los requirentes que, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557, sobre Protección Agrícola, los productos vegetales que se exporten desde nuestro país deberán ir acompañados de un certificado sanitario expedido por el SAG y que los referidos decretos fijaron los montos de las tarifas que este Servicio puede cobrar por dichos conceptos, las que tienen como base jurídica, precisamente, los preceptos legales que se impugnan, los cuales se aplicarían en el juicio de nulidad de derecho público que constituye la gestión pendiente.

Las disposiciones impugnadas disponen:

Artículo 7° de la Ley N° 18.196.- “Sin perjuicio de las tarifas cuyo cobro autoriza el capítulo IX de la ley N° 16.640 y el decreto N° 44, de 1968, del Ministerio de Agricultura, el Servicio Agrícola y

Ganadero podrá cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda”.

Artículo 7º, letra ñ), de la Ley N° 18.755.- “Corresponderán al Director Nacional [del SAG] las siguientes funciones y atribuciones:

().. ñ) Proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el Servicio, los que se fijarán por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará, además, la firma del Ministro de Hacienda. Dichas tarifas y derechos deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado.

El Director Nacional podrá liberar del pago de tarifas y derechos cuando el control que efectúe el Servicio recaiga sobre bienes destinados a la investigación o a otros fines científicos”.

Indican que de la primera norma impugnada se desprende que la determinación de las tarifas que cobra el SAG por la inspección y certificación fitosanitaria corresponde a las autoridades del Estado mediante un acto administrativo, sin que sea posible para los requirentes saber el monto y los demás elementos constitutivos de las citadas tarifas; y de la segunda, que, además de la determinación de las referidas tarifas, también su liberalización de pago está entregada a autoridades administrativas.

Sostienen que las tarifas y derechos a que se refieren las disposiciones legales impugnadas, independientemente de su nombre o denominación, tienen la naturaleza jurídica de un tributo, debiendo, en consecuencia, someterse a la regulación establecida en la Carta Fundamental para ellos, precisando posteriormente que –conforme a la doctrina y jurisprudencia que se cita– podrían ser clasificados, dentro de las especies de tributo, como una tasa, conceptualizando a esta última, en lo fundamental, como un cobro que hace el Estado por un servicio público.

Añaden que la regulación tributaria debe ser establecida mediante normas de rango legal, en cumplimiento del principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 19 N° 20º de la Constitución Política, principio que también ha sido reiterado como elemento central del ordenamiento constitucional en otras disposiciones de la Carta Fundamental, como en el N° 1 del inciso cuarto de su artículo 65, que asigna al Presidente de la República de manera exclusiva la iniciativa legislativa en dicho campo y, en el mismo sentido, en el inciso segundo del artículo 65 de la misma Carta, que dispone que las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados, todo lo cual permite constatar que el Constituyente precisó que la normativa tributaria es propia y exclusiva del dominio legal y que entendió la voz tributo de manera amplia.

Agregan que tan nítida es la consagración constitucional del principio de legalidad tributaria, que la doctrina sostiene que en esta materia no se admite la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República, puesto que el inciso segundo del artículo 64 de la Carta indica que la autorización para dictar decretos con fuerza de ley no puede extenderse a materias comprendidas en las garantías constitucionales, una de las cuales estaría representada por el principio de legalidad tributaria. Concluyen que menos puede por tanto resultar posible que esta materia le sea entregada a la potestad reglamentaria.

Añaden que el principio de legalidad tributaria tiene, además de su sentido jurídico, un profundo sentido político, el que se manifiesta en el principio de que no hay impuestos sin representación y, en este contexto, la única forma de compatibilizar la exigencia del principio democrático con la potestad tributaria, es afirmando que esta última sólo puede ser ejercida por normas de rango

legal, asegurando así dicha representación. Permitir que el Ejecutivo pueda intervenir en materia tributaria a través de normas de rango inferior a las legales, entregadas a la sola voluntad de la administración, constituye no sólo una vulneración de las garantías individuales, sino un desequilibrio entre los poderes públicos.

Agregan que el artículo 20 de la Constitución dejó fuera del alcance del recurso de protección al N° 20° del artículo 19, lo que parece explicarse por la consideración en orden a que los temas tributarios se tratarían durante la discusión de normas de rango legal, existiendo a su respecto el control político propio del Parlamento y, luego, el control jurídico, precisamente, mediante el recurso de inaplicabilidad.

Señalan los requirentes que las normas impugnadas facultan a los Ministros de Agricultura y Hacienda para fijar tributos, mediante un decreto conjunto, y al Director Nacional del SAG para establecer liberaciones respecto del pago de tales tributos, todo lo que resulta abiertamente inconstitucional, en la medida en que se interviene mediante actos administrativos el ámbito de la regulación tributaria que, como se dijo, está reservado de manera exclusiva a normas de rango legal. Lo anterior determina que estos preceptos impugnados deban ser declarados inaplicables a la demanda iniciada por ellos.

Concluyen sosteniendo que no resulta suficiente, para tratar de obviar las falencias anotadas, sostener que los preceptos impugnados no vulnerarían el principio de legalidad tributaria, en la medida que contendrían elementos referenciales que, de alguna manera, enmarcan la potestad que se le entrega a la autoridad administrativa. Ello, en primer lugar, porque no existen antecedentes que permitan sostener que el Constituyente de 1980 haya querido admitir una suerte de “ley tributaria en blanco”; en segundo lugar, porque aun cuando se aceptara que el texto constitucional vigente permite un espacio de transferencia de atribuciones normativas menores o complementarias en materia tributaria a la administración, dicha hipótesis no se cumpliría en este caso, en que los preceptos impugnados no configuran suficientemente los elementos básicos o esenciales del tributo y, por último, porque si, como se expuso, no procede en materia tributaria la delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo, menos podría una ley, sin delegación alguna, transferir potestad normativa en este sentido a la autoridad administrativa.

Con fecha 16 de junio de 2009 la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento deducido, pasando los antecedentes al Pleno para su substanciación.

Con fecha 24 de julio del mismo año, María Teresa Muñoz Ortúzar, Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado (CDE), en representación del Fisco de Chile y del SAG, formula observaciones al requerimiento, solicitando que sea rechazado por carecer totalmente de sustento constitucional, conforme a los argumentos que expone a continuación.

Luego de hacer referencia al contenido del requerimiento deducido, el CDE señala que los requirentes erróneamente sostienen que las normas impugnadas, referidas a atribuciones del SAG para establecer mediante decretos supremos los precios o sumas que debe recibir como contraprestación por los servicios de inspección, análisis, certificaciones sanitarias y demás actividades de fiscalización que presta, constituirían tributos. Ello no es así, afirma, ya que el dinero que se cobra por las actividades reseñadas no reúne ninguna de las características y particularidades que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran propias de un tributo.

Explica que si bien en nuestra legislación no existe una definición de lo que debe entenderse por tributo, de las definiciones doctrinarias pueden desprenderse ciertos elementos que constituyen el concepto, como que se trata de una prestación obligatoria, en dinero, que el Estado exige en virtud de su poder de imperio, sin contraprestación directa, con la finalidad de financiar el gasto público y procurar fines de bien común.

Por otra parte, existe un estatuto constitucional de los tributos, contemplado en el artículo 19, N° 20°, de la Constitución Política, que incluye el principio de reserva legal; el principio de igualdad (como manifestación específica de la garantía del artículo 19, N° 2°); el principio de justicia; el principio de proporcionalidad, y el principio de no afectación.

Así, indica el CDE, es posible discurrir sobre los elementos esenciales de los tributos que en la especie no concurrirían. En primer lugar, los tributos son de exigencia general a toda la colectividad, en la medida en que se incurra en los hechos gravados, a diferencia de los derechos cobrados por el SAG a los requirentes, que se cobran sólo a quienes demanden a dicho organismo una prestación directa y específica en su beneficio. En segundo término, el objeto del tributo es financiar la prestación de servicios públicos indivisibles por naturaleza, como la defensa nacional o la justicia o la seguridad pública, característica que no cumplen los derechos cobrados por el SAG. Además, el producto que se obtiene de los tributos no se encuentra afectado a un fin determinado, a diferencia de los derechos que cobra el SAG, en que todo o parte de los ingresos contribuyen al costeo del servicio que presta este organismo. De esta forma, los derechos que cobra el SAG no son una especie del género tributos, sino una categoría diferenciada de precio por la contraprestación de un servicio, por lo que las normas impugnadas, al autorizar esos cobros, no infringen de modo alguno el principio de reserva legal de los tributos. En este último sentido se cita la sentencia de esta Magistratura Rol N° 1034.

Agrega el CDE que los cobros que efectúa el SAG deben ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado y deben ser representativos del resarcimiento de los gastos y costos que implica para dicho organismo la prestación de las labores de inspección y certificación que efectúa a requerimiento de terceros, no pudiendo introducirse, para ese efecto, elementos o costos ajenos al desarrollo de tales actuaciones. Dicha actividad realizada por el SAG agrega, por lo demás, valor específico al producto a exportar. En este orden de ideas, el cobro aludido no tiene la naturaleza jurídica de un tributo porque el exportador no está obligado a su pago, el cobro no es de naturaleza coercitiva ni es manifestación de la potestad tributaria del Estado. Los tributos no son voluntarios, ni remuneratorios de contraprestaciones precisas ni dan valor agregado.

Sostiene que toda la argumentación de los requirentes descansa en considerar a las tarifas referidas como tributos, de modo que ellas debieron ser impuestos mediante leyes y no mediante simples actos administrativos, como habría sucedido. Sin embargo, la facultad que detenta el SAG cumple con la garantía de reserva legal, pues la imposición de los cobros se ha hecho precisamente por la ley, la cual, utilizando la técnica de la remisión normativa, ha enviado a la autoridad administrativa la determinación del monto específico de los derechos que cobra, luego de señalarle diversos requisitos, exigencias y límites a esa fijación.

La imposición de que todas las empresas frutícolas que realicen exportaciones deban soportar el costo del análisis fitosanitario practicado por el SAG, ha sido establecida por un grupo de normas jurídicas, todas de rango legal y no de carácter administrativo. En efecto, el artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557, sobre Protección Agrícola, establece la obligación de que los productos vegetales de los exportadores deban “ir acompañados de un certificado sanitario expedido por el Servicio”. Por su parte, el artículo 7° de la Ley N° 18.196 ha facultado al SAG para “cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización (..) las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura”. En el mismo sentido, el artículo 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755 establece el procedimiento que debe seguirse al interior de la Administración para la fijación de la tarifa y las exclusiones posibles. Y, en idéntico sentido, el artículo 3°, letra o), de la Ley N° 18.755 permite al SAG cobrar tarifas por asistencia técnica y otros servicios.

De esta forma, la obligación de soportar los costos ha sido impuesta por un grupo de normas de rango legal que han sintetizado tanto intereses sanitarios como de administración financiera,

radicando dichos costos en las empresas que se benefician directamente por la exportación, pues si no contarán con las certificaciones, sus productos no serían admitidos en los países de destino ni podrían ser comercializados.

Las normas legales no han dejado a la mera voluntad administrativa, como sostienen los requirentes, la determinación del monto de las tarifas y derechos. Al contrario, la ley ha fijado el límite más estricto, al establecer en el artículo 7º, letra ñ), de la Ley N° 18.755, que “deberán ser competitivos o equivalentes con los valores del mercado”. Lo anterior tiene como objeto ponderar solamente el costo económico que representan las acciones de evaluación fitosanitaria, excluyéndose las que deriven de las funciones normales del SAG, conforme lo ha interpretado la Contraloría General de la República en el dictamen que se cita por la defensa fiscal.

Sobre la determinación legal de las causales de exclusión, la remisión normativa no ha permitido que la autoridad administrativa pueda relevar de la imposición de la carga de manera discrecional pues, conforme a la ley, dicha liberación sólo procede por resolución del Director Nacional y únicamente respecto de “bienes destinados a la investigación o a otros fines científicos”.

En la sentencia Rol N° 718, el Tribunal Constitucional ha indicado que en el caso de los tributos la reserva legal supone que “es la ley la encargada de precisar los elementos esenciales de la obligación tributaria, pudiendo la potestad reglamentaria de ejecución sólo desarrollar aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que éste debe delimitar con suficiente claridad y determinación”. Tal como se ha planteado, del grupo de normas legales que han regulado la imposición y fijación de tarifas y derechos puede colegirse claramente que ellas han definido ese cobro en sus aspectos y elementos básicos y por ende son perfectamente constitucionales, aunque no son tributos. En caso alguno podría considerarse dicha remisión legal como una “ley tributaria en blanco”.

Añade el CDE que la acción de inaplicabilidad interpuesta es improcedente, toda vez que las normas impugnadas no son decisivas en la resolución del asunto, puesto que el proceso seguido ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago se sustenta en la infracción de otras normas jurídicas, de modo que si se estimare que no cabe aplicar en dicho juicio los preceptos legales objetados ante este Tribunal Constitucional, ello en nada alteraría la decisión del conflicto en sede civil. Además, los requirentes no han acreditado que estas normas sean decisoria litis, ni han señalado concretamente de qué manera los preceptos constitucionales se ven contravenidos por la aplicación de las leyes cuestionadas.

En abono a la tesis de que las normas impugnadas no serían decisoria litis, indica el CDE que en el requerimiento no se ha denunciado la infracción del artículo 6º del Decreto con Fuerza de Ley N° 294 ni del artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557, de los Ministerios de Agricultura y Hacienda, que son las normas que resuelven el caso, debiendo así suponerse que los requirentes las consideran bien aplicadas.

Finalmente, señala que las normas impugnadas no han afectado las garantías constitucionales de los requirentes ni provocado perjuicio a ellos, lo que sería requisito de la esencia de toda inaplicabilidad. Por otro lado, el pago por la certificación de las empresas demandantes es reputado como gasto necesario para producir la renta, lo que conlleva que, finalmente, las empresas y personas naturales puedan rebajar de su base imponible del impuesto a la renta dichos pagos, reduciendo en definitiva los impuestos a pagar por la actividad que realizan.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 5 de noviembre de 2009 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Germán Concha Zavala, por los requirentes, y María Eugenia Manaud Tapia, por el Fisco de Chile y el Servicio Agrícola y Ganadero, y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

Segundo: Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso decimoprimer, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

Tercero: Que, como se ha indicado en la parte expositiva, los requirentes han solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 7° de la Ley N° 18.196 –sobre “Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria”– y 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755 –que “Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, Deroga la Ley N° 16.640 y otras Disposiciones”–, en la causa sobre nulidad de derecho público de los Decretos N° 142, de 1990, y N° 104, de 2008, de los Ministerios de Agricultura y de Hacienda, y restitución de pagos por los conceptos indicados en dichos decretos y, en subsidio, indemnización de perjuicios, seguida en contra del Fisco de Chile y el Servicio Agrícola y Ganadero, de la que actualmente conoce el Séptimo Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 8325-2009.

Los aludidos decretos supremos constituyen decretos tarifarios a través de los cuales se han fijado los montos que los requirentes han debido y deben pagar al SAG por concepto de tarifas de inspección y certificación fitosanitaria, toda vez que, como ellos mismos indican, el artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557 exige que los productos vegetales que se exporten vayan acompañados de un certificado sanitario expedido por el SAG;

Cuarto: Que los preceptos legales impugnados disponen:

Artículo 7° de la Ley N° 18.196.- “Sin perjuicio de las tarifas cuyo cobro autoriza el capítulo IX de la ley N° 16.640 y el decreto N° 44, de 1968, del Ministerio de Agricultura, el Servicio Agrícola y Ganadero podrá cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda”.

Artículo 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755.- “Corresponderán al Director Nacional [del SAG] las siguientes funciones y atribuciones:

().. ñ) Proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el Servicio, los que se fijarán por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará, además, la firma del Ministro de Hacienda. Dichas tarifas y derechos deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado.

El Director Nacional podrá liberar del pago de tarifas y derechos cuando el control que efectúe el Servicio recaiga sobre bienes destinados a la investigación o a otros fines científicos”;

Quinto: Que el primer precepto impugnado –artículo 7° de la Ley N° 18.196– faculta al SAG para cobrar tarifas por las inspecciones y certificaciones fitosanitarias que practique y establece que

su fijación se hará mediante decreto supremo; y la segunda norma objetada –artículo 7º, letra ñ), de la Ley N° 18.755– faculta a su Director Nacional para proponer las tarifas que se cobren y para liberar de su pago en los casos que la misma norma contempla, reiterando que aquéllas se fijarán por decreto supremo;

Sexto: Que, en síntesis, los requirentes sostienen que las tarifas y derechos a que se refieren los dos preceptos legales impugnados revisten la naturaleza jurídica de un tributo, en concreto, de una tasa, y que en virtud de ello deben someterse al estatuto constitucional de los tributos, lo que determina que deban cumplir con el principio de legalidad tributaria, contemplado en el artículo 19, N° 20º, de la Constitución Política, en relación con el inciso segundo y N° 1 del inciso cuarto del artículo 65, y con el inciso segundo del artículo 64, de la misma Carta Fundamental.

Luego, postulan que las tarifas a que se ha aludido deben ser fijadas por la ley, sin que quepa posibilidad alguna de intervención de la autoridad mediante actos administrativos, como serían los decretos supremos conjuntos de los Ministerios de Agricultura y de Hacienda. Manifiestan que en este ámbito está vedado el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución.

Alegan que, en virtud de la primera norma impugnada –artículo 7º de la Ley N° 18.196–, les es imposible conocer los elementos constitutivos y los montos de las tarifas que se les cobrarán, los cuales son fijados por la autoridad administrativa, y que, en virtud de la segunda norma impugnada –artículo 7º, letra ñ), de la Ley N° 18.755–, la misma autoridad administrativa puede libremente eximir del pago de dichas tarifas, todo lo cual sería contrario al principio de legalidad tributaria, además de constituir un desequilibrio entre los poderes públicos.

Por último, sostienen que aun cuando se aceptara la tesis de que el principio de legalidad tributaria permite la delegación de atribuciones normativas menores o complementarias en la administración del Estado, dicha hipótesis no se cumpliría en este caso, en que los preceptos impugnados no configuran suficientemente los elementos básicos o esenciales del tributo;

Séptimo: Que, por su parte, el Consejo de Defensa del Estado ha alegado –en lo sustancial– que las normas impugnadas, en cuanto establecen las atribuciones de la Administración para fijar mediante decretos supremos los precios que el SAG debe recibir como contraprestación por los servicios de inspecciones y certificaciones fitosanitarias, no imponen tributos, toda vez que tales tarifas no reunirían las características que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran propias de éstos.

En esta línea argumentativa, indica los siguientes elementos que determinan que estemos frente a un tributo, ninguno de los cuales concurriría en la especie: i) tienen exigibilidad general, en la medida en que se incurra en el hecho gravado, sin que exista una contraprestación directa en beneficio del contribuyente; ii) su objeto es financiar la prestación de servicios públicos indivisibles, sin que se encuentren destinados a un fin determinado, y iii) se trata de prestaciones obligatorias, que el Estado exige en virtud de su potestad tributaria.

Luego, los derechos que cobra el SAG no son una especie del género tributos, sino una categoría de precio por la contraprestación de un servicio, por lo que las normas impugnadas al autorizar esos cobros no infringen de modo alguno el principio de reserva legal de los tributos.

Además, sostiene el CDE que los cobros que efectúa el SAG deben ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado y que el exportador no está obligado a su pago, pues éste no es coercitivo.

En fin, indica que la facultad que detenta el SAG cumple con la garantía de reserva legal, pues la imposición de los cobros se ha hecho por la ley, la que, utilizando la técnica de la remisión

normativa, ha enviado a la autoridad administrativa únicamente la determinación de su monto específico, dentro del marco de los requisitos, exigencias y límites que fija la ley;

Octavo: Que, como cuestión previa y antes de entrar a resolver el conflicto constitucional planteado, esta Magistratura se hará cargo de otra alegación del Consejo de Defensa del Estado, en orden a que la acción de inaplicabilidad deducida sería improcedente, dado que las normas impugnadas no serían decisivas en la resolución del asunto, puesto que el proceso sub lite se sustentaría en la infracción de otras normas jurídicas que resolverían el caso (artículo 6º del Decreto con Fuerza de Ley N° 294 y artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557), y que no han sido impugnadas de inaplicabilidad. En consecuencia, la declaración de inaplicabilidad de las normas impugnadas no alteraría la decisión del conflicto en sede civil.

Esta alegación será desde ya rechazada, por cuanto el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución Política exige para la procedencia de la acción de inaplicabilidad que la aplicación del precepto legal impugnado “pueda” resultar decisiva en la resolución del asunto, bastando así –como esta Magistratura lo ha señalado en reiteradas oportunidades– la aplicación eventual del precepto impugnado para que sea procedente la acción de inaplicabilidad.

En este sentido, este Tribunal ha dicho: “Que, en lo relativo al cuestionamiento consistente en que el precepto legal impugnado no es una norma aplicable en el juicio civil seguido entre las partes, pues no ha sido invocado por ninguna de ellas como fundamento de las respectivas causas de pedir de la demanda y de la contestación, cabe recordar que, como lo ha dicho también este Tribunal (Rol 634), la necesidad de velar por el pleno respeto del principio de supremacía constitucional que persigue la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, obliga a esta Magistratura a examinar si el precepto legal que se encuentra vigente y que se ha impugnado a través de la acción deducida, podría resultar contrario a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto examinado. Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar, asimismo, indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental.

Por lo expresado, reiteradamente esta Magistratura ha insistido en que, en concordancia con lo dispuesto en el N° 6 del inciso primero, e inciso undécimo, del artículo 93 de la Constitución, para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligad[o] a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (roles 501, 505 y 790);” (Rol N° 943, considerando noveno);

Noveno: Que, desechada la alegación anterior y conforme a lo expuesto hasta ahora en esta sentencia, se puede sostener que el conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en determinar la naturaleza jurídica de los cobros que efectúa el SAG por sus inspecciones y certificaciones fitosanitarias y, en el evento de que se consideren como tributos, determinar si se infringe en la especie el principio de legalidad tributaria establecido en la Carta Fundamental;

Décimo: Que esta Magistratura ha señalado que los “los tributos, impuestos o contribuciones son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava, con miras a subvenir al funcionamiento del Estado en su conjunto, sin que

vayan acompañadas de una contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente” (Rol N° 1034-08);

Decimoprimeramente: Que corresponde analizar si los cobros que efectúa en la especie el SAG por sus inspecciones y certificaciones fitosanitarias presentan o no la naturaleza de tributos;

Decimosegundamente: Que, en primer término, es indubitado que los pagos efectuados por los requirentes al SAG lo han sido a cambio de la prestación de un servicio.

El Servicio Agrícola y Ganadero, de conformidad al artículo 1° de la Ley N° 18.755, es “un servicio funcionalmente descentralizado, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir, ejercer derechos y contraer obligaciones, el cual estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Agricultura”, que, según el artículo 2° de la misma ley, tiene por objeto “contribuir al desarrollo agropecuario del país, mediante la protección, mantención e incremento de la salud animal y vegetal; la protección y conservación de los recursos naturales renovables que inciden en el ámbito de la producción agropecuaria del país y el control de insumos y productos agropecuarios sujetos a regulación en normas legales y reglamentarias”, y, para el cumplimiento de su objeto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3° de la mencionada ley, le corresponde, entre otras, el ejercicio de las siguientes funciones y atribuciones:

a) Aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre prevención, control y erradicación de plagas de los vegetales y enfermedades transmisibles de los animales. Asimismo, conocerá y sancionará toda infracción de las normas legales y reglamentarias cuya fiscalización compete al Servicio.

b) Mantener un sistema de vigilancia y diagnóstico de las enfermedades silvoagropecuarias existentes en el país o susceptibles de presentarse que, a juicio del Servicio, sean relevantes para la producción nacional y formular los programas de acción que correspondan.

(.. d) Determinar las medidas que deben adoptar los interesados para prevenir, controlar, combatir y erradicar las enfermedades o plagas declaradas de control obligatorio.

e) Ejecutar directa o indirectamente, en forma subsidiaria, las acciones destinadas a cumplir las medidas a que se refiere la letra anterior, tratándose, a juicio del Servicio, de plagas o enfermedades que por su peligrosidad o magnitud, pueden incidir en forma importante en la producción silvoagropecuaria nacional.

f) Mantener relaciones y celebrar convenios de cooperación con organismos nacionales e internacionales en aquellas materias a que se refiere la presente ley, sin perjuicio de las facultades y atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Además, velará por el cumplimiento de las convenciones internacionales suscritas por Chile en materias de competencia del Servicio, y ejercerá la calidad de autoridad administrativa, científica o de contraparte técnica de tales convenciones.

(.. m) Aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre producción y comercio de semillas, plaguicidas, fertilizantes, alimentos para animales, alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres; exposiciones y ferias de animales, nomenclatura de sus cortes y otras materias que la ley establezca, como también realizar los análisis bacteriológicos y bromatológicos y otros que fueran pertinentes y certificar la aptitud para el consumo humano de productos agropecuarios primarios destinados a la exportación.

(.. o) Prestar asistencia técnica directa o indirecta y servicios gratuitos u onerosos, en conformidad con sus programas y cobrar las tarifas y derechos que le corresponda percibir por sus actuaciones (..)”;

Decimotercero: Que lo anterior se relaciona con el artículo 26 del Decreto Ley N° 3.557 –no impugnado en autos–, que ordena: “Los productos vegetales que se exporten deberán ir acompañados de un certificado sanitario expedido por el Servicio [Agrícola y Ganadero].

A requerimiento del exportador, el Servicio expedirá también certificados de origen de estos productos”.

También, en esta parte, se puede tener presente el artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 294, de 1960 –que “Establece Funciones y Estructura del Ministerio de Agricultura”–, que dispone: “Facúltase a los Servicios dependientes del Ministerio de Agricultura para cobrar las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo, por las inspecciones, desinfecciones, análisis, certificaciones y demás trabajos, informes y estudios que sus Departamentos Técnicos hagan a pedido de otros Servicios Públicos o de particulares. Dicho decreto supremo llevará también la firma del Ministro de Hacienda”;

Decimocuarto: Que, en relación con las normas transcritas, el dinero que los requirentes han pagado al SAG lo ha sido a cambio de una contraprestación que consiste en la inspección fitosanitaria de los productos a exportar y en su certificación, la cual es necesaria para poder exportarlos.

El SAG efectúa este cobro, precisamente, porque así lo autoriza el artículo 7° de la Ley N° 18.196 –sí impugnado en autos–, que le permite “cobrar por las inspecciones, análisis, certificaciones y demás actividades de fiscalización que practique a solicitud de terceros en cumplimiento de las funciones o atribuciones que la ley le encomienda o confiere, las tarifas y derechos que se fijen por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda”;

Decimoquinto: Que, en segundo lugar, los dineros que se obtienen por los cobros que hace el SAG por los servicios que presta a los exportadores, tienen un fin determinado y específico que es, justamente, cubrir el costo del servicio prestado. Además, por disposición del artículo 10 de la Ley N° 18.755, el patrimonio del SAG está formado, entre otros bienes y recursos, por: “f) El producto de las tarifas que perciba por las labores de fiscalización o inspección y otros ingresos que perciba en el cumplimiento de sus funciones”;

Decimosexto: Que, en tercer lugar, los dineros que cobra el SAG no lo son en virtud de la potestad tributaria del Estado, no existe a su respecto una actividad coercitiva del Servicio, sino que constituyen el precio de un servicio. Así, tampoco son estos cobros de carácter general y aplicables a toda la comunidad, como lo serían los tributos, sino que sólo son aplicables a los exportadores que han solicitado el respectivo servicio, dentro del ejercicio de su actividad económica.

En este sentido, los exportadores hacen ejercicio de su actividad económica –como indica el artículo 19 N° 21 de la Constitución–, “respetando las normas legales que la regulen”, normas legales que establecen –por motivos de orden público, de salubridad y seguridad pública– la exigencia de las inspecciones y certificaciones que practica el SAG;

Decimoséptimo: Que, en efecto, la certificación fitosanitaria tiene por objeto garantizar al país de destino que el producto exportado se encuentra libre de plagas y que ha cumplido con los requisitos fitosanitarios establecidos para su ingreso, aplicándose, en general, a todos los desplazamientos transfronterizos de plantas y productos de plantas.

Lo anterior opera de acuerdo a las obligaciones que el comercio internacional ha establecido y que se plasman en acuerdos y protocolos fitosanitarios internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como por ejemplo la “Convención Internacional de Protección Fitosanitaria” (CIPF), de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la

Alimentación (FAO) (D.S. N° 144, de 14.08.2007, del Ministerio de Relaciones Exteriores) –que cuenta con ciento setenta y tres países signatarios–, cuyo artículo I dispone que “con el propósito de actuar eficaz y conjuntamente para prevenir la diseminación e introducción de plagas de plantas y productos vegetales y de promover medidas apropiadas para combatirlas, las partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas, técnicas y administrativas que se especifican en esta Convención, y en otros acuerdos suplementarios (...)”, y en su artículo V ordena que “1. Cada parte contratante adoptará disposiciones para la certificación fitosanitaria, con el objetivo de garantizar que las plantas, productos vegetales y otros artículos reglamentados exportados y sus envíos estén conformes con la declaración de certificación que ha de hacerse en cumplimiento del párrafo 2 b) de este Artículo. 2. Cada parte contratante adoptará disposiciones para la emisión de certificados fitosanitarios en conformidad con las estipulaciones siguientes: a) La inspección y otras actividades relacionadas con ella que conduzcan a la emisión de certificados fitosanitarios serán efectuadas solamente por la organización oficial nacional de protección fitosanitaria o bajo su autoridad. La emisión de certificados fitosanitarios estará a cargo de funcionarios públicos, técnicamente calificados y debidamente autorizados por la organización nacional oficial de protección fitosanitaria para que actúen en su nombre y bajo su control, en posesión de conocimientos e información de tal naturaleza que las autoridades de las partes contratantes importadoras puedan aceptar los certificados fitosanitarios con la confianza de que son documentos fehacientes (...)”.

Otro ejemplo está constituido por el “Acuerdo para la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”, de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (D.S. N° 16, de 05.01.1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores), cuyo artículo 1° indica que “().. 1. El presente Acuerdo es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional (...)”, y su artículo 2° que “1. Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo (...)”;

Decimotavo: Que, además, las inspecciones y certificaciones a que se viene aludiendo tienen como objeto proteger el denominado “patrimonio fitosanitario” y, en este sentido, operan en beneficio de los mismos exportadores, ya que estas funciones del SAG tienen por finalidad evitar el ingreso de plagas y enfermedades al territorio nacional, lo que redundaría desde luego en la competencia de los exportadores y el prestigio del país en el mercado internacional;

Decimonoveno: Que, por cierto, es constitucionalmente legítimo que se exija a los exportadores las aludidas inspecciones y certificaciones sanitarias, tratándose de una actividad económica regulada por ley, y teniendo en vista en definitiva bienes jurídicos tan relevantes como la salud pública e incluso la vida de las personas;

Vigésimo: Que, en el mismo sentido anotado –en cuanto a que las tarifas que cobra el SAG por los conceptos aludidos no constituyen tributos–, se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, conociendo de impugnaciones a la juridicidad de decretos tarifarios del Ministerio de Agricultura, en relación con la inspección y certificación de productos forestales, del modo siguiente: “en lo que respecta, en primer término, a lo afirmado por los recurrentes en orden a que los decretos exentos N°s 108 y 109, de 2005, del Ministerio de Agricultura, serían inconstitucionales, por cuanto estiman que las tarifas y derechos que establecen, revestirían la naturaleza jurídica de tributos, menester es puntualizar que, como ha quedado establecido, la determinación de tales valores tiene su fuente jurídica en el decreto con fuerza de ley N° 294 y en la ley N° 18.755, que expresamente les otorgan el carácter de derechos y tarifas, y no de impuestos o tributos, que, a diferencia de los anteriores, tienen la naturaleza de cobros coercitivos establecidos en virtud de la potestad tributaria del Estado, de manera que el plantea-

miento de los peticionarios carece de toda base, debiendo ser desestimado”. (Dictamen 40.235, de 28.08.2006);

Vigesimoprimer: Que, conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes, los cobros que efectúa el SAG por las inspecciones y certificaciones no constituyen propiamente un tributo.

Como ha señalado este Tribunal, “la obligación de pagar una cantidad de dinero por el servicio que presta un municipio es la contraprestación por el beneficio que recibe el usuario del servicio y corresponde al precio del mismo que se conoce con el nombre de tarifa. No se trata, por consiguiente, de un tributo, que es una exacción patrimonial destinada a obtener recursos para financiar las actividades del Estado y sus órganos y que no tiene como contrapartida un beneficio directo para la persona que lo paga” (Rol N° 1063, considerando noveno);

Vigesimosegundo: Que, como ha quedado demostrado, las tarifas que el SAG puede cobrar a los exportadores tienen su origen en la ley, la cual establece en forma suficiente y precisa el concepto por el cual se puede cobrar y, en cuanto a la determinación del monto a cobrar, no es efectivo, como sostienen los requirentes de inaplicabilidad, que exista libertad para la fijación de la tarifa, ni tampoco para la liberación de su pago;

Vigesimotercero: Que, en efecto, el artículo 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755 faculta al Director del SAG para proponer las tarifas y derechos que deban cobrarse, las que se fijarán en definitiva por un decreto supremo conjunto de los Ministerios de Agricultura y Hacienda, pero luego precisa que “dichas tarifas y derechos deberán ser competitivos o equivalentes con los valores de mercado”. En virtud de lo anterior, la fijación de las tarifas no está sometida al actuar discrecional de la Administración, sino que ésta debe fijarla conforme a criterios objetivos de mercado que, en definitiva, representen el costo real y efectivo de la prestación otorgada. Asimismo, el monto de las tarifas es perfectamente determinable de conformidad a los criterios fijados en el texto legal citado;

Vigesimocuarto: Que cabe señalar que, de acuerdo a la historia fidedigna de la Ley N° 19.283, que modificó el estatuto del SAG, el texto primitivo no señalaba parámetro alguno respecto del monto de la tarifa. Durante la tramitación en la Cámara de Diputados, por indicación de los diputados señores Jara, Galilea, Melero y Vilicic, se propuso agregar que “dichas tarifas y derechos deberán ser parangonables con los valores de mercado” (sesión N° 44, de 21 de enero de 1993). En el mismo sentido, los diputados Orpis y Ringeling formularon indicación, proponiendo que “dichas tarifas y derechos, en la medida de lo posible, se establecerán en base a unidades controladas y en ningún caso podrán esos valores ser superiores al costo efectivo que las labores demanden al Servicio” (sesión N° 44, de 21 de enero de 1993). El Diputado Sabag, al informar a la Sala el trabajo de la Comisión de Hacienda, hizo presente –remitiéndose a lo expresado por el Presidente de Fedefruta– que “en relación a la mención a los ‘valores de mercado’ que servirán de referencia a las tarifas y derechos que deban cobrarse por las prestaciones y controles que efectúe el Servicio, estimó necesario que su determinación se hiciera sobre la base de criterios objetivos y lo más transparente posible”. Al analizarse el proyecto en el Senado, el Senador Miguel Otero propuso en su momento reemplazar el término “parangonables” por el de “competitivos”. En tal sentido, el Ejecutivo hizo presente que “el Servicio Agrícola y Ganadero es el único servicio autorizado, a nivel nacional, para efectuar certificaciones fitosanitarias. Por tanto, la norma en comento sólo tiene por objeto establecer que el monto que cobre el Servicio en el ejercicio de esta función, debe ser equivalente al precio de mercado” (Segundo Informe de la Comisión de Agricultura, 14 de septiembre de 1993). Al discutirse la normativa en el Senado, el mismo senador Otero puntualizó que “si se determina que las tarifas y derechos serán ‘parangonables’ a los de la economía privada, como ‘parangón’ significa ‘comparación o semejanza’, aquéllos tendrían que ser semejantes a los que cobra el sector privado. Y dado que el área privada no proporciona la clase de servicios que presta el SAG, no hay posibilidad alguna de hacer la comparación. Si se resolviere emplear el término ‘competitivos’,

podría darse el caso de que alguien ofreciera realizar la misma clase de trabajos y, entonces, el SAG tendría que adecuar sus tarifas a las de la competencia. Si en la norma, en términos comparativos, no existe una alternativa con la cual cotejar, es completamente letra muerta”. El senador Díaz propuso a su vez el término “equivalentes”. Y, el senador Papi consignó que debía establecerse que “las tarifas y derechos deberán ser equivalentes al precio de mercado”. Por último, el senador Otero sometió a consideración de sus pares que las tarifas y derechos fueran “competitivos o equivalentes. De este modo se comprenderían las dos alternativas” y así fue aprobado el texto en definitiva (sesión N° 11, de 3 de noviembre de 1993);

Vigesimoquinto: Que, en el mismo sentido, el Director del Servicio no puede en forma discrecional liberar del pago de estas tarifas, sino que, conforme dispone el precepto legal ya aludido, sólo “podrá liberar del pago de tarifas y derechos cuando el control que efectúe el Servicio recaiga sobre bienes destinados a la investigación o a otros fines científicos”. En consecuencia, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución a que dan lugar los artículos 7° de la Ley N° 18.196 y 7°, letra ñ), de la Ley N° 18.755, impugnados de inaplicabilidad, se ajusta a la Constitución Política de la República.

Vigesimosexto: Que, con la observancia de los criterios de competencia y de mercado que el precepto legal al que se viene aludiendo establece para la determinación de las tarifas que puede cobrar el SAG, se respeta, asimismo, el principio de proporcionalidad de los cobros;

Vigesimoséptimo: Que, asimismo y siguiendo también lo sustentado con anterioridad por esta Magistratura, en la especie se ha dado pleno cumplimiento a lo sostenido en la sentencia Rol N° 325, en orden a que “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de (...) derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal” (considerando cuadragésimo), y

Vigesimoctavo: Que, atendido todo lo expuesto en esta sentencia, este Tribunal no divisa las infracciones a la Constitución Política aducidas en el requerimiento de inaplicabilidad deducido en autos, por lo que éste deberá ser rechazado, y así se declarará.

Y VISTO:

Lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19, N°s 2°, 20° y 21°, 63, N°s 2° y 14°, 64, 65, 93, N° 6° e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República; 7° de la Ley N° 18.196; 1°, 2°, 3°, 7°, letra ñ), y 10 de la Ley N° 18.755; 26 del Decreto Ley N° 3.557 y 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 294, de 1960, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a la sentencia teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:

1. Que los cobros que efectúa el SAG por las inspecciones y certificaciones fitosanitarias también han sido calificados como tarifas por la Corte Suprema. Así, se ha sentenciado que “si bien es efec-

tivo que el artículo 6º de la Ley Nº 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, instituye que ‘en el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición en contrario’, la facultad legal que tiene el Servicio Agrícola y Ganadero para cobrar las tarifas y derechos que fija el decreto supremo antes citado, a la que se ha aludido en las motivaciones precedentes, es precisamente una excepción a ese principio de gratuidad” (Corte Suprema, 26 de julio de 2007, Rol Nº 2951-2007);

2. Que en una materia de carácter similar, referida a cobros por concepto de revisiones del Departamento de Cooperativas, la misma Corte señala que “en la especie se trata de una tarifa que no reviste el carácter de tributo, puesto que el artículo 111 de la Ley General de Cooperativas dispone que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fijará, mediante Decreto Supremo, los aranceles que las entidades de revisión podrán cobrar a las Cooperativas por los informes que deban emitir y las actuaciones que éstas realicen en cumplimiento de sus funciones y los valores que el Departamento podrá cobrar a los interesados por sus propias actuaciones. Como puede apreciarse, se trata en el fondo de aranceles que se permite cobrar por sus actuaciones al Departamento de Cooperativas, que no constituyen un gravamen de tipo general, sino que como se dijo una tarifa que posee una contraprestación”. Agregando luego que, en efecto, “en cuanto a la contraprestación que conlleva la fijación del arancel, ésta aparece clara en el artículo 1º Nº 1 del tantas veces citado Decreto Supremo Nº 233, al establecer que las Cooperativas deberán enterar anualmente una cuota calculada sobre la base del activo del año inmediatamente anterior, precisando que ello lo es por las actuaciones de supervisión y fiscalización de las Cooperativas de Importancia Económica, las que comprenderán la revisión extra situs en forma periódica, y/o in situs, conforme al programa de inspecciones en terreno que elabore cada dos años el Departamento de Cooperativas. Es decir, los aranceles fijados por la norma impugnada, corresponden a actuaciones específicas y concretas del Departamento de Cooperativas y, por lo demás, los fondos contenidos en las tarifas que cobra este Departamento están considerados en la Ley de Presupuesto de la Nación, según el detalle que proporciona el referido Departamento al evacuar su informe”. Concluyendo, por tanto, que no existe ilegalidad “por no ser un tributo los cobros reclamados” (Corte Suprema, 22 de diciembre de 2006, Rol Nº 392-2005);

3. Que en tal sentido la doctrina especializada también ha diferenciado los tributos de las tarifas. Así, el catedrático español Gaspar Ariño expresa que la tarifa “es el precio o contraprestación que los diferentes usuarios pagan por el servicio que reciben. No es una tasa ni un impuesto, sino un precio, aunque éste sea un precio público, administrativamente fijado. Por ello, uno de los principios tradicionales de tarificación es el siguiente: las tarifas de un servicio público deben corresponder a los costos reales del mismo, lo que significa que el conjunto de los ingresos procedentes del mismo debe cubrir el conjunto de costes razonables que sean necesarios para producirlo” (“Principios de Derecho Público Económico”, 2003, p. 566). En Chile, por su lado, Mauricio Viñuela define a la tarifa como esencialmente “un precio por la prestación de un servicio público, que, si bien es administrativamente fijado, no por ello deja de ser un precio y, como tal, debe reflejar el costo del servicio o actividad que el mismo remunera”. (“Derechos y Tarifas que cobra la Administración por sus Actuaciones y Principio de Gratuidad”, Revista de Derecho Administrativo Económico 16, 2006, p. 106).

Profundizando en este último aspecto, afirma el mismo autor que, “supuesta dicha autorización para cobrar la tarifa, obviamente ello no puede legitimar la pretensión administrativa de cobrar cualquier tarifa, sino únicamente aquella que cubra el incremento efectivo de los gastos que para el organismo público ocasiona la realización de esa actividad en el beneficio directo de uno o más particulares. Suponer que dicha tarifa podría generar un excedente para las arcas del organismo administrativo significaría no sólo atentar contra el principio de gratuidad antes reseñado, sino, de

facto, imponer forzosamente el pago de una suma de dinero, que, desprovista de su necesaria vinculación con el costo efectivo del servicio, resultaría sin más en un mero tributo” (Ibíd., p. 108);

4. Que de producirse eventualmente lo anterior, ello constituye una situación que corresponderá analizar de manera casuística al ente contralor o, en su caso, al juez de la instancia. Como ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos, “la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 546/2006). Lo expresado, entonces, deja de manifiesto que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. En suma, como se ha sentenciado, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre el precepto legal que se cuestiona y la Carta Fundamental, lo que en algunas situaciones puede brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto (Rol N° 810/2007). Sin embargo, de la lectura del requerimiento de autos y de sus fundamentos esenciales se desprende que los reproches de constitucionalidad van más bien dirigidos a los preceptos legales en abstracto y no al caso concreto, todo lo cual configura esta presentación como un recurso de inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad, lo que obliga a desechar el requerimiento, y

5. Que, finalmente, lo señalado en los considerandos vigesimosegundo y siguientes del voto de mayoría se confirma por la Contraloría General de la República, que ha sostenido: “es preciso tener en cuenta que el sentido de la fijación de las referidas tarifas y derechos, es, como se ha dicho, la determinación de un monto que sea representativo del resarcimiento de los gastos y costos que implica para el Servicio Agrícola y Ganadero la prestación de las labores de inspección y certificación que efectúa a petición de terceros, por lo que en la estructuración y definición de la cuantía de esos aranceles, el Ministerio tiene como natural limitante el que ellos deban considerar los gastos y costos que se generen con motivo del efectivo cumplimiento de las mencionadas funciones, no pudiendo, por tanto, introducirse, para ese efecto, elementos o costos ajenos o que no digan relación con el desarrollo de tales actuaciones. De ello se sigue, como necesaria conclusión, que la fijación de las tarifas y derechos en comento no puede ser sino el fruto de un proceso razonado, fundado en el imperativo de cubrir los costos y gastos que implica para el Servicio Agrícola y Ganadero la eficiente realización de las actuaciones de inspección, análisis, certificaciones y las demás a que se refiere la preceptiva legal en estudio”. (Dictamen 40.235, de 28.08.2006). En el mismo sentido, el ente contralor ha precisado que “el sentido de la fijación de las mencionadas tarifas y derechos es establecer un monto que sea representativo del resarcimiento de los gastos y costos que implican para el Servicio Agrícola y Ganadero la prestación de las labores de inspección y certificación que efectúa a requerimiento de terceros, por lo que en la estructuración y definición de la cuantía de esos aranceles la autoridad tiene, como natural limitante, la circunstancia que ellos deban considerar los gastos y costos que se generen con motivo del efectivo cumplimiento de las mencionadas funciones, no pudiendo, por tanto, introducirse, para ese efecto, elementos o costos ajenos o que no digan relación con el desarrollo de tales actuaciones” (Dictamen 18.390, de 25.04.2007). En este orden de ideas, se concluye en otro dictamen que “la fijación de las tarifas y derechos en comento no puede ser sino el fruto de un proceso razonado, fundado en el imperativo de cubrir los costos y gastos que implica para el Servicio Agrícola y Ganadero la eficiente realización de las actuaciones de inspección, análisis, certificaciones y las demás a que se refiere la preceptiva legal” (Dictamen 10.258, de 03.03.2006).

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1405-2009-INA.

Se certifica que los Ministros señores Juan Colombo Campbell y Enrique Navarro Beltrán concurrieron al acuerdo, pero no firman, por haber cesado en el cargo, el primero, y por encontrarse en comisión de servicios en el exterior, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olgúin.

MATERIA

REQUISITOS DE NORMA LEGAL QUE RESTRINGE DERECHOS FUNDAMENTALES

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)

Rol: 325

Fecha: 26.06.2001

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Osvaldo Faúndez Vallejos, Eugenio Valenzuela Somarriva, Luz Bulnes Aldunate, Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell, Hernán Álvarez García y Juan Agustín Figueroa Yávar.

Ministro redactor: Eugenio Valenzuela Somarriva, Luz Bulnes Aldunate y Juan Agustín Figueroa Yávar.

Requirentes: Senadores Evelyn Matthei Fonet, Marcos Aburto Ochoa, Enrique Zurita Camps, Sergio Romero Pizarro, Carlos Bombal Otaegui, Julio Canessa Robert, Carlos Cantero Ojeda, Marco Cariola Barroilhet, Fernando Cordero Rusque, Andrés Chadwick Piñera, Sergio Fernández Fernández, Julio Lagos Cosgrove, Hernán Larraín Fernández, Jorge Martínez Busch, Jovino Novoa Vásquez, Francisco Prat Alemparte, Mario Ríos Santander, Rodolfo Stange Oelckers, Beltrán Urenda Zegers y Ramón Vega Hidalgo.

DESCRIPTORES

Juicios de Mérito, Reserva Legal – Potestad Reglamentaria – de Ejecución, Ley de Bases – Determinación y Especificidad – Derecho de Propiedad – Libertad de Circulación – Restricción Vehicular – Contaminación Ambiental – Derecho a la Vida – Integridad Física y Psíquica.

PRINCIPIO JURÍDICO

Es inconstitucional un decreto que restringe derechos fundamentales si la norma legal que ejecuta no cumple con los requisitos de determinación y especificidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 1º, 19 N° 2, 7, 8, 22 y 24 y 60 N° 20 CPR; Arts. 113 y 118 Ley N° 18.290 del Tránsito; Art. 45 Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Decreto Supremo 20/2001 Ministerio Secretaría General de la Presidencia que estableció restricciones de circulación a los vehículos catalíticos en determinadas condiciones ambientales.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede restringirse derechos mediante un decreto si las normas legales en que éste se funda no cumplen con los requisitos de determinación y especificidad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El D.S. N° 211/1992 del Ministerio de Transporte que regulaba el uso de vehículos y los niveles máximos de emisión de contaminantes permitido a estos, establecía que los vehículos con sello verde estaban exentos de las prohibiciones de circular en caso de restricción vehicular por razones de contaminación atmosférica. El D.S. impugnado modificó dicho decreto señalando que los vehículos con sello verde estarían sujetos a restricción por causa de contaminación atmosférica en periodo de emergencia y pre-emergencia ambiental.

ALEGACIONES

El decreto infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido en el artículo 19 N° 2 y 22 al disponer medidas extremadamente gravosas para las personas, que no son idóneas para alcanzar la finalidad de descontaminación que se persigue. El decreto impone restricciones a la libertad ambulatoria y al derecho de propiedad sin cumplir con los requisitos que establece la Constitución para ello, en particular la reserva de ley.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Por una parte la impugnación se hace residir en que la norma en cuestión no sería adecuada para los fines que se propone, con lo cual caería en arbitrariedad y en irracionalidad técnica. Se afirma que se estaría recurriendo “a un medio altamente gravoso para las personas, con exiguos o nulos resultados reales de descontaminación”. 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 (C. 37).

Estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia del Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado, los juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente un requerimiento enderezado a que el 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 (C. 38).

Luego sostienen los requirentes que en la medida que las restricciones para el uso de los vehículos únicamente tienen su antecedente en el decreto supremo que atacan, se produciría la invasión a las reservas legales específicas del derecho de propiedad y libertad y, consecuentemente, el quebrantamiento de ambas garantías constitucionales (C. 39).

Las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que

se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal (C. 40).

Ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución. En la situación en análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado –la Ley de Bases del Medio Ambiente y Ley del Tránsito–, convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20 del artículo 60 de la CPR (C. 41).

Conforme lo señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.300, en las zonas sujetas a planes de prevención o descontaminación, las actividades contaminantes quedan obligadas a reducir sus emisiones, a niveles compatibles con el respectivo plan. De esta suerte, ponderando la indispensable flexibilidad con que debe contar el Administrador para hacer frente a situaciones ambientales constantemente cambiantes, que hay que analizar en una perspectiva esencialmente dinámica, y que miran a la preservación de la salud y, a la postre, a la conservación de la vida humana, debe concluirse que en función de estos muy particulares factores y aplicando criterios hermenéuticos finalistas, las normas de la Ley N° 19.300, miradas en su conjunto, si bien no cumplen a cabalidad con el principio de “reserva legal”, resultan aceptables en este caso (C. 43).

Además se invocan como antecedentes del decreto los artículos 113 y 118 de la Ley del Tránsito. Ambas normas permiten restringir excepcionalmente la circulación vehicular por ciertas y determinadas vías públicas, siempre que hubiese “causa justificada”. Si bien es cierto que estas normas cumplen con el requisito de “especificidad”, en cuanto señalan la medida restrictiva que el reglamento puede adoptar, no ocurre lo mismo con el requisito de “determinación”, toda vez que explícitamente no se señala el derecho, constitucionalmente protegido, que pueda ser afectado (C. 44 y 45).

Si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la CPR exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el presente caso, el Tribunal ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y

en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8 del artículo 19 de la CPR y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestra CPR, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra CPR, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución (C. 46).

A fin de cumplir debidamente con el mandato constitucional sobre limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales que nuestra CPR establece en su artículo 19, el Tribunal insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley N° 19.300, por sentencia de 28 de febrero de 1994, Rol 185, y cuyo texto original estaba en el artículo 34 del proyecto contenido en el Mensaje enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional en septiembre de 1992. Lo anterior resulta enteramente pertinente, porque si el legislador hubiere estimado que las normas invocadas en esta sentencia para justificar la restricción vehicular eran completamente suficientes, no habría incluido en el proyecto de la Ley N° 19.300, el referido artículo 49, que regulaba precisamente esta materia, pues como lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal, no es dable aceptar en la interpretación de la Constitución ni de la ley que sus autores incorporen en sus textos normas superfluas, reiterativas o innecesarias que lejos de contribuir a la clarificación de sus prescripciones, confundan y tornen oscuro o difícil de comprender lo que para el legislador es claro y preciso (C. 47).

CONCLUSIÓN

Por regla general será inconstitucional un decreto que restringe derechos fundamentales si la norma legal que ejecuta no cumple con los requisitos de determinación y especificidad. De manera excepcional un decreto en este supuesto no será declarado inconstitucional si a través de éste el Estado cumple con su deber de proteger derechos considerados primordiales por la Constitución.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es de relevancia por múltiples motivos.

En primer lugar, porque el Tribunal debía pronunciarse sobre la posibilidad de afectar ciertos derechos para proteger el medio ambiente. Con anterioridad el TC en la sentencia sobre el control obligatorio de la Ley de Bases del Medio Ambiente (Rol 185) había sostenido que la afectación de derechos fundamentales en materia ambiental por vía administrativa, sólo se podía hacer en estados de excepción constitucional. Sin embargo, la tesis del TC en el caso de catalíticos será que esa restricción

es legítima si la ley que la faculta establece de un modo preciso y determinado el derecho a afectar y la medida a aplicar.

Este criterio, es diametralmente opuesto al sostenido históricamente por la Corte Suprema, para quien la restricción vehicular impuesta en ejercicio de la potestad conferida por la Ley del Tránsito era completamente legítima dada la cobertura que la medida obtenía por el artículo 19 N° 8 de la CPR y que justificaba su fin.

En segundo lugar, a partir de este caso el TC estableció un estándar para que la Administración pueda limitar y restringir derechos fundamentales. Ese estándar estará asociado a que la ley que faculta tal intervención, cumpla con los requisitos de determinación y especificidad. Este criterio lo repetirá en casos posteriores, como son los Roles 370, 388, 1710 y 1849.

Finalmente, el TC realiza una ponderación atendido los efectos que implicaría su declaración. En efecto, en este caso el TC considerando que la medida de restricción vehicular no tiene cobertura suficiente en la Ley del Tránsito, decide no declarar la inconstitucionalidad del Decreto por los “efectos que generaría”. Este criterio de ponderación sobre las consecuencias de sus decisiones el TC lo volverá a utilizar en el caso de CONAF y su estatuto jurídico (Rol 1024).

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiséis de junio de dos mil uno.

VISTOS:

Veinte Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, recurren a este Tribunal para que se declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, publicado en el Diario Oficial en su edición del 12 de abril de 2001, invocando como fuente de su legitimación activa el N° 5° del artículo 82 de la Constitución Política. Se dice de inconstitucionalidad de la norma reglamentaria tanto en su totalidad como, en todo caso, de las disposiciones específicas que se señalan en el libelo.

Los fundamentos de la impugnación se desarrollan en dos capítulos que respectivamente intitulan “Inconstitucionalidades Mixtas de Forma y de Fondo” e “Inconstitucionalidades Exclusivas de Fondo”. En el primero de ellos se hace residir la censura en que el citado decreto supremo habría vulnerado las garantías de la libertad ambulatoria y del derecho de propiedad, toda vez que a éstas les habría impuesto restricciones que sólo era posible efectuar por ley, invadiendo de esta manera el principio de reserva legal, en relación con dichas dos garantías.

En el segundo capítulo se impugna la constitucionalidad del decreto supremo sosteniendo que la norma no es idónea para los fines que se propone, con lo cual cae en la arbitrariedad y en la irracionalidad técnica, vulnerando consecuentemente el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad que consagran el inciso primero del artículo 1°, los N°s 2° y 22° del artículo 19 y las garantías constitucionales del derecho de trasladarse y del derecho de propiedad.

Se pidió informe al Presidente de la República y al Contralor General de la República, los que fueron evacuados y rolan a fojas 89 y fojas 76, respectivamente. A fojas 362 compareció el abogado de los requirentes haciendo presente distintas consideraciones en torno a lo informado por el Vicepresidente de la República y acompañando diferentes documentos.

CONSIDERANDO:

I.- Competencia del Tribunal Constitucional, en relación al artículo 82, números 5º y 12º, de la Constitución.

1º. Que, el Contralor General de la República en su Informe agregado a los autos ha sostenido que los Senadores requirientes carecen, en parte, de legitimación activa para actuar, porque en su libelo se sostiene que el D.S. N° 20 es inconstitucional, por versar sobre materias propias de ley, y tal causal de inconstitucionalidad está contenida en el artículo 82, N° 12º, de la Constitución, reclamo del cual, de conformidad con el inciso final del mismo precepto, el Tribunal sólo puede conocer a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, requisito que no se ha cumplido. Es por lo anterior que la Entidad Fiscalizadora ha entendido, equivocadamente, “que la declaración de admisibilidad del presente requerimiento, no ha podido referirse sino a las alegaciones relativas a que el decreto N° 20 infringiría las garantías constitucionales que se señalan, razón por la cual no estima del caso hacerse cargo de las alegaciones acerca de la supuesta infracción al principio de reserva legal, por el decreto cuestionado”. Este Tribunal no divisa razón plausible para que la Contraloría haya entendido que la declaración de admisibilidad pura y simple, sin restricciones –ni reservas–, pueda entenderse como que ella sólo se refiere a parte del requerimiento y no a su totalidad, como efectivamente ha sucedido y como así también lo entendió, por lo demás, el Presidente de la República al no formular reparo alguno a este respecto. No obstante lo anterior, las alegaciones del Contralor hacen necesario que esta Magistratura desarrolle las razones que tuvo en vista para admitir a tramitación el requerimiento de autos en su integridad;

2º. Que, para señalar con la mayor precisión el problema propuesto, es necesario dejar establecido como hecho de la causa que el D.S. N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001, es un decreto dictado en virtud de la potestad de ejecución del Presidente de la República, esto es, un acto del Jefe del Estado expedido para la ejecución de las leyes, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 32, N° 8º, de la Carta Fundamental. Así lo demuestra, por lo demás, fehacientemente, su contenido y la circunstancia que en sus antecedentes se invoquen numerosas leyes tales como la N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1968, que contiene el Código Sanitario, las Leyes N°s 18.410, 18.696 y 19.175, entre otras, y que en su considerando 8º se establezca que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 19.300, corresponde dictar el referido decreto;

3º. Que, en esencia, el problema que se ha suscitado consiste en precisar si los Senadores requirientes son legitimados activos para deducir el requerimiento interpuesto en contra del D.S. N° 20 ya mencionado, en los términos propuestos. En otras palabras, y con mayor precisión jurídica, la cuestión suscitada consiste en resolver si un requerimiento que impugna un decreto emitido en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, por versar sobre materias propias de ley, se encuentra comprendido dentro de la atribución contemplada en el artículo 82, N° 5º, de la Carta Política, dentro de la expresión “decretos inconstitucionales” que ésta emplea, o cae bajo el ámbito de la facultad consagrada en el N° 12º del mismo artículo que se refiere a los decretos que versen sobre “... materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”;

4º. Que, la doctrina que al efecto se siga es de enorme trascendencia jurídica, ya que son distintos los legitimados para recurrir al Tribunal Constitucional en uno y otro caso. En efecto, si se concluye que un requerimiento como el deducido en estos autos puede intentarse de acuerdo con el artículo 82, N° 5º, tal requerimiento, o para emplear los términos de la Constitución, la cuestión “podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio”. En cambio, si mediante una interpretación restrictiva de las normas en juego, se decide

que el requerimiento se encuadra dentro de la situación prevista en el número 12º, este Tribunal sólo podría conocer de la materia, siempre que el reclamo respectivo lo deduzca el Senado o la Cámara de Diputados; o sea, en este segundo caso, no se le permitiría accionar a la cuarta parte de los miembros en ejercicio de las respectivas Corporaciones;

5º. Que, sin embargo, como podrá apreciarse, la resolución de este asunto no se circunscribe sólo a un simple problema de legitimación procesal, sino que es de vastas proyecciones en el ordenamiento constitucional, porque la tesis que se sustente importará un pronunciamiento sobre las facultades de las minorías parlamentarias para ejercer acciones tendientes a controlar que los actos del Poder Ejecutivo se ajusten a la Constitución y el verdadero alcance de su participación en nuestro sistema democrático que consagra el artículo 4º de nuestra Carta Fundamental.

Al propio tiempo, la decisión también se extiende sobre uno de los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho, cual es el ámbito de las atribuciones de este Tribunal para velar por el fiel cumplimiento del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6º del Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad.

El Tribunal Constitucional es uno de los órganos esenciales que debe custodiar aquel principio y frente a la trascendencia de sus funciones no puede ni debe, actuando dentro de su competencia, dejar de ejercer sus atribuciones por las razones que se invocan por la Contraloría, omitiendo, así, un pronunciamiento sobre normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que han sido cuestionadas por veinte Senadores por estimar que adolecen de severos vicios de inconstitucionalidad relacionados con la libertad y otros derechos fundamentales de la persona humana;

6º. Que, a propósito de lo sostenido en el considerando anterior, es importante y muy oportuno tener presente en la debida resolución del problema en examen, una regla de interpretación constitucional compartida por la unanimidad de la doctrina y de las magistraturas constitucionales del mundo actual. La resume con magistral claridad el profesor Segundo Linares Quintana en su Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional en los siguientes términos: “En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquélla debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado.” (ob. cit. Tomo III, p. 654);

7º. Que, precisado el problema suscitado en su justa dimensión, se entrará a analizar las normas constitucionales en juego, a fin de demostrar que este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento y entró a conocer el fondo del asunto planteado en su integridad, con estricta sujeción a la preceptiva constitucional;

8º. Que, el artículo 82, N° 5º, dispone que es atribución del Tribunal Constitucional: “Resolver los reclamos en caso de 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”.

Por su parte, el mismo precepto, en su número 12º, siguiendo con la enumeración de las atribuciones de esta Magistratura, prescribe: “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”;

9°. Que, un primer análisis de esos preceptos de acuerdo a su tenor literal, nos llevaría a resolver entre las siguientes alternativas:

1. que el N° 12° sería un precepto superfluo, estéril o meramente reiterativo, pues resulta evidente que la situación a que él se refiere estaría ya contemplada en el N° 5° del mismo artículo, desde el momento que es indiscutible que un decreto del Presidente de la República que verse sobre materias propias de ley es inconstitucional, por infringir derechamente los artículos 60, 32, N° 8°, y 6° y 7° de la Carta Fundamental. Sin duda esta inconstitucionalidad es la más flagrante y grave de aquellas en que puede incurrir el Jefe del Estado, porque desconociendo el principio de separación de poderes entra a invadir el campo propio y reservado al Poder Legislativo; y

2. que el artículo 82, N° 5°, al referirse a los decretos inconstitucionales constituiría la regla general y que el número 12° del mismo precepto la excepción o la regla especial que comprendería sólo a determinados decretos inconstitucionales, esto es, a aquellos que traten materias propias de ley, cualquiera sea la potestad reglamentaria en virtud de la cual hubiesen sido dictados;

10°. Que, ambas opciones que nos ofrece esta interpretación literal del artículo 82, numerales 5° y 12°, resultan definitivamente inaceptables dentro del espíritu de la Constitución y de fundamentales principios de hermenéutica constitucional, uno de los cuales ya fue expresado en el considerando sexto de esta sentencia, por las siguientes razones:

La primera, porque no es dable suponer que la Carta Política incluya en su texto normas superfluas o reiterativas que lejos de regular en forma clara la convivencia política y pacífica de un pueblo en sociedad, confunda o dé cabida a interpretaciones que permiten vulnerar la esencia de los principios y valores en que ella descansa, o hacer ambiguo o confuso lo que para el Constituyente es claro e inequívoco. La segunda, porque los preceptos en estudio, en los términos en que han sido concebidos por la Contraloría, carecen de “ratio legis” dentro del contexto del artículo 82, ya que ello importa privar a las minorías parlamentarias, sin justificación razonable, de ejercer un recurso que la Constitución ha previsto para resguardar el principio de supremacía constitucional que deben respetar los actos de la Administración. Avala con claridad meridiana esta primera conclusión una regla de interpretación constitucional a la que a menudo ha recurrido este Tribunal, como dan cuenta, entre otras, las sentencias de 24 de septiembre de 1985, Rol N° 33, –considerando 19–; de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43, –considerando 5°–, y de 6 de octubre de 1998, Rol N° 279, –considerando 3°–. En dichas sentencias se expresó que la Constitución es un todo orgánico y que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a alguno de sus preceptos. La razón de ser de esta regla, en el ámbito constitucional, es muy simple: es inadmisibles aceptar que la Constitución contenga normas sin sentido, sin aplicación práctica, reiterativas o sin una justificación razonable dentro del sistema diseñado por el Constituyente;

11°. Que, la Justicia Constitucional no puede resignarse frente a interpretaciones fáciles que conduzcan a estos resultados y es su deber esforzarse en buscar aquella otra que efectivamente demuestre que los numerales del artículo 82 que se examinan, tienen su razón de ser dentro de la preceptiva constitucional, sin forzar o contradecir los principios y valores que le sirven de sustento. Seguir este camino concuerda, además, con la sabiduría que debemos atribuir al Poder Constituyente, sea originario o derivado, en beneficio de la certeza jurídica;

12°. Que, es una norma de lógica interpretación constitucional muy aconsejable de seguir en situaciones como la que enfrentamos, aquella que nos previene que en los casos en que las palabras o las expresiones de un precepto puedan tener un significado o un alcance distinto, siempre debe preferirse aquel que mejor se aviene con la finalidad perseguida por la norma, obtenida del con-

texto de la Constitución o de los antecedentes que se tuvieron en vista para establecerla, cuidando siempre que ella armonice con principios tan fundamentales como los contenidos en los artículos 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental que, como lo expresara este Tribunal en sentencia de 5 de abril de 1988, Rol N° 53, son preceptos normativos que reflejan la filosofía que inspira nuestra Constitución;

13º. Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, “pues a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una súper ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de derecho” (Lucas Verdú, Pablo, *La Interpretación Constitucional*, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, p. 143). No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil;

14º. Que, de lo expuesto en los razonamientos precedentes, fuerza es concluir que para una acertada interpretación de los numerales 5º y 12 del artículo 82 de la Carta Política es necesario e indispensable indagar sobre el origen de estas normas o sus evidencias extrínsecas, único camino certero para conseguir tal propósito, porque ello nos permitirá saber con certeza jurídica cuál es la finalidad de los preceptos en análisis;

15º. Que, para cumplir tal cometido es necesario precisar con la máxima estrictez el origen y los antecedentes de los artículos 60, N° 20), y 82 N° 12º, que no los contenía ni el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, conocido normalmente como proyecto de la Comisión Ortúzar, ni tampoco el texto aprobado por el Consejo de Estado. Ambos preceptos fueron incorporados por la Junta de Gobierno;

16º. Que, para comprender debidamente a qué obedecen estos nuevos preceptos establecidos por el Poder Constituyente es necesario recordar, muy sucintamente, la disparidad de criterios que se produjo entre la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado, sobre el sistema a seguir respecto a las materias que debían ser objeto de ley y acerca del alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En los considerandos siguientes no se pretende dar una explicación completa y exhaustiva sobre los distintos pareceres entre la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado, por lo demás vastamente desarrollada en numerosos fallos de este Tribunal, sino referirse en forma precisa sólo a aquellos puntos que resultan atinentes con el problema en estudio;

17º. Que, en el Informe sobre Proposiciones e Ideas Precisas con que la Comisión Ortúzar despachó su anteproyecto, se expresa que él contiene “una modificación sustancial en lo que dice relación con el ámbito legislativo, esto es, con las materias que deben ser necesariamente objeto de ley, sustituyendo el sistema del dominio legal mínimo que establecía la Carta de 1925, por el del dominio legal máximo, cambio al cual atribuimos una trascendental importancia jurídica y práctica.

“Expresado en otros términos –se agrega–, la Constitución anterior se limitaba a señalar las materias que necesariamente debían ser objeto de ley, pero no impedía que el legislador pudiera extender la acción legislativa a otras, aun cuando, muchas veces, por su naturaleza debieran ser

objeto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”. Y más adelante, explicando los efectos que ello tendrían en el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, señaló que se consagrarían “dos clases de reglamentos: los autónomos que regularán todas aquellas materias que no sean necesariamente objeto de ley, y los de ejecución, encargados de desarrollar las disposiciones de una ley, todo ello sin perjuicio de la facultad de dictar los decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”.

Consecuente con lo anterior el referido Anteproyecto estableció en su artículo 66 que sólo son materias de ley aquellas que se incorporaban en un repertorio de quince asuntos contenidos en las letras a) a ñ). Por su parte, en su artículo 37, N° 8°, señaló como atribución especial del Presidente de la República: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén taxativamente enumeradas como propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Nace aquí en este anteproyecto uno de los elementos claves para dilucidar debidamente el problema en estudio. La existencia de dos potestades reglamentarias, la autónoma y la de ejecución, sobre las cuales ya volveremos más adelante;

18°. Que, el Consejo de Estado discrepó del sistema propuesto por la Comisión Ortúzar y fundando su parecer expresó en el Informe de su respectivo anteproyecto: “El Consejo, por unanimidad, estimó que el reemplazo de la expresión usada por la Constitución de 1925: “sólo en virtud de una ley se puede”, por la usada en el texto de la Comisión: “sólo son materias de ley”, era inconveniente y peligroso. Inconveniente, porque no se divisa motivo para modificar fórmulas que jamás ocasionaron problemas ni se prestaron a equívocos; peligroso por ser una enumeración –pese a su amplitud– inevitablemente restringida y restrictiva, corriéndose el riesgo de que materias muy importantes y graves pudieran resolverse u ordenarse por simple decreto u otro tipo de resoluciones aún de inferior nivel. Esto justifica que se mantuviera el régimen de 1925”.

Por las razones expuestas modificó el proyecto de la Comisión Ortúzar y en su artículo 60 (66 de la Comisión señalada) estableció “Sólo en virtud de una ley se puede:”, agregando una enumeración de dieciséis materias. A su turno estableció un nuevo artículo 32 (37 de la Comisión Ortúzar) y en su numeral 8° dispuso: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”;

19°. Que, sin embargo, y es necesario destacarlo, las proposiciones de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado coincidieron plenamente en tres aspectos de capital importancia en relación con el tema en estudio: a) el primero es que ninguna de las dos establecía como materia propia de ley “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (actual N° 20 del artículo 60 de la Constitución); b) el segundo es que ambas sugerían idéntico texto para el actual artículo 82, N° 5°, de la Carta Política, al proponer “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5°. Resolver los reclamos en caso de 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” (artículo 88 de la Comisión Ortúzar y 82, N° 5°, del Consejo del Estado); y, c) el tercero es que ninguna de las dos proposiciones incluía como atribución de este Tribunal, la norma contenida en el artículo 82, N° 12, del actual texto constitucional sometida a examen.

La existencia de esta triple concordancia, no obstante que ambas proposiciones eran diametralmente opuestas en su contenido esencial, no es una mera coincidencia desprovista de todo sentido. En las consideraciones siguientes veremos cómo ella tiene un lógico asidero y constituye la primera premisa para determinar el verdadero sentido y alcance de los numerales 5° y 12° del artículo 82 de la Carta Política;

20°. Que, así las cosas, el Poder Constituyente se vio enfrentado ante dos proposiciones fundamentalmente diversas en esta materia, precisadas en los considerandos 17° y 18° de esta sentencia;

21°. Que, la Junta de Gobierno no siguió íntegramente ninguno de los sistemas propuestos, uno por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política y otro por el Consejo de Estado, pero en cuanto a la materia que se analiza en esta causa y en lo que a ella es atinente, se inclinó por la proposición de la señalada Comisión; pero introduciéndole tres cambios sustanciales, de donde surge con claridad meridiana el verdadero ámbito de aplicación de los numerales 5° y 12° del artículo 82 de la Constitución;

22°. Que, en efecto, las tres enmiendas insertadas por el Poder Constituyente fueron:

1. Mantener el sistema de efectuar una enumeración de los asuntos que “Sólo son materias de ley”; pero agregando uno nuevo que es el contenido en el número 20 del actual artículo 60 de la Carta Fundamental que dice: “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”;

2. Modificar la redacción relativa a la potestad reglamentaria del Jefe del Estado dejándola en los términos que expresa el actual artículo 32, N° 8°, de la Constitución que dice: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”; y

3. Otorgar una nueva atribución al Tribunal Constitucional, que no estaba contenida en ninguno de los dos proyectos propuestos, y que es la del número 12° del artículo 82 de la Carta Política que prescribe: “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”, disponiendo, además, que en este caso solamente podían requerir el Senado o la Cámara de Diputados;

23°. Que, si reflexionamos con profundidad sobre las modificaciones introducidas por el Poder Constituyente a estas normas, las relacionamos dándole su prístino significado en una interpretación de contexto y armónica y traemos a colación los principios de hermenéutica constitucional consignados en los considerandos sexto, décimo, décimosegundo, y décimotercero de esta sentencia, fuerza es concluir que el artículo 82, N° 12°, de la Constitución únicamente se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma y, en cambio, aquellos fundados en la potestad reglamentaria de ejecución del Jefe del Estado están comprendidos en el numeral 5° del mismo artículo, cuando ellos vulneran la Constitución cualquiera que sea su causa o motivo, por las razones que se expresan en los considerandos siguientes;

24°. Que, como puede apreciarse de la lectura del artículo 60, N° 20), de la Carta Fundamental, este precepto está redactado en términos excesivamente amplios e indeterminados sin señalar directamente el contenido de aquello que debe ser materia de ley. La disposición más bien precisa tres características formales, a saber: a) que sea “general”, b) que sea “obligatoria”; y, c) que “estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, sin establecer cuáles son las materias de ese ordenamiento jurídico que comprende o a las cuáles se extiende. Como es fácil comprender, dado los términos amplios en que está concebida esta norma, a quienes corresponda aplicarla o interpretarla deberán actuar con extrema acuciosidad y como dice Lucas Verdú “con exquisito rigor”, ya que la exigencia de la certeza jurídica, principio fundamental de Derecho, así lo requiere;

25°. Que, por su parte, el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8°, de la Carta Fundamental, dos clases de potestad reglamentaria: a) la “autónoma” que es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre

materias que no sean propias del dominio legal, y b) “la de ejecución” destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política;

26°. Que, consciente el Poder Constituyente que dada la amplitud con que establecía en el número 20 del artículo 60 esta nueva materia de “reserva legal” y que había incorporado a la Carta la “potestad reglamentaria autónoma” que versaría sobre materias que no fueran de dominio legal, previó que podrían surgir conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, ya que se podría generar una zona o campo de materias en las que ambos Poderes del Estado se atribuyeran competencia para actuar;

27°. Que, precisamente, para atenuar esos efectos e impedir que una cuarta parte de los parlamentarios de una rama del Congreso, entorpecieran injustificadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma por la vía de cuestionar su constitucionalidad mediante permanentes requerimientos al Tribunal Constitucional invocando el artículo 82, N° 5°, de la Carta Fundamental, el Poder Constituyente, con la sabiduría que le es propia, confirió una nueva atribución a esta Magistratura, distinta y ajena de la señalada en el N° 5°, y estableció en el número 12°, que esta clase de conflictos se resolviera por este Tribunal; pero para asegurarse de que su empleo fuera más razonable, dispuso que esta atribución sólo podría ejercerla a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, apartándose completamente del criterio que había seguido en otras atribuciones respecto de las cuales, también, se permite requerir por la cuarta parte de sus miembros e incluso en un caso por sólo diez parlamentarios en ejercicio (N°s 2°, 3°, 5°, 9° y 11° del artículo 82);

28°. Que, ante esta evidente realidad es inaceptable sostener que la atribución conferida en el N° 12° del artículo 82 es especial o excepcional respecto de la contenida en el numeral 5°. Esto no es jurídicamente efectivo, porque ellas regulan dos situaciones o institutos enteramente distintos que obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades. La primera, la del N° 12°, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma que versen sobre materias que pudieren estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del N° 5°, en lo pertinente, rige para los decretos emanados del Jefe del Estado, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, que adolezcan de un vicio de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Es por ello que quienes pueden requerir en estos dos casos diversos sean titulares constitucionales distintos.

Siguiendo este criterio, las normas en estudio tienen la “ratio legis”, ausente en la interpretación contraria, como se explicó en el considerando décimo de esta sentencia;

29°. Que, resta señalar que el sistema interpretativo empleado se funda en antecedentes históricos fidedignos del establecimiento de las normas en estudio y en hechos reales y objetivos que fueron sucediéndose en el tiempo durante la gestación de la Constitución y que culminaron con su texto actual, después de las reformas que se le han introducido desde su entrada en vigencia y no en apreciaciones subjetivas no razonables;

30°. Que, el camino seguido ha sido más difícil, arduo y exigente que optar por interpretar las normas en juego, conforme al sistema literalista; pero valía la pena recorrerlo, pues nos ha proporcionado una fundamentación sólida para concluir de manera irredargüible que el artículo 82, N° 12°, de nuestra Constitución únicamente se refiere a los decretos del Presidente de la República dictados en ejercicio de su “potestad reglamentaria autónoma” cuando versen sobre materias propias de ley y como ocurre que el decreto cuestionado número 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22 de enero de 2001, es un decreto expedido por el Jefe del Estado en virtud de su “potestad reglamentaria de ejecución”, veinte Senadores están plenamente legitimados para deducir el presente reclamo, debiendo resolverse el fondo de la inconstitucionalidad que se solicita, sin exclusión alguna, como lo pretende la Contraloría General de la República;

Los razonamientos precedentes nos llevan a la conclusión que la interpretación contraria cercena de manera importante las atribuciones de esta Magistratura para velar por la supremacía constitucional de los actos de la Administración y altera el sistema de contrapesos de poderes en que se funda nuestra democracia, ya que priva a las minorías parlamentarias de ejercer un importante derecho para hacer efectivo el control de constitucionalidad sobre los decretos de ejecución de las leyes;

31°. Que, lo sostenido en esta sentencia no resulta en absoluto extraño o ajeno a esta Magistratura, ya que ella concuerda en su plenitud con lo que ha sido la jurisprudencia constante y uniforme de este Tribunal Constitucional por casi diez años en diversos casos sometidos a su decisión. En efecto, en numerosos requerimientos en que la cuarta parte de Senadores o Diputados en ejercicio han solicitado la inconstitucionalidad de decretos dictados por el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria de ejecución, en que el vicio se hace consistir, en esencia, en que el decreto se refiere a materias que están reservadas a la ley, por mandato del artículo 60 de la Carta Fundamental y el requerimiento se funda en el artículo 82, N° 5°, esto es, en una situación similar a la que se ha planteado en estos autos, este Tribunal ha declarado que el respectivo requerimiento es admisible y ha entrado a conocer del fondo del problema propuesto, acogiendo el reclamo en algunos casos y rechazándolo en otros;

32°. Que, más aún, la contraparte en esos requerimientos, el Presidente de la República, no ha objetado la admisibilidad de estos requerimientos por haber sido deducidos por una cuarta parte de Senadores o Diputados en ejercicio, esto es, por falta de legitimación activa. Es más, en los primeros requerimientos el Jefe del Estado planteó la inadmisibilidad, por otra razón distinta, porque estimaba que la causal del N° 5°, del artículo 82 de la Constitución sólo procedía por razones formales y no de fondo. Después de reiterados fallos del Tribunal que rechazaron tal argumentación defendiendo su competencia, siendo el primero de ellos el de 27 de noviembre de 1990, Rol N° 116, el Ejecutivo no volvió a insistir en sus planteamientos;

33°. Que, a continuación se estima necesario citar, a lo menos, las más destacadas de aquellas sentencias, en las cuales tratándose, en lo esencial, de cuestiones similares a las sometidas a examen y habiendo requerido solamente una cuarta parte de Senadores o Diputados en ejercicio, el Tribunal acogió a tramitación el requerimiento y resolvió el fondo del asunto sometido a su conocimiento;

34°. Que, entre aquellas sentencias a que se refiere el razonamiento anterior, cabe señalar las siguientes: 1) de 21 de abril de 1992, Rol N° 146, sobre inconstitucionalidad del D.S. N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992; 2) de 25 de enero de 1993, Rol N° 153, en que se solicita la inconstitucionalidad del D.S. N° 66, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de 1992; 3) de 6 de abril de 1993, Rol N° 167, relativa a la inconstitucionalidad del D.S. N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992; 4) de 17 de mayo de 1994, Rol N° 183, concerniente a la inconstitucionalidad del D.S. N° 434, del Ministerio de Obras Públicas, de 1993; 5) de 2 de diciembre de 1996, Roles N°s 245 y 246, sobre inconstitucionalidad del D.S. N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 1996. Esta causa tiene dos roles, porque se acumularon dos requerimientos interpuestos por una cuarta parte de Senadores y por una cuarta parte de Diputados que impugnan la validez del señalado decreto supremo; 6) de 15 de abril de 1997, Rol N° 253, relacionada con la inconstitucionalidad del D.S. N° 171, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1996; 7) de 26 de abril de 1997, Rol N° 254, en el cual se solicita se declare la inconstitucionalidad del D.S. N° 1.679, del Ministerio de Hacienda, de 1996 y, en fin, 8) de 28 de enero de 1999, Rol N° 282, en que se pide la inconstitucionalidad del D.S. N° 1.412, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1998;

35°. Que, por último, cabe consignar que sólo en una oportunidad se ha declarado la inadmisibilidad de un requerimiento formulado por una cuarta parte de parlamentarios y no por una de las Cámaras. Se trata de la resolución dictada el 8 de mayo de 1996, en los autos Rol N° 234. Sin embargo, en este caso la situación era distinta, porque los propios requirentes expresaron que fundamentaban su acción en el artículo 82, N° 12°, de la Carta Fundamental;

II.- En cuanto al fondo:

36°. Que, como ha quedado consignado, los Senadores requirentes impugnan la constitucionalidad del decreto en su totalidad, o a lo menos en su artículo 1º, en sus numerandos 5), 7), 9) y 10). Respecto de los reproches específicos recién indicados, el libelo desarrolla latamente la forma cómo, a su juicio, se habrían quebrantado los distintos preceptos constitucionales, ahondando en razones y argumentaciones en abono de la tesis que sustentan. En cambio, en lo que dice con las demás normas del decreto, cuya inconstitucionalidad también se solicita en el petitorio, el requerimiento carece de toda fundamentación, lo que lo hace inidóneo para provocar un pronunciamiento jurisdiccional. De esta manera, el análisis del requerimiento se centrará en las censuras específicas al Decreto Supremo antes aludido;

37°. 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;

38°. 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 por 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 que 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. De esta manera, la cuestión a resolver queda centrada en dilucidar si el decreto supremo impugnado, infringe o no el principio de la reserva legal a que reiteradamente aluden los Senadores requirentes, quebrantando así las garantías constitucionales que se especifican;

39°. Que, sobre el particular es importante tener en vista la alegación del requerimiento en el sentido que los dos derechos que se dicen conculcados, el de propiedad y la libertad ambulatoria, permiten que sólo la ley los limite o regule, como se desprendería del inciso segundo del N° 24º del artículo 19, y de la letra a) del N° 7º del mismo artículo 19, ambos de la Carta Fundamental. Sostienen que en la medida que las restricciones para el uso de los vehículos que ellos indican, únicamente tienen su antecedente en el decreto supremo que atacan, se produciría la invasión a estas reservas legales específicas y, consecuentemente, el quebrantamiento de ambas garantías constitucionales.

40°. Que, en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal;

41°. Que, en este mismo orden de ideas es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución. En la situación en análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado –la Ley de Bases del Medio Ambiente y Ley del Tránsito– convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20) del artículo 60 de la Constitución. Ahora, específicamente respecto de la primera de las indicadas, la historia fidedigna de su establecimiento y muy en particular el Mensaje del Presidente de la República, refuerza lo antes anotado;

42°. Que, en función de analizar la constitucionalidad del decreto, debe entrarse a determinar si el mandato legal que pretende singularizar el reglamento, cumple o no con las exigencias de determinación y especificidad a las que nos hemos referido, lo que debe hacerse en primer término respecto de las disposiciones de la Ley de Bases del Medio Ambiente que la respuesta del Vicepresidente de la República señala como fundantes y justificativas. Razona esta autoridad, recordando su facultad de establecer, por la vía reglamentaria, normas de emisión (artículos 2°, letra “o”, y 40, de la Ley N° 19.300). Agrega que la restricción vehicular establecida en virtud de estas normas de emisión (D.S. N° 211, de 1992, del Ministerio de Transportes), contemplaba como excepción los vehículos con “sello verde”, que antes nunca estaban sujetos a dicha restricción; y que lo que ha hecho el Decreto Supremo impugnado, es sólo modificar una norma de emisión legítimamente dictada. Por otra parte, hace referencia a los llamados planes de prevención y descontaminación, que deben normarse por decreto supremo para las zonas calificadas como “latentes” o “saturadas”, lo que significa (artículo 2°, letras “t” y “u”, de la Ley N° 19.300) aquellas en las que los contaminantes se sitúan ya entre el 80% y el 100% de la respectiva norma de calidad, ya por sobre el 100% de esta última. Como la Región Metropolitana se encuentra en situación de saturación y también de latencia, según el contaminante de que se trate, obedeciendo el mandato del artículo 44 de la Ley N° 19.300, se dictó a su respecto el correspondiente plan de descontaminación y prevención, el que es necesario revisar y actualizar periódicamente. Continúa afirmando que producto de esta actualización, se puso al día el aludido plan, mediante la modificación de la citada norma de emisión, eliminando la excepción que favorecía a los vehículos con “sello verde”. Enfatiza que en virtud de esa decisión, la restricción a estos vehículos sólo puede ser aplicada en el Gran Santiago, en situaciones de pre-emergencia y emergencia ambiental, subrayando la íntima vinculación entre estas situaciones y el riesgo de salud para la población;

43°. Que, siguiendo esta línea argumental, es útil recordar que conforme lo señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.300, en las zonas sujetas a planes de prevención o descontaminación, las actividades contaminantes quedan obligadas a reducir sus emisiones, a niveles compatibles con el respectivo plan. De esta suerte, ponderando la indispensable flexibilidad con que debe contar el Administrador para hacer frente a situaciones ambientales constantemente cambiantes, que hay que analizar en una perspectiva esencialmente dinámica, y que miran a la preservación de la salud y, a la postre, a la conservación de la vida humana, debe concluirse que en función de estos muy particulares factores y aplicando criterios hermenéuticos finalistas, las normas de la Ley N° 19.300, miradas en su conjunto, si bien no cumplen a cabalidad con el principio de “reserva legal”, resultan aceptables en este caso por las consideraciones expuestas y las que se expresarán más adelante;

44°. Que, además de los ya analizados, se invocan como antecedentes, tanto en el Decreto mismo como en la respuesta del Vicepresidente de la República, los artículos 113 y 118 de la Ley del Tránsito, N° 18.290, debiendo advertirse que aquel acto administrativo lleva también la firma del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones. Se afirma que por expreso mandato del artículo 1° de la Ley N° 19.300, mantienen su vigencia las otras normas legales que regulan materias ambien-

tales, entre las que estaría la citada Ley del Tránsito. Del examen de esta última y particularmente de lo que establece su artículo 81, que contiene una regla sobre ruido, que es un contaminante ambiental como lo señala la letra d) de la Ley N° 19.300; su artículo 82, que prescribe exigencias para evitar que los vehículos emitan contaminantes en un índice superior a los permitidos; y su artículo 198, N° 22, que califica como infracción grave conducir un vehículo infringiendo las normas sobre contaminación ambiental, se debe concluir que esta ley se mantiene en aplicación en su integridad, siendo compatible con las disposiciones de la Ley N° 19.300. De esta suerte, cabe analizar si sus artículos 113 y 118 pueden ser calificados como antecedentes legislativos indispensables para la dictación del Decreto Supremo impugnado;

45°. Que, ambas normas, en su aplicación conjugada, permiten restringir excepcionalmente la circulación vehicular por ciertas y determinadas vías públicas, siempre que hubiese “causa justificada”. Se pretende por el Poder Ejecutivo que la normativa restrictiva controvertida, tendría como “causa justificada” las razones ambientales que invoca, por lo que afirma su constitucionalidad, basada en las disposiciones legales recién señaladas. Si bien es cierto que estas normas cumplen con el requisito de “especificidad”, en cuanto señalan la medida restrictiva que el reglamento puede adoptar, no ocurre lo mismo con el requisito de “determinación”, toda vez que explícitamente no se señala el derecho, constitucionalmente protegido, que pueda ser afectado;

46°. Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución;

47°. Que, por las consideraciones expresadas en el razonamiento precedente y a fin de cumplir debidamente con el mandato constitucional sobre limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales que nuestra Carta Política establece en su artículo 19, este Tribunal insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley N° 19.300, por sentencia de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185, y cuyo texto original estaba en el artículo 34 del proyecto contenido en el Mensaje enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional en septiembre de 1992. Lo anterior resulta enteramente pertinente, porque si el legislador hubiere estimado que las normas invocadas en esta sentencia para justificar la restricción vehicular eran completamente suficientes, no habría incluido en el proyecto de la Ley N° 19.300, el referido artículo 49, que regulaba precisamente esta materia, pues como lo ha manifestado reiteradamente este Tribunal, no es dable aceptar en la interpretación de la Constitución ni de la ley que sus autores incorporen en sus textos normas superfluas, reiterativas o innecesarias que lejos de contribuir a la clarificación de sus prescripciones, confundan y tornen oscuro o difícil de comprender lo que para el legislador es claro y preciso;

48°. Que, así, por lo demás, lo demuestra de manera palmaria la historia fidedigna de la citada Ley N° 19.300. En efecto, la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en

su respectivo informe del proyecto de la ley aludida expresó: “El constituyente reconoce derechos fundamentales de la persona, regulados en el texto de la Constitución, y establece sus límites y las situaciones en que ellos pueden verse afectados. Asimismo, entrega en forma expresa y restrictiva un mandato al legislador para regular, complementar, limitar o restringir tales derechos e imponer obligaciones a su respecto. En este sentido, las normas legales que se dicten no pueden afectar los derechos en su esencia ni significar obstáculos que impidan su libre ejercicio”.

“Se concluye, en consecuencia, –se agrega– que sólo la ley puede establecer restricciones al ejercicio de derechos constitucionales con el objetivo preciso y único de proteger el medio ambiente, si por restricciones se entiende reducir a menores límites o grados, o modificar, el ejercicio de derechos que deben quedar expresamente determinados. De allí que las restricciones que se establezcan en la ley deben ser específicas, concretas y no genéricas, afectando únicamente el ejercicio de derechos garantizados por la Constitución y que deben estar determinadamente señalados en la ley” (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 47, de 4 de mayo de 1993, anexo de documentos, p. 5652).

Por su parte, en el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados emitido a raíz del mismo proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, se estableció en idénticos términos las ideas transcritas precedentemente contenidas en el Informe del Senado (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión N° 23, de 15 de diciembre de 1993, p. 2342).

Y, conforme a lo dispuesto en los artículos 1°, 4°, 6°, 7°, 19 –N°s 1°, 7°, letra a), 8°, 24, inciso segundo, y 26°–, 32, N° 8), 60, N° 20), 82, N°s 5° y 12°, de la Constitución Política de la República, y a lo prescrito en los artículos 38 a 45 y 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE

Se rechaza el requerimiento de fojas 1.

Se previene que los Ministros señores Servando Jordán López y Juan Agustín Figueroa Yávar no aceptan lo que se expresa en los considerandos 1° a 35°, ambos inclusive, para lo cual tienen en vista las siguientes motivaciones:

1°.- Que debe tenerse primeramente presente, como lo ha declarado con anterioridad, que las atribuciones que la Constitución le ha conferido a este Tribunal son taxativas y de derecho estricto, lo que le veda absolutamente extenderse a materias que exceden su competencia.

2°.- Que cabe advertir que la acción constitucional se ha entablado, en cuanto al primer capítulo, por veinte señores Senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros de esa Corporación, pretendiendo que su legitimación activa arranca del N° 5° del artículo 82 de la Carta. Si bien es cierto que esta disposición permite que un cuarto de cualesquiera de las cámaras legislativas impugne la constitucionalidad de un decreto supremo, es necesario interpretarla armónicamente con los demás numerandos de la misma disposición, varias de las cuales se refieren a la posibilidad de atacar, por razones constitucionales, actos emanados del Presidente de la República. Una interpretación amplia del numerando en comento, llevaría a afirmar que otros apartados de dicha disposición aparecerían como una innecesaria redundancia del Constituyente, ya que las hipótesis que ellos contemplan quedarían subsumidas en el señalado numerando 5°.

3°.- Que lo señalado aparece particularmente claro del cotejo de los numerandos 5° y 12° del citado artículo 82, del que se desprende que ambos permiten decir de inconstitucionalidad de un decreto supremo. Pero en tanto el primero no indica motivo o causal específica del reclamo, el segundo hace precisa referencia a su inconstitucionalidad por invasión de la reserva legal. Frente a la aparente discordancia de ambas normas y partiendo del supuesto del correcto raciocinio lógico del

Constituyente, es necesario superarla aplicando el principio de la especialidad. De esta manera debe concluirse que una inconstitucionalidad que no sea reprochar al acto la invasión de la reserva legal, u otro quebrantamiento de la Carta específicamente contemplado en otros numerales de la misma disposición, puede ser reclamado invocando el apartado 5°. Pero si lo que se censura es precisamente la invasión de la aludida reserva legal, debe accionarse conforme lo preceptúa el numeral 12°.

4°.- Que estos previnientes no comparten la interpretación que busca la armonía entre ambos numerales, sosteniendo que el primero se refiere a la potestad reglamentaria de ejecución, en tanto que el segundo se remitiría a la potestad reglamentaria autónoma. Semejante tesis importa introducir distinciones que el Constituyente no contempló, lo que no es admisible como método hermenéutico. Tampoco resulta atendible recurrir a antecedentes históricos respecto de su establecimiento, toda vez que ellos no son lo suficientemente claros para asentar una conclusión distinta.

5°.- Que de acuerdo con lo anteriormente razonado, es fuerza concluir que el reclamo debió encuadrarse en el numerando 12° y no en el 5°, como se hizo, de lo que se deriva como necesaria consecuencia que los accionantes carecen de legitimación activa. En efecto, como aparece con toda claridad del inciso final del artículo 82 de la Constitución, en este caso el requerimiento debía efectuarlo alguna de las Cámaras, actuando como corporación, siendo insuficiente la comparecencia de los veinte señores Senadores. Es importante destacar, en este mismo orden de ideas, que el artículo 82 ha sido particularmente cuidadoso y restrictivo al señalar quienes se encuentran, en cada caso, legitimados para accionar, no siendo lícita una interpretación extensiva o analógica. En la situación en examen la voluntad taxativa del legislador se transparenta aún más, cuando estatuye que el Tribunal “sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras”.

El Ministro señor Hernán Álvarez García, concurre a este fallo haciendo constar que, no obstante, su pronunciamiento de fojas 68, con una más detenida y razonada reflexión, comparte íntegramente la tesis de admisibilidad del requerimiento sostenida en los fundamentos 1° a 35° de esta sentencia.

Redactaron los considerandos 1° a 35°, los Ministros señor Eugenio Valenzuela Somarriva y señora Luz Bulnes Aldunate; 36° a 45° el Ministro señor Juan Agustín Figueroa Yávar; y 46° a 48° el Ministro señor Eugenio Valenzuela Somarriva.

Las prevenciones lo fueron por sus autores.

Comuníquese, regístrese, y archívese.

Rol N° 325.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, y los Ministros señor Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Servando Jordán López, Juan Colombo Campbell, Hernán Álvarez García y Juan Agustín Figueroa Yávar.

El señor Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, quien concurrió a este fallo, por haber cesado en su cargo como Ministro de este Tribunal, no firma.

Se certifica que el Ministro señor Servando Jordán López concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por estar con licencia médica.

Se certifica, asimismo, que el Ministro señor Juan Colombo Campbell concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por estar en comisión de servicio.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

MATERIA

DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN MATERIA ECONÓMICA

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)

Rol: 1295

Fecha: 06.10.2009

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Marcelo Venegas Palacios, Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Ministro minoría: Raúl Bertelsen Repetto.

Ministro redactor: Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.

Requirentes: 14 compañías de seguros.

DESCRIPTORES

Servicios Públicos – Utilidad Pública – Discriminación Arbitraria en Materia Económica, Tributos – Igualdad ante la Ley – Igualdad ante las Cargas Públicas – Cuerpo de Bomberos.

PRINCIPIO JURÍDICO

Pueden los privados ser obligados a financiar actividades de utilidad pública.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 19 N° 2, 20 y 22 CPR; D.L. N° 1.757/1977 Otorga Beneficios por Accidentes y Enfermedades a los Miembros de los Cuerpos de Bomberos.

CAUSA EN QUE INCIDE

Recurso de reclamación interpuesto de conformidad al artículo 46 del D.L. N° 3.538 ante la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 7910-2008.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículos 3° y 4° de D.L. N° 1.757, que establecen que las indemnizaciones y beneficios para los miembros del cuerpo de bombero por los accidentes y enfermedades que sufran con ocasión de actos de servicio, son de cargo de las compañías de seguros contra incendios, a prorrata de las primas directas en esos riesgos. Le corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros cobrar a las empresas aseguradoras los montos correspondientes.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Constituye una discriminación arbitraria por parte del Estado imponer a determinadas empresas los costos de actividades de utilidad pública realizadas por terceros?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), mediante circular de 2008, le ordenó a catorce compañías de seguros generales contra incendios efectuar el pago de los aportes contemplados en los artículos 3° y 4° del D.L. N° 1.757. Las compañías de seguro recurrieron de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, oportunidad en la que interpusieron la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

ALEGACIONES

En primer lugar, las normas impugnadas imponen a las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio en Chile, una carga real que resultaría arbitraria para éstas. Dicha arbitrariedad radicaría en que no existiría una relación de causalidad entre la acción de los bomberos y los beneficios que las compañías reportan de la actividad de bomberos. Se vulneraría, entonces, los artículos 19 N° 2 y 22 de la Constitución.

En segundo lugar, las normas impugnadas establecen una obligación que tendría la naturaleza de un impuesto, ya que se impone por el Estado, se paga en dinero y tiene por objeto financiar un servicio de utilidad pública, lo que vulnera el artículo 19 N° 20 de la CPR.

Finalmente las requirentes afirman que los recursos que ellas deben traspasar a bomberos constituyen prestaciones de seguridad social. Señalan, que este sistema vulnera el régimen de seguridad social diseñado por la CPR, pues se crea un subsistema privado, que cubre las necesidades de terceros que prestan servicios de utilidad pública, y no de los propios ahorrantes.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

En lo relativo a la naturaleza jurídica del cuerpo de bomberos, este no es un servicio público. A diferencia de lo que ocurre con un servicio público estatal, la tarea de bomberos no es satisfacer necesidades públicas. El Cuerpo de Bomberos corresponde a lo que la doctrina denomina establecimientos de utilidad pública. Éstos se distinguen de los servicios públicos, pues no nacen por iniciativa de la autoridad y no forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración. También se distinguen por perseguir un fin público, es decir, que interese a la colectividad. Además, la doctrina señala que estas entidades tienen patrimonio propio, personalidad jurídica de derecho privado y su personal se rige por la legislación del trabajo. El Cuerpo de Bomberos, como se observa, reúne todos estos elementos. En fin, los cuerpos de bomberos son agrupaciones intermedias porque, básicamente, toda su organización está constituida conforme a una entidad de derecho privado (C. 45 a 66).

En lo que respecta al financiamiento del Cuerpo de Bomberos, desde su origen, éste ha tenido un financiamiento mixto, en parte público y en parte privado, que permanece hasta hoy. En efecto, en la actualidad las fuentes de recursos para bomberos provienen, aparte del aporte de los propios bomberos, del Estado y de los privados. El financiamiento público no es incompatible con la naturaleza de grupo intermedio que tienen los bomberos, pues dicho principio, tiene respecto del Estado una dimensión

no sólo negativa, sino que positiva, de intervención o actuación, en estos casos de ayuda pública a una entidad que lo necesita y realiza una labor que ha sido calificada por el legislador de “utilidad pública”. El financiamiento privado que recibe el Cuerpo de Bomberos puede ser clasificado en directo e indirecto. En el primer caso, los privados entregan o transfieren recursos a esta institución o dejan de cobrarle por sus servicios; mediante el segundo mecanismo, los privados obtienen incentivos tributarios para ayudar a bomberos. Ahora bien, es cierto que la ley grava a algunas empresas con ciertas obligaciones específicas en relación a los bomberos, pero esto ocurre porque si la sociedad contribuye a bomberos vía Ley de Presupuestos o de exenciones, con mayor razón deben hacerlo quienes, en cierto sentido, se ven beneficiados con la labor de los bomberos: las compañías de seguros. Baste recordar la vinculación histórica de los bomberos y estas empresas desde su nacimiento, incluso en Chile. Por eso, el legislador establece que sean estas empresas las que asuman el financiamiento del costo de los accidentes de los bomberos en acto de servicio (C. 67 a 71).

Las normas impugnadas forman parte del D.L. N° 1.757. El sistema que diseña dicho decreto se estructura en base a las siguientes variables: en primer lugar, entrega ciertos beneficios a los miembros de los Cuerpos de Bomberos; en segundo lugar, los beneficios que establece la norma legal cuestionada, son de distinta naturaleza. En tercer lugar, se establece que los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos. En cuarto lugar, se establecen ciertas tareas para la SVS: cobrar a las entidades aseguradoras las cuotas de prorateo y sancionarlas en caso de incumplimiento; pagar los beneficios que concede este decreto ley; cotizar y contratar por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida, etc. (C. 73 a 77).

Ahora, lo que cabe preguntarse es si los artículos impugnados tienen o no cobertura constitucional. Es decir, si hay algún precepto de la Constitución que justifique su legitimidad. Para el Tribunal dicha cobertura se encuentra en el artículo 19 N° 22 de la CPR (C. 84).

Por lo pronto, el artículo 19 N° 22 de la CPR busca evitar toda diferenciación o distinción realizada por el Estado o sus órganos que no tenga justificación razonable. La norma del artículo 19 N° 22 tiene excepciones, en virtud de las cuales el Estado puede discriminar. Razones de política económica o de fomento de actividades pueden llevar al Estado a establecer ciertos tratos especiales a favor o en perjuicio de alguna área o sector de la economía (C. 85 a 88).

La incorporación de la norma del artículo 19 N° 22 buscó varios propósitos, entre los cuales se encuentra establecer expresamente la prohibición de discriminar arbitrariamente que tiene el Estado en materia económica, para evitar justamente, discusiones sobre si se aplicaba el 19 N° 2 al Estado. Como lo ha señalado el Tribunal, “tiene por objeto especificar, en materia económica, el principio general de la

igualdad ante la ley, consagrado en el N° 2 del mismo artículo 19” (STC Rol 28). “La ausencia de una doctrina suficientemente desarrollada por la Corte Suprema en la singularización de las igualdades, en particular, la económica, hizo necesario plantear su explicitación”. Los requisitos para configurar la excepción de discriminación son, en primer lugar, que la discriminación que se aplique no puede ser arbitraria. En segundo lugar, la medida sólo puede establecerse por ley. En tercer lugar, las medidas a través de las cuales el Estado puede actuar, son los “beneficios directos o indirectos” y los “gravámenes especiales” (C. 89 a 92).

Las normas impugnadas se encuadran dentro de la fórmula “gravamen especial” que emplea el artículo 19 N° 22 de la CPR. En primer lugar, porque establecen una obligación que deben soportar ciertas entidades. En segundo lugar, porque la obligación grava a una actividad muy específica de la economía: “las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio” (artículo 3°, D.L. N° 1.757). En tercer lugar, porque hay una especialidad del gravamen. Este es configurado por el legislador con detalle, pues se establece el sujeto activo y pasivo de la obligación, una prestación determinada (“beneficios” que se produzcan por “los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan los miembros del Cuerpo de Bomberos, en actos de servicio”), la forma de pago (“cuota de prorrateo”). En cuarto lugar, está establecido como un mecanismo de financiamiento para un grupo intermedio que realiza una actividad de utilidad pública: los bomberos. Finalmente, no tiene carácter expropiatorio porque el pago que hacen las compañías es a prorrata entre todas ellas. Por lo mismo, ninguna debe soportar sino una cuota, en proporción a las primas directas por el seguro de incendio (C. 93).

No se trata de un tributo en los términos del artículo 19 N° 20. No basta que exista una obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, para que estemos frente a un tributo. Por ejemplo, una deuda legal que beneficia al Fisco, no es un tributo; tampoco lo es una multa. Es necesaria la concurrencia de otros elementos. Así, debe existir beneficio fiscal. El tributo es un ingreso público; por lo mismo, es de su esencia que se pueda definir su destino por parte de la Administración. Los tributos ingresan a rentas generales de la nación. Por otra parte, para que una obligación tenga el carácter de un tributo, es necesario que exista una relación de derecho público entre el contribuyente y el Estado. A continuación, en un tributo, siempre hay un hecho propio o con el cual existe un vínculo directo, que desata la obligación tributaria: la compra de un bien, la generación de un ingreso, la obtención de una renta, la posesión o dominio de una propiedad. Aquí, son hechos de terceros con los que no hay vínculo jurídico, los que generan la obligación: el accidente o enfermedad del bombero y la prestación médica, hospitalaria o fúnebre. Asimismo, en un tributo, no hay una obligación de contraprestación (C. 94).

Este régimen del D.L. N° 1.757 cumple todos los demás requisitos que establece el artículo 19 N° 22 de la CPR. Por de pronto, está establecido por ley. En este caso el Estado no discrimina arbitrariamente. El legislador tuvo en cuenta tres razones para

establecer el gravamen: el beneficio que la actividad bomberil reporta a las Compañías; la seguridad económica para los bomberos y sus familias; y el reconocimiento a la labor de bomberos. Existen, entonces, razones para justificar la imposición de la medida. Estas, a juicio del Tribunal, son suficientes (C. 101).

Las Compañías, finalmente, han impugnado el gravamen alegando que es excesivo. Cabe señalar, en primer lugar, que el gravamen se impone a todas las entidades aseguradoras, y no sólo a algunas. En segundo lugar, las Compañías no son solidariamente responsables de las obligaciones que les impone la ley, pues contribuyen a prorrata de las primas directas en el seguro por riesgo de incendio. Es decir, se toman en cuenta sus ingresos; no pagan, por lo tanto, lo mismo, como sucedería si la ley estableciera que deben concurrir pagando una cuota fija e igual. En tercer lugar, los beneficios que deben pagar deben producirse como consecuencia de accidentes o enfermedades ocurridos o contraídas en acto de servicio y después de ser certificados por Carabineros. De ahí que la Superintendencia pueda suspender el pago de los beneficios si se determina que no se cumplían los requisitos para obtenerlos. En cuarto lugar, la mayoría de los beneficios que deben solventar, tienen topes legales. En el caso de la renta vitalicia, ésta se debe contratar por la Superintendencia después de una cotización, ante las mismas Compañías que deben soportar el gravamen. También, el pago de la atención médica y hospitalaria sólo cubre aquellos gastos que “sean consecuencia directa del accidente sufrido o enfermedad contraída”. En quinto lugar, el costo que significa para las Compañías no lo asumen con cargo a sus utilidades, pues es transferido a primas que deben ser pagadas por los asegurados. No puede considerarse, en consecuencia, que la medida sea excesiva (C. 102).

Las Compañías han sostenido también que se afecta la igualdad ante la ley. Al respecto, cabe señalar que el gravamen se impone a todas las Compañías de Seguros, sin excepción. La norma tiene el carácter de generalidad. Enseguida, las Compañías no son las únicas empresas que deben soportar alguna carga para el esfuerzo nacional de financiar a los bomberos. Es así como los Cuerpos de Bomberos no pagan luz ni las llamadas telefónicas; ello grava a las empresas de electricidad y a las telefónicas que dan servicio básico. No hay, en definitiva, vulneración a la igualdad ante la ley (C. 103).

CONCLUSIÓN

No constituye discriminación arbitraria por parte del Estado la obligación de determinadas empresas de cubrir los costos de actividades realizadas por terceros, cuando dicha actividad es de utilidad pública, el gravamen se vincula a beneficios económicos que obtienen las mismas empresas como consecuencia de dicha actividad de utilidad pública, es impuesto por ley, constituye un gravamen especial permitido por la Constitución y la regulación establecida en la ley es razonable en cuanto a la forma y monto a pagar por las empresas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia reconoce la existencia de establecimientos de utilidad pública, es decir, entidades privadas que realizan actividades de interés público y que pueden ser

financiadas por fondos públicos y privados. Esta figura, heredada del viejo derecho liberal francés, explica que se puedan imponer legalmente obligaciones a determinadas actividades privadas para su financiamiento, sin que esto constituya un tributo o una discriminación arbitraria en materia económica.

TEXTO COMPLETO

Santiago, seis de octubre de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, catorce Compañías de Seguros Generales han formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 3º y 4º del Decreto Ley N° 1.757, de 1977. El juicio que sirve de gestión pendiente a este requerimiento es un recurso de reclamación interpuesto de conformidad al artículo 46 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3538 ante la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 7910-2008, en el cual se cuestiona la legalidad de la Circular N° 1902 dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 12 de noviembre de 2008, en la que se le ordenaba a las compañías aseguradoras efectuar el pago de los aportes contemplados en los artículos 3º y 4º del D.L. N° 1.757 de 1977, correspondientes a noviembre de 2008, ascendientes en esa oportunidad al monto de \$ 299.127.060.

Las Compañías requirentes son las siguientes: Compañía de Seguros Generales Consorcio Nacional de Seguros S.A.; Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.; Liberty Compañía de Seguros Generales S.A.; Compañía de Seguros Generales Penta Security S.A.; La Interamericana Compañía de Seguros Generales S.A.; ISE CHILE Compañía de Seguros Generales S.A.; Chubb de Chile Compañía de Seguros Generales S.A.; Mapfre Compañía de Seguros Generales de Chile S.A.; Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A.; RSA Seguros Chile S.A.; BCI Seguros Generales S.A.; Compañía de Seguros Generales Cardif S.A.; Aseguradora Magallanes Seguros Generales S.A. y ACE Seguros S.A.

Las normas impugnadas disponen:

“Artículo 3º.- Los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos. En caso de incumplimiento de esta obligación, la Superintendencia de Valores y Seguros podrá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 27 del decreto ley N° 3.538, de 1980, a las entidades aseguradoras y mutualidades infractoras”.

“Artículo 4º.- La Superintendencia de Valores y Seguros cobrará a las entidades aseguradoras, en cada oportunidad, las cuotas de prorrato; pagará los beneficios que concede este decreto ley; cotizará y contratará por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida, conforme lo señalado en las letras c) y d) del artículo 1º de este decreto ley, y proveerá a las instituciones que se mencionan en el artículo siguiente, de los fondos necesarios para los efectos contemplados en este decreto ley.

La Superintendencia de Valores y Seguros establecerá la forma y oportunidad en que se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en este decreto ley y podrá suspender el pago de éstos cuando determine, fehacientemente, el incumplimiento de tales requisitos. Para estos efectos, dicha Superintendencia dictará una norma de carácter general previa consulta a la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile, la que deberá ser publicada en el Diario Oficial”.

Con fecha 14 de enero de 2009, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno para su substanciación.

En su requerimiento la peticionaria señala, como argumento central de su alegato, que la carga pública impuesta por las disposiciones cuestionadas infringe las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2), los principios constitucionales propios de la seguridad social (artículo 19 N° 18), el principio de igualdad ante las cargas públicas (artículo 19 N° 20) y la no discriminación arbitraria en materia económica (artículo 19 N° 22), en la medida que impone en forma desproporcionada, injustificada y exclusiva a un grupo determinado –en este caso las compañías de seguros– un alto gravamen para satisfacer necesidades de un servicio que redundaría en beneficios para toda la población.

Señala la actora que la Ley N° 6.935, de 1941, que establecía una serie de beneficios para el Cuerpo de Bomberos (en adelante, se usará indistintamente la expresión “Bomberos” y “Cuerpos de Bomberos”), constituye el antecedente normativo inmediato de las normas del decreto ley impugnado. Expone que la lógica de ese cuerpo normativo era de una supuesta compensación a favor del Cuerpo de Bomberos, ya que éstos evitaban o reducían un gasto para las Compañías, al prevenir y sofocar incendios en propiedades que podían estar aseguradas. En consecuencia, en la lógica de la ley, las Compañías debían contribuir con el Cuerpo de Bomberos asumiendo la totalidad de ciertos costos, como los generados por los voluntarios accidentados o enfermos en razón de sus servicios. Este criterio se habría mantenido en el D.L. N° 1.757 y en la ley que le introdujo modificaciones posteriores (Ley N° 19.798), cuerpos legales en los que incluso se habría intensificado el tributo, la carga real y la prestación de seguridad social.

Respecto de esta lógica de compensación que fundamentaría las prestaciones que las Compañías deben efectuar a favor del Cuerpo de Bomberos, señala la peticionaria que dicha compensación no es tal. En efecto, aduce, para ser beneficiario de los aportes de las Compañías, basta con pertenecer al Cuerpo de Bomberos, sin necesariamente participar en actividades de combate al fuego. Además, expresa, la redacción del D.L. N° 1.757 y los medios limitados de la autoridad que debe hacer la respectiva recaudación, conducen a que en la práctica no sea posible determinar con exactitud los hechos que generan las indemnizaciones y beneficios, careciendo además las Compañías de acceso a los documentos fundantes de los mismos. Por otra parte afirma que no existe una relación de causalidad entre la acción de los voluntarios que componen el Cuerpo de Bomberos y un supuesto beneficio exclusivo o de ahorro para las Compañías, ya que de la multiplicidad de actos bomberiles, los de combate de incendios resultan ínfimos en relación a otros actos de servicio. En el mismo sentido expresa que no hay conexión entre las prestaciones que impone el D.L. N° 1.757 y la supuesta disminución de incendios.

A partir de lo razonado, la requirente manifiesta que las normas impugnadas vulneran los numerales 2°, 18°, 20° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que se impone a las Compañías, como carga real, una obligación que transgrede la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, al radicar el financiamiento de necesidades de utilidad pública sólo en determinados particulares que no reciben beneficios especiales en relación al resto de la comunidad. Además, indica, las compañías asumen una obligación que participa de una naturaleza tributaria que se traduce en un tributo manifiestamente desproporcionado e injusto, contrario a la Constitución. Añade que las normas cuestionadas crean una categoría especial de destinatario de un gravamen económico, lo que transforma a los artículos 3° y 4° impugnados en una discriminación arbitraria en materia económica, transgrediendo así el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, señala la actora que del tipo de obligaciones que impone el D.L. N° 1.757 a las Compañías, se deduce que ellas contienen elementos propios de las prestaciones de seguridad

social que tienen por objeto cubrir estados de necesidad. Se trataría, en consecuencia, de un subsistema de seguridad social no estatal sino privado, que cubre necesidades de terceros que prestan servicios de utilidad pública. Dicho sistema, afirma, pugna con las bases del sistema previsional contemplado en la Constitución y con los principios constitucionales propios de la seguridad social, como son los principios de generalidad, integralidad y uniformidad.

Posteriormente, la requirente hizo presente que debido a que las circulares posteriores a la que origina este requerimiento se fundamentan en las mismas disposiciones, presentando los mismos vicios de inconstitucionalidad, lo que implicaría recurrir mensualmente para impugnarlas ante la Corte de Apelaciones, las recurrentes han estimado prudente no hacerlo, lo que no significa renunciar a lo solicitado en los respectivos recursos ni validar la vulneración que cada circular mensual produce a la Carta Fundamental.

Con fecha 30 de enero de 2009, el Presidente de la Cámara de Diputados, don Francisco Encina, y el Segundo Vicepresidente, don Jorge Ulloa, solicitaron tener presente sus observaciones al requerimiento, señalando que, en función del Decreto Ley recurrido, durante 30 años se han dictado las resoluciones que exigen a las Compañías los aportes establecidos en el Decreto Ley hoy cuestionado, sin que se haya objetado su constitucionalidad, ni siquiera por vía de recurso de protección, que siempre ha estado a disposición de las aseguradoras.

En cuanto a la supuesta vulneración de los numerales 2º, 20º y 22º del artículo 19 de la Carta Fundamental, señalan que las normas impugnadas se aplican por igual a todos los sujetos que realizan las actividades señaladas en el D.L. Nº 1.757, cobrándoles a todos su cuota a prorrata para financiar los gastos que establece dicho Decreto Ley.

En cuanto a la alegación de que se ha vulnerado el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución, manifiestan que no hay tal vulneración ya que los beneficios de la norma impugnada no corresponden a una acción del Estado dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes.

Con fecha 24 de febrero de 2009, el abogado Gastón Gómez Bernal, por la Superintendencia de Valores y Seguros, formuló sus observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo. Al respecto, señala que el reclamo de ilegalidad que sirve de gestión pendiente al presente requerimiento es meramente instrumental y ha sido formulado con el evidente propósito de plantear la respectiva inaplicabilidad, ya que durante años las Compañías han acatado la norma que impone aportes a favor de Bomberos, sin oponer ningún tipo de resistencia. Agrega que las normas impugnadas no producen efectos inconstitucionales, ya que no se ha probado que los aportes que ellas imponen sean realmente gravosos para las Compañías, además de que éstos no dificultan la actividad económica de las aseguradoras y por lo demás su pago por parte de las Compañías es solamente nominal ya que en realidad éstas trasladan el costo a los asegurados. Por otra parte, expresa, estos aportes evitan que las empresas aseguradoras se beneficien indebidamente –enriquecimiento sin causa– de la actividad de bomberos, transformando en costo social y público lo que es beneficio privado.

En cuanto a la supuesta infracción de los numerales 2º, 20º y 22º del artículo 19 de la Carta Fundamental, la Superintendencia de Valores y Seguros indica que una norma no puede ser en parte constitucional y en parte no, es decir, inconstitucional en la medida que la actividad bomberil no beneficia a las aseguradoras y constitucional en la medida que sí las beneficia. Agrega que, tal como el mismo requerimiento lo ha reconocido, las aseguradoras reciben beneficios de la actividad de los bomberos, y por esa razón la imposición a las aseguradoras de algunos costos de dicha actividad bomberil no infringiría el principio de igualdad ni constituiría una discriminación arbitraria. Más aún, si no se les impusieran esos aportes a las Compañías, éstas estarían recibiendo un subsidio o beneficio indebido de la comunidad. En todo caso, expresa, las compañías reciben un tratamiento proporcional a las primas de seguros que venden, lo que garantiza un trato justo entre iguales.

Con fecha 22 de abril de 2009, el Consejo de Defensa del Estado evacuó el traslado que le fue conferido, solicitando que el requerimiento fuera rechazado íntegramente por carecer de sustento constitucional. Señala que los preceptos impugnados en el requerimiento de inaplicabilidad no resultan decisivos en la gestión pendiente, ya que si se declarara la inaplicabilidad, dicha sentencia de todas formas no afectaría el examen de legalidad de la circular impugnada ante la Corte de Apelaciones. Además, dicha circular no determina la obligación de las aseguradoras de efectuar los cuestionados aportes, sino que sólo se limita a fijar el monto de los mismos durante un mes del año 2008; sin embargo, el requerimiento de inaplicabilidad pretende objetar la obligación de concurrir al gasto. Por otra parte, agrega, todos los derechos contemplados en el Decreto Ley N° 1.757 a favor de Bomberos están distribuidos en diversos artículos del Decreto Ley que no fueron impugnados en esta acción de inaplicabilidad.

En relación con el alegato de las Compañías de que las normas cuestionadas infringirían los numerales 2°, 20° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, afirma que el D.L. N° 1.757 no establece un sistema de tributos, ya que la obligatoriedad de contribución al gasto no se dirige a financiar ni a un ente público, ni al Estado, ni a un servicio público, sino a un servicio de utilidad pública (Ley N° 18.959) que, como tal, se rige por las normas de las personas jurídicas sin fines de lucro. Por otra parte, expresa, si se considerara que se establecen tributos, tampoco se vulneraría la Constitución, ya que se respetarían de todos modos los principios de reserva legal, de igualdad, de justicia, de proporcionalidad y de afectación. Agrega que el trato diferente que aplica el D.L. N° 1.757 se justifica ya que las aseguradoras que cubren riesgo de incendios son directamente beneficiadas por la acción de bomberos, y respecto de la supuesta desproporción de los aportes impuestos a las aseguradoras, expresa que sobre el punto no se han entregado elementos objetivos para acreditar tal aserción ni tampoco se ha demostrado que el aporte signifique una merma de tal naturaleza que obstaculice su actividad económica. En relación a la eventual afectación del tributo a un destino determinado, señala que, aunque el aporte no tiene la naturaleza de un tributo, tal afectación se habría establecido mediante una ley vigente a la época en que se dictó la Constitución, rigiendo, por tanto, plenamente la disposición transitoria respectiva.

En relación con la supuesta infracción del artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental, asegura que puesto que no se han objetado los artículos del D.L. N° 1.757 que contemplan el conjunto de derechos y beneficios a favor de bomberos, no cabe análisis de inconstitucionalidad en este tema.

Se deja constancia de que, en la presente causa, se han presentado escritos de varios parlamentarios con el objeto de contribuir al debate constitucional provocado por el requerimiento, solicitando el rechazo del mismo.

Finalmente, valga agregar que la requirente acompañó informes en derecho del profesor William Thayer Arteaga y de los abogados Sergio Arellano Iturriaga y Hugo Botto Oakley.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 28 de mayo de 2009 se procedió a la vista de la causa, alegando los abogados Arturo Fernandois Vöhringer, en representación de las Compañías de Seguros requirentes; Gastón Gómez Bernal, en representación de la Superintendencia de Valores y Seguros; Paulina Veloso Valenzuela, en representación del Consejo de Defensa del Estado, y Juan Agustín Figueroa Yávar, en representación de la Junta Nacional del Cuerpo de Bomberos de Chile.

CONSIDERANDO:

I. La controversia constitucional de autos

Primero: Que el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio,

la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

Segundo: Que la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

Tercero: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

Cuarto: Que, en relación al primer requisito, la gestión judicial pendiente corresponde al recurso de reclamación interpuesto de conformidad con el artículo 46 del Decreto Ley N° 3.538, Rol N° 7910-2008, caratulado “Ace Seguros S.A. Compañía de Seguros Generales S.A., Consorcio Nacional de Seguros S.A., Chilena Consolidada Seguros Generales S.A. y otros con Superintendente de Valores y Seguros”, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

Quinto: Que, en cuanto al segundo requisito, la cuestión de autos se ha promovido por las entidades que tienen la calidad de parte en la gestión referida en el considerando anterior;

Sexto: Que, respecto al tercer requisito, en el presente caso se cuestionan dos preceptos legales que –se sostiene– podrían resultar decisivos en la resolución del asunto descrito en el considerando cuarto, específicamente, los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757. Los textos de las disposiciones objetadas disponen respectivamente:

“Artículo 3°.- Los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos. En caso de incumplimiento de esta obligación, la Superintendencia de Valores y Seguros podrá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 27 del decreto ley N° 3.538, de 1980, a las entidades aseguradoras y mutualidades infractoras.

Artículo 4°.- La Superintendencia de Valores y Seguros cobrará a las entidades aseguradoras, en cada oportunidad, las cuotas de prorratio; pagará los beneficios que concede este decreto ley; cotizará y contratará por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida, conforme lo señalado en las letras c) y d) del artículo 1° de este decreto ley, y proveerá a las instituciones que se mencionan en el artículo siguiente, de los fondos necesarios para los efectos contemplados en este decreto ley.

La Superintendencia de Valores y Seguros establecerá la forma y oportunidad en que se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en este decreto ley y podrá suspender el pago de éstos cuando determine, fehacientemente, el incumplimiento de tales requisitos. Para estos efectos, dicha Superintendencia dictará una norma de carácter general previa consulta a la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile, la que deberá ser publicada en el Diario Oficial”;

Séptimo: Que la impugnación se dirige a sostener la contravención que implicaría la aplicación de los preceptos legales impugnados, en el caso concreto, en relación a las normas contenidas en la Constitución Política de la República, específicamente respecto del artículo 19, numerales 2º, 18º, 20º y 22º de la Carta Fundamental;

Octavo: Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre el problema de fondo planteado por los requirentes; por lo que corresponde analizar –en esta fase– los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto de los preceptos legales aplicables a la referida gestión judicial;

II. Consideraciones y alegaciones previas que es necesario resolver.

1. Naturaleza de las alegaciones formuladas por un grupo de diputados.

Noveno: Que si bien el presente requerimiento ha sido declarado admisible, es menester razonar acerca de diversas argumentaciones y alegaciones hechas valer en estos autos, de conformidad a las cuales esta Magistratura no podría pronunciarse respecto del fondo del asunto debatido;

Décimo: Que las referidas alegaciones, formuladas a modo de excepciones de previo y especial pronunciamiento, fueron planteadas por un grupo de diputados mediante escrito de fecha 26 de marzo de 2009. En lo medular, se destinan a fundar la solicitud de improcedencia de la acción de autos, sosteniendo en síntesis que: a) los peticionarios alegarían cuestiones de hecho, lo que escaparía de la esfera propia de la acción de inaplicabilidad; b) se construyen los argumentos de la requirente basándose en consideraciones que tienen que ver más bien con cuestiones de mérito; c) se alegarían en definitiva cuestiones de simple legalidad y no de constitucionalidad; d) adicionalmente el requerimiento importaría una vulneración al principio de buena fe desde el momento que contravendría actos de los propios peticionarios de inaplicabilidad; y e) los actores dirigirían su impugnación a la fundamentación de la ley, lo que no podría ser revisado en sede de inaplicabilidad;

Undécimo: Que de manera previa a analizar cada una de las consideraciones aducidas por los parlamentarios, es adecuado precisar que la Constitución Política, en su artículo 93, inciso primero, número 6º, e inciso decimoprimer, consagra el trámite de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad, estableciendo al efecto, como se ha recordado en el considerando tercero, que dicho examen importa comprobar la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto contraviniendo a la Constitución; que la impugnación esté fundada razonablemente; y que se cumplan los demás requisitos legales;

Duodécimo: Que de la lectura de los presupuestos que ordena revisar la Carta Fundamental en la etapa de admisibilidad, queda de manifiesto que se está frente a requisitos referidos más bien a cuestiones formales y que no dicen relación con el fondo del asunto constitucional que se somete a consideración de esta Magistratura, de modo de asegurar adecuadamente que esta judicatura ejerza el control normativo de inaplicabilidad dentro de la esfera propia de su competencia, fijada con absoluta precisión en la Constitución Política. En efecto, dichas exigencias obligan a que se realice un control de constitucionalidad concreto, atendiendo a las circunstancias que configuran la gestión pendiente, sin que sea permitido efectuar un pronunciamiento en abstracto sobre la constitucionalidad de los preceptos reprochados. En el caso de autos ello se analizó y ponderó por la Segunda Sala, declarándose así admisible la acción presentada, resolución que se encuentra ejecutoriada;

Decimotercero: Que, sin embargo, es posible advertir que las excepciones y alegaciones efectuadas por los señores parlamentarios, en virtud de su derecho de petición constitucional, no dicen rela-

ción con cuestiones necesariamente de forma, sino que constituyen argumentaciones que atacan la esfera propia de la acción deducida en estos autos, por lo que es menester hacerse cargo de las mismas antes de resolver el conflicto de constitucionalidad de fondo;

2. Inaplicabilidad y cuestiones de hecho.

Decimocuarto: Que, tal como se anunció en las anteriores motivaciones, los señores parlamentarios hacen presente que los actores fundan gran parte de sus alegaciones en meras cuestiones de hecho, las cuales por su propia naturaleza no serían objeto de la competencia de este Tribunal, sino que deben ser probadas y acreditadas debidamente ante la instancia de fondo pertinente;

Decimoquinto: Que la alegación formulada debe desecharse, habida consideración de que la acción de inaplicabilidad, a diferencia de la inconstitucionalidad, requiere precisamente un adecuado conocimiento de los antecedentes fácticos, de manera de permitir concluir si la aplicación del precepto legal en cuestión produce o no efectos contrarios a la Constitución Política en la gestión pendiente, todo lo cual da cuenta de la importancia de los hechos en este proceso jurisdiccional;

Decimosexto: Que, por otra parte, en cuanto a las características del control concreto de inaplicabilidad, cabe recordar que esta Magistratura ha precisado y se ha extendido latamente en sus consideraciones acerca de la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus evidentes diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005. Destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto del actual artículo 93, N° 6°, con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa –y más bien abstracta– entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora –en cambio– se está en presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, todo lo cual –ciertamente–, como se ha indicado, relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior;

Decimoséptimo: Que lo expresado, entonces, permite colegir que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contradicción con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, como se ha precisado por esta Judicatura Constitucional, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por producir un efecto inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración (entre otros, roles N° 596/2006, 741/2007 y 755/2007). Así las cosas, lo que el Tribunal debe efectuar es un examen concreto de si la norma aplicada a la gestión produce efectos o resultados contrarios a la Constitución Política. En suma, como se ha sentenciado, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre el precepto legal que se cuestiona y la Carta Fundamental, lo que en algunas situaciones puede brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto (STC rol 810/2007);

Decimooctavo: Que ha sido justamente ese carácter concreto de la inaplicabilidad el que ha llevado a que esta Magistratura, en diversas ocasiones, deseche los requerimientos por no haberse acreditado circunstanciadamente los hechos y antecedentes que generan los efectos inconstitucionales de la aplicación del precepto legal;

Decimonoveno: Que en ese sentido, por ejemplo, esta Magistratura ha desechado una presentación habida consideración de que “no se ha acreditado circunstanciadamente que la aplicación de los preceptos legales al caso concreto importe una vulneración específica a los principios del debido proceso, al negársele al recurrente la posibilidad de ser escuchado y de aportar pruebas” (STC 616/06, consid. 53). De igual modo se razona en otro asunto al no entregar “antecedente alguno que permita a esta Magistratura apreciar y comprobar de qué manera la cesión del uso gratuito de las instalaciones deportivas supone el cese de actividades para el Estadio Croata y una simple limitación al dominio para otros estadios de mayor envergadura” (STC rol 1234/09, consid. 16). Precisamente como consecuencia de lo anterior, se ha sostenido que en una acción de inaplicabilidad “los hechos ventilados en la causa sub lite son inevitables de considerar por esta Magistratura, a fin de resolver si la aplicación de tales preceptos, realmente, producirá un efecto contrario a la Constitución, que lleve al juez de dicha causa a inhibirse de su aplicación para resolver el asunto sometido a su conocimiento” (STC rol 1244/09, consid. 6º);

Vigésimo: Que, en armonía con lo recién explicado, “la resolución acertada del asunto concreto de autos exige conocer y ponderar los hechos y otros rasgos característicos de la gestión pendiente invocada, porque ellos son el presupuesto de la acción de inaplicabilidad” (STC rol 1218/09, consid. 14º);

Vigésimoprimer: Que, atendidas las motivaciones expuestas, debe desecharse en esta parte la pretensión de los señores parlamentarios, desde el momento que la acción de inaplicabilidad debe necesariamente tener en consideración todas las circunstancias fácticas del caso concreto, en términos tales de poder precisar los efectos contrarios a la Constitución Política que la aplicación de determinados preceptos legales produce en una gestión pendiente seguida ante un tribunal;

3. En cuanto a la contradicción con los actos propios.

Vigésimosegundo: Que una segunda consideración aducida por los parlamentarios se refiere a que el requerimiento presentado por los actores importa una contradicción que va en contra de su propia actuación anterior e infringe el principio de buena fe, desde el momento en que los recurrentes han aplicado y jamás han impugnado los preceptos legales que ahora reprochan. La contradicción quedaría en evidencia si se considera que el aporte a bomberos, fijado por las disposiciones objetadas, fue creado en 1941. Desde esa fecha hasta hoy en día –se señala– nunca se había reclamado en sede jurisdiccional de su inconstitucionalidad como tampoco de su propia existencia ante el Congreso Nacional cuando éste ha efectuado modificaciones al cuerpo legal que las contiene;

Vigésimotercero: Que la doctrina de los actos propios, elaborada originalmente por los romanistas y transmitida luego a nuestros días por los glosadores medievales, se resume en la máxima “nemo potest contra factum venire” o también “venire contra factum proprium non valet”, esto es, nadie puede ir contra sus propios actos. El tratadista español Luis Díez-Picazo la ha definido en términos tales que “una pretensión es inadmisibles y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por un sujeto dentro de una situación jurídica”. Por su parte, la Corte Suprema ha sentenciado que “el efecto que produce la teoría del acto propio es fundamentalmente que una persona no puede sostener posteriormente por motivos de propia conveniencia una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto por haberle cambiado las circunstancias, y que en definitiva si así lo hace, primarán las consecuencias jurídicas de la primera conducta y se rechazará la pretensión que se invoca y que implica el cambio de conducta que no se acepta” (Rol 3097-2003, Gaceta Jurídica 191, 2004, p. 119). Se trata de un principio fundamental aplicado esencialmente en el ámbito privado, sin perjuicio de que también puede tener injerencia en un procedimiento contencioso administrativo. Sin embargo, no debe desatenderse la circunstancia de que en un Estado de Derecho tanto gobernantes como gobernados se encuentran

sujetos al ordenamiento jurídico vigente y, por consiguiente, deben respetar, aplicar y sujetarse a lo dispuesto por las normas legales que rigen en el territorio de la República y, particularmente, aquellas contenidas en la Carta Fundamental;

Vigesimocuarto: Que sobre este punto cabe tener presente que, como lo ha señalado la jurisprudencia norteamericana, “es inadmisibles que una cantidad de leyes o de violaciones de la Constitución, por muchas que fueren, comporten un poder que no existe o abonen una interpretación injustificada. Una prolongada aquiescencia del Congreso o del Poder Ejecutivo, por la cual los derechos de las partes hayan sido determinados y adjudicados, no convierte en constitucional lo que es inconstitucional” (Suprema Corte de los Estados Unidos, *Fairbank v. United States*, 181, US 283, 307);

Vigesimoquinto: Que es por lo anterior que sólo el constituyente puede precaver los medios para impedir la aplicación o instar por la derogación de las disposiciones legales, y los únicos arbitrios que ha establecido para lograr tales fines corresponden a las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, respectivamente;

Vigesimosexto: Que, atendida la importancia del respeto por las disposiciones fundamentales, el constituyente no ha exigido la preparación de la acción de inaplicabilidad como sí lo exige el legislador común, por ejemplo, en el recurso de casación en la forma. Lo anterior se entiende desde el momento en que el requerimiento de inaplicabilidad, en primer término, no es un recurso sino que una acción, creada para proteger la supremacía de la Carta Fundamental y del orden institucional de la República, con miras a amparar al ciudadano de la eventual conculcación de sus derechos fundamentales que puede suponer la aplicación de un precepto legal;

4. En cuanto a las cuestiones de mérito.

Vigesimoséptimo: Que una tercera cuestión argüida por los parlamentarios mira a la clase de argumentaciones que fueron formuladas por los peticionarios. En síntesis, han manifestado que el requerimiento se construye, en primer lugar, sobre la base de cuestiones que tienen que ver con el mérito de la norma –pues se cuestiona la precisión, completitud y eficiencia de la ley–, lo que implica un juicio político y técnico que excede el control jurídico constitucional;

Vigesimoctavo: Que, como lo ha señalado esta Magistratura en diversas sentencias, el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el legislador excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que aquél haya incurrido (entre otros, STC 664/06. En el mismo sentido, entre otros, roles N^{os} 231; 242; 465; 473; 541 y, recientemente, STC rol 786/07);

Vigesimonoveno: Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que “la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución” (Vid. David Dohkhan, “es limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs”, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente pp. 450 y ss.). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: “La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador

márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”. En el mismo sentido, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, p. 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92);

Trigésimo: Que de este modo a esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos y proporcionales a los fines perseguidos (STC rol 797/07). Así, por ejemplo, se ha señalado que un determinado precepto “obedece a una decisión de política legislativa específica, en el marco ya reseñado, que establece una diferencia que, por tener fundamento racional, no puede ser calificada de arbitraria” (Rol N° 811/07). Además, se ha sentenciado que “el Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Sólo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales. El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo” (STC rol 896/07);

Trigésimoprimer: Que, sin embargo, en el caso de autos no nos encontramos frente a una discusión acerca del mérito o conveniencia política de una determinada legislación adoptada, puesto que lo que debe analizarse es si los preceptos legales, esto es, específicamente los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1757, en el caso concreto, contravienen o no la Constitución Política de la República, específicamente en relación a lo dispuesto en el artículo 19, numerales 2°, 18°, 20° y 22° de la Carta Fundamental, materia que deberá resolver esta Magistratura;

5. En cuanto a las cuestiones de legalidad.

Trigésimosegundo: Que, en cuarto lugar, los diputados exponen que la acción de autos no acusa una contradicción entre los preceptos legales y los preceptos de la Constitución, sino que se basa más bien en alegaciones que dicen relación con vicios de legalidad. Lo anterior desde que las fundamentaciones aportadas critican la ambigüedad, interpretación y aplicación de la ley;

Trigésimotercero: Que sobre este punto se ha resuelto por esta Magistratura que la acción de inaplicabilidad no es la vía para examinar si en un determinado procedimiento administrativo se han aplicado o no correctamente los preceptos legales a los que el mismo debió ceñirse (STC rol 1141/09). De igual forma se ha sentenciado que no le corresponde al Tribunal resolver cuestiones vinculadas a interpretación de las leyes o conflictos de leyes (STC rol 980/07). Por lo mismo se han desechado presentaciones referidas a conflictos de aplicación de normas legales, lo que debe ser competencia del juez de fondo (STC rol 513/06. En el mismo sentido, Roles 1201 y 1240);

Trigésimocuarto: Que, como ya se ha señalado, la acción de inaplicabilidad supone esencialmente un control concreto de contradicción entre dos normas, en una gestión pendiente, debiendo primar la Ley Fundamental. En efecto, como se ha resuelto por esta misma Magistratura, “debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir

la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad”. Lo anterior en atención a que “la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema” (STC rol 810/08, consid. 9º);

Trigesimoquinto: Que, sin embargo, de la lectura del requerimiento de autos se desprende que sí se trata de un conflicto de constitucionalidad planteado entre preceptos legales determinados (artículos 3º y 4º del Decreto Ley N° 1757) y diversas disposiciones constitucionales que se invocan (artículo 19, numerales 2º, 18º, 20º y 22º), pudiendo aquéllos tener aplicación en las gestiones que se siguen ante la Corte de Apelaciones, razón por la cual corresponde hacerse cargo a este Tribunal de dicha controversia normativa, motivo por el que también debe desecharse esta alegación formulada;

6. En cuanto a los fundamentos del legislador

Trigesimosexto: Que finalmente, a juicio de los diputados, el requerimiento de autos se sustentaría en argumentaciones que dicen relación con la inconstitucionalidad de los supuestos fundamentos que habría tenido en consideración el legislador y no con los efectos inconstitucionales que puede generar la aplicación de las normas, en circunstancias que tales fundamentos no generan consecuencias normativas;

Trigesimoséptimo: Que sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la eventual arbitrariedad del legislador, es preciso señalar que sobre esta materia se ha resuelto que “para el logro de la finalidad lícita de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un medio que debe considerarse idóneo. Este consiste en asignar a los responsables de aquellos ilícitos de la categoría que se quiere prevenir especialmente que queden en estado de tentativa o sean frustrados, las penas asignadas a los delitos consumados. De ese modo, el legislador, para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en estado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue” (Rol 797);

Trigesimoctavo: Que los fundamentos que se hayan tenido a la vista para dictar una determinada legislación constituyen por cierto elementos que deben tomarse en consideración para una correcta interpretación del alcance de un determinado precepto legal. En el caso de una acción de inaplicabilidad lo fundamental es analizar los eventuales efectos contrarios a la Constitución Política que podría producir una disposición legal en una determinada gestión, lo que supone considerar –aunque no únicamente– dichos antecedentes fundantes, sin que ello signifique en modo alguno inmiscuirse en la esfera propia del legislador. Lo que debe resolverse en el caso de autos es si las disposiciones legales en cuestión, correctamente interpretadas y aplicadas en el caso concreto que las motiva, vulneran o no las normas, principios y valores constitucionales, que señala la requirente, materia que ciertamente es de competencia de este Tribunal Constitucional;

7. En cuanto a si los preceptos reprochados son decisivos.

Trigesimonoveno: Que, finalmente, esta Magistratura considera necesario pronunciarse sobre la falta de aptitud de los preceptos reprochados para tener una aplicación decisiva en la resolución del asunto, según ha planteado el Consejo de Defensa del Estado.

Cuadragésimo: Que el referido organismo fiscal solicita el rechazo de la acción de autos, alegando que el recurso de reclamación deducido ante la Corte de Apelaciones –que constituye la gestión judicial pendiente en que se solicita la inaplicabilidad– se sustenta en la infracción de preceptos legales que no son las disposiciones objetadas en estos autos, de tal manera que si se resolviera su inaplicabilidad, en nada se alteraría la decisión del mencionado recurso;

Cuadragésimoprimer: Que esta Magistratura no se encuentra llamada a determinar las normas legales pertinentes para la resolución del asunto judicial pendiente, cuestión que, como ha sido consignado en anteriores pronunciamientos, es una decisión de competencia de los jueces del fondo (STC rol 505/06);

Cuadragésimosegundo: Que, en relación con lo anterior, debe recordarse que, conforme a lo consignado en sentencias anteriores de este Tribunal, la necesidad de velar por el pleno respeto del principio de supremacía constitucional que persigue la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, obliga a esta Magistratura a examinar si el precepto legal que se encuentra vigente y que se ha impugnado a través de la acción deducida, podría resultar contrario a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto examinado. Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar, asimismo, indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental. Por lo expresado, reiteradamente esta Magistratura ha insistido en que, en concordancia con lo dispuesto en el N° 6° del inciso primero, e inciso undécimo, del artículo 93 de la Constitución, para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar de derecho aplicables (roles 501, 505, 790 y 943, entre otros);

Cuadragésimotercero: Que sobre esta materia el Tribunal ha señalado que “la norma constitucional transcrita establece, como requisito de admisibilidad, que la norma impugnada pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto. En consecuencia, para resolver la admisibilidad de la cuestión planteada, resulta inoficioso examinar si el precepto impugnado resulta o no decisivo en la resolución del fondo del asunto o si sólo constituye un requisito de procesabilidad del reclamo judicial de la sanción pendiente, pues esta última cuestión es también un asunto que los tribunales del fondo deben resolver y en el que un precepto legal –el impugnado– puede resultar aplicable” (STC rol 1253/09). Igualmente se ha aceptado en relación a normas de carácter procesal, dado que “excluir normas procesales del ámbito de esta acción constitucional, es una extrapolación errada de conceptos propios del recurso de casación en el fondo –distinción entre preceptos ordenatorios y decisorios para la litis–, teniendo en cuenta que la supremacía de la Constitución es un valor cuya vigencia no puede ser condicionada por la fisonomía de disposiciones de rango inferior. Tan decisivo en la resolución de un asunto –desde el punto de vista de la preeminencia de los derechos constitucionales– resulta el precepto cuya aplicación puede resolver el fondo del asunto, como el que permite, impide o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia” (STC rol 792/08). De este modo, como lo ha declarado este Tribunal, “la Carta Fundamental no ha establecido diferencias en relación con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente que pueda resultar decisivo en la resolución del asunto” (considerando décimo, STC rol 472/06, de 30 de agosto de 2006);

Cuadragésimosuarto: Que a idéntica conclusión debe arribarse si se tiene presente que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por objeto velar por la supremacía constitucional, en un caso concreto. Resulta evidente, al tenor de las propias solicitudes de la parte requerida en la gestión pendiente, que el precepto legal podría recibir aplicación para resolver un asunto en dicha gestión, aunque ello no se haya verificado aún. El propósito de la Carta Fundamental, a través del mecanismo de la inaplicabilidad, es precisamente evitar que se aplique una norma en una gestión pendiente con resultados contrarios a la Constitución, por lo que no resulta lógico ni razonable exigir que el precepto legal que se ha de examinar haya ya recibido aplicación en esa gestión (STC rol 1006/07);

Cuadragésimoquinto: Que, en la especie y por las razones indicadas, este Tribunal concluye que los preceptos legales impugnados pueden resultar decisivos en la resolución del asunto, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de si determinado precepto legal debe o no ser aplicado por los jueces del fondo, en conformidad con las reglas legales vigentes, lo que es propio de su competencia (STC rol 1065/08);

Cuadragésimosexto: Que, atendidas las motivaciones anteriores, debe rechazarse la pretensión esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado, toda vez que este Tribunal considera que los preceptos impugnados pueden resultar decisivos en la resolución del asunto pendiente, que corresponde fallar a la Corte de Apelaciones de Santiago. Por lo demás, como se ha señalado, es suficiente la sola posibilidad de que las referidas disposiciones sirvan de base al tribunal para resolver algunos de los asuntos que se han sometido a su conocimiento;

III. La impugnación

Cuadragésimoséptimo: Que las requirentes fundan su acción en los argumentos que a continuación se señalan.

En primer lugar, sostienen que las normas impugnadas imponen a las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio en Chile, una carga real que resultaría arbitraria para éstas. Dicha arbitrariedad radicaría, según señalan, en que no existiría una relación de causalidad entre la acción de los bomberos y los beneficios que las compañías reportan de la actividad de bomberos en relación a los incendios, puesto que la función de apagar incendios —que es la que, en última instancia, beneficia a las compañías que aseguran el riesgo de incendio— constituiría sólo una parte minoritaria de las actividades bomberiles. Sin embargo, indican, las normas impugnadas imponen a las compañías el pago de ciertos beneficios en favor de los bomberos que se accidentaren o enfermaren en actos de servicio, independiente de si éstos consisten o no en sofocar un incendio. Agregan, por otra parte, que tampoco existiría causalidad entre la carga que deben soportar las compañías y la efectiva disminución de los incendios. Todo lo anterior, indican, deja en claro que no existe una justificación razonable para imponer específicamente a las compañías de seguros el pago de una parte considerable de los costos de mantención de una actividad que, por generar un beneficio público, debería ser soportado por la comunidad en general. Se vulneraría, entonces, el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

En segundo lugar, señalan, las normas impugnadas establecen una obligación especial que reviste naturaleza tributaria y que es desproporcionadamente injusta. Señalan que esta obligación tendría la naturaleza de un impuesto, ya que se impone por el Estado, se paga en dinero y tiene por objeto financiar un servicio de utilidad pública. La desproporcionalidad se originaría, aducen, en que las obligaciones de alto monto generadas en las normas impugnadas, se estructuran ante eventos genéricos que no tienen vinculación con los incendios, además de que en las normas cuestionadas no se impondrían requisitos de carácter sustantivo que regulen el acceso de los bomberos a las prestaciones que la ley consagra. Agregan, además, que el impuesto establecido en las normas

cuestionadas no tiene monto determinado ni límite máximo. Por estas razones, señalan, se pasaría a llevar tanto el artículo 19 N° 20 de la Constitución –en tanto se impone arbitrariamente a las compañías de seguros la mantención de un servicio que beneficia a toda la comunidad– como el N° 22 del mismo artículo –en la medida que se impone a las compañías un gravamen especial y altísimo, vulnerando las nociones más básicas del principio de proporcionalidad–.

Finalmente, sostienen las requirentes, los recursos que las compañías deben traspasar a bomberos constituyen prestaciones de seguridad social, ya que se originan por estados de necesidad como accidentes, enfermedades, invalidez y muerte, y dichas necesidades son cubiertas por prestaciones en dinero. Sin embargo, señalan, este sistema vulnera el régimen de seguridad social diseñado por la Constitución, pues se crea un subsistema privado, que cubre las necesidades de terceros que prestan servicios de utilidad pública, y no de los propios ahorrantes. Ese subsistema, sostienen, se contrapone con el establecido en el Decreto Ley N° 3.500 y ello vulneraría el mandato de “prestaciones...uniformes” que establece el artículo 19 N° 18 de la Constitución;

Cuadragésimoctavo: Que para un adecuado análisis de las objeciones planteadas por el requerimiento, se partirá por exponer la naturaleza jurídica de los cuerpos de bomberos (Capítulo IV). A continuación, se revisará su régimen de financiamiento (Capítulo V). Luego, se examinará el D.L. N° 1.757 (Capítulo VI) y, por último, se analizará si las normas impugnadas tienen cobertura constitucional (Capítulo VII).

IV. Naturaleza jurídica de los cuerpos de bomberos y sus voluntarios.

Cuadragésimonoveno: Que un punto importante de dilucidar en el presente requerimiento se refiere a la naturaleza jurídica de los cuerpos de bomberos en nuestro país, en atención a que esa naturaleza determina, en cierto sentido, su financiamiento;

Quincuagésimo: Que debe descartarse, por de pronto, que los cuerpos de bomberos sean servicios públicos desde el punto de vista orgánico.

Estos últimos son, en primer lugar, órganos de la administración del Estado encargados de colaborar con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración (artículo 1º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, LOCBGAE).

Por otra parte y en segundo lugar, los servicios públicos por regla general sólo ejecutan políticas pero no las diseñan, ya que esta labor le corresponde a los ministerios (artículos 22 y 28, LOCBGAE). Los servicios públicos se caracterizan porque entregan prestaciones materiales a los usuarios (educación, salud, vivienda, etc.), satisfacen de modo concreto, directo e inmediato cierta necesidad y son servicios para el público.

En tercer lugar, los servicios públicos son creados y configurados por ley simple, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65, inciso cuarto, de la Constitución).

En cuarto lugar, están sometidos a un régimen de derecho público; ello determina que se rijan por el principio de legalidad (artículo 7º, inciso segundo, de la Constitución y artículo 2º de la LOCBGAE). Además, están sujetos a ciertos controles en su actuación: el de la Contraloría General de la República (artículo 98 de la Constitución); el de los tribunales (artículo 38 de la Constitución); el de la Cámara de Diputados (artículo 52 de la Constitución); y el de las personas (artículos 10, 15 y 17 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos). Por otra parte, el estar sometidos a un régimen de derecho público también determina que se rijan por el principio de responsabilidad (artículos 7º y 38 de la Constitución y artículos 4º, 18 y 42 de la LOCBGAE); que sus manifestaciones de voluntad estén sujetas a un procedimiento administrativo (artículos 1º y 2º de la Ley N° 19.880); y que su personal, bienes y presupuesto estén sujetos a regulaciones especiales.

Finalmente, los servicios públicos satisfacen necesidades públicas (artículos 3º y 28 de la LOCBGAE) de manera regular (artículos 2º y 28 de la LOCBGAE), continua (artículo 19 Nº 16 de la Constitución, artículos 3º y 28 de la LOCBGAE y artículo 57 de la Ley Nº 19.880) e igualdad (artículo 19 de la Constitución, Nºs 2 y 22);

Quincuagesimoprimer: Que prácticamente nada de lo anterior se aplica a los voluntarios que integran los Cuerpos de Bomberos. Desde luego, su rol no es el de colaborar con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración, desde su ámbito específico. Eso no significa, sin embargo, que no tengan relación con el Gobierno. El D.F.L. Nº 7.912, de 1927, conocido como la Ley de Ministerios, establece que las relaciones de los Cuerpos de Bomberos con el Gobierno se realizan a través del Ministerio del Interior (artículo 3º, letra j). También el D.L. Nº 1.757 vincula a los bomberos con la Superintendencia de Valores y Seguros —que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda—, que recauda de las Compañías de Seguros los recursos para pagar los beneficios que reciben aquéllos en caso de accidentes o enfermedades ocurridos o contraídas con ocasión de actos de servicio. Además, se vinculan con el Ministerio de Justicia, que es el organismo encargado de supervigilar las corporaciones y fundaciones.

Enseguida, no están señalados en la LOCBGAE como órganos de la Administración; tampoco son un órgano en que alguna entidad administrativa participe (artículo 6º, LOCBGAE).

Asimismo, no elaboran ni ejecutan políticas; su rol es más bien material: apagar incendios, intervenir en conjurar otros siniestros y efectuar otras tareas que se encomiende (por ejemplo, actuar como peritos de incendios, entre otras tareas).

Quincuagesimosegundo: Que los Cuerpos de Bomberos son entidades privadas. Su personalidad jurídica es de derecho privado y el legislador no los crea ni los define en sus elementos esenciales, como lo hace con un servicio público. Ello determina que su régimen jurídico sea el de una corporación o fundación, pero no de una entidad pública, sujeta a los principios de legalidad, control y responsabilidad. De hecho, prácticamente no tienen normas de excepción al momento de prestar sus servicios, salvo algunas específicas que a continuación se señalan. De un lado, aquellas que se consideran en la Ley de Tránsito, diseñadas no para bomberos sino para “vehículos de emergencia”. Dicha ley permite que los vehículos de emergencia puedan utilizar dispositivos sonoros y focos intermitentes (artículos 71, 78 y 110), que tengan derecho preferente de paso pero con el debido cuidado (artículo 146) y que puedan estacionarse y detenerse en lugares prohibidos si concurren a una emergencia (artículo 146).

Del otro, los delitos que introdujo la Ley Nº 19.830 en el Código Penal. Esta ley estableció, por una parte, que “el que diere falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad pública a los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, incurrirá en la pena de reclusión menor en su grado mínimo” (artículo 268 bis). Por la otra, estableció que “incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas” (artículo 269).

También existen normas específicas para bomberos en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Ésta obliga a construir utilizando materiales que retarden la propagación del incendio, de modo que le permita a bomberos alcanzar a sofocar el incendio (4.3.1); también obliga a que los diseños de las construcciones permitan el ingreso y desplazamiento de los bomberos (4.3.7), que éstos puedan cortar la luz y el gas (4.3.11 y 4.3.23); y que los centros comerciales cerrados cuenten con un sistema automático para apagar incendios y un sistema de altavoces que pueda ser usado por bomberos (4.10.11).

No obstante, empieza a producirse un quiebre en el criterio del legislador, pues ha comenzado a entregar potestades especiales para el cumplimiento de sus tareas. Así, en un proyecto de ley pronto a promulgarse (Boletín 1007-14, y ya analizado por esta Magistratura (STC rol 1491/2009), se modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en dos preceptos. De un lado, en el artículo 142, se incorpora el siguiente inciso cuarto: “Los Cuerpos de Bomberos, después de recibidas las obras, estarán facultados para inspeccionar las condiciones generales de seguridad, las de seguridad contra incendio y el funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios. Si se constatare que no se cumplen las condiciones de seguridad previstas en el plan de evacuación, el Comandante del Cuerpo de Bomberos respectivo dará cuenta por escrito del resultado de la inspección al Director de Obras Municipales, a fin de que se adopten las medidas establecidas en el artículo 20 de esta ley”. Del otro, en el artículo 144, se incorpora el siguiente inciso tercero: “Conjuntamente con la solicitud de recepción de las edificaciones cuya carga de ocupación sea igual o superior a 100 personas, destinadas a edificaciones colectivas, equipamientos y actividades productivas, se deberá adjuntar copia del plan de evacuación ingresado al Cuerpo de Bomberos respectivo. Dicho plan incluirá las condiciones generales de seguridad, de seguridad contra incendio y de funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios en lo relativo a la señalética implementada para las vías de evacuación, así como un plano que incluya dichas vías, la indicación de los grifos, red seca, red húmeda, accesos, sistemas de alumbrado, calefacción, los artefactos a gas contemplados y sus requerimientos de ventilación, y otros antecedentes que sea útil conocer en caso de emergencia”.

La naturaleza de entidad privada de los Cuerpos de Bomberos ha sido reconocida por la doctrina (Hirsch, Brigitte, Análisis y recopilación de disposiciones legales y reglamentarias relativas a los Cuerpos de Bomberos de Chile; Memoria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago, 1989, p. 4; Pérez Astorga, Alvaro, Régimen jurídico de bomberos en Chile; Memoria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Santiago, 2002, pp. 6 y ss.); por la jurisprudencia de los tribunales (por ejemplo, SCS rol 3006-2004) y por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República (dictámenes 15013/09; 11504/03; 043432/98);

Quincuagesimotercero: Que, a diferencia de lo que ocurre con un servicio público estatal, la tarea de bomberos no es satisfacer necesidades públicas. Éstas, como se verá a continuación, exigen una intervención del legislador, a fin de no invadir, con la regulación consiguiente que ello implica, la esfera privada. El Cuerpo de Bomberos realiza una labor de bien común, que no ha sido calificada como “necesidad pública” por el legislador. Ello no desmerece su labor, sino que sólo la mantiene dentro del ámbito de su naturaleza de grupo intermedio, y no de servicio público.

Para comprender adecuadamente la anterior afirmación, primero es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público. Las primeras son inherentes al Estado, de modo tal que sin ellas éste no podría subsistir; también se distinguen porque son comunes a todo Estado y son realizadas por órganos públicos. Es el caso de la función legislativa, de la función ejecutiva y gubernativa, y de la función jurisdiccional. El servicio público, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que éste asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares. Por lo mismo, requieren una decisión legislativa. De ahí que las actividades de servicio público varíen de un Estado a otro (Souviron, José María, La actividad de la Administración y el Servicio Público; Edit. Comares; Granada, 1998, pp. 115-116).

También es necesario distinguir entre la necesidad colectiva y la necesidad pública. La primera surge por el hecho de vivir en sociedad. Por ejemplo, el transporte, el vestuario y la alimentación. La regla general es que estas carencias sean cubiertas por las propias personas, individual o asociadamente. Cuando el Estado asume esa necesidad colectiva como propia, es decir, cuando declara por ley que debe ser satisfecha con una determinada prestación por cierto órgano y bajo un cierto

régimen jurídico, la publica. Con ello transforma la necesidad colectiva en necesidad pública, y asume que esa carencia no sería bien atendida o satisfecha si permaneciera en manos privadas.

El servicio público se ocupa de las necesidades públicas. “Lo que da el sello propio al servicio público, es la necesidad pública que trata de satisfacer de manera regular y continua” (Aylwin, Patricio; Manual de Derecho Administrativo; Editorial Jurídica; Santiago, 1952, pág 49); “por esencia el servicio público tiene por objeto satisfacer una necesidad pública, es decir, algo que es indispensable y común a todo el pueblo” (Silva Cimma, Enrique; Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público; Editorial Jurídica; Santiago, 1995, p. 67).

Lo anterior trae dos consecuencias. Por una parte, el Estado no asume todas las necesidades colectivas sino sólo aquellas que se juzgan como indispensables. Por la otra, no hay servicios públicos por naturaleza, pues éstos son una creación del legislador.

De ahí que “crear un servicio público significa resolver que la satisfacción de una determinada necesidad general podrá realizarse por el Estado, preferentemente, mediante procedimientos de Derecho Público” (Silva Cimma, E.; ob. cit; p. 74).

Ahora bien, no obstante la importancia que la labor de los bomberos reviste en la sociedad moderna, atendiendo la necesidad de seguridad y protección de personas y bienes ante ciertos eventos perjudiciales (incendios y otros siniestros), siendo por tanto una necesidad colectiva, nunca una ley ha asumido esa necesidad como “pública”, es decir, con un régimen de derecho público.

En nada modifica lo anterior el hecho de que la Ley N° 18.959 haya calificado a la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile y los Cuerpos de Bomberos como “servicios de utilidad pública”.

Por de pronto, porque el mismo artículo 17 que así los califica, señala “que se rigen por las disposiciones sobre las personas jurídicas a que se refiere el Título XXXIII del Libro I del Código Civil en lo que fuere compatible con sus fines, naturaleza y organización jerárquica y disciplinada”. Ello es incompatible con un servicio público; en cambio, los entes públicos, por mandato del artículo 547 del Código Civil, se rigen “por leyes y reglamentos especiales”.

Enseguida, una cosa es calificar una organización como de “utilidad pública” —o sea que beneficia a la sociedad, que su fin excede el propósito de sus miembros, y que puede obtener, para financiarse, beneficios tributarios—, y otra muy distinta es afirmar que un ente es un servicio público, que atiende una “necesidad pública”. Esto último exige diseñar una organización, darle un fin, dotarla de potestades públicas, definir las formas en que atenderá dicha necesidad, entregarle recursos financieros, establecer su régimen de bienes y de personal, etc. Afirmer que un ente es un servicio público es mucho más que señalar que una entidad es de “utilidad pública”; en efecto, según se ha señalado, exige una calificación y un sistema asociado a ello.

Justamente es esto último lo que la Ley N° 18.959 no hace. Y es aquello lo que exige la Constitución al disponer que es materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, “... crear nuevos servicios públicos...suprimirlos y determinar sus funciones y atribuciones” (artículo 65, inciso cuarto, N° 2).

Además, el propósito de la Ley N° 18.959 fue que los bomberos no fueran considerados organizaciones comunitarias de carácter funcional, pues ello los obligaría a ajustar su marco legal al de ese tipo de entidades. Pero tenían que seguir siendo sujetos de transferencia de recursos fiscales, municipales o privados. Por eso, se les calificó como entidades de utilidad pública y sujetas a la normativa del Código Civil (Biblioteca del Congreso Nacional; Historia de la Ley N° 18.959, pp. 121, 132, 169 a 171 y 174).

Tampoco cambia la conclusión de que la tarea de bomberos no es satisfacer necesidades públicas el hecho de que la Ley N° 14.866, publicada en el Diario Oficial el 30 de junio de 1962, declarara

el 30 de junio como “El Día del Bombero”, “destinado a conmemorar la fundación del Primer Cuerpo de Bomberos Voluntarios, organizado en Valparaíso el 30 de junio de 1851”, pues esto tiene sólo un carácter de homenaje y reconocimiento.

El Cuerpo de Bomberos corresponde a lo que la doctrina denomina establecimientos de utilidad pública (Silva Cimma, E.; ob. cit. p. 273 y ss.). Éstos se distinguen por no ser servicios públicos, pues no nacen por iniciativa de la autoridad y no forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración. También se distinguen por perseguir un fin público, es decir, que interese a la colectividad. Además, la doctrina señala que estas entidades tienen patrimonio propio, personalidad jurídica de derecho privado y su personal se rige por la legislación del trabajo. El Cuerpo de Bomberos, como se observa, reúne todos estos elementos;

Quincuagesimocuarto: Que lo anterior no significa que la ley no los haya incorporado en el ejercicio de ciertas potestades públicas. Por ejemplo, de acuerdo al artículo 30 de la Ley sobre Compañías de Seguros, “el Comandante del Cuerpo de Bomberos que hubiere intervenido en las labores relacionadas con cualquier siniestro por incendio, debe enviar al Ministerio Público un informe escrito, en el que se individualizará el voluntario que dirigió dichas tareas; el lugar de ocurrencia y el estado en que se encontraba el bien afectado; una relación circunstanciada de las operaciones practicadas y su resultado, y las conclusiones que, en vista de su conocimiento y experiencia, pudiere formular sobre el origen del incendio y las causas que lo provocaron”. Asimismo, de conformidad al Estatuto Orgánico de la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI) (Decreto Ley N° 369), “para los efectos de prevención y solución de las situaciones de emergencia”, ONEMI coordina los esfuerzos y colaboración que presten, entre otros, los Cuerpos de Bomberos (artículo 10).

En el mismo sentido, apuntando a la labor de prevención, la Ordenanza General de Construcciones establece:

“Artículo 5.2.10. El propietario o administrador responsable de un edificio cuya carga de ocupación sea de 100 o más personas, deberá entregar al Cuerpo de Bomberos respectivo, una vez efectuada la recepción definitiva, un plano del edificio con indicación de los grifos, accesos, vías de evacuación, sistemas de alumbrado, calefacción y otros que sea útil conocer en caso de incendio. En dicho plano se indicarán también los artefactos a gas contemplados y sus requerimientos de ventilación.

Los Cuerpos de Bomberos estarán facultados para inspeccionar, con autorización del propietario o del administrador, en su caso, las condiciones generales de seguridad, de seguridad contra incendio y el funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios. Si con motivo de la inspección se constataren anomalías en el funcionamiento de las instalaciones de emergencia del edificio o en la ventilación de los recintos o que no se cumplen las condiciones de seguridad previstas en la presente Ordenanza, el Comandante del Cuerpo de Bomberos respectivo dará cuenta por escrito del resultado de la inspección al Director de Obras Municipales y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, según corresponda, a fin de que se adopten las medidas legales pertinentes.

Los Cuerpos de Bomberos estarán habilitados para revisar periódicamente los grifos de incendio, con autorización del propietario o del administrador, en su caso, y las cañerías matrices que los abastecen, con el objeto que éstos estén siempre en perfectas condiciones de servicio. Si con motivo de las revisiones periódicas se constataren anomalías, el Comandante del Cuerpo de Bomberos deberá notificarlas por escrito a la Empresa o Servicio competente para su reparación”;

Quincuagesimoquinto: Que si los Cuerpos de Bomberos no son servicios públicos, cabe preguntarse qué son, entonces. Los bomberos son, en el lenguaje de la Constitución, agrupaciones intermedias. (Hirsch, B; ob. cit., p. 4; y Pérez, A; ob. cit., p. 4). Estas son “agrupaciones voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, para que cumplan sus fines específicos a través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público” (Cea, José

Luis; Derecho Constitucional Chileno; Ediciones UC; Santiago, 2008, p. 177). Grupo intermedio “es todo ente colectivo no integrante del aparato oficial del Estado, goce o no de personalidad jurídica, que en determinada situación actúe tras ciertos objetivos” (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; T. IV; Edit. Jurídica, Santiago, 1997, p. 51).

Los grupos intermedios se construyen a partir del derecho de asociación, no del principio de legalidad. De acuerdo a este último, los órganos públicos son creados y configurados por la ley (artículo 65 de la Constitución, inciso cuarto, N° 2). En cambio, en base al derecho de asociación, las personas pueden crear todas las organizaciones que deseen, sin permiso previo, pudiendo perseguir todo tipo de fines que no sean contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado (artículo 19 constitucional, N° 15). Esa agrupación puede o no tener personalidad jurídica. Sólo que “para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deben constituirse en conformidad a la ley” (artículo 19 de la Constitución, N° 15).

Las agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, órganos de la Administración del Estado, tribunales, órganos autónomos, corporaciones de derecho público. Por eso, se les conoce como organizaciones no gubernamentales. Estas agrupaciones, ubicadas en la estructura social entre el Estado y la persona, y creadas por los individuos, conforman la denominada “sociedad civil”. Por eso, la Constitución señala que a través de estas asociaciones la sociedad “se organiza y estructura” (artículo 1°). Estas tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos. Con ello se contribuye “a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad” (STC rol 226/95). Dichas asociaciones expresan el “poder social” frente al “poder político” del aparato público (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 47);

Quincuagesimosexto: Que dichas asociaciones se distinguen, en primer lugar, porque son voluntarias, pues “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación” (artículo 19 constitucional, N° 15); y “ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiación para mantenerse en éstos” (artículo 19 constitucional, N° 16, inciso cuarto). Como ha dicho esta Magistratura, “esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que deseara integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente” (STC rol 184/94).

Estas organizaciones, en segundo lugar, tienen autonomía (artículo 1° constitucional, inciso tercero) que “...se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales”. (STC rol 184/94). La autonomía “es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios propios” (Cea, J.L; ob. cit., pág 178). La autonomía implica que no exista “intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo” y que la autoridad pública no intervenga “sino

en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social” (STC rol 226/95). Por eso, lo que les garantiza la Constitución es “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. “Adecuada” significa “apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo” (Cea, J.L.; ob. cit., p. 178). De ahí que si intervienen “indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos”, son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23 constitucional);

Quincuagesimoséptimo: Que respecto de estas asociaciones, el Estado las “reconoce y ampara”. El reconocimiento implica que pueden existir sin su intervención y el derecho de asociación que la Constitución garantiza para crear todo tipo de agrupaciones es “sin permiso previo” (artículo 19 constitucional, N° 15). Incluso cuando alguna de estas asociaciones obtiene su personalidad jurídica, es por el solo hecho de depositar sus actas constitutivas en los registros que lleva algún órgano de la administración del Estado.

El amparo, por su parte, implica que “puedan hacer valer en defensa de sus derechos todos los recursos y acciones que propendan a hacerlos efectivos” (Silva Bascañán, A; ob. cit., pp. 48-49). También implica “la obligación del Estado de protegerlos, colaborar con ellos y, con sujeción al principio de subsidiariedad, ayudarlos y fomentar su existencia y desenvolvimiento” (Cea, J.L.; ob. cit., p. 177).

Quincuagesimoctavo: Que el principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 1° de la Carta Fundamental y es “uno de los principios rectores del orden social” (STC rol 352/02). De acuerdo a éste, “al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución presta a los grupos intermedios” (STC rol 352/02). Este principio ayuda a comprender el rol del Estado, pues implica “alternativamente, en un sentido, que el Estado no tome a su cargo lo que puedan en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrlo” (Silva Bascañán, A; ob. cit., pp. 51-52).

Este principio tiene dos dimensiones. En su dimensión negativa, el Estado “no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común;”. Por su parte, su dimensión positiva “...implica una protección de las sociedades o grupos intermedios menores frente a los mayores, como asimismo un derecho de intervenir del Estado, cuando las sociedades intermedias no sean capaces de realizar su actividad real o eficazmente o cuando ellas atenten contra el bien común. En tal caso, el Estado debe suplir su tarea, removiendo los obstáculos y restableciendo, una vez superados estos últimos, la autonomía de las sociedades intermedias afectadas” (Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto; T. I; Editorial Jurídica; Santiago, 1994; p. 112);

Quincuagesimonoveno: Que los cuerpos de bomberos son agrupaciones intermedias, en primer lugar, porque toda su organización está constituida conforme a una entidad de derecho privado. En efecto, en nuestro país los bomberos tienen dos órganos fundamentales.

De un lado, está la Junta Nacional del Cuerpo de Bomberos, también denominada “Bomberos de Chile”, creada en 1970. Esta es una corporación de derecho privado, sin fines de lucro, destinada a coordinar y optimizar las relaciones entre los distintos cuerpos de bomberos y a constituir un canal de comunicación entre el Gobierno y los distintos Cuerpos de Bomberos del país. Sus estatutos actuales fueron aprobados por Decreto Supremo N° 2127, el Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 12 de junio de 2004. Son miembros de la Junta Nacional “todos los Cuerpos

de Bomberos que gocen de personalidad jurídica, que expresen su deseo de pertenecer a ella y cuya incorporación sea aceptada por el Directorio Nacional” (artículo 5º, Estatuto). La Junta Nacional se rige “por las disposiciones sobre las personas jurídicas a que se refiere el Título XXXIII del Libro I del Código Civil en lo que fueran compatibles con sus fines, naturaleza y organización jerárquica y disciplinada” (artículo 4º, Estatuto). Tiene varios órganos: la Asamblea Nacional (“máxima autoridad institucional”, artículo 25, Estatuto); el Directorio Nacional (a quien le corresponde “la dirección y la administración de la Junta Nacional”, artículo 18, Estatuto).

De otro lado, están los Cuerpos de Bomberos. Estos también son corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas al salvamento de vidas y bienes y la extinción de incendios en beneficio de la comunidad. Su autoridad máxima es el Directorio, encabezado por un Superintendente; él es representante legal del Cuerpo. Lo normal es que un Cuerpo de Bomberos opere en el territorio de una comuna; pero hay cuerpos que atienden más de una comuna. El núcleo funcional de cada Cuerpo es la Compañía, a cuya cabeza se encuentra un Director. El número de Compañías depende de las necesidades. Así, existen Cuerpos con una Compañía, y otros con varias (por ejemplo, el de Santiago tiene 22; Valparaíso, 15; Concepción, 14, etc.). Los Cuerpos también pueden tener Brigadas, Unidades y otros servicios.

La citada Ley N° 18.959, en su artículo 7º, señaló que tanto la Junta Nacional como los Cuerpos de Bomberos se rigen por las normas del Código Civil relativas a las personas de derecho privado.

Así, ni la Junta Nacional ni los Cuerpos tienen otra injerencia del Estado que no sea la supervigilancia y control del Ministerio de Justicia, tal como ocurre con cualquier otra corporación, y el examen de las cuentas de los recursos públicos que les son transferidos;

Sexagésimo: Que, en segundo lugar, el ingreso a un Cuerpo de Bomberos es voluntario. De acuerdo al Reglamento General del Cuerpo de Bomberos de Santiago, “con el nombre de bombero se designa a todos los miembros del Cuerpo que, habiendo sido aceptados en reunión por una Compañía, Brigada o Unidad, se hallaren inscritos en el Registro General correspondiente” (artículo 4º). “La calidad de bombero se pierde por renuncia, separación o expulsión” (artículo 5º). Jurídicamente, cada bombero es socio de la corporación a la que pertenece. Puede ser miembro activo o miembro honorario. Este último es el que está exento de la obligación de asistencia a los actos del Cuerpo. El voluntario no recibe remuneración por su servicio; tampoco el Cuerpo puede cobrar por su labor. Distinto al régimen de estos bomberos, es el de los “cuartereros”. Estos son trabajadores de los Cuerpos de Bomberos. Ellos tienen reglada su jornada laboral en el Código del Trabajo (artículo 152 bis).

En tercer lugar, cada Cuerpo tiene su propio estatuto. Este define su organización interna, su régimen de ingreso, los deberes de sus miembros, su régimen disciplinario, el uso del uniforme, las ceremonias, etc. El Ministerio de Justicia, por Decreto Supremo N° 663, publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 1998, aprobó un Estatuto Tipo para los Cuerpos de Bomberos.

Finalmente, cada Cuerpo tiene sus propios fines, pues éstos no son definidos de manera única y nacional sino que son establecidos en los estatutos de cada uno. Así, el Estatuto del Cuerpo de Bomberos de Santiago señala que “la asociación denominada Cuerpo de Bomberos de Santiago tiene por objeto proteger las vidas y propiedades en los incendios y eventualmente en otros siniestros que ocurran dentro de los territorios municipales de”;

Sexagesimoprimer: Que esta particularidad de los bomberos, es decir, el ser entidades privadas, obedece a raíces históricas de la institución. En efecto, en la cultura occidental, el origen de los bomberos se remonta a la Roma Imperial. Existía en aquella época un grupo de hombres, denominado los vigiles, encargados tanto del combate en contra del fuego como de la prevención de incendios. Este tipo de organización, sin embargo, se disolvió con la caída del Imperio Romano de

Occidente, para reaparecer recién en el siglo XV, en Europa, con un carácter predominantemente comercial, pues su labor estaba orientada principalmente a la protección de las propiedades afectadas por un incendio, más que a las eventuales víctimas del mismo;

Sexagesimosegundo: Que, por esa razón, las compañías de seguros tuvieron un papel importante en la génesis de los bomberos. En Inglaterra, las compañías de seguros fueron las primeras que crearon equipos de bomberos. Se encargaban de sofocar los incendios en los bienes asegurados. Estos tenían en su entrada una placa que los identificaba como asegurados de una u otra compañía. La competencia entre aseguradoras fue lo que impulsó la investigación de los métodos de extinción y la invención de diferentes artilugios para combatir de manera más eficaz los incendios.

Por eso, al lado de edificios antiguos de Londres, aún se observan placas donde se señala que la edificación está protegida por una compañía de seguros determinada. Los bomberos sólo apagaban los incendios del inmueble asegurado;

Sexagesimotercero: Que no obstante, además de la actividad bomberil de carácter comercial, vinculada a la protección de la propiedad asegurada, se aprecia —especialmente a partir del siglo XIX— una orientación distinta, en donde la actividad de bomberos está centrada en la protección de las personas y aparece revestida de un carácter solidario y filantrópico. Así lo prueba, por ejemplo, la fundación, en Inglaterra —en 1836—, de la Sociedad Real para la Protección de la Vida ante el Fuego.

Esta orientación filantrópica es heredada por las colonias de las potencias europeas. Así, en Nueva York, el combate en contra del fuego nació en 1648, cuando se adoptó la primera “Ordenanza del Fuego”. Posteriormente se crearon las Guardias de Incendio, luego las Brigadas de Incendio —que entraron en servicio en 1731— y finalmente se fundó, en 1737, el Departamento de Incendios Voluntario de la ciudad de Nueva York. Este departamento, que funcionaba gratuitamente y se componía de voluntarios, prestó servicios hasta 1865, en que fue reemplazado por el Departamento de Incendios Metropolitano, con personal remunerado. Dicho cambio no pasó inadvertido. De hecho, provocó una serie de críticas de parte de quienes se oponían a la eliminación de los voluntarios, lo que se tradujo finalmente en el resurgimiento de los bomberos voluntarios en paralelo a los remunerados. (Véase, Reyes Gavilán, Christian; *Los Bomberos de Chile*; Editorial Sudamericana; Santiago, 2005, pp. 45 y 46);

Sexagesimocuarto: Que, en nuestro país, el Cuerpo de Bomberos surgió como una institución voluntaria. En efecto, el primer Cuerpo de Bomberos que existió en el país fue el de Valparaíso, fundado el 30 de junio de 1851. Su origen se vinculó a dos incendios que estuvieron a punto de destruir la ciudad, en 1843 y en 1850. En este último incendio, tuvieron que participar buques ingleses y franceses que estaban en la bahía, que desembarcaron sus bombas. Esta experiencia determinó la fundación de un cuerpo de voluntarios de chilenos y extranjeros residentes en el puerto. El Cuerpo se fundó con cuatro Compañías: dos de bombas, una de hachas y escaleras y una de guardia de la propiedad. El modelo del Cuerpo de Bomberos de Valparaíso, tanto desde la perspectiva de su naturaleza de asociación privada como de su organización, fue imitado por los Cuerpos que se crearon con posterioridad. (Voz “Cuerpo de Bomberos” en Fuentes, Jordi, y otros; *Diccionario histórico de Chile*; Editorial del Pacífico; Santiago, 1978, p. 85).

El Cuerpo de Bomberos de Santiago, por su parte, fue fundado en 1863, después de una serie de incendios devastadores, como aquel que destruyó el Teatro de la República (1838), el que arrasó con el Templo de la “Compañía de Jesús” (1841), el que se produjo en el actual Portal Fernández Concha, “poniendo en peligro el palacio arzobispal y la manzana de la Catedral” (1848) y el trágico incendio del Templo de la Compañía de Jesús (1862), en que murieron cerca de dos mil personas calcinadas (Fredes Aliaga, Carlos; *150 años de Honor y Gloria. Nota para una Historia de los Cuerpos de Bomberos de Chile*; Revista Bomberos; Santiago, 2004, pp. 46-49). Antes de su fundación, desde 1838, existía una compañía municipal para extinguir los incendios. El carácter

privado de la nueva asociación, a partir de 1863, se revela en la convocatoria a su creación. Esta se hizo por una inserción en el diario *El Ferrocarril*, el 11 de diciembre de 1863, que señalaba: “Al público. Se cita a los jóvenes que deseen llevar a cabo la idea del establecimiento de una compañía de bomberos, para el día 14 del presente, a la una de la tarde, en el escritorio del que suscribe. José Luis Claro”. A consecuencia de esta citación, se crearon tres compañías de bomba, con denominaciones del oriente, del sur y del poniente, y una compañía de guardias de la propiedad (Encina, Francisco, y Castedo, Leopoldo; *Resumen de la Historia de Chile*; T. II; Editorial Zig-Zag; Santiago, 1970, pp. 1246-1248);

Sexagesimoquinto: Que, como se observa, el nacimiento de los cuerpos de bomberos en nuestro país no se produjo por iniciativa estatal sino privada, bajo un espíritu filantrópico y de solidaridad. El Estado no asumió como una necesidad pública la función que el Cuerpo de Bomberos desempeñaba, calificando ésta como tal. De ahí que la institución surgiera con la voluntariedad del servicio que prestan los bomberos y con la gratuidad de su labor. Ello distingue a los bomberos chilenos. En ese sentido señala Víctor Kaiser que el Cuerpo de Bomberos voluntarios de Chile “...es la única entidad en el mundo que, a nivel territorial o nacional, presta su ayuda y asistencia profesional sin recibir remuneración alguna, más aún, lo que ya es paradójico, los voluntarios pagan cuotas mensuales para tener el privilegio de servir al prójimo en desgracia, dedicando su tranquilidad, su tiempo y su vida en pos de ese objetivo”. (Kaiser Camilla, Víctor; *Bomberos Voluntarios de Chile*; Santiago, 1988);

Sexagesimosexto: Que la naturaleza privada de los cuerpos de bomberos determina su régimen de financiamiento. Al no ser una entidad pública, no reciben un financiamiento íntegro vía Ley de Presupuestos. El Estado y sus órganos realizan su contribución, pero también la hacen los privados, como se verá a continuación;

V. Financiamiento del cuerpo de bomberos

Sexagesimoséptimo: Que desde el origen del Cuerpo de Bomberos en nuestro país, éste ha tenido un financiamiento mixto. Baste señalar que luego de la fundación del Cuerpo de Bomberos de Santiago, hubo dos aportes para la nueva entidad. Por una parte, el Congreso le concedió una ayuda extraordinaria de \$ 18.000. Por la otra, la Compañía de Seguros “La Unión Chilena” otorgó una subvención de \$ 1.000 (Encina, F., y Castedo, L; ob. cit., p. 1248);

Sexagesimoctavo: Que este sistema de financiamiento, en parte público y en parte privado, permanece hasta hoy. En efecto, en la actualidad las fuentes de recursos para bomberos provienen, aparte del aporte de los propios bomberos, del Estado y de los privados. Este financiamiento se encuentra en algunos casos regulado por ley, mientras en otros se encuentra sin normativa. Y, en el caso de intervención legislativa, bomberos es mencionado expresamente o accede a dicho financiamiento por ser una persona jurídica que no persigue fines de lucro; más todavía si ha sido calificado como de “utilidad pública” (Ley N° 18.959).

La doctrina clasifica las fuentes de los recursos de bomberos señalando que algunos de sus ingresos provienen de sus miembros (campañas económicas, beneficios y cuotas), mientras que otros provienen de terceros; estos últimos pueden ser esporádicos o periódicos (Hirsch, B; ob. cit., pp. 41 y ss; Pérez, A; ob. cit., pp. 107 y ss);

Sexagesimonoveno: Que en cuanto al financiamiento público que las leyes establecen en favor de bomberos, cabe hacer un distinguo. De un lado, se encuentra el aporte directo que hacen el Estado o sus órganos y que consiste en transferencias de recursos que efectúan el Fisco o algunos de sus entes a bomberos. Del otro, está el financiamiento indirecto. En éste el Estado deja de percibir ciertos recursos para ayudar a bomberos.

El financiamiento directo está dado por los recursos que cada año la Ley de Presupuestos contempla para bomberos, como transferencia de dineros o como inversión que deben realizar ciertas reparticiones para la construcción, reparación o terminación de locales para el Cuerpo de Bomberos. También se encuentran aquí las subvenciones y aportes que hacen los Municipios a los Cuerpos que existan en su comuna (artículos 5º y 66 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades) y el que realizan los Gobiernos Regionales (artículo 20 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional). Finalmente, la empresa pública Polla Chilena de Beneficencia debe entregar a bomberos el 20% de lo que recaude por ciertos juegos de azar que administra (artículo 1º, D.S. 152, Hacienda, 1980).

El financiamiento indirecto, por su parte, está dado por el conjunto de exenciones tributarias que tiene el Cuerpo de Bomberos. Así, están exentos del pago de contribuciones (artículo 2º, D.L. N° 3063), del pago del Impuesto de Timbres y Estampillas (artículo 23, D.L. N° 3475), del pago de permisos de circulación (artículo 20, D.L. N° 3063), del pago de IVA por los ingresos que perciban por entradas de espectáculos y reuniones (artículo 12, D.L. N° 1606), del pago de patentes por uso del espectro radioeléctrico (Ley N° 18.168), del pago por impuesto a las herencias (artículo 18, Ley N° 16.271). Asimismo, pueden importar carros de bombas usados (Ley N° 18.483).

Dicho financiamiento público no es incompatible con la naturaleza de grupo intermedio que tienen los bomberos, pues dicho principio, como ya se notó, tiene respecto del Estado una dimensión no sólo negativa, sino que positiva, de intervención o actuación, en estos casos de ayuda pública a una entidad que lo necesita y realiza una labor que ha sido calificada por el legislador de “utilidad pública”.

El financiamiento público del Cuerpo de Bomberos, toda vez que implica un gasto público de una u otra manera, conlleva una contribución de todas las personas al costo, mantenimiento y conservación de dicha actividad.

Septuagésimo: Que el financiamiento privado que recibe el Cuerpo de Bomberos también puede ser clasificado en directo e indirecto. En el primer caso, los privados entregan o transfieren recursos a esta institución o dejan de cobrarle por sus servicios; mediante el segundo mecanismo, los privados obtienen incentivos tributarios para ayudar a bomberos.

El financiamiento privado directo se expresa, por de pronto, en las cuotas que pagan los propios bomberos. También en los ingresos vía rifas, sorteos, beneficios (bailes, bingos, etc.) y colectas que ellos mismos efectúan. Además, se materializa en el gravamen que deben soportar ciertas empresas privadas. Por ejemplo, el Cuerpo de Bomberos está liberado del pago de consumo de energía eléctrica (artículo 13, Ley N° 17.328) y del pago de llamadas telefónicas locales (Ley N° 17.216). Asimismo, los dividendos y demás beneficios no reclamados por accionistas dentro del plazo de cinco años desde que se hicieron exigibles, pertenecen al Cuerpo de Bomberos (artículo 85, Ley N° 18.046).

El financiamiento privado indirecto, por su parte, se expresa en que los privados que hacen donaciones al Cuerpo de Bomberos tienen beneficios tributarios (artículos 31 y 40, D.L. N° 824). También las empresas privadas de la construcción, para calcular el impuesto a la renta que deben pagar, tienen un crédito fiscal por el IVA que paguen en contratos de construcción para bomberos (artículo 5º, Ley N° 18.630);

Septuagesimoprimer: Que, como se observa, el sistema de financiamiento del Cuerpo de Bomberos es mixto, pues comprende aportes públicos y aportes privados. Ello se explica por la naturaleza privada del Cuerpo de Bomberos. Eso hace imposible un financiamiento 100 % estatal. Además, ello permite que toda la sociedad contribuya a costear la mantención de una institución tan central para su funcionamiento.

Dicho financiamiento se estructura, como ya se señaló, sobre la base de transferencias, incentivos y gravámenes para ciertas empresas. Es en este marco en donde se ubica el D.L. N° 1757, que deja a cargo de las compañías de seguros los beneficios y las indemnizaciones correspondientes por los accidentes que sufran los bomberos en acto de servicio.

Mientras que para los trabajadores todo accidente del trabajo —es decir, toda lesión que produzca incapacidad o muerte y que sufra un trabajador a causa o con ocasión del trabajo o en el trayecto de ida o regreso— es de cargo del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (artículos 2° y 5° de la Ley N° 16.744), los bomberos tienen su propio sistema;

Septuagesimosegundo: Que ello se explica, por de pronto, porque los bomberos son voluntarios, es decir, no están desempeñando un trabajo remunerado para alguna empresa, institución, servicio o persona, cuando sufren el accidente. El bombero puede ser una persona que trabaje (también hay estudiantes), es decir que preste sus servicios a alguien de forma remunerada; sin embargo, en ese caso su trabajo no es para el Cuerpo de Bomberos. Su vida laboral se desempeña al margen de la institución, pero concurre a los siniestros cada vez que es convocado. Por eso, no puede ser cubierto por la Ley N° 16.744.

Enseguida, se explica en atención a que la sociedad, a través del legislador, ha repartido el costo del Cuerpo de Bomberos entre todos sus miembros. Ahora bien, es cierto que la ley grava a algunas empresas con ciertas obligaciones específicas en relación a los bomberos, pero esto ocurre porque si la sociedad contribuye a bomberos vía Ley de Presupuestos o de exenciones, con mayor razón deben hacerlo quienes, en cierto sentido, se ven beneficiados con la labor de los bomberos: las compañías de seguros. Baste recordar la vinculación histórica de los bomberos y estas empresas desde su nacimiento, incluso en Chile. Por eso, el legislador establece que sean estas empresas las que asuman el financiamiento del costo de los accidentes de los bomberos en acto de servicio, como se verá a continuación;

VI. El Decreto Ley N° 1757

Septuagesimotercero: Que las normas impugnadas forman parte del D.L. N° 1.757. De ahí que sea de fundamental importancia, para una adecuada comprensión de la presente impugnación, realizar un breve examen sobre su contenido y sobre sus antecedentes.

1. El sistema del D.L. N° 1757.

Septuagesimocuarto: Que el sistema que diseña el D.L. N° 1.757 se estructura en base a las siguientes variables:

En primer lugar, entrega ciertos beneficios a los miembros de los Cuerpos de Bomberos. Se entiende que son miembros de los Cuerpos de Bomberos los bomberos voluntarios, incluidos quienes tengan la calidad de honorarios, que actúen en siniestros, salvatajes o actos institucionales en el territorio nacional o fuera del país. Para acceder a los referidos beneficios es necesario, por una parte, que hubieran sufrido un accidente o una enfermedad; por la otra, que éstos hubiesen ocurrido en actos de servicio, con ocasión de concurrir a ellos o en el desarrollo de labores que tengan relación directa con la institución bomberil. La ley no limita los beneficios a accidentes o enfermedades ocurridas en incendios, sino que es mucho más amplia. Las circunstancias señaladas deben ser certificadas por Carabineros de Chile, y la naturaleza de la incapacidad producida o de la enfermedad contraída, según corresponda, será comprobada y certificada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud del territorio administrativo en que ocurriere el siniestro o acto que originare la prestación reclamada. La forma y oportunidad para acreditar los requisitos para acceder a los beneficios que establece el D.L. N° 1.757, se regulan en la Instrucción N° 233, de 6 de noviembre de 2008, de la Superintendencia de Valores y Seguros;

Septuagesimoquinto: Que, en segundo lugar, los beneficios que establece la norma legal cuestionada, son de distinta naturaleza.

Por de pronto, están todos los que tienen que ver con el costo médico del accidente o enfermedad. Se garantiza, en este sentido, la atención médica integral gratuita, incluidas las atenciones hospitalarias y quirúrgicas del accidentado o enfermo, hasta su alta definitiva, comprendidos los medicamentos. La atención médica se debe hacer en ciertos centros que señala el D.L. N° 1.757: los establecimientos del sistema de servicios de salud, de las mutualidades de empleadores de la Ley N° 16.744, de las Fuerzas Armadas y de Orden, en el Hospital Clínico José Joaquín Aguirre y en los hospitales clínicos universitarios, a elección del Superintendente del Cuerpo de Bomberos a que pertenezca el accidentado o enfermo, o de quien haga sus veces. En casos excepcionales, atendida la gravedad del accidentado o enfermo, la atención de urgencia puede efectuarse en el centro asistencial más cercano. Incluso, si por calificación médica se determina que las instituciones mencionadas no pueden asistir al enfermo o accidentado por falta de medios o por ser necesaria una atención especial, puede prestarse ésta en la clínica particular que indique el médico tratante del respectivo establecimiento.

A continuación, están los gastos de traslado, hacia y desde el establecimiento médico que preste adecuada atención al voluntario. El pago puede incluir, además, los gastos de traslado de hasta un acompañante del voluntario accidentado, y los de hospedaje y alimentación de dicho acompañante, hasta por un valor máximo.

Enseguida, se encuentran los beneficios que tienen por objeto la cobertura de la incapacidad que puede generar el accidente o enfermedad. Para tal efecto, se establece, de una parte, un subsidio por incapacidad. Si la invalidez es permanente y ésta significa una pérdida de su capacidad de trabajo, igual o superior a dos tercios, hay derecho a una renta vitalicia, contratada con alguna de las compañías de seguros de vida, autorizada para operar en el país. De la otra, los beneficios que otorga este decreto ley se hacen extensivos a la adquisición o reparación de aparatos ortopédicos o prótesis de cualquier naturaleza, bastones, sillas de ruedas, lentes y cualquier elemento rehabilitador que indique el médico tratante.

Asimismo, otro tipo de beneficio es generado en caso de muerte del bombero. En este caso, el cónyuge sobreviviente y los hijos menores de 18 años tienen derecho a una renta vitalicia. Asimismo, se deben pagar los gastos de servicios funerarios y de sepultura;

Septuagesimosexto: Que, en tercer lugar, se establece que los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos;

Septuagesimoséptimo: Que, en cuarto lugar, se establecen ciertas tareas para la Superintendencia de Valores y Seguros: cobrar a las entidades aseguradoras las cuotas de prorroto y sancionarlas en caso de incumplimiento; pagar los beneficios que concede este decreto ley; cotizar y contratar por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida;

2. Antecedentes del D.L. N° 1.757.

Septuagesimoctavo: Que, en relación a sus antecedentes, el decreto ley señalado tiene como precedente inmediato la Ley N° 6.935, publicada en el Diario Oficial el 6 de junio de 1941. Tanta vinculación existe entre ambos cuerpos legales que el artículo 8° del D.L. N° 1.757 deroga expresamente la ley señalada. De ahí que sea necesario su análisis;

Septuagesimonoveno: Que la Ley N° 6.935 buscó –según da cuenta el Mensaje con que el Ejecutivo de la época la envió al Congreso, firmado por Pedro Aguirre Cerda y Salvador Allende– “solucio-

nar definitivamente la situación que a los bomberos y a sus familias se les presenta cuando se invalidan o fallecen en actos de servicio”. A la fecha de envío de dicho proyecto, existían “más o menos 70 compañías de bomberos que agrupan alrededor de 3.000 personas”. En 1940, la situación de los bomberos que se accidentaran en actos de servicio era distinta en Santiago que en el resto del país. En Santiago, existía la Caja de Socorros. Dicho organismo era financiado fundamentalmente con cuotas del personal. Su finalidad era “velar por las familias de los voluntarios caídos en cumplimiento del deber y por el restablecimiento de los bomberos heridos en actos de servicio”. En el resto del país, en cambio, dicha Caja no existía. Por lo mismo, cada voluntario o sus familiares debían solventar el costo de sus accidentes. En todo caso, no era una caja de previsión. De ahí que el Mensaje a que se hace referencia propusiera un sistema completo para cubrir dichos accidentes, haciendo de cargo de las Compañías de Seguros su financiamiento. Respecto de esto último se indicó: “Con la labor de los bomberos, no sólo se benefician los directamente afectados por incendios, sino que principalmente las Compañías de Seguros contra Incendios, cuyo interés es disminuir el monto de los siniestros. Estas Compañías obtienen en nuestro país utilidades, y es por tanto conveniente que contribuyan con un pequeño aporte, no sólo al mantenimiento de estos Cuerpos de Bomberos, sino también a la reparación económica y médica de sus miembros cuando sufren accidentes y riesgos que los privan de su consiguiente capacidad de trabajo. Este aspecto, en su forma general, no ha sido aún resuelto con las prestaciones de socorros que actualmente se otorgan a los accidentados” (Biblioteca del Congreso Nacional; Historia de la Ley N° 6.935).

Durante el debate del respectivo proyecto, se destacó la iniciativa de que los beneficios se extendieran a todos los bomberos, y no sólo a los de Santiago (diputado Bahamondes, 4ª Sesión Extraordinaria, martes 29 de octubre de 1940, p. 790, en Historia de la Ley N° 6.935). También, que las compañías de seguros podían “financiar este proyecto sin gravamen para ellas, con una insignificante disminución de sus fuertes utilidades” (diputado Bahamondes; ob. cit., p. 790). Además, se sostuvo que “estas Compañías, al hacer sus cálculos, han considerado que existen Compañías de Bomberos que evitarán los siniestros totales. Si no existieran bomberos, las primas aumentarían, quién sabe en qué porcentaje” (diputado Dussallant; ob. cit., p. 795);

Octogésimo: Que la Ley N° 6.935 estableció el siguiente sistema para ir en ayuda de los bomberos:

Desde luego, estableció una serie de beneficios “por los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan los miembros de los Cuerpos de Bomberos en actos de servicio” (artículo 1º). Dichos beneficios eran derechos de los bomberos y se traducían en lo siguiente: “atención médica y hospitalización gratuita del accidentado”; un subsidio mientras durara la incapacidad; si la incapacidad era permanente, había una renta vitalicia; en caso de muerte, también había una renta vitalicia para la viuda e hijos menores (artículo 2º). Estos beneficios tenían un tope (artículo 3º).

Enseguida, la Sección Médica de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas tenía a su cargo “todo lo relacionado con la atención médica, [y] la determinación de la naturaleza de las incapacidades” (artículo 6º).

A continuación, la ley establecía que los beneficios que ésta concedía “serán de cargo de todas las entidades aseguradoras que cubran el riesgo de incendio y caigan bajo la denominación de Compañías de Seguro, de conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 20 de mayo de 1931, a prorrata de las primas obtenidas por cada una en el semestre inmediatamente anterior al accidente o accidentes que deban financiarse” (artículo 4º).

Finalmente, la ley entregaba tres tareas a la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio: cobrar a las entidades aseguradoras las cuotas de prorrato; pagar los beneficios; y proveer los fondos a la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas para las funciones ya indicadas (artículo 5º);

Octogesimoprimero: Que, por su parte, el D.L. N° 1757 se inició por Mensaje del Ejecutivo de la época a la Junta de Gobierno, en abril de 1974, como una modificación a la Ley N° 6.935. De este Mensaje cabe destacar, por una parte, la fundamentación del cambio. Este se apoyaba en dos ideas. La primera, que “es de verdadera justicia entregar una seguridad económica y un bienestar mejor a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, que con riesgos de sus vidas han sufrido accidentes graves que los han dejado en varios casos mutilados e incapacitados para trabajar”. (Biblioteca del Congreso Nacional; Historia del D.L. N° 1757, p. 143).

La segunda idea era que los beneficios que entregaba la Ley N° 6.935 eran de un monto exiguo, que la hacían inoperante. Por otra parte, cabe destacar que en el Mensaje se indicaba que las modificaciones propuestas “en ningún caso” significan gasto público. (Biblioteca del Congreso Nacional; ob. cit., p. 143).

Durante la tramitación de dicha modificación, se consideró que era mejor derogar la Ley N° 6.935 con el fin de recoger todas las modificaciones que había sufrido (leyes números 11.316, 11.481, 13.076, 14.695, 15.386 y 16.249) y así obtener “un nuevo cuerpo legal, orgánico y sistemático”. Los cambios efectivos a la regulación que establecía la Ley N° 6.935, fueron los siguientes:

Por de pronto, se aumentaron los montos del subsidio y de la renta vitalicia. Enseguida, se incorporaron nuevas entidades aseguradoras encargadas de pagar los beneficios: el Instituto de Seguros del Estado y los consorcios y compañías que cubren riesgos marítimos. También se estableció que la atención médica hospitalaria se prestara en pensionado y no en sala común y, en casos especiales, en clínicas particulares.

Por otra parte, cabe señalar que el D.L. publicado en el Diario Oficial aparece motivado en dos consideraciones. De un lado, en que la Ley N° 6.935 reguló indemnizaciones y beneficios que deben otorgarse a los miembros de los Cuerpos de Bomberos por los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan en actos de servicio. Nunca se limitaron éstos a los que ocurrieran en incendios. Del otro, en que “es deseo del Supremo Gobierno otorgar seguridad económica a estos beneméritos servidores públicos y a sus familias, en estas contingencias, como un reconocimiento de su espíritu de sacrificio y abnegación con la comunidad toda”;

3. Modificación al D.L. N° 1.757.

Octogesimosegundo: Que el D.L. N° 1.757 fue modificado por la Ley N° 19.798. Esta ley se originó en un Mensaje del Ejecutivo cuyo propósito fundamental era corregir “deficiencias o vacíos” en términos que permitieran “reconocer beneficios reales y efectivos a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, básicamente en relación a las prestaciones de salud e indemnizaciones”. Su objetivo no era, entonces, sustituir, sino más bien “introducir ciertas modificaciones tomando como base los contenidos de la legislación actualmente en vigor, perfeccionando los actuales beneficios”;

Octogesimo tercero: Que los cambios principales que se incorporaron al D.L. N° 1.757 se refirieron a aumentar el monto de los subsidios; precisar que la atención médica incluye las atenciones quirúrgicas del accidentado o enfermo, la adquisición o reparación de aparatos ortopédicos o prótesis de cualquier naturaleza, bastones, sillas de ruedas y cualquier elemento rehabilitador, y que se podrán entregar no sólo en los hospitales de los servicios de salud, sino también en los de las mutualidades, en los de las Fuerzas Armadas, en el Hospital Clínico José Joaquín Aguirre y en los hospitales clínicos universitarios; incluir los gastos de sepultura; y puntualizar que los beneficios son de cargo de “las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio”; finalmente, se contempló además el pago no sólo del traslado, sino también del hospedaje y alimentación del afectado y hasta de un acompañante, por un valor máximo;

Octogesimo cuarto: Que, como se observa, de los antecedentes de la actual regulación que entrega beneficios a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, se concluye que el sistema básico, es decir,

el pago de ciertos beneficios de cargo de las Compañías de Seguros, permanece inalterado desde 1941, o sea desde hace más de 60 años. También, que todas las modificaciones apuntaron a perfeccionar los beneficios que reciben los bomberos;

VII. Norma cuestionada se enmarca dentro del contenido del artículo 19 N° 22 de la Constitución.

Octogesimoquinto: Que lo que cabe preguntarse ahora es si los artículos impugnados tienen o no cobertura constitucional. Es decir, si hay algún precepto de la Constitución que justifique su legitimidad.

Para este Tribunal dicha cobertura se encuentra en el artículo 19 N° 22 de la Constitución;

1. El artículo 19 N° 22 de la Constitución.

a. Orígenes del precepto.

Octogimosexto: Que el artículo 19 N° 22 de la Constitución busca evitar toda diferenciación o distinción realizada por el Estado o sus órganos que no tenga justificación razonable. No prohíbe, por tanto, la discriminación; en algunos casos la considera necesaria para asegurar la participación “con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1º, inciso final, de la Constitución) que pueden demandar ciertas personas o grupos de personas. Pero la sujeta a ciertas condiciones.

La norma establecida en el artículo 19 N° 22 “es original de la Constitución de 1980”, pues no la contemplaban Cartas anteriores. “Forma parte de un conjunto de normas sobre isonomía, cuyo objeto es impedir que el Estado o sus organismos puedan discriminar en materia económica, particularmente en beneficio propio y en perjuicio de los agentes económicos privados” (Cea, José Luis; Derecho Constitucional Chileno; t. II; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2004, pp. 509-510).

Su incorporación buscó varios propósitos.

Por de pronto, establecer expresamente la prohibición de discriminar arbitrariamente que tiene el Estado en materia económica, para evitar discusiones sobre si se aplicaba el 19 N° 2 al Estado. Como lo ha señalado esta Magistratura, “tiene por objeto especificar, en materia económica, el principio general de la igualdad ante la ley, consagrado en el N° 2 del mismo artículo 19” (STC rol 28/85). “La ausencia de una doctrina suficientemente desarrollada por la Corte Suprema en la singularización de las igualdades, en particular, la económica, hizo necesario plantear su explicitación” (Fermadois, Arturo; Derecho Constitucional Económico; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2001, p. 264). Enseguida, se buscó “reforzar la igualdad porque también hay desconfianza histórica al papel del Estado y sus favoritismos del pasado” (Fermadois, A., ob. cit., p. 264).

En palabras de Pablo Barahona, Ministro de Economía en la fecha en que se discutió la preceptiva en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, lo que se pretendió con la incorporación de esta normativa “es que la autoridad administrativa y la ley, ante situaciones idénticas, no den a uno lo que son incapaces de dar a todos, pero que eso no signifique que no pueda existir una legislación que aplique un tratamiento tributario absolutamente diverso a distintas personas, según la zona geográfica o su condición particular” (Citado en Evans de la Cuadra, Enrique; Los derechos constitucionales; T. III; Editorial Jurídica; Santiago, 1999, p. 208);

b. Las dimensiones del precepto.

Octogimoséptimo: Que la norma contenida en el artículo 19 N° 22 de la Constitución tiene, como se desprende de su lectura, una regla general y una excepción. La regla general es “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

La doctrina ha señalado que esta regla general tiene los siguientes elementos configurativos. Desde luego, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el comisionado Bertelsen dijo que la voz discriminar tiene dos acepciones. De un lado, es dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos; del otro, es el de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra (citado en Fermandois, A., ob. cit., p. 267). De ahí que la doctrina sostenga que discriminar es “dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad sin base ni finalidad legítima para hacerlo” (Cea, J.L., ob. cit., p. 510). La arbitrariedad, por su parte, significa “sin fundamento plausible o razonable, desproporcionada o inconducente al fin perseguido con ella, ilegítima o injustificada” (Cea, J.L., ob. cit., p. 510).

Enseguida, la expresión “trato” apunta a “proceder”, a “método para relacionarse, atender o resolver un asunto, procedimiento uniforme para asistir y cuidar a peticionarios o requirentes” (Cea, J.L., ob. cit., p. 511). Son las medidas que adoptan el Estado o sus organismos.

A continuación, quienes tienen prohibida la discriminación arbitraria son “el Estado y sus organismos”; se excluye, por tanto, a los particulares de esta disposición, como sujetos activos de la misma. Esta expresión abarca no sólo a los órganos de la administración del Estado, con o sin personalidad jurídica; también comprende a los órganos autónomos, a los tribunales y al legislador (Cea, J.L., ob. cit., p. 511; Verdugo, M., Pfeffer, E., y Nogueira, H., ob. cit., p. 294). No se quiso excluir a nadie, por tanto.

Finalmente, la prohibición sólo se aplica en “materia económica”. En otras áreas, habrá que reconducir la situación al artículo 19 N° 2 de la Constitución. “Materia económica” es cualquier regulación que impacte en el mercado de productos, bienes o servicios; es “aquel plano de actuación de las personas mediante el cual obtienen lucro y se desarrollan” (Fermandois, A., ob. cit., p. 265);

Octogesimotavo: Que la norma del artículo 19 N° 22 tiene excepciones, en que el Estado puede discriminar. En estos casos, razones de política económica o de fomento de actividades pueden llevar al Estado a establecer ciertos tratos especiales a favor o en perjuicio de algún área o sector de la economía. Como estas discriminaciones son la excepción, la Constitución las sujetó a estrictos requisitos. Por eso, algunos autores sostienen que en realidad no hay ninguna excepción en el inciso segundo respecto del inciso primero del artículo 19 N° 22, pues no se autorizan las discriminaciones arbitrarias; lo que existe es que se “reglamenta la forma de conceder beneficios o imponer gravámenes cuando éstos no serán aplicados a la generalidad de la población” (Fermandois, A., ob. cit., p. 266);

c. Los requisitos para discriminar.

Octogesimonoveno: Que estos requisitos son, en primer lugar, que la discriminación que se aplique no puede ser arbitraria. Es decir, debe ser “lógica, razonable, justificada”; la “discriminación arbitraria es aquella injusta, irracional, que niega beneficios a quienes legítimamente tienen derecho a ellos o impone gravámenes a quienes no merecen soportarlos” (Fermandois, A., ob. cit., pp. 288 y 267). Es lo que dijo el citado Ministro Barahona: “no den a uno lo que son incapaces de dar a todos”.

En segundo lugar, la medida sólo puede establecerse por ley. No es la autoridad administrativa por sí, sino previa autorización del legislador, o directamente el legislador, por ejemplo, vía Ley de Presupuestos, los que pueden establecer estas distinciones. Dicha ley es ley común o ley simple (Cea, J.L., ob. cit., p. 512; Fermandois, A., ob. cit., p. 288).

En tercer lugar, las medidas a través de las cuales el Estado puede actuar, son los “beneficios directos o indirectos” y los “gravámenes especiales”. Como se observa, no se utiliza aquí por la Constitución conceptos precisos sino expresiones técnicas y genéricas. Con ello se buscó “ser breve y permitir a los organismos destinados a interpretarla una adaptación adecuada” (Evans, E., ob.

cit., p. 213). Será el legislador, entonces, quien irá definiendo, en cada caso, en qué consisten estas medidas. No quiso el constituyente utilizar expresiones que limitasen la creatividad de la ley. Será cada norma legal la que las irá configurando, de acuerdo a las necesidades de política económica que pueda demandar la sociedad en un momento determinado. Pero, claramente, se distingue entre medidas favorables (los beneficios) y medidas desfavorables (los gravámenes). En ambos casos, el legislador queda facultado para establecer una relación jurídica, con derechos y obligaciones recíprocas, entre el órgano encargado de materializarlas y el privado que las recibe o soporta. El régimen jurídico que normará dicha relación, tendrá un componente de derecho público y, por tanto, de contenido obligatorio e indisponible, y otro libremente pactado.

Dichos beneficios o gravámenes buscan que el Estado, sin utilizar la coacción, es decir, sin mandar ni imponer, ni crear servicios, proteja, promueva, estimule y oriente la actividad económica para que se entreguen o produzcan ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para la sociedad (Ariño, Gaspar; Principios de derecho público económico; Editorial Comares; Granada, 1999, pp. 289-290).

Nonagésimo: Que los “beneficios” son ayudas, en dinero o de otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso. Estas ayudas pueden ser honoríficas (como, por ejemplo, los premios nacionales), jurídicas (por ejemplo, dispensas en el cumplimiento de ciertas normas) o económicas.

Los beneficios económicos pueden ser “directos o indirectos”. En los directos, se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado entrega una subvención, es decir, una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para obtener el desarrollo de una actividad económica (por ejemplo, el financiamiento de una película), o un subsidio, esto es, una transferencia en dinero sin obligación de reembolso para ayudar a personas o grupos de escasos recursos (por ejemplo, una beca de estudios). También cabe aquí el crédito público, en que hay una transferencia de recursos, pero con obligación de reembolso, y en condiciones más favorables que las que puedan existir en el mercado (por ejemplo, el crédito fiscal). Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.

En los beneficios indirectos o franquicias, por su parte, el Estado deja de cobrar cierta cantidad de dinero; “se priva de ingresos posibles” (Fermadois, A., ob. cit., pág. 289); el “beneficio consiste en que el favorecido con ella goza de una exención tributaria o arancelaria, de modo que no paga los derechos que el Estado cobra” (Cea, J.L., ob. cit., p. 513). Estos beneficios indirectos deben ser ponderados en la Ley de Presupuestos; es decir, su costo debe incluirse en dicha ley. Con ello se buscó, por una parte, que la comunidad conozca de ellos; y, por la otra, favorecer su discusión legislativa y su evaluación periódica (Fermadois, A., ob. cit., p. 288);

Nonagesimoprimer: Que los “gravámenes especiales”, por su parte, son cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general,

aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último calificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador, es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad;

Nonagesimosegundo: Que, finalmente, el último requisito que establece el artículo 19 N° 22 radica en que los beneficios o los gravámenes, además de estar establecidos por ley y no ser arbitrarios en la discriminación que imponen, deben ir a favor o en contra de “algún sector, actividad o zona geográfica”. Con ello, se fuerza al agrupamiento o formación de categorías de sujetos o territorios para establecer las medidas (Fermadois, A; ob. cit., p. 288). Es decir, debe aludirse a grupos peculiares y diferenciados.

Ahora bien, con la expresión “sector” se alude a una parte de la actividad productiva o económica del país. Ejemplo, los agricultores, los acuicultores. Con la voz “actividad” se refiere la Constitución a emprendimientos determinados, con características operativas específicas; por ejemplo: los productores lecheros. Finalmente, con la expresión “zona geográfica” se alude al desarrollo económico que se lleva a cabo en un lugar del territorio nacional, que puede o no corresponder a la división político administrativa del país. En todo caso, el legislador, cuando establezca el beneficio o el gravamen, debe individualizar claramente el sector, actividad o zona geográfica.

Estos parámetros los puede utilizar la ley en forma conjunta (por ejemplo, los trigueros de la VII Región) o separadamente (los consumidores de agua potable de escasos recursos) al momento de establecerlos;

2. Los preceptos impugnados del D.L. N° 1.757 se encuadran dentro de la expresión “gravamen especial” que utiliza el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

a. Son un gravamen.

Nonagesimotercero: Que las normas impugnadas se encuadran dentro de la fórmula “gravamen especial” que emplea el artículo 19 N° 22 de la Constitución, en razón de lo siguiente.

En primer lugar, porque establecen una obligación que deben soportar ciertas entidades. Esta consiste en el pago que deben hacer las compañías de seguros por los beneficios que se otorgan a los bomberos por accidentes o enfermedades que sufran o contraigan en actos de servicio.

En segundo lugar, porque la obligación grava a una actividad muy específica de la economía: “las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio” (artículo 3°, D.L. N° 1.757).

En tercer lugar, porque hay una especialidad del gravamen. Este es configurado por el legislador con detalle, pues se establece el sujeto activo y pasivo de la obligación, una prestación determinada (“beneficios” que se produzcan por “los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan los miembros del Cuerpo de Bomberos, en actos de servicio”), la forma de pago (“cuota de prorrato”). También este gravamen es singular, pues la regla general es que los accidentes del trabajo los cubra la Ley sobre Accidentes del Trabajo; pero como los bomberos no están “trabajando” cuando concurren a apagar incendios o a atender otros siniestros, en el sentido que el “cuerpo de bomberos” no es su empleador ni ellos sus trabajadores, ni existe contrato de trabajo, ni subordinación ni remuneración de por medio, ni es su actividad principal, el D.L. N° 1.757 diseñó un seguro distinto, pero semejante en sus beneficios, para cubrir los accidentes y las enfermedades que contraigan los bomberos.

En cuarto lugar, está establecido como un mecanismo de financiamiento para un grupo intermedio que realiza una actividad de utilidad pública: los bomberos. Existe, por tanto, un interés nacional de por medio, calificado por el legislador (artículo 17, Ley N° 18.959).

Finalmente, no tiene carácter expropiatorio. Por de pronto, porque hay sólo una restricción a la disposición de ciertos ingresos. Las limitaciones “importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros” (Aylwin, Patricio; Derecho Administrativo; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, p. 169); han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N° 1, p. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar. Y en el presente caso, nos encontramos frente a la obligación de las entidades aseguradoras de transferir ciertos recursos; éstos van en beneficio de toda la comunidad por la “utilidad pública” del rol que juegan los bomberos en la sociedad, dándose con ello la exigencia de que la limitación esté fundada en la función social de la propiedad.

Asimismo, este Tribunal ha señalado que la privación se distingue de la limitación. “Un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad, como por ejemplo en la sentencia en que se rechazó el requerimiento para declarar la inconstitucionalidad del D.S. 171 del Ministerio de la Vivienda, validando así la cesión gratuita de terrenos para áreas verdes dispuesta por ese precepto (sentencia de 15 de abril de 1997, causa rol 253, considerandos 10 a 12) o la sentencia relativa al proyecto de ley sobre regulación del transporte terrestre de pasajeros, de fecha 25 de noviembre de 2003, rol 388” (STC rol 505/06).

También ha dicho que lo importante al momento de definir la existencia de una eventual privación, es la afectación al lucro de una actividad económica. “El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio; el precio era un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio. La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas. Desde luego, no la priva del derecho a usar de esas instalaciones, ni altera la circunstancia de hacerse por un precio, aunque altere, sin hacer desaparecer, un elemento esencial de un contrato. Su propiedad no queda desprovista de lo que le es consustancial, no resulta irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela conforme ha entendido tradicionalmente este Tribunal la esencia de un derecho... Pero que una alteración cualquiera en el precio no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro. Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado” (STC rol 505/06).

En el presente caso, las Compañías deben disponer de ingresos a favor de los bomberos accidentados. Pero no hay una afectación de la esencia del derecho de propiedad. Desde luego, porque la actividad no se elimina, suprime o prohíbe con esta obligación. También, por la posibilidad que tienen las Compañías de transferir a los precios de las primas de los seguros que contratan, esa carga. Ello explica que no se afecta el lucro, pues dichas transferencias son un costo de su actividad económica, compensado por los suscriptores de los contratos. Ello evita poner en jaque la obtención de ganancia que mueve a la empresa privada. Además, el pleno conocimiento de este costo al emprender y desarrollar la actividad, hace que las Compañías lo asuman como parte de sus proyecciones de utilidad. No hay aquí el elemento coactivo de la expropiación. Si una empresa considera que estas transferencias no justifican sus expectativas de utilidad, puede no iniciar la actividad o terminarla. El costo de producir un bien o servicio es parte del análisis de riesgo de la actividad que deben hacer los emprendedores. La voluntad de permanecer en el mercado hace presumir que los márgenes de ganancia son razonables y tolerables. Pero esa decisión de perseverar o abandonar es una decisión voluntaria, donde el Estado o sus organismos no tienen por qué intervenir. Si el costo de las transferencias por los accidentes de los bomberos hace insostenible o inviable la actividad para una empresa determinada, es un problema económico, no de constitucionalidad.

Finalmente, no nos encontramos frente a una expropiación, porque el pago que hacen las compañías es a prorrata entre todas ellas. Por lo mismo, ninguna debe soportar sino una cuota, en proporción a las primas directas por el seguro de incendio;

Nonagesimocuarto: Que también debe rechazarse la pretensión de que estemos frente a un tributo en los términos del artículo 19 N° 20.

Desde luego, el carácter de tributo, como se establece por ley, no debiera ser un asunto de interpretación. El legislador debe expresar con claridad cuándo una determinada prestación pecuniaria tiene este carácter. En algunos casos, lo hace expresamente; en otros, establece elementos indiciarios inequívocos, al configurar sus elementos, o sea el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravado y el objeto de la obligación. En este caso, en cambio, resulta difícil detectar esas variables. De hecho, aparte del presente alegato de inconstitucionalidad, los beneficios del D.L. N° 1.757 han sido considerados por las Compañías como gasto para calcular el impuesto a la renta.

Enseguida, no basta que exista una obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, para que estemos frente a un tributo. Por ejemplo, una deuda legal que beneficia al Fisco, no es un tributo; tampoco lo es una multa. Es necesaria la concurrencia de otros elementos. Así, debe existir beneficio fiscal. Los tributos financian el cumplimiento de las funciones del Estado (Cea, J.L., ob. cit., p. 469; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; ob. cit., p. 224). Ello no implica que el Estado no pueda dar a los tributos otra finalidad que la recaudatoria; por ejemplo, puede ser utilizado como instrumento de una política económica destinada a motivar o desincentivar el desarrollo de una actividad, a corregir distorsiones en el mercado, estabilizar la economía, redistribuir ingresos, etc. En todo caso, siempre los tributos están dirigidos a enriquecer o beneficiar al Estado. En este caso, en cambio, la Superintendencia de Valores y Seguros sólo recauda para pagar los beneficios a favor de los bomberos, pero no incorpora a rentas generales de la nación lo recaudado. Es decir, es una mera intermediaria.

Por otra parte, el tributo es un ingreso público; por lo mismo, es de su esencia que se pueda definir su destino por parte de la Administración. Los tributos ingresan a rentas generales de la nación, financiando el presupuesto público. Desde ahí cubren los distintos egresos del Estado y de sus organismos. Aquí, en cambio, hay un pago que hacen las Compañías por ciertos beneficios a favor de los bomberos, es decir, está predefinido en su destino; pero en vez de hacer dicho pago directamente a los hospitales, médicos, funerarias, se emplea a la Superintendencia. No es un ingreso que entre en el presupuesto de dicho organismo fiscalizador; no es un ingreso propio de éste.

Por otra parte, para que una obligación tenga el carácter de un tributo, es necesario que exista una relación de derecho público entre el contribuyente y el Estado (Meza Encina, Bárbara, e Ibaceta Medina, David; *El Principio Constitucional de la Legalidad en Materia Tributaria*; Edición Tribunal Constitucional; Santiago, 2007, p. 59; Altamirano Catalán, Marco, y Muñoz Benavente, Felipe; *Derecho Tributario. Parte General*; Editorial LexisNexis; Santiago, 2006, pp. 44-45). Sin embargo, dicho elemento aquí no se da. Es cierto que si la Compañía no paga, la Superintendencia puede sancionarla; pero eso es producto de su relación de sujeción a dicho organismo de control por realizar una actividad intensamente regulada como los seguros. Se la sanciona por incumplimiento de sus obligaciones, no por ser contribuyente. La relación entre los acreedores de los beneficios, es decir, la o las personas que dieron la prestación al bombero, y la Superintendencia es de derecho privado. El hecho generador de la obligación de pago no está regulado. Lo que se regula es el beneficio y sus montos. Qué prestaciones médicas, qué medicamentos, qué doctores intervienen, no es algo que la ley establezca.

A continuación, en un tributo, siempre hay un hecho propio o con el cual existe un vínculo directo, que desata la obligación tributaria: la compra de un bien, la generación de un ingreso, la obtención de una renta, la posesión o dominio de una propiedad. Pero, aquí, son hechos de terceros con los que no hay vínculo jurídico, los que generan la obligación: el accidente o enfermedad del bombero y la prestación médica, hospitalaria o fúnebre. También es un pago que se hace a prorrata, entre todas las Compañías.

Asimismo, en un tributo, no hay una obligación de contraprestación. El contribuyente no recibe directamente algo a cambio de lo que paga (STC rol 1034/08). En la situación que regula el D.L. N° 1.757, en cambio, la Compañía paga por un accidente o enfermedad que se contrajo en actividades vinculadas a su giro (por ejemplo, incendios, accidentes de tránsito protagonizados por vehículos, etc.);

b. Está establecido por ley.

Nonagesimoquinto: Que, por otra parte, este régimen del D.L. N° 1.757 cumple todos los demás requisitos que establece el artículo 19 N° 22 de la Constitución. Por de pronto, está establecido por ley. El decreto ley que lo establece es una norma con rango o fuerza de ley. Este, por lo demás, ha sido modificado por una ley (la Ley N° 19.798);

c. No discrimina arbitrariamente.

Nonagesimosexto: Que, enseguida, en este caso el Estado no discrimina arbitrariamente. El inciso segundo del artículo 19 N° 22 parte de la base de que el Estado discrimina, pues cuando concede un beneficio o impone un gravamen establece categorías o grupos. A unos les toca o afecta esa medida favorable o desfavorable, y a otros no. Eso es parte de la lógica con la que opera la política económica o de fomento que se quiere implementar. Lo relevante es que esa discriminación no sea arbitraria. Por lo tanto, hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar, no de obligar a creer en esas razones.

Ahora, la dificultad de analizar la arbitrariedad en el legislador radica en varios factores. En primer lugar, en determinar cuál es la justificación de la regulación que establece. Esta no está explicitada en la ley misma, como sucede, en cambio, con los motivos de una sentencia, o con los fundamentos del acto administrativo que, cuando la ley lo establece, deben explicitarse en él. La ley no tiene una justificación en sí misma; sólo tiene mandatos de hacer, no hacer o de permitir. La razón o justificación de ella hay que buscarla. Ello puede hacerse en la historia de la norma, es decir, en el mensaje o moción, en la discusión en sala o comisión, en los informes de comisión. Esto tiene el

inconveniente de que un argumento puede no expresar más que la opinión de uno o más parlamentarios, pero no la del Congreso. De ahí la máxima prudencia que debe haber al escudriñar y determinar estos motivos. Estos no pueden ser determinados caprichosamente. Eso cambiaría la arbitrariedad del legislador por la del juez.

En segundo lugar, la dinámica de la sociedad hace que lo que el legislador puede haber considerado como un motivo legítimo, quede desfasado en el tiempo. Eso obliga a quien quiera examinar la justificación de una ley, a mirar otros factores de corrección que permitan una adecuación a la época en que la norma se aplica, como puede ser su inserción normativa y la visión sistémica del ordenamiento jurídico. De lo contrario, se produciría una petrificación, un predominio del legislador originario. Ello, sin embargo, no debe conducir a reemplazar el originalismo interpretativo por un activismo judicial inmoderado.

En tercer lugar, es importante partir de la base de que el legislador tiene un motivo cuando establece una normativa. El control del legislador por parte del Tribunal Constitucional no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular;

Nonagesimoséptimo: Que lo anterior es crucial en el presente caso. La regulación, como se aprecia, se encuentra establecida en un decreto ley, no en una ley. Y en su historia legislativa no se encuentran antecedentes que logren explicar por qué se estableció una medida como la que se estudia. No obstante, al ser un decreto ley, es decir, al tener la forma de un decreto, pero establecer normas con rango o fuerza de ley, tiene considerandos. En éstos se consignan dos razones que explican los beneficios y el gravamen que se establece para las Compañías de Seguros.

De un lado, se alude a la Ley N° 6.935. Recordemos que fue esta normativa la que estableció el primer sistema de apoyo al bombero accidentado o enfermo por acto en el servicio. Y que en el Mensaje del Ejecutivo con que se originó ese proyecto, se consignó que la razón que explicaba este gravamen era que las Compañías de Seguros se beneficiaban de la actividad de los bomberos; por ello debían contribuir a la reparación económica y médica de sus miembros. Del otro, se buscó “otorgar seguridad económica a estos beneméritos servidores públicos y sus familias”, “como un reconocimiento de su espíritu de sacrificio y abnegación con la comunidad toda”.

Como se constata, el legislador tuvo en cuenta tres razones para establecer el gravamen: el beneficio que la actividad bomberil reporta a las Compañías; la seguridad económica para los bomberos y sus familias; y el reconocimiento a la labor de bomberos.

Por tanto, los motivos existen. Y son claros;

Nonagesimoctavo: Que corresponde, a continuación, determinar si estos motivos son suficientes o bastantes para establecer el gravamen a las Compañías de Seguros. Con este examen o chequeo se busca sólo determinar que los motivos del legislador aparecen respaldados, por ejemplo, con datos, o con razones aceptables y atendibles, y si se han tomado en cuenta todos los factores relevantes.

En relación a la primera razón, el beneficio que la actividad de bomberos reporta a los sujetos gravados por los artículos 3° y 4° del D.L. N° 1.757, es evidente. Por de pronto, la asociación entre el surgimiento histórico de las Compañías de Seguros y los bomberos, analizada en otra parte de esta sentencia, es reveladora de este vínculo. Enseguida, los bomberos intervienen, por una parte, previniendo incendios. Ellos deben informar las condiciones de seguridad de ciertas construcciones, para evitar siniestros. Por la otra, actúan apagando incendios, o sea, bajando el costo de lo que la

Compañía debe pagar al asegurado. Además informan de las causas del incendio, contribuyendo a determinar si hubo o no hecho de la víctima, de terceros o de la naturaleza en el daño producido, y ayudando de este modo a determinar cuál es el monto a pagar por la Compañía. En el expediente que ante este Tribunal se ha formado en el presente requerimiento, que se ha tenido a la vista, existe un informe de la División de Estudios y Desarrollo de Mercados de la Superintendencia de Valores y Seguros, que no fue controvertido, que concluye señalando que el desembolso que implica para las Compañías el D.L. N° 1.757 “alcanza a cubrir aproximadamente sólo el 5% de los beneficios obtenidos”. Ello significa “un beneficio neto privado para éstas”;

Nonagesimonoveno: Que, en lo que respecta a la segunda razón, es decir, a la seguridad económica de los bomberos y de sus familias, el D.L. N° 1.757 claramente contribuye a garantizarla. Desde luego, el bombero sabe que si le ocurre algún accidente cumpliendo su deber, no será su patrimonio ni el de su familia el que se hará cargo de la recuperación. Eso, psicológicamente, podríamos decir, lo libera de una angustia y le permite realizar su tarea riesgosa por naturaleza y de total desprendimiento, con relativa tranquilidad.

Enseguida, en el caso de materializarse un accidente o contraer una enfermedad, se cubrirán los gastos que esto implica (hospitalización, traslados, aparatos, chequeos, etc.) y se le suministrará un ingreso temporal o vitalicio según si la incapacidad es temporal o permanente. El punto es importante, porque el empleador del bombero accidentado le da permiso para concurrir a las “llamadas” de servicio; esa es la carga que la sociedad o él mismo se impone para ayudar a financiar a los bomberos. Mientras el bombero concurre a los siniestros en horario laboral, el empleador soporta su ausencia. Pero no se hace cargo de pagarle el sueldo mientras dure su enfermedad. Y ello por una razón: el acto ocurrió fuera del trabajo, de las dependencias donde el bombero, como cualquier trabajador, presta sus servicios intelectuales o materiales de forma remunerada y mediante un contrato de trabajo. Por lo demás, en ese evento, el costo del accidente lo asume el seguro de la Ley de Accidentes del Trabajo. Eso es lo que explica que no quepa invocar aquí el artículo 19 N° 16 de la Constitución. Además, las normas que podrían calificarse de seguridad social del D.L. N° 1.757, no han sido cuestionadas en el presente requerimiento. Ahora, esta seguridad de que alguien asumirá ese costo, es lo que permite al bombero realizar su “trabajo” a plenitud. No sería el mismo desempeño y entrega de un bombero en un incendio con seguro, que sin él. Es algo humano, de tranquilidad en el compromiso de actuar en una actividad riesgosa.

A continuación, en caso de fallecer el bombero, el sistema cubre los gastos del servicio funerario y de sepultación, hasta cierto monto; y el cónyuge y los hijos menores tienen derecho a una renta vitalicia. Eso también da seguridad. Si un bombero, en un acto prácticamente de heroísmo, muere en un siniestro, es decir da la vida por una actividad voluntaria, que no le reporta ingreso alguno, la sociedad y quienes se benefician de su actividad de manera preferente deben asumir el costo material de su fallecimiento. El costo espiritual de esa pérdida lo asume su familia íntegramente.

Asimismo, la seguridad de la existencia de un sistema de cobertura permite el reclutamiento de nuevos voluntarios. Si este sistema no existiera, no habría todo el interés que puede despertar una actividad riesgosa y no remunerada.

En lo que respecta específicamente al gravamen cuestionado, el objetivo de seguridad se logra por los ingresos que tiene una Compañía, que le permiten afrontar los desembolsos sin problemas de liquidez, pues las primas que reciben son periódicas. Tienen, por tanto, ingresos fijos;

Centésimo: Que en lo que atañe a la tercera razón, es decir, el reconocimiento a la labor de los bomberos, también ésta tiene sustento. El accidente o enfermedad que se cubre, es el que sufren o contraigan los bomberos, “en actos de servicio, con ocasión de concurrir a ellos o en el desarrollo de labores que tengan relación directa con la institución bomberil” (artículo 1º, D.L. N° 1.757).

No se cubren, entonces, actividades privadas o desvinculadas de siniestros o salvatajes institucionales. Se da cobertura al arrojo, al coraje que producen efectos perjudiciales en la salud del bombero, pero que redundan en un beneficio social además del beneficio particular extra que reciben algunas entidades como lo son las compañías de seguros. Los beneficios que otorga el D.L. N° 1.757 a los bomberos, son el “premio” a su labor de generosidad extrema, pues cumplen su deber a costa de su integridad física. Es una consideración a “estos beneméritos servidores públicos” (considerando, D.L. N° 1.757).

En relación a este objetivo respecto de las Compañías, en estrados se afirmó por el representante de éstas que no estaban en juego los aportes, sino quién los financiaba. Y que los gastos no debían depender de las ganancias de las Compañías. Expresamente, se sostuvo que bomberos realizaba una valiosa labor y que debían tener cobertura sus accidentes y las enfermedades contraídas;

Centesimoprimeramente: Que existen, entonces, razones para justificar la imposición de la medida. Estas, a juicio de este Tribunal, son suficientes.

Resta por examinar, a continuación, si estos motivos son coherentes con las medidas que el D.L. N° 1.757 establece. Este control consiste en determinar si existe un vínculo lógico, una racionalidad, entre las razones invocadas por el legislador para establecer la regulación y la medida propiamente tal.

En cuanto al vínculo entre la actividad bomberil y los seguros, se aprecia que el financiamiento que deben hacer las Compañías lo hacen con cargo a las primas directas por el seguro por riesgo de incendio (artículo 3°, D.L. N° 1.757). Es decir, por una actividad en que los bomberos intervienen de manera protagónica. El incendio y su prevención es lo que liga a los bomberos y a las Compañías.

En lo que respecta a la seguridad de los bomberos y de sus familias, los beneficios que deben pagar las Compañías dan tranquilidad a la labor de cada bombero y no desincentivan el reclutamiento de nuevos voluntarios. En el sistema diseñado por el D.L. N° 1.757 se expresa, por de pronto, que los beneficios que otorga la ley son derechos subjetivos (artículo 1°, inciso tercero, D.L. N° 1.757) e irrenunciables (artículo 7°, D.L. N° 1.757). Para ello, deben ser certificadas por Carabineros las circunstancias del hecho perjudicial, y por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez la incapacidad (artículo 2°, D.L. N° 1.757). Enseguida, no es el bombero o sus familiares quienes deben cobrar el beneficio y luego reembolsar al hospital, a los médicos y a la funeraria. La ley establece que toca a la Superintendencia de Valores y Seguros cobrar las cuotas y pagar los beneficios (artículo 4°). Esto lo reitera la letra c) del artículo 1° del D.L. N° 1.757, que obliga a dicha Superintendencia a pagar el subsidio por invalidez temporal. Y cuando la incapacidad es permanente, la renta vitalicia la cotiza y contrata. Lo mismo establece con los gastos funerarios y de sepultación, pues deben ser pagados “directamente” (artículo 1°, letra c)); y con los gastos de hospitalización, medicamentos, atención médica (artículo 5°, D.L. N° 1.757). Con ello se evitan incertidumbres adicionales al accidente, enfermedad o muerte. Asimismo, la seguridad se materializa en que los establecimientos médicos no pueden exigir documentos en garantía, bastando la orden de atención emitida por el Cuerpo de Bomberos respectivo (artículo 5°, inciso sexto, D.L. N° 1.757)). Además, se expresa en que los beneficios se reajustan y son compatibles con otros que pueda percibir (artículo 2°, D.L. N° 1.757), y en la transmisibilidad de ciertos beneficios (artículo 1°, letra d)). En fin, se expresa en que si las Compañías no pagan, la Superintendencia les aplica sanciones (artículo 3°).

Finalmente, en relación al reconocimiento, éste se materializa en que el D.L. N° 1.757 diseña un sistema integral de ayuda al bombero que se accidentó o contrajo una enfermedad en acto de servicio. Este sistema cubre, como ya lo hemos señalado, los costos médicos y hospitalarios, el costo de

no trabajar de modo temporal o definitivo y, en caso de muerte, el costo funerario y de sepultación y una renta vitalicia (artículo 1º, D.L. N° 1.757);

Centesimosegundo: Que aún falta analizar si los motivos que tuvo en cuenta el legislador son lícitos, es decir, si no contravienen otros preceptos constitucionales.

Las Compañías han impugnado el gravamen alegando dos razones: que es excesivo y que vulnera la igualdad ante la ley.

En relación a lo primero, cabe señalar, en primer lugar, que el gravamen se impone a todas las entidades aseguradoras, y no sólo a algunas.

En segundo lugar, las Compañías no son solidariamente responsables de las obligaciones que les impone la ley, pues contribuyen a prorrata de las primas directas en el seguro por riesgo de incendio. Es decir, se toman en cuenta sus ingresos; no pagan, por lo tanto, lo mismo, como sucedería si la ley estableciera que deben concurrir pagando una cuota fija e igual.

En tercer lugar, los beneficios que deben pagar deben producirse como consecuencia de accidentes o enfermedades ocurridos o contraídas en acto de servicio y después de ser certificados por Carabineros y las Comisiones de Medicina Preventiva. De ahí que la Superintendencia pueda suspender el pago de los beneficios si se determina que no se cumplían los requisitos para obtenerlos.

En cuarto lugar, la mayoría de los beneficios que deben solventar, tienen topes legales. En el caso de la renta vitalicia, ésta se debe contratar por la Superintendencia después de una cotización, ante las mismas Compañías que deben soportar el gravamen. La atención hospitalaria, por su parte, tiene que realizarse en ciertos centros predefinidos por el legislador; sólo en casos calificados, atendida la gravedad del accidentado o enfermo, la atención de urgencia puede efectuarse en el centro asistencial más cercano. También, el pago de la atención médica y hospitalaria sólo cubre aquellos gastos que “sean consecuencia directa del accidente sufrido o enfermedad contraída”.

En quinto lugar, el costo que significa para las Compañías no lo asumen con cargo a sus utilidades, pues es transferido a primas que deben ser pagadas por los asegurados. En el expediente del presente recurso, consta cómo las Compañías han solicitado a la autoridad que en la prima del seguro de incendios se individualice el costo de la cobertura de los accidentes o enfermedades de los bomberos, como un ítem aparte. Asimismo, este costo es trasladado al momento de determinar el pago del impuesto a la renta, como un gasto. Además, como se señaló en estrados, el Estado, o sea, todos los ciudadanos, sólo por vía de la Ley de Presupuestos —o sea sin considerar los beneficios tributarios—, entrega a bomberos anualmente nueve veces más de lo que transfieren las Compañías; los beneficios son proyectables; el costo es sólo del 5% de los beneficios que las Compañías reciben por la labor de bomberos; eventualmente, cabe el reaseguro; y todas las Compañías que requieren en el presente caso, entraron al negocio después de la dictación el D.L. N° 1.757; sabían, por tanto, que existía este costo en la actividad.

No puede considerarse, en consecuencia, que la medida sea excesiva;

Centesimotercero: Que las Compañías han sostenido que el gravamen resulta desproporcionado, pues la mayoría de los accidentes los sufren los bomberos en actos ajenos al combate de los incendios, como sucede por ejemplo con el rescate de vehículos.

Al respecto, cabe señalar, de partida, que no resulta procedente hacerse cargo de dicha argumentación. Por una parte, es una cuestión de hecho determinar lo alegado por las Compañías. Ello es ajeno a las atribuciones de este Tribunal. Por la otra, las Compañías no han impugnado en el presente requerimiento las normas del D.L. N° 1.757 que definen los actos que quedan cubiertos por los beneficios, establecidos en su artículo 1º. Sólo han cuestionado sus artículos 3º y 4º.

A continuación, los accidentes de tránsito de vehículos motorizados no son ajenos a las Compañías de Seguros Generales, por el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados, que establece la Ley N° 18.490, que beneficia al conductor del vehículo, a sus acompañantes y a cualquier tercero afectado. Dicho seguro se impone a todo vehículo (artículo 3°, Ley N° 18.490), de modo que las municipalidades no pueden otorgar permiso de circulación sin que se les acredite su contratación (artículo 20). Por lo mismo, la actividad que realicen los bomberos en esta área no les resulta ajena ni distante;

Centesimocuarto: Que las Compañías han sostenido también que se afecta la igualdad ante la ley.

Al respecto, por de pronto, cabe señalar que el gravamen se impone a todas las Compañías de Seguros, sin excepción. La norma tiene el carácter de generalidad.

Enseguida, las Compañías no son las únicas empresas que deben soportar alguna carga para el esfuerzo nacional de financiar a los bomberos. Ya se hizo alusión, en otra parte de este fallo, a cómo los Cuerpos de Bomberos no pagan luz ni las llamadas telefónicas; ello grava a las empresas de electricidad y a las telefónicas que dan servicio básico. Asimismo, el empresario para quien presta servicios el bombero, debe soportar su ausencia cuando éste concurre a los “llamados” que el Cuerpo de Bomberos le formula.

A continuación, la medida tiene fundamento objetivo y razonable: las Compañías se benefician de la actividad de los bomberos. No hacer gravitar esta obligación en ellas implicaría una transferencia neta de recursos en su favor y un costo para quien el legislador decidiera encargársela en su reemplazo. Y ello sí alteraría la igualdad ante la ley.

No hay, entonces, una vulneración de la igualdad ante la ley;

Centesimoquinto: Que la medida, por tanto, no puede ser calificada de arbitraria, pues el legislador tuvo motivos para establecerla; estos son suficientes; existe una vinculación lógica entre estos motivos y la regulación; y estos son, finalmente, lícitos;

Centesimosexto: Que, en conclusión, la medida de hacer de cargo de las Compañías de Seguros el pago de los beneficios que establece el D.L. N° 1.757, se ajusta plenamente al artículo 19 N° 22 de la Constitución. Se trata de un gravamen, impuesto por ley y que no discrimina arbitrariamente.

Además, no se vulnera la igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, ya que, tal como se ha señalado, los preceptos impugnados se aplican por igual a todas las entidades aseguradoras a prorrata de las primas directas en el riesgo de incendio, de modo que quienes se encuentran en las mismas circunstancias, al beneficiarse de un modo particular gracias a la actividad de bomberos, reciben el mismo trato. Por otra parte, es preciso enfatizar que los beneficios que las entidades aseguradoras solventan a favor de bomberos son transferidos a precios, de modo que quien paga, en última instancia, es el asegurado.

En lo que dice relación con el argumento de los requirentes de que el D.L. N° 1.757 estaría creando un subsistema de seguridad social, valga recalcar que el bombero no es un “trabajador” del Cuerpo de Bomberos y en consecuencia el sistema que establece el cuestionado cuerpo legal no establece propiamente prestaciones de seguridad social. Por otra parte, no fueron cuestionadas las normas específicas que regulan dicho sistema.

Por todas estas razones el presente requerimiento debe rechazarse en todas sus partes. Y VISTO: lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2°, 18° y 22°, y 93, N° 6° e inciso undécimo, todos de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FS. 1 Y QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DECRETADA A FS. 308.

Se previene que el Ministro Francisco Fernández Fredes concurre a lo resuelto en el fallo sin compartir lo sostenido en su considerando *Cuadragesimotercero*.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Presidente, y Hernán Vodanovic Schnake, previenen que concurren a la sentencia que desecha la acción deducida, pero sin suscribir las referencias que su considerando NONAGESIMOTERCERO hace a la doctrina de la sentencia de seis de marzo de dos mil siete, recaída en el Rol N° 505, de la cual en su oportunidad disintieron.

Adoptada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien estuvo por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Que, como toda actividad económica lícita, la de las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendios está sujeta a las normas legales que las regulen, normas que pueden fijar condiciones o requisitos para su ejercicio, imponerles tributos o hacer recaer sobre ellas cargas públicas, como también favorecerlas con algún beneficio o establecer a su respecto un gravamen. En todo ello, sin embargo, la legislación debe respetar los principios, derechos y garantías constitucionales que enmarcan la actividad legislativa, la cual, como toda actuación de órganos del Estado, debe respetar plenamente la Carta Fundamental para ser válida;

2.- Que, en atención al contenido del precepto legal impugnado en el requerimiento de inaplicabilidad de que conoce el Tribunal Constitucional, cobra especial relieve recordar lo que dispone el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política, conforme al cual “La Constitución asegura a todas las personas: La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, permitiendo este precepto en su inciso segundo que “Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”;

3.- Que, por consiguiente, no corresponde excluir en principio la existencia de una legislación, aplicable sólo a las compañías de seguros que cubran el riesgo de incendios y que contemple un gravamen que sólo ellas deban satisfacer, siempre que las disposiciones legales que así lo hagan satisfagan en plenitud las exigencias constitucionales;

4.- Que los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, que otorgan beneficios por accidentes y enfermedades a los miembros de los cuerpos de bomberos, preceptos legales cuya declaración de inaplicabilidad se ha solicitado, tienen precisamente el carácter de un gravamen, pues hacen recaer sobre las entidades aseguradoras y mutualidades que cubren en Chile el riesgo de incendio, el pago íntegro de los beneficios que correspondan a los bomberos por los accidentes que sufran o las enfermedades que contraigan en actos de servicio;

5.- Que, consideradas en su conjunto, las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio, pueden ser consideradas como un “sector” o “actividad” económica, a cuyo respecto y de conformidad con el artículo 19 N° 22, inciso segundo, es lícito que una ley establezca un gravamen especial que sólo afecte a las personas incluidas dentro del respectivo sector o actividades;

6.- Que, sin embargo, para que el gravamen especial establecido por una ley sobre todos quienes están incluidos en el respectivo sector o actividad, sea procedente, no debe entrañar una “discrimi-

nación arbitraria”, concepto éste que, formulado en términos positivos, significa que debe existir un factor de diferenciación que justifique la diversidad de trato legalmente fijado;

7.- Que, en el gravamen que recae sobre las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio, la circunstancia que explica su imposición no es otra que el beneficio que ellas reciben de la actuación de los cuerpos de bomberos, por lo cual, estaríamos ante un hecho relevante para introducir a su respecto una diferencia de trato, siempre, además, que esta diferencia resultara proporcional al beneficio recibido;

8.- Que, no obstante lo dicho, ha de tenerse presente que en Chile los cuerpos de bomberos benefician también con su actividad al público en general y a personas cuyas propiedades sufren incendios, aunque no estén aseguradas contra este riesgo, como también que atienden otros siniestros, entre los cuales están accidentes de tránsito e inundaciones, no cubiertos con las primas por seguro de incendios.

De esta forma, no coincide el universo de personas beneficiadas con la totalidad de las actuaciones de los cuerpos de bomberos con la de las instituciones sobre las que se hace recaer el pago de los beneficios por accidentes o enfermedades contraídas por los bomberos en actos de servicio. Son más las personas e instituciones beneficiadas que las que concurren al pago, existiendo por lo tanto una discriminación en contra de las instituciones sobre las que se hace recaer en su totalidad el gravamen, esto es las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio, que al no tener una causa que la justifique íntegramente resulta arbitraria y, por consiguiente, inconstitucional, siendo suficiente este motivo para acoger el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto.

Redactaron la sentencia el ministro Enrique Navarro Beltrán, desde el considerando 1º al 46º, y el ministro Carlos Carmona Santander desde el considerando 47º en adelante.

La disidencia y las prevenciones fueron redactadas por sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1295-2008-INA.

Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

2.1.2. DISCRECIONALIDAD

MATERIA

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Apelación Protección

Rol: 16790-1991

Fecha: 16.05.1991

Resultado recurso: Acogido.

Ministros mayoría: Marcos Aburto Ochoa, Servando Jordán López, Enrique Zurita Cruz, Osvaldo Faúndez Valencia y el Abogado Integrante Fernando Fueyo Laneri.

Ministro redactor: Abogado Integrante Fernando Fueyo Laneri.

Partes: Luis Angel Rosas Díaz y otros con Presidente de la República.

DESCRIPTORES

Acto Administrativo – Discrecionalidad – Motivación – Arbitrariedad – Estado de Derecho.

PRINCIPIO JURÍDICO

El ejercicio de una potestad discrecional obliga siempre a motivar el acto administrativo.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º y 20 CPR; Art. 90 letra b) D.F.L. N° 1/1980 Ministerio del Interior, Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile

PREGUNTA JURÍDICA

¿El ejercicio de una potestad discrecional está sujeto a la obligación de expresar sus motivos en el acto administrativo de que se trate?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Director General de Investigaciones remitió al Presidente de la República 27 oficios solicitando el retiro temporal de funcionarios de la Policía de Investigaciones, de conformidad a lo señalado en el Estatuto del Personal de dicha institución.

Los textos de tales oficios son idénticos entre sí, y en ninguno de los casos se expresa la razón de hecho que el Director General del Servicio haya tenido en consideración para tomar la decisión.

A su vez los Decretos Supremos que se dictaron para cada caso siguiéndose las directivas y proposiciones antedichas, son todos de idéntico texto entre sí. Al igual que en el caso de los oficios del Director General, no se mencionan en los Decretos Supremos hechos, actos o conductas de los funcionarios retirados y que, a su vez, merezcan la

medida del retiro temporal, pese a que algunas de las razones, referidas a supuestas conductas reñidas con la ética institucional, habían aparecido en medios de prensa antes de dictarse los Decretos respectivos.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de protección sosteniendo que los Decretos Supremos correspondían a una atribución discrecional del Presidente de la República.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

A falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás Ramón Fernández, “Arbitrariedad y discrecionalidad”, pp. 106 y 107. Editorial Civitas, Madrid, 1991 (C. 7).

El poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conducta dados. Ese poder funcional, por último, está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental, vale decir, mucho más allá de los límites más reducidos de un mero Decreto (C. 8).

Para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”. Desde luego, “en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”. Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a “aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen”. Lo que aparece citado textualmente en las líneas precedentes corresponde a fragmentos de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de España, y que son de las fechas que enseguida se indican: 29 de noviembre de 1985, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985. (Ver Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, Pamplona, España) (C. 9).

Cabe recordar, de modo indispensable, que nuestro ordenamiento positivo contempla específicamente las disposiciones legales que debieron aplicarse en este caso ante

el comportamiento supuestamente indebido de unos funcionarios que, a juicio de la autoridad policial, merecían alguna sanción (C. 10).

De acuerdo con los números 4 y 5 del artículo 140 del D.F.L. N° 1, de 1980, sobre Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile, en relación con el inciso segundo del artículo 141 del mismo cuerpo legal, se establece que la “petición de renuncia” y la “separación” y “baja por mala conducta” “solo podrán aplicarse previo sumario administrativo”. Se reiteran las normas recién citadas en el artículo 8° del decreto N° 40, de 15 de junio de 1981, que es el Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile. Allí se formula la siguiente exigencia: “procede la instrucción de un sumario administrativo o la práctica de una investigación sumaria”. En la especie dicho sumario o dicha investigación faltaron, absolutamente, como que no aparecen ni siquiera aludidos directa o indirectamente en los antecedentes traídos a la vista (C. 11).

Dada la especificidad de las normas legales citadas en el considerando anterior, la jerarquía superior de una Dirección General no está facultada para eludir las o ignorarlas a cambio de echar mano al fácil expediente del retiro temporal con el fundamento en la mera discrecionalidad, privando de este modo al funcionario de su derecho constitucional al debido proceso, entre otras cosas. Excusado sea decir que, de paso, en la especie un Director General de Servicio conduce su plan por la vía del Jefe de Estado con la intención evidente de hacer uso de una discrecionalidad de la cual él carece (C. 12).

De acuerdo con todo lo relacionado precedentemente, se advierte que, por el camino de un número determinado de Decretos Supremos, ya individualizados, y que se apoyan en decisiones documentadas del Director recurrido, se hace uso arbitrario de una facultad discrecional, vulnerándose, a la vez, trascendentes derechos y garantías constitucionales inherentes a los bienes y derechos de la personalidad, sobradamente examinados por la doctrina y tutelados por esta Corte en innumerables oportunidades (C. 13).

CONCLUSIÓN

Todos los actos administrativos y especialmente los discrecionales deben estar motivados, es decir, fundarse en antecedentes objetivos y verificables, de modo que puedan sostener el acto sobre sí mismo.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El caso Rosas Díaz constituye un precedente esencial en la evolución sobre la motivación del acto administrativo en el ejercicio de las potestades discrecionales. La decisión se dictó en un contexto en donde tradicionalmente se entendía que el ejercicio de una potestad discrecional no requería de expresión de los motivos.

La tesis de Rosas Díaz está fuertemente influenciada por la teoría del control judicial pleno del derecho español, cuyo debate a finales de los 80 fue especialmente ácido e

intenso. La sentencia, redactada por Fueyo, se ampara en el trabajo de Tomás Ramón Fernández en el cual reproduce sus argumentos en ese debate.

El estándar de Rosas Díaz se demorará en llegar a la jurisprudencia administrativa, cuestión que se producirá el año 2007 en el Dictamen 23.114 (publicado en este libro), denominado también “Comité de Ética Policial”.

TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada sólo en su parte expositiva, se eliminan sus considerandos y teniendo, en su lugar presente:

Primero: Que el problema sobre el cual deberá pronunciarse esta Corte, conociendo por la vía de la apelación, se empieza a suscitar cuando el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, don Horacio Toro Iturra, decide llamar a retiro temporal a 17 funcionarios con la calidad denominada “personal de nombramiento supremo”, para cuyo efecto despacha al señor Ministro de Defensa Nacional sendos oficios, con particularización de cada caso, oficios que rolan en autos a fojas 44, 45, 82, 83, 168, 169, 214, 215, 227, 434, 436, 438, 439, 441, 442, 444, 446, 448, 450, 451, 453, 454, 456, 457, 459, 460, 463. Su propósito, incontestablemente, es inducir a la autoridad superior para que se proceda a dictar los decretos supremos que se conformarán a su propia decisión.

Segundo: Que los textos de tales oficios son idénticos entre sí, y además, en ninguno de los casos se expresa la razón de hecho que el Director General del Servicio haya tenido en consideración para tomar la decisión conducente, en último término, a la aplicación de dicha medida extremadamente grave.

Tercero: Que, aun cuando la causa eficiente de la decisión del Director del Servicio está absolutamente ausente, dicho funcionario, sin embargo, insinúa la fundamentación legal y formal que tendrían los decretos supremos que propone que se dicten. Dice en cada uno de los oficios aludidos: “2. Lo anterior puede efectuarse en conformidad a lo establecido en el artículo 90, letra b), del D.F.L. N° 1/80, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile y el artículo 48, del Decreto 5, de 20.01.82”.

Cuarto: Que los decretos supremos que se dictaron para cada caso siguiéndose las directivas y proposiciones antedichas, son todos de idéntico texto entre sí. Al igual que en el caso de los oficios del Director General, no se mencionan en los decretos supremos, hechos, actos o conductas de los funcionarios retirados y que, a su vez, merecieran según la ley –o la discrecionalidad– la medida en referencia.

Quinto: Que en los decretos supremos que se dictaron se expresa el fundamento formal contenido en el artículo 90, letra b) del D.F.L. N° 1, de 1980. Se menciona, además, que es “facultad del Presidente de la República para disponer el retiro”. En el informe ordenado por la Corte de Apelaciones al Director General recurrido de protección, éste insiste en la señalada “facultad discrecional de S.E. el Señor Presidente de la República”.

Sexto: Que de lo anterior aparece de manifiesto que, tanto en los oficios del director recurrido como en los decretos supremos que les siguieron, la causa única de los llamados a retiro no sería otra que una facultad discrecional concedida al Jefe de Estado, y que dicha facultad, a mayor abun-

damiento, tendría la dimensión superlativa de relevar a la autoridad de la expresión de la causa real o efectiva consistente en hechos, actos o conductas del sancionado.

Séptimo: Que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, pp. 106 y 107, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Octavo: Que, aún más, el poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conducta dados. Ese poder funcional, por último, está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental, vale decir, mucho más allá de los límites más reducidos de un mero decreto.

Noveno: Que, además, para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional, “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”. Desde luego, “en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”. Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a “aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen”. Lo que aparece citado textualmente en las líneas precedentes corresponde a fragmentos de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de España, y que son de las fechas que en seguida se indican: 29 de noviembre de 1985, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985 (ver Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, Pamplona, España).

Décimo: Que, cabe recordar, de modo indispensable, que nuestro ordenamiento positivo contempla específicamente las disposiciones legales que debieron aplicarse en este caso ante el comportamiento supuestamente indebido de unos funcionarios que, a juicio de la autoridad policial, merecían alguna sanción.

Undécimo: Que, de acuerdo con los números 4 y 5 del artículo 140 del D.F.L. N° 1, de 1980, sobre Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile, en relación con el inciso 2° del artículo 141 del mismo cuerpo legal, se establece que la “petición de renuncia” y la “separación” y “baja por mala conducta” “sólo podrán aplicarse previo sumario administrativo”. Se reiteran las normas recién citadas en el artículo 8° del Decreto 40, de 15 de junio de 1981, que es el Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile. Allí se formula la siguiente exigencia: “procede la instrucción de un sumario administrativo o la práctica de una investigación sumaria”. En la especie dicho sumario o dicha investigación faltaron, absolutamente, como que no aparecen ni siquiera aludidos directa o indirectamente en los antecedentes traídos a la vista.

Duodécimo: Dada la especificidad de las normas legales citadas en el considerando anterior, la jerarquía superior de una Dirección General no está facultada para eludirlas o ignorarlas a cambio de echar mano al fácil expediente del retiro temporal con el fundamento en la mera discrecionalidad, privando de este modo al funcionario de su derecho constitucional al debido proceso, entre otras cosas. Excusado sea decir que, de paso, en la especie un Director General de Servicio conduce su

plan por la vía del Jefe de Estado con la intención evidente de hacer uso de una discrecionalidad de la cual él carece.

Decimotercero: Que, de acuerdo con todo lo relacionado precedentemente, se advierte que, por el camino de un número determinado de decretos supremos, ya individualizados, y que se apoyan en decisiones documentadas del Director recurrido, se hace uso arbitrario de una facultad discrecional, vulnerándose, a la vez, trascendentes derechos y garantías constitucionales inherentes a los bienes y derechos de la personalidad, sobradamente examinados por la doctrina y tutelados por esta Corte en innumerables oportunidades. El recurso de protección interpuesto por los funcionarios afectados, en contra del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, hace precisamente caudal de las infracciones a la Constitución Política, según se examinará en seguida.

Decimocuarto: A juicio de esta Corte, y con sujeción a los recursos de protección promovidos, se han vulnerado los siguientes derechos y garantías consagrados en la Carta Fundamental: a) La garantía de todo ciudadano –funcionario o no– a ser sometido al “debido proceso”, que involucra, a su vez, “las garantías de un racional y justo procedimiento”. De acuerdo con tales conceptos, no ha de faltar, por lo menos, un sumario administrativo, una acción o querrela y su oportuno conocimiento, la adecuada defensa y la producción de una prueba necesaria, libre y eficaz; lo dicho sin perjuicio de otras muchas expectativas que ofrece la noción del “debido proceso”. (Constitución Política, Art. 19, N° 3, inc. 5°). b) La garantía que dispone que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señala la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta”. (Constitución Política, artículo 19, N° 3, inciso 4°). A juicio de un autor, “Comisiones especiales son las que, de modo individual o colectivo, se arrogan la facultad de tribunales sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales e independientes creados con carácter permanente por el legislador” (José Luis Cea Egaña, Tratado de la Constitución de 1980, p. 272. Editorial Jurídica de Chile, 1988). c) El derecho al “respeto y protección privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” (Constitución Política, Art. 19 N° 4). Faltándose, además, al artículo 10 del Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile, anteriormente citado, justamente la operación retiro temporal se publicitó indebidamente y a pesar de haberse omitido el derecho al debido proceso; a este respecto abundan en los antecedentes pruebas sobre entrevistas, declaraciones, reportajes y crónicas con materiales obtenidos del Servicio o bien a través de las expresiones vertidas directamente por funcionarios del mismo Servicio con gran despliegue publicitario (por ejemplo, fojas 2 a 33, fojas 50 a 81) (a fojas 3 aparece una declaración oficial del Departamento de Relaciones Públicas de la Policía de Investigaciones, involucrando a los funcionarios llamados a retiro). Acogidas las causas precedentes de infracción a normas del Capítulo III de la Constitución sobre “Los derechos y deberes constitucionales”; es inoficioso que esta Corte se refiera a otros fundamentos de idéntico sentido que contienen los recursos de protección interpuestos.

Decimoquinto: Que no es procedente desconocer el rango administrativo del más alto nivel que corresponde al Director General de la Policía de Investigaciones, don Horacio Toro Iturra, para excluirlo de la legitimación pasiva que ostenta ante subordinados suyos que él ha juzgado administrativamente en los hechos; con mayor razón si gestó personalmente los decretos supremos que se dictaron y en estos últimos se admite de modo expreso que se tuvo en vista en cada caso un oficio determinado de la citada autoridad máxima en su calidad de Director General de la Policía de Investigaciones de Chile. A mayor abundamiento, el fundamento legal de cada decreto supremo es siempre el mismo que señaló el Director General, vale decir, la letra b) del artículo 90 del D.F.L. N° 1, de 1980. Por lo mismo que esta Corte rechaza expresamente el razonamiento en contrario contenido en el considerando 7° de la sentencia apelada y que va dirigido a desvanecer el efecto de protección debida.

Decimosexto: Que, por lo demás, la Constitución Política, en su artículo 20, atiende primordialmente a los actos o conductas infraccionales y sus efectos, por encima del sujeto mismo causante de dichas infracciones, que viene a resultar, especialmente en este caso, algo formal y de segundo plano; como que en la disposición citada recién se dice a la letra que el recurso de protección se dirige al fin reparatorio inmediato y para nada menciona al sujeto causante: “La Corte de Apelaciones... adoptará de inmediato las providencias que juzque necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Decimoséptimo: Que, por último, la sana doctrina nos indica que, a despecho de un excesivo formalismo, ha de centrarse el asunto en la administración, que es una misma.

Y vistos la disposiciones constitucionales y legales citadas en el cuerpo de esta sentencia, y el Auto Acordado de esta Corte, de 29 de marzo de 1977, como también el artículo 20 de la Constitución Política, se revoca la sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno escrita a fojas 509 y se decide que se acogen los recursos de protección interpuestos por don Luis Ángel Rosas Díaz, don Roberto Eduardo Soto Retamal, don Armando Emir Ulloa Urrutia, don Gabriel Antonio Bravo Serra, don Julio Alcaide Vitale, don Marco Antonio Alborno de la Fuente, don Horacio Ramiro Álvarez Fuentes, don Hernán Alejandro Becker Weisser, don Mateo Espinoza Torres, don Daniel Gangas Manríquez, don Pablo Goñi Sidman, don Ricardo Eleno Martínez Moraga, don Víctor Samuel Parra Hormazábal, don José Marián Ponce Cartes, don Rodolfo Ernesto Sandoval Herrera y don Mario René Ubilla Muñoz en contra del Director General de Investigaciones don Horacio Toro Iturra y se declara que los funcionarios recurrentes deben volver jurídicamente al estado anterior a los Decretos 352, 370, 371, 350, 351, 376, 373, 353, 357, 359, 374, 375, 369, 358, 355 y 368 del Ministerio de Defensa Nacional, todos del año 1990, y en tal virtud se reincorporarán al Servicio, con todos sus derechos, incluidos los concernientes al tiempo intermedio entre el retiro temporal y esta sentencia una vez ejecutoriada, sin hacerse exclusión de derecho alguno; sin perjuicio de que, si procediere, se inicien sumarios o investigaciones sobre hechos, actos o conductas de esos funcionarios, en conformidad a la Ley.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del abogado integrante don Fernando Fueyo Laneri.

Rol N° 16.790.

Pronunciada por los ministros señores Marcos Aburto O., Servando Jordán L., Enrique Zurita C., Osvaldo Faúndez V. y el abogado integrante señor Fernando Fueyo L.

MATERIA

MOTIVACIÓN DE ACTOS DISCRECIONALES

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 23.114

Fecha: 24.05.2007

DESCRIPTORES

Acto Administrativo – Facultades Discrecionales – Motivación.

PRINCIPIO JURÍDICO

Los actos discrecionales siempre deben ser motivados.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 2 CPR; Art. 90 letra b) D.F.L. N° 1/80 Ministerio de Defensa, Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones de Chile.

PREGUNTA JURÍDICA

¿A qué requisitos se encuentra sujeto el acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Por medio de decretos del Presidente de la República se dispuso el retiro de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile. Estos decretos se fundaban en un expediente secreto y en un oficio reservado que contenía las decisiones del Consejo Superior de Ética Policial, instancia en la cual se juzgaba la conducta ética del personal de la institución.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Los decretos a través de los cuales se ejercite la potestad que el artículo 90 letra b) del D.F.L. N° 1/80 Defensa otorga al Presidente de la República para disponer el retiro temporal de los Oficiales y personal de Apoyo Científico Técnico de Investigaciones, deben ser motivados, señalándose en éstos las circunstancias y el raciocinio que justifica la adopción de dicha medida. Ello, porque el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende, ilegítimos. Además, la dictación de los actos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que dichos actos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal

vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

CONCLUSIÓN

Los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales deben ser motivados, contar con una fundamentación racional y encontrarse plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El caso del Comité de Ética Policial es otro de los casos en donde la jurisprudencia administrativa dio un cambio notable en relación a su jurisprudencia previa.

La tesis previa era que los actos discrecionales del Presidente de la República no requerían ser motivados, entre otras cosas porque la CGR no podía fiscalizar los motivos. Sin embargo, tras este dictamen si bien la CGR señala que las potestades discrecionales son de evaluación privativa del jefe de Estado, esto no implica que estén eximidos de la motivación que debe contener todo acto administrativo. Este criterio, lo volvió a repetir en los dictámenes 4168 y 19.080, de 2008.

Con este criterio, la CGR se ajusta al establecido por la Corte Suprema el año 1991, tras el caso Rosas Díaz con Presidente de la República (publicado también en este libro).

TEXTO COMPLETO

N° 23.114 Fecha: 24-V-2007

Ex funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, solicitan un pronunciamiento en relación con la legalidad de los acuerdos del Consejo Superior de Ética de esa Institución Policial, mediante los cuales se recomendará al Director General que solicitara a la Presidenta de la República que dispusiera el retiro temporal de tales ex funcionarios, toda vez que dicho órgano habría adoptado sus acuerdos juzgando conductas que habrían infringido la ética institucional, a través de un procedimiento secreto, sin que previamente se les hubiese otorgado el derecho a defensa, al margen del procedimiento disciplinario regular.

Requeridos de informe, tanto el Subsecretario de Investigaciones, respecto de la presentación del señor C.O., como el Jefe de Personal de la Policía de Investigaciones, respecto de la presentación del señor F.O, manifestaron que el Consejo Superior, de Ética Policial, por la unanimidad de sus miembros, recomendó al Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, solicitar a la Presidenta de la República disponer el retiro de los funcionarios mencionados, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 90, letra b), del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1980, sobre Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile –lo que se materializó a través de los decretos N° 56, de 17 de abril de 2006 y N° 31, de 29 de enero de 2007; respectivamente, ambos del Ministerio de Defensa Nacional–, basado, en síntesis, en la convicción de la existencia de antecedentes suficientes para determinar que los afectados tuvieron una conducta inaceptable, contraria a la doctrina institucional y al Código de Ética Profesional, quedando inhabilitados ética y moralmente para continuar perteneciendo a la Policía de Investigaciones de Chile.

En ambos informes se indica, además, que de conformidad con la jurisprudencia de este Organismo Contralor, la aludida facultad para disponer el retiro de los funcionarios, contenida en el

Estatuto del Personal, es una atribución exclusiva y privativa del Presidente de la República, que ejerce ponderando libremente los antecedentes en que funda su decisión, sin expresar causa y sin la obligación de instruir sumario administrativo.

De conformidad con los antecedentes tenidos a la vista; aparece que mediante la Orden General N° 1.523, de 1997, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile aprobó el reglamento del “Consejo Superior de Ética Policial”, encargado, según el inciso primero de su artículo 1°, de velar por, el estricto cumplimiento de la Doctrina Institucional y cabal observancia del Código de Ética Profesional de la Institución, estudiando, previniendo, orientando y recomendando a la autoridad competente lo que corresponda para precaver que se afecte el honor y prestigio de la Institución y la honra de sus integrantes.

Luego, de conformidad con lo previsto por el inciso segundo del citado artículo 1°, dicha Orden dispone que el citado órgano “debe velar por mantener el honor y la dignidad, institucional, y constituirá su deber combatir, por todos los medios, toda conducta moral y éticamente censurable. El Consejo tendrá facultades para juzgar la conducta ética de todo el personal de la Institución en el desempeño de sus funciones”.

Por otra parte, el artículo 5° de la mencionada Orden General previene que las materias que trate el Consejo, en sesiones ordinarias o extraordinarias, tendrán siempre el carácter de secretas.

En relación a la materia, cabe señalar en primer término que no se advierte fundamento legal para atribuir al Consejo Superior de Ética Policial facultades como las indicadas en el inciso segundo del artículo 1° de la Orden General mencionada, toda vez que a través de un acto administrativo solo pueden crearse entidades de carácter asesor, y en ningún caso de carácter ejecutivo, razón por la cual procede que la Policía de Investigaciones de Chile restrinja las actividades del Consejo a aquéllas orientadas a proponer, sugerir y asesorar lo que convenga a la superioridad de la Institución, en orden a prevenir conductas que podrían contravenir el Código de Ética Profesional.

Seguidamente, en lo que concierne al carácter secreto con que este órgano, según su reglamento interno, debe ejercer sus funciones, es del caso recordar que el artículo 8° de la Constitución Política –incorporado por la ley N° 20.050, de reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005–, establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, agregando su inciso segundo que “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Lo anterior, en concordancia con lo señalado por la jurisprudencia administrativa emitida por esta Contraloría General, ha implicado elevar a rango constitucional el principio de transparencia y publicidad administrativa, que con anterioridad se encontraba consagrado, en lo que interesa, en la ley N° 18.575, con lo que se confirma que dicho principio rige todas las actuaciones que se desarrollan en dicho ámbito.

Por lo tanto, no advirtiéndose un fundamento legal en los términos indicados por el artículo 8° de la Carta Fundamental, no se ajusta a la normativa lo dispuesto en el citado reglamento del Consejo Superior de Ética Policial, en orden a que las materias que trate tendrán siempre el carácter de secretas.

Asimismo, cabe concluir que, los decretos N° 56, de 2006 y 31, de 2007, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Investigaciones, que se han tenido a la vista, en cuanto dispusieron

el retiro temporal del señor C. O. y del señor F.O., respectivamente, amparados en un “expediente secreto” y en un “oficio reservado”, pese a su toma de razón, no se ajustan a derecho y contravienen lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución Política, toda vez que no se advierte la existencia de una norma legal que los fundamente en los términos de dicho artículo.

Ahora bien, en lo que dice relación con el ejercicio de la potestad que el artículo 90, letra b), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1980, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile; le confiere al Presidente de la República, en orden a disponer el retiro temporal de los Oficiales y personal de Apoyo Científico-Técnico de la Policía de Investigaciones de Chile, es dable manifestar que, mediante los dictámenes N°s. 1.274, de 1983 y 33.348, de 1986, esta Entidad Fiscalizadora manifestó que dicha potestad importa una facultad privativa del primer mandatario que lo habilita para disponer el retiro de los funcionarios en forma discrecional, sin necesidad de expresar causa alguna.

Seguidamente, a través de los dictámenes N°s. 8.058 y 40.325, de 1999; 6.974 y 24.889, de 2000; 33.747, de 2001; 4.279 y 13.614, de 2002 y 44.074, de 2004, entre otros; esta Contraloría General expresó que dicha potestad constituye una facultad privativa del presidente de la República, que lo habilita para disponer el retiro de los funcionarios, ponderando libremente los antecedentes en que funda su decisión.

Al respecto, este Organismo de Control estima necesario efectuar un nuevo análisis de las condiciones en que es jurídicamente procedente el ejercicio de la mencionada atribución.

En efecto, tal como ha tenido ocasión de precisarlo este Organismo de Control, a través de los dictámenes N°s. 11.887, de 2001; 42.268, de 2004; 36.029 y 44.114, de 2005 y 2.783, de 2007, es menester señalar que el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende, ilegítimos.

En este orden de ideas, según lo ha manifestado esta Entidad de Control a través de los dictámenes N°s. 36.661, de 1999 y 11.158, de 2000, la dictación de actos que, como ocurre en la especie, corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, numeral 2, de nuestra Carta Fundamental:

De este modo, los decretos a través de los cuales se ejercite la potestad contenida en el artículo 90, letra b), del Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile, deben ser motivados, señalándose en éstos las circunstancias y el raciocinio que justifica la adopción de la medida contenida en el acto administrativo.

Reconsiderárase toda jurisprudencia, contraria al criterio expuesto.

En consecuencia, corresponde que se adopten las medidas tendientes a regularizar las situaciones que se han abordado en el presente oficio.

MATERIA

DESVIACIÓN DE PODER

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Apelación Protección

Rol: 50-2005

Fecha: 07.03.2005

Resultado recurso: Acogida Apelación, acogida Protección.

Ministros mayoría: Humberto Espejo Zúñiga, María Antonia Morales Villagrán, Adalis Oyarzún Miranda y los Abogados Integrantes Manuel Daniel Argandoña y René Abeliuk Manasevich.

Ministro redactor: Abogado Integrante Manuel Daniel Argandoña.

Partes: Piccola Italia Restaurante con I. Municipalidad de Las Condes.

DESCRIPTORES

Discrecionalidad – Desviación de Poder – Patentes de Alcoholes, Decreto Alcaldicio.

PRINCIPIO JURÍDICO

La potestad discrecional no puede disponer de la competencia del órgano ni del fin de la atribución, pues estos son aspectos reglados del acto.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N°s. 21 y 24 CPR; Art. 65 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo se afecta el fin del acto administrativo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El recurrente es propietario de un restaurant que había sido denunciado por vecinos por malos olores y ruidos molestos, los que habrían sido acreditados por la Dirección de Obras Municipales, pero que se habrían solucionado en su oportunidad.

Producto de dichos reclamos, el Concejo Municipal adoptó el acuerdo de no renovar las patentes de alcoholes para el segundo semestre del 2004, lo que se perfeccionó por el respectivo Decreto Municipal. La acción de protección fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago, porque estaban acreditadas y comprobadas las denuncias por lo cual la Municipalidad actuó dentro de sus competencias.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

No sólo la habilitación previa para actuar en determinada materia es el elemento que ha de considerarse al respecto, porque el órgano así habilitado debe sujetarse en su declaración al objeto o contenido señalado para el acto por la ley, al motivo legal (el hecho o antecedente que, según la norma que lo regula, ha de ocurrir o pronunciarse

previamente a la declaración), a las formalidades exigidas y que deben cumplirse, y a la finalidad que la ley ha previsto al otorgar la competencia al órgano administrativo para que sea realizada por el acto que emita (C. 6).

El decreto alcaldicio que es materia del recurso emana del órgano habilitado para dictarlo y él ha recaído en una materia que formalmente se halla entre sus atribuciones, como asimismo en él se ha cumplido con las formalidades legales; pero ni el motivo que ha inducido a la autoridad municipal a emitir ese acto ni la finalidad que se intenta obtener son los que la ley ha querido que se cumplan mediante su dictación (C. 7).

La ley impone restricciones al expendio y consumo de bebidas alcohólicas teniendo en vista el interés público –que es el fin de todo acto administrativo, aquí especificado en el artículo 65, letra n, de la LOCM– y si esas restricciones se vulneran, aquella autoridad debe ejercer las atribuciones que se le han conferido legalmente, cuyo motivo será precisamente tal infracción, y su finalidad, la de cautelar dentro de la comuna el consumo de alcohol, pudiendo así renovar o no renovar las patentes al evaluar los diversos factores que concurran al respecto; pero los hechos que se indican en el propio decreto impugnado como la causa o motivo que han inducido a su dictación no tienen relación alguna con las bebidas alcohólicas, sobre cuyo expendio no hay reproche de ninguna especie porque, como allí se afirma textualmente, “las denuncias y reclamos formulados por vecinos del sector” en que solicitan la intervención del municipio se deben al deterioro “que, según señala”, ha experimentado su entorno inmediato, menoscabando el legítimo derecho que les asiste de vivir en un ambiente libre de contaminación, provocados por la emanación de olores y ruidos molestos provenientes del funcionamiento de este establecimiento comercial” (C. 8).

El decreto alcaldicio, también se ha apartado de la finalidad que el precepto legal que autoriza la no renovación de patentes de bebidas alcohólicas ha tenido en vista al otorgar esa autorización y que, como aparece de su texto y ya se ha recordado, no es otra que la de obtener que el derecho que amparan tales patentes especiales para el expendio de esas bebidas se ejerza con arreglo a la ley; y se ha apartado el decreto de esa finalidad, “desviándose” del fin o poder que le ha sido dado, porque al ejercer la respectiva potestad lo ha hecho para obtener que, sin recurrir a la “clausura”, sometida a más engorrosa tramitación, el establecimiento quede impedido de continuar: sin patentes de bebidas alcohólicas, parece obvio que a un restaurante no le sea posible mantenerse y sufra su dueño gran daño patrimonial (C. 9).

No se puede dejar de considerar que la empresa recurrente no ha perdido por caducidad ni otro motivo la patente de que es titular y que corresponde a la actividad comercial que, en general, desarrolla, no obstante la no renovación de las dos patentes de alcoholes ordenada por el Municipio, con lo que queda aún más en evidencia que este acto municipal se propuso como objetivo sancionar así a la sociedad afectada para obtener la terminación de dicho establecimiento, sobre la base de ser éste el causante de “olores y ruidos molestos”, sin que tal motivo haya tenido relación alguna con las patentes de bebidas alcohólicas. Es verdad que en general no resulta fácil

demostrar el incumplimiento de la finalidad por “desviación de fin” o “desviación de poder”, denominación como la que en doctrina se conoce, pues, como claramente ha sido expresado: desde el punto de vista práctico, la desviación de poder presenta un muy delicado problema de prueba. Tratándose de escrutar intenciones, esta dificultad no puede asombrar a nadie (C. 10).

Muy sabiamente, el juez administrativo exige pruebas de algún modo “palpables”: la prueba debe resultar ya de la redacción del acto mismo –hipótesis rara, pero sucede a veces que, sin darse cuenta, el mismo autor de la decisión proporciona los elementos que establecen la ilegalidad de sus móviles– ya del “dossier”, es decir, de la confrontación del acto atacado con otros documentos” (Jean Paul Benoit, *Le droit administratif francais*, p. 545)” (C. 11).

Es éste, precisamente, uno de aquellos casos a los que se refiere la cita anterior, en que “palpablemente”, tanto por el propio texto del decreto como del “dossier”, es decir, de los antecedentes acompañados, queda de manifiesto que, usando la potestad de no renovar patentes de bebidas alcohólicas, dada para que se controle por la autoridad municipal el consumo o expendio de tales bebidas, se pretende obtener otra finalidad (C. 12).

Un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido, otorgada por la ley al órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa y tales son la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida, elementos que no caben dentro de la opción; otra cosa es, como fue razonado anteriormente, que el incumplimiento de este último sea por su naturaleza de difícil demostración, lo que no ocurre en el caso actual, cuya realidad queda revelada por la propia autoridad de la que emana el decreto impugnado; y por el contrario, en los actos en que se ejerce una potestad discrecional es donde puede incurrir el órgano administrativo, al optar por una de las vías de acción alternativas, en el vicio de desviación del fin legal, cometiendo entonces arbitrariedad (C. 16).

CONCLUSIÓN

Es ilegal y arbitrario un acto administrativo que se dicta con una finalidad distinta a aquellas que le han sido establecidas por la ley, lo que constituye un vicio de desviación de fin o de poder.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este caso es relevante pues, como en pocas oportunidades, la Corte recurrió a la doctrina francesa, responsable de la desviación de fin, para poder definir sus contornos y sobre todo la dificultad de su prueba. La sentencia construye esta infracción precisamente por los fundamentos que expuso la autoridad administrativa en su defensa, lo que hacía en opinión de la Corte la “prueba palpable” de la desviación de fin.

Una razón adicional de la importancia de esta sentencia, está en que la Corte reconoce que hay dos elementos en una potestad que nunca pueden ser discrecionales: la competencia y el fin, y bajo tal condición su infracción constituye la infracción a un aspecto reglado de la potestad.

El criterio de esta sentencia, la Corte lo reproducirá expresamente en el caso Rojas González con Municipalidad de Lo Barnechea (Rol 5503-2005).

Durante el último tiempo la CS se ha pronunciado sistemáticamente sobre la desviación de poder como vicio de nulidad del acto administrativo, siguiendo los criterios de los casos “Municipalidad de Renca” y “Picola Italia”.

En este sentido, ver: roles 5582-2010; 9210-2010; 1344-2011; 7295-2011; 862-2012; 6866-2012; 5982-2012; 7829-2012; 5878-2012; 8201-2012; 3403-2013; 3405-2013; 4401-2013 y 16577-2014.

TEXTO COMPLETO

Santiago, siete de marzo de dos mil cinco.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos sexto y séptimo, que se eliminan.

Y teniendo en su lugar además, presente:

1º) Que, como este tribunal ha venido manifestando en forma reiterada en el último tiempo, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio;

2º) Que, como surge de lo transcrito, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal lo que significa que ha de ser contrario a la ley o arbitrario producto del mero capricho de quien incurre en él, y que provoque alguna de las situaciones que se han indicado, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas.

Esto es, son variadas las exigencias que deben rodear la presentación y, ciertamente, motivar el agotamiento de una acción de la naturaleza indicada;

3º) Que en el presente caso, ha recurrido de protección don Ricardo Valenzuela Vanella, en representación de Inversiones La Piccola Italia Limitada, contra el decreto alcaldicio Sección 1ª N° 2676, de fecha 30 de junio último, expedido por el Alcalde de Las Condes.

Mediante dicha resolución se dispuso proceder al registro de no renovación, a contar desde el 1º de julio del año 2004, de las patentes de alcoholes roles número 401013, Restaurant Diurno, y número 401014, Restaurant Nocturno.

Se ordenó que el Departamento de Patentes Comerciales y Subsistencias practicara las anotaciones correspondientes, procediendo a retirar del rol respectivo, las patentes singularizadas;

4º) Que, entres otras atribuciones, el artículo 65 letra N de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, entrega al Alcalde la facultad para de acuerdo con el Concejo “otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes”, que tienen una duración legal, de modo que, si el plazo está cumplido, podrá ejercerse o no esta potestad;

5º) Que, sin embargo, el decreto del Alcalde es un acto administrativo y, como tal, según lo define el artículo 3º de la ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo, constituye una decisión formal “que emiten los órganos de la Administración del Estado en la cual se contienen declaraciones de voluntad en el ejercicio de una potestad pública”, y estas declaraciones se puede agregar como manifiestan la voluntad de órganos de la Administración deben conformarse en todos sus aspectos a la ley; por eso, aún cuando sea una sola esa manifestación de voluntad, en el análisis de su legalidad cabe escindirla en todos sus elementos que la configuran, como se ha establecido doctrinariamente, aunque con variada terminología, y se infiere de las disposiciones que, especialmente sobre el acto administrativo, contiene la ya citada ley;

6º) Que, en efecto, no es sólo la habilitación previa para actuar en determinada materia el elemento que ha de considerarse al respecto, porque el órgano así habilitado debe sujetarse en su declaración al objeto o contenido señalado para el acto por la ley, al motivo legal (el hecho o antecedente que, según la norma que lo regula, ha de ocurrir o pronunciarse previamente a la declaración), a las formalidades exigidas y que deben cumplirse, y a la finalidad que la ley ha previsto al otorgar la competencia al órgano administrativo para que sea realizada por el acto que emita;

7º) Que el decreto alcaldicio que es materia del recurso impetrado en autos emana del órgano habilitado para dictarlo como está ya dicho y él ha recaído en una materia que formalmente se halla entre sus atribuciones, como asimismo en él se ha cumplido con las formalidades legales; pero ni el motivo que ha inducido a la autoridad municipal a emitir ese acto ni la finalidad que se intenta obtener son los que la ley ha querido que se cumplan mediante su dictación;

8º) Que, ciertamente, la ley impone restricciones al expendio y consumo de bebidas alcohólicas teniendo en vista el interés público que es el fin de todo acto administrativo, aquí especificado en el artículo 65, letra N, de la Ley Orgánica antes citada y si esas restricciones se vulneran, aquella autoridad debe ejercer las atribuciones que se le han conferido legalmente, cuyo motivo será precisamente tal infracción, y su finalidad, la de cautelar dentro de la comuna el consumo de alcohol, pudiendo así renovar o no renovar las patentes al evaluar los diversos factores que concurran al respecto; pero los hechos que se indican en el propio decreto impugnado como la causa o motivo que han inducido a su dictación no tienen relación alguna con las bebidas alcohólicas, sobre cuyo expendio no hay reproche de ninguna especie porque, como allí se afirma textualmente, “las denuncias y reclamos formulados por vecinos del sector” en que solicitan la intervención del municipio se deben al deterioro “que, según señala”, ha experimentado su entorno inmediato, menoscabando el legítimo derecho que les asiste de vivir en un ambiente libre de contaminación, provocados por la emanación de olores y ruidos molestos provenientes del funcionamiento de este establecimiento comercial”;

9º) Que se ha apartado también, el decreto alcaldicio, de la finalidad que el precepto legal que autoriza la no renovación de patentes de bebidas alcohólicas ha tenido en vista al otorgar esa autorización y que, como aparece de su texto y ya se ha recordado, no es otra que la de obtener que el derecho que amparan tales patentes especiales para el expendio de esas bebidas se ejerza con arreglo a la ley; y se ha apartado el decreto de esa finalidad, “desviándose” del fin o poder que le ha sido dado, porque al ejercer la respectiva potestad lo ha hecho para obtener que, sin recurrir a la “clausura”, sometida a más engorrosa tramitación, el establecimiento quede impedido de continuar: sin patentes de bebidas alcohólicas, parece obvio que a un restaurante no le sea posible mantenerse y sufra su dueño gran daño patrimonial;

10º) Que no se puede dejar de considerar que la empresa recurrente no ha perdido por caducidad ni otro motivo la patente N° 219892 de que es titular y que corresponde a la actividad comercial que, en general, desarrolla, no obstante la no renovación de las dos patentes de alcoholes, N°s. 401013 y 401014, respectivamente, ordenada por el decreto recurrido, con lo que queda aún más en evidencia que este acto municipal se propuso como objetivo sancionar así a la sociedad afectada para obtener la terminación de dicho establecimiento, sobre la base de ser éste el causante de “olores y ruidos molestos”, sin que tal motivo haya tenido relación alguna con las patentes de bebidas alcohólicas, no merecedoras de algún reproche, y sin que tampoco el objetivo que ha perseguido el decreto se pueda vincular con el que el artículo 65 letra N) ha tenido presente (regular el expendio de alcohol) al incorporarse a la Ley Orgánica Municipal;

11º) Que es concluyente al respecto la intervención que en el Concejo Municipal tuvo el Jefe del Departamento de Patentes Comerciales, primero en el sentido de que ha habido “una especie de molestia de los vecinos del entorno inmediato (del establecimiento) por una serie de externalidades que provoca el funcionamiento de este negocio, el mayor problema se refiere al establecimiento del público en las calles”; y después, cuando “solicita escuchar al Director Jurídico, porque la patente que produce el problema es la comercial”... “está de acuerdo que si no se renueva la patente de alcoholes obliga al contribuyente a solucionar los problemas” (fs.59 y 62 de autos) esto es: ningún reproche al expendio de bebidas alcohólicas y la no renovación de las patentes concedidas para este objeto, como medida de presión para corregir “externalidades” ajenas a este cometido;

12º) Que es verdad que en general no resulta fácil demostrar el incumplimiento de la finalidad por “desviación de fin” o “desviación de poder”, denominación como la que en doctrina se conoce, pues, como claramente ha sido expresado: desde el punto de vista práctico, la desviación de poder presenta un muy delicado problema de prueba.

Tratándose de escrutar intenciones, esta dificultad no puede asombrar a nadie.

Muy sabiamente, el juez administrativo exige pruebas de algún modo “palpables”: la prueba debe resultar ya de la redacción del acto mismo –hipótesis rara–, pero sucede a veces que, sin darse cuenta, el mismo autor de la decisión proporciona los elementos que establecen la ilegalidad de sus móviles ya del “dossier”, es decir, de la confrontación del acto atacado con otros documentos” (Jean Paul Benoit, *Le droit administratif français*, p. 545)”;

13º) Que es éste, precisamente, uno de aquellos casos a los que se refiere la cita anterior, en que “palpablemente”, tanto por el propio texto del decreto como del “dossier”, es decir, de los antecedentes acompañados, queda de manifiesto que, usando la potestad de no renovar patentes de bebidas alcohólicas, dada para que se controle por la autoridad municipal el consumo o expendio de tales bebidas, se pretende obtener otra finalidad;

14º) Que, en efecto, es de los propios antecedentes de la elaboración del decreto donde queda de manifiesto el fin que se ha propuesto el municipio en este caso, especialmente con la lectura de los fundamentos del acuerdo del Concejo y que se transcriben, desde fojas 58 a fojas 65 de autos, resumidos en la intervención del Alcalde, cuando expresa:

“Se debe ir paso a paso, porque efectivamente la patente de alcoholes no obliga a cerrar el local, pero sí infringe una fuerte sanción, especialmente en el uso nocturno, porque en general a los usuarios les gusta tomarse una copa de vino al almuerzo o comida.

Si aun así esta medida no diera resultado queda el recurso final del Alcalde de clausurar el Restaurante, lo que obviamente tendría una connotación social distinta, porque existen empleados y otro tipo de elementos en juego”.

Más adelante el Sr. Alcalde “responde que puede ocurrir (la no renovación) en cualquier época del año.

La diferencia técnica de la clausura con la no renovación, es que judicialmente una no renovación de patentes es de hecho, o sea, ellos deben concurrir a la justicia en caso que crean que la Municipalidad actuó en forma improcedente.

En caso de la clausura es a la inversa, ellos pueden pedir una orden de no innovar y la Municipalidad tiene que demostrar el grado de incumplimiento para seguir adelante con la clausura.

Por lo tanto, existe una dificultad mayor, por esa razón se ha usado el recurso de la no renovación poniendo en antecedentes a los contribuyentes que, da alguna manera, están infringiendo ciertas normas, para que las corrijan dentro del plazo que corresponda legalmente renovar las patentes.

Al no renovar la patente de alcoholes el local queda como clandestino, o sea, sin posibilidad de vender alcohol y la única forma legal que tiene es recurriendo a la justicia para demostrar que la Municipalidad actuó de forma arbitraria, respecto de lo cual en todos los casos se ha fallado favorablemente para el Municipio, porque la no renovación de patente de alcoholes se ha hecho por causas reales, no por causas arbitrarias.

De hecho, este mismo contribuyente tiene dos locales más, que también se encuentran con conflictos”;

15º) Que, tratándose aquí de un recurso de protección, bastaría con las consideraciones precedentes, que establecen los reparos a la legalidad del decreto en análisis, para que, acogiéndose la apelación deducida, se revocara la sentencia apelada, pero conviene dejar en claro que se ha incurrido, además, en arbitrariedad, porque, aunque erróneamente, en cuanto la autorización legal es para renovar o no renovar las patentes de alcoholes se podría pensar que hay discrecionalidad suficiente para actuar libremente, aun alterando los propósitos de la ley, lo que no es admisible;

16º) Que, en efecto, un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido, otorgada por la ley al órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa y tales son la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida, elementos que no caben dentro de la opción; otra cosa es, como fue razonado anteriormente, que el incumplimiento de este último sea por su naturaleza de difícil demostración, lo que no ocurre en el caso actual, cuya realidad queda revelada por la propia autoridad de la que emana el decreto impugnado; y por el contrario, en los actos en que se ejerce una potestad discrecional es donde puede incurrir el órgano administrativo, al optar por una de las vías de acción alternativas, en el vicio de desviación del fin legal, cometiendo entonces arbitrariedad;

17º) Que, el decreto alcaldicio objetado ha provocado la vulneración de las garantías constitucionales cauteladas por los N°s. 21 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que con él se impide la actividad empresarial del recurrente mediante una virtual clausura de su establecimiento comercial y se afecta a su derecho de propiedad al ocasionarles una merma en su patrimonio;

18º) Que debe concluirse, como consecuencia de todo lo razonado, en que el recurso de protección deducido a fojas 28 ha de prosperar y ser acogido.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Carta Fundamental del Estado y el Auto Acordado de este tribunal, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, se revoca la sentencia apelada, de dieciséis de diciembre último, escrita a fs. 129 y se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fs.

28, disponiéndose que se deja sin efecto el decreto alcaldicio Sección 1ª N° 2676, de 30 de junio último, y se ordena que la Municipalidad de Las Condes deberá proceder a la renovación de las patentes de alcoholes de Restaurant, de carácter diurno y nocturno, requerida por la recurrente Inversiones La Piccola Italia Limitada, sin perjuicio de otras potestades, acciones o derechos que puedan ser ejercidos.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Manuel Daniel Argandoña.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señor Humberto Espejo, señorita María Antonia Morales y señor Adalis Oyarzún y los Abogados Integrantes señores Manuel Daniel y René Abeliuk.

No firma el señor Abeliuk, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo el fallo por estar ausente.

Autorizado por el Secretario señor Carlos A. Meneses Pizarro.

Rol N° 50-2005.

MATERIA

DESVIACIÓN DE PODER

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Apelación Protección

Rol: 5582-2010

Fecha: 23.09.2010

Resultado recurso: Rechazada Apelación, acogida Protección.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz, Roberto Jacob Chocair y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich.

Ministro redactor: Roberto Jacob Chocair.

Partes: Jessica Ávila Romero con I. Municipalidad de Renca.

DESCRIPTORES

Igualdad ante la Ley – Desviación de Poder – Acto Administrativo – Actuación Ilegal.

PRINCIPIO JURÍDICO

La desviación de fin o de poder es causal de nulidad del acto administrativo.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 19 N° 2 y 20 CPR.

PREGUNTA JURÍDICA

¿En qué supuesto el ejercicio de una facultad por un órgano competente puede carecer de validez?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Un inmueble de propiedad municipal fue entregado en comodato a una Junta de Vecinos, organización que autorizó desde aproximadamente seis años el funcionamiento de una institución educacional denominada “Nueva Escuela”. Asimismo, el recinto es ocupado por un club de adultos mayores.

El predio no cuenta con permiso de construcción ni recepción municipal. La Municipalidad recurrida decretó la inhabilidad de parte de dicho inmueble por carecer de permiso de construcción y recepción final de la Dirección de Obras Municipales y dispuso el desalojo de sus ocupantes.

La acción de protección fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo apelada por el recurrido.

ALEGACIONES

El motivo real por el cual se pretende el desalojo del inmueble es que al menos desde el año 2009 la Municipalidad tiene un proyecto de construir una sala cuna y un

jardín infantil precisamente en la parte que se pretende desocupar. Dicho proyecto se encuentra paralizado a raíz de la oposición de la comunidad, basada en la defensa de los escasos espacios comunitarios de esparcimiento, educación y recreación. La acción impugnada conculca la garantía prevista en el artículo 19 N° 3 incisos 4 y 5 de la CPR.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La autoridad administrativa hizo uso de la facultad prevista en el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, pero teniendo en cuenta un fin diverso del previsto por la norma. El motivo que subyace para dictar el decreto cuestionado es instalar una sala cuna y un jardín infantil en el inmueble, y no que el inmueble carezca de recepción definitiva (C. 6).

En los términos expuestos se ha configurado un acto ilegal afectado por un vicio que le resta validez, en doctrina denominado “desviación de poder”, por haber sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad. El móvil de obtener el desalojo en un tiempo breve de las instituciones que ocupan el inmueble no toma en consideración la posición jurídica en que se encuentra al menos una de éstas, la cual posee un título de ocupación (C. 7).

La actuación ilegal de la recurrida afecta el derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe dar la autoridad a las personas (C. 8).

CONCLUSIÓN

Es ilegal el ejercicio de una facultad por una autoridad administrativa cuando ha tenido un fin diverso al que fuera previsto por la disposición que otorga dicha facultad, configurándose el vicio denominado “desviación de poder”.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Corte precisa en esta sentencia lo que en diversos momentos ha calificado como desviación de fin o de poder, en que en su opinión también es constitutivo de infracción a la legalidad sustantiva del acto y, por lo tanto susceptible de causal de nulidad de derecho público.

Esta decisión es compatible con el caso *Picola Italia* con Municipalidad de Las Condes (publicado en este libro).

Durante el último tiempo la CS se ha pronunciado sistemáticamente sobre la desviación de poder como vicio de nulidad del acto administrativo, siguiendo los criterios de los casos “Municipalidad de Renca” y “Picola Italia”.

En este sentido, ver: roles 5582-2010; 9210-2010; 1344-2011; 7295-2011; 862-2012; 6866-2012; 5982-2012; 7829-2012; 5878-2012; 8201-2012; 3403-2013; 3405-2013; 4401-2013 y 16577-2014.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintitrés de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

En la sentencia en alzada se eliminan los considerandos séptimo a undécimo.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que la acción de derechos constitucionales la dedujo doña Jessica Avila Romero, Presidenta de la Junta de Vecinos de la Unidad Vecinal N° 2, Población Cerro Colorado, comuna de Renca, en contra del Alcalde subrogante de la Municipalidad de dicha comuna, don Andrés Arenas Vendrell y del Secretario Municipal de la misma, don Alejandro Nino de Zepeda, por cuanto con fecha 22 de enero pasado, por Decreto Alcaldicio N° 209, se ordenó el desalojo del inmueble de propiedad municipal ubicado en Avenida Balmaceda N° 5266. Explica que desde hace más de quince años la autoridad edilicia autorizó el uso de las dependencias del referido inmueble para el desarrollo de diversas actividades, entre otras, educativas, recreativas, deportivas y culturales. Señala que en dicho lugar funciona, al menos desde hace tres años, una institución denominada “Nueva Escuela”, integrada por los vecinos de la población Cerro Colorado y de otras poblaciones, dedicada a la regularización de estudios básicos y medios. Agrega que en el aludido inmueble además funciona el “Club de Adulto Mayor Otoño Florido” integrado también por vecinos de la señalada población. Aduce que el motivo real por el cual se pretende el desalojo del inmueble es la instalación de un jardín infantil, proyecto que se encuentra paralizado a raíz de la oposición de la comunidad, basada en la defensa de los escasos espacios comunitarios de esparcimiento, educación y recreación. Afirma que con motivo de la acción impugnada han visto conculcada la garantía prevista en el numeral 3° incisos cuarto y quinto del artículo 19 de la Carta Fundamental. Solicita que se declare que la orden de desalojo es ilegal y arbitraria.

Segundo: Que a estos autos se acumuló el recurso de protección interpuesto por don Marco Fernández Neira, doña Marlen Soto Godoy y don Fernando Figueroa Quiroga, todos profesores y voluntarios de la “Nueva Escuela”, en su representación y de la comunidad que integra dicha institución, fundados en similares argumentos a los expresados en el considerando precedente.

Tercero: Que al informar la autoridad recurrida expone que la dictación del decreto cuestionado obedeció a que la zona A del inmueble ubicado en Avenida José Manuel Balmaceda N° 5266 carece de permiso de construcción y de recepción final. Aduce que para dictar tal acto se apoyó en las facultades que son otorgadas por los artículos 116, 144 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Enfatiza que existe peligro para la integridad física de los asistentes a las actividades que se realizan en el inmueble por las condiciones de las instalaciones eléctricas, la deteriorada construcción de madera y la alta posibilidad de un siniestro que conlleva el precario estado de las edificaciones.

Cuarto: Que para comenzar el análisis del recurso es pertinente indicar que el Alcalde de la Municipalidad recurrida hizo uso de la facultad prevista en el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que dispone:

“Ninguna obra podrá ser habitada o destinada a uso alguno antes de su recepción definitiva parcial o total.

Sin perjuicio de las multas que se contemplan en el artículo 20, la infracción a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo podrá sancionarse, además, con la inhabilidad de la obra, hasta que se obtenga su recepción, y el desalojo de los ocupantes, con el auxilio de la fuerza pública, que decretará el Alcalde, a petición del Director de Obras Municipales”.

Quinto: Que resulta conveniente señalar a continuación que conforme al mérito de lo expresado por las partes y los documentos acompañados, apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pueden tenerse por establecidos los siguientes hechos:

1.- Que el inmueble ubicado en Avenida José Manuel Balmaceda N° 5266, comuna de Renca, es de propiedad municipal y se encuentra separado en el hecho por dos porciones identificadas como Zonas A y B (documentos de fojas 1, 2, 3 y 79).

2.- Que el referido predio no cuenta con permiso de construcción ni recepción municipal (documentos de fojas 1, 2 y 3).

3.- La Municipalidad recurrida al menos desde octubre del año 2009 tiene un proyecto de construir una sala cuna y un jardín infantil en la parte que se denominó Zona A y requiere para ello desocupar el inmueble sub lite. (Documentos de fojas 16, 85, 91 y 96).

4.- Sobre el aludido inmueble existe un comodato entregado a la Junta de Vecinos del sector, organización que autorizó desde aproximadamente seis años el funcionamiento de una institución educacional denominada “Nueva Escuela”. Asimismo el recinto es ocupado por un club de adultos mayores (documentos de fojas 16, 102, 116 y 127).

5.- El 22 de enero de 2010 la autoridad recurrida decretó la inhabilidad de los pabellones 1 y 2 de la Zona A del inmueble sub iudice por carecer de permiso de construcción y recepción final de la Dirección de Obras Municipales y asimismo dispuso el desalojo de sus ocupantes (documento de fojas 2).

Sexto: Que a la luz de los hechos constatados, cabe concluir que la autoridad administrativa hizo uso de la facultad prevista en el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, pero teniendo en cuenta un fin diverso del previsto por la norma. En efecto, tal como ha quedado demostrado, el motivo que subyace para dictar el decreto cuestionado no es otro que el instalar una sala cuna y un jardín infantil en el inmueble sub lite, y no el que el inmueble carezca de recepción definitiva.

Séptimo: Que en los términos expuestos se ha configurado un acto ilegal afectado por un vicio que le resta validez, en doctrina denominado “desviación de poder”, por haber sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad. En efecto, el móvil que ha inspirado la decisión no es el invocado en el decreto cuestionado, sino el de obtener el desalojo en un tiempo breve de las instituciones que ocupan el inmueble, obviando que la posición jurídica en que se encuentra al menos una de éstas es la de haber sido autorizada para una organización que posee un título de ocupación, según fuere reconocido por la máxima autoridad municipal en la sesión del Concejo edilicio a fojas 16.

Octavo: Que la actuación ilegal de la recurrida vulnera el derecho constitucional previsto en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuanto se afecta la facultad de los actores y de las personas a nombre de quienes recurren para defenderse frente a la actividad administrativa que ha diferenciado en forma arbitraria su regulación jurídica respecto a otros que se encuentren en las mismas circunstancias. Se trata en definitiva de la afectación del derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe dar la autoridad a las personas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de veintinueve de junio del año en curso, escrita a fojas 151.

Se previene que los Ministros señor Carreño y señor Jacob estuvieron por confirmar la sentencia mencionada en virtud de sus propios fundamentos, salvo el referido a la garantía constitucional afectada respecto de la cual comparten lo expresado en la motivación octava precedente.

Se previene que el Ministro señor Brito comparte la decisión de confirmar el fallo en alzada en virtud de lo que se ha razonado en la presente sentencia, pero teniendo en consideración que la actuación impugnada afecta el derecho de las personas a cuyo favor se recurre de asociarse y permanecer en las instituciones que ocupan el inmueble cuyo desalojo se dispuso, de acuerdo al artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Jacob y de las prevenciones sus autores.

Rol N° 5582-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sr. Haroldo Brito, Sr. Roberto Jacob y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro Sr. Brito por estar en comisión de servicios. Santiago, 23 de septiembre de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veintitrés de septiembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

2.2. GARANTÍA PATRIMONIAL

MATERIA

LIMITACIÓN A PROPIEDAD

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)

Rol: 245-246 (acumulados)

Fecha: 02.12.1996

Resultado recurso: Acogido.

Ministros mayoría: Manuel Jiménez Bulnes, Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez, Osvaldo Faúndez Vallejos, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.

Ministro redactor: Luz Bulnes Aldunate.

Requirentes: Senadores Arturo Alessandri Besa, Alberto Cooper Valencia, Francisco Javier Errázuriz Talavera, Sergio Fernández Fernández, Julio Lagos Cosgrove, Enrique Larre Asenjo, Carlos Letelier Bobadilla, Miguel Otero Lathrop, Francisco Prat Alemparte, Bruno Siebert Held, Santiago Sinclair Oyaneder y Beltrán Urenda Zegers.

Diputados: Angel Fantuzzi Hernández, José María Hurtado Ruiz Tagle, José Antonio Galilea Vidaurre, Eugenio Munizaga Rodríguez, Osvaldo Vega Vera, Marina Prochelle Aguilar, Juan Enrique Taladriz García, René Manuel García García, Valentín Solís Cabezas, Raúl Urrutia Avila, José García Ruminot, María Angélica Cristi Marfil, Teodoro Ribera Neumann, Carlos Vilches Guzmán, Francisco Bayo Veloso, Harry Jürgensen Caesar, Carlos Cantero Ojeda, Baldo Prokurica Prokurica, Alfonso Vargas Lyng, Alberto Espina Otero, Carlos Valcarce Medina, Claudio Rodríguez Cataldo, Felipe Valenzuela Herrera, Víctor Pérez Varela, Jorge Ulloa Aguillón, Andrés Allamand Zavala, Pedro Pablo Alvarez Salamanca Büchi, Arturo Longton Guerrero, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Claudio Alvarado Andrade, Cristián Leay Morán, Rosauro Martínez Labbé y Alberto Cardemil Herrera.

DESCRIPTORES

Acceso a Playas – Propiedad – Función Social – Limitaciones a la Propiedad – Privación de la Propiedad – Esencia del Derecho – Bienes Nacionales de Uso Público – Daño, Responsabilidad del Estado – Estados de Excepción Constitucional – Desconcentración – Reserva de Ley

PRINCIPIO JURÍDICO

Un Decreto Supremo no puede limitar la propiedad sin la correspondiente indemnización.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 3º, 6º, 7º, 19 N° 24 y 26 y 38 CPR; Art. 13 D.L. N° 1.939/1977 Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD DE SOLICITA

D.S. N° 1/1996 Ministerio de Bienes Nacionales que reglamenta aplicación del artículo 13 del D.L. N° 1.939, de 1977 que establece la obligación de los propietarios de terrenos colindantes con las playas a dar acceso gratuito a estas. El decreto establece un procedimiento para que los interesados en acceder a las playas de mar, ríos o lagos puedan solicitar a las Secretarías Regionales Ministeriales de Bienes Nacionales la fijación de las correspondientes vías de acceso. Además se señalan los recursos jurisdiccionales y administrativos para reclamar de la resolución que haya adoptado la autoridad

PREGUNTA JURÍDICA

¿Deben indemnizarse las limitaciones a la propiedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El artículo 13 del D.L. N° 1.939, de 1977, que contiene normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, establece en su inciso primero que “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto. La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

El D.S. N° 1/1996 del Ministerio de Bienes Nacionales, estableció las normas de procedimiento para la fijación de las vías de acceso a playas de mar, ríos y lagos que la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales debía efectuar.

ALEGACIONES

El D.S. limita el derecho de los propietarios de terrenos colindantes a playas infringiendo la Constitución que establece que las limitaciones a la propiedad sólo las puede efectuar el legislador, cuando estas se justifiquen por la función social de la propiedad y no se afecte el contenido esencial del derecho. El D.S. no se justificaría en la función social de la propiedad toda vez que establece limitaciones por razones de utilidad privada, ya que beneficiaría a particulares que deseen acceder a las playas.

El D.S. estaría privando a los propietarios de su derecho, lo que sólo es admisible a la ley, a través del proceso expropiatorio, pagando la correspondiente indemnización.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El decreto impugnado tiene su sustento legal en el artículo 13 del D.L. N° 1.939, de 1977, y su contenido tiene por objeto señalar un procedimiento para que los intere-

sados en acceder a las playas de mar, ríos o lagos puedan llegar a ellas a través de los terrenos de los propietarios colindantes (C. 3).

A juicio del Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso y goce (C. 23).

De acuerdo al artículo 19 N° 24 de la CPR, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19 N° 26 de la CPR (C. 24).

Las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone (C. 28).

Para ver si el Estado debe o no pagar indemnización por la vía que el D.S. N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, impone a los propietarios de terrenos colindantes con las playas, es preciso determinar si esta limitación causa daño y si afecta alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (C. 32).

Del examen del decreto se advierte que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría de una limitación al dominio que consistiría en una servidumbre de tránsito, tanto para peatones como para vehículos, sin pago de indemnización alguna (C. 33).

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 el 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 de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado (C. 34).

Que la CPR ha establecido la responsabilidad del Estado como un principio general aparece claro en diversas disposiciones constitucionales (C. 36).

Si la CPR establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño. Además, constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la CPR, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración (C. 39).

La limitación al dominio que impone el D.S. N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad (C. 40).

Interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, el Tribunal estima que el D.S. N° 1 al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado (C. 42).

A mayor abundamiento, el D.S. N° 1 es inconstitucional pues es un reglamento de ejecución que debió atenerse a la CPR y no entrar al campo del legislador como lo ha hecho en la especie. Ello se desprende con claridad de lo expresado en los artículos 6° y 7° de la CPR (C. 43).

En el D.S. N° 1 se establece un procedimiento para solicitar la vía de acceso a las playas de mar, ríos y lagos. Para estos efectos se otorgan atribuciones a la Secretaría Ministerial Regional de Bienes Nacionales, las que a juicio de este Tribunal deben ser otorgadas por ley y no por reglamento (C. 45).

De acuerdo al artículo 3° de nuestra CPR la desconcentración tiene que efectuarse por ley: “Art. 3. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley” (C. 48).

Establecido que la desconcentración debe siempre operar por ley hay que tener presente que las Secretarías Regionales Ministeriales son parte del respectivo Ministerio y en consecuencia forman parte de la Administración y de la Organización Estatal. De aquí que sus atribuciones deben provenir de la ley y no de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (C. 52).

CONCLUSIÓN

Las limitaciones a la propiedad que generen daño y afecten los atributos esenciales de dominio deben ser indemnizadas. La Constitución reconoce como un principio general que el Estado debe responder de los daños que ocasione y además otorga expresamente indemnización por las limitaciones a la propiedad en estado de excepción constitucional, por lo que con mayor razón debe entenderse que estas indemnizaciones deben ser otorgadas en estado de normalidad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esta sentencia el TC se pronuncia sobre la polémica de si es posible limitar la propiedad sin indemnización, discusión que se ha dado en dos sedes. En la Corte Suprema se resolvió con el caso Galletué (publicado en el presente libro) la Responsabilidad del Estado por una limitación de la propiedad que afectaba la igual distribución de las cargas públicas. En esta sede de responsabilidad, no se cuestiona la constitucionalidad de la ley sino que se atiende a las consecuencias que para el administrado se sigue de la aplicación de una ley que limita la propiedad.

En el presente caso el TC se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de un decreto (y la ley) que no contempla indemnización al momento de disponer limitaciones a la propiedad.

El TC al hacer referencia, para justificar su decisión, de la existencia de un principio general de que el Estado debe responder de los daños que ocasiona pone en evidencia las vinculaciones y complejos límites que existen entre el estatuto constitucional de la propiedad privada donde se impone exigencias a la ley para la limitación o privación de este derecho, por un lado, y el estatuto que rige la Responsabilidad del Estado, por el otro.

Esta compleja relación entre los distintos estatutos, control de constitucionalidad y Responsabilidad del Estado, se pone otra vez en evidencia cuando tiempo después el TC debía resolver los casos de inaplicabilidad Pingueral (Roles 1141 y 1215). En estos casos en que se solicitaba la inaplicabilidad del artículo 13 del D.L. N° 1.939, el TC sostuvo en votación dividida la constitucionalidad de la norma, pero expresamente indicó que ello no implicaba inhabilitar el ejercicio de las acciones indemnizatorias contra el Estado, materia que debía ser resulta ante los tribunales ordinarios.

TEXTO COMPLETO

Santiago, dos de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

VISTOS:

Con fecha 5 de septiembre de 1996, 12 señores Senadores y 34 señores Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de ambas Corporaciones, legalmente habilitados, han presentado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 5, de la Constitución Política de la República, sendos requerimientos, para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, y publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, reglamento de aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977.

La nómina de los señores Senadores es la siguiente: Arturo Alessandri Besa, Alberto Cooper Valencia, Francisco Javier Errázuriz Talavera, Sergio Fernández Fernández, Julio Lagos Cosgrove, Enrique Larre Asenjo, Carlos Letelier Bobadilla, Miguel Otero Lathrop, Francisco Prat Alemparte, Bruno Siebert Held, Santiago Sinclair Oyaneder y Beltrán Urenda Zegers.

Los señores Diputados requirentes son: Ángel Fantuzzi Hernández, José María Hurtado Ruiz-Tagle, José Antonio Galilea Vidaurre, Eugenio Munizaga Rodríguez, Osvaldo Vega Vera, Marina

Prochelle Aguilar, Juan Enrique Taladriz García, René Manuel García García, Valentín Solís Cabezas, Raúl Urrutia Ávila, José García Ruminot, María Angélica Cristi Marfil, Teodoro Ribera Neumann, Carlos Vilches Guzmán, Francisco Bayo Veloso, Harry Jürgensen Caesar, Carlos Cantero Ojeda, Baldo Prokurica Prokurica, Alfonso Vargas Lyng, Alberto Espina Otero, Carlos Valcarce Medina, Claudio Rodríguez Cataldo, Felipe Valenzuela Herrera, Víctor Pérez Varela, Jorge Ulloa Aguillón, Andrés Allamand Zavala, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Büchi, Arturo Longton Guerrero, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Claudio Alvarado Andrade, Cristián Leay Morán, Rosauero Martínez Labbé y Alberto Cardemil Herrera.

Señalan los requirentes que el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que contiene normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, es una disposición que establece en su inciso primero que “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”.

La disposición legal citada fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de fecha 10 de enero de 1996, estableciendo las normas de procedimiento para la fijación de las vías de acceso a playas de mar, ríos y lagos que la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales debe efectuar.

Los requirentes indican que las contravenciones a la Constitución, cometidas con ocasión de la dictación del aludido Decreto Supremo, serían las siguientes:

En primer lugar, el Decreto Supremo que por este acto se impugna se dicta sobre la base de una norma legal (artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977) que se encuentra tácitamente derogada por el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de 1980.

En segundo lugar, el Presidente de la República ha procedido a regular una materia que, por expresa disposición constitucional, versa sobre materias propias de ley, pues el Decreto Supremo impugnado viene a establecer un procedimiento para que una autoridad administrativa (Intendente Regional, a través de la Secretaría Regional del Ministerio de Bienes Nacionales) imponga una limitación al derecho de propiedad de los dueños de los terrenos colindantes a playas de mar, ríos o lagos, lo que, según el artículo 19, N° 24, inciso segundo y siguientes, en relación al artículo 60, N° 2, de la Constitución Política, corresponde exclusivamente al dominio legal. Lo anterior importa imponer una limitación al dueño de los terrenos colindantes por decreto y no por ley, lo que atenta contra la norma constitucional señalada.

Indican los requirentes, que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, contiene una restricción al dominio, por una causal o consideración no prevista por el Constituyente, y cuya precisión, determinación y demás exigencias han sido entregadas a una autoridad administrativa (Intendente Regional), y es, por ende, inconstitucional.

El Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, viene a imponer una limitación al derecho de dominio de los propietarios de terrenos colindantes de playas de mar, ríos y lagos, por una causal no prevista por el Constituyente: el interés o utilidad particular de determinadas personas, lo que implica una privación del derecho de dominio, del bien sobre que recae o de las facultades esenciales del mismo, por un proceso diverso del mecanismo expropiatorio previsto en el artículo 19, N° 24, inciso tercero, de la Constitución Política, pagando la correspondiente indemnización.

Señalan los requirentes que el único procedimiento permitido por la institucionalidad chilena para privar del dominio es la ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la misma ley.

El Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, excede, además, según los requirentes, la norma legal que la ha servido supuestamente de fundamento, especialmente en materia de recursos. En efecto, los artículos 8° y 9° del Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, son inconstitucionales pues, de acuerdo al artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política, en relación al artículo 60, N° 2, del texto fundamental, sólo corresponde al legislador establecer siempre las garantías y/o recursos para un racional y justo procedimiento.

Indican los requirentes que el artículo 19, N° 24, de la Constitución, permite a la ley, y sólo a la ley, establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (inciso segundo), y garantiza, además, que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional” (inciso tercero).

Los requirentes indican que, en primer lugar, la circunstancia tenida en cuenta por el Decreto Supremo impugnado, para imponer a los propietarios colindantes de playas de mar, ríos y lagos, la obligación de proporcionar una vía de acceso a los mismos en favor de ciertas personas, deriva de la función social de la propiedad; ésta comprende lo que exija la utilidad pública, por lo cual, si la ley quisiera facilitar el acceso de toda persona a bienes nacionales de uso público como playas de mar, ríos y lagos, no podría cuestionarse la existencia de una razón de utilidad pública, sólo que en tal caso más que establecer una vía de paso a través de una propiedad privada lo que procede es efectuar la expropiación correspondiente de los terrenos necesarios para construir un camino público, dotado de los servicios e infraestructura necesarias para una correcta utilización de dichos bienes, y ello exige indemnizar por “el daño patrimonial efectivamente causado” (artículo 19, N° 24, inciso tercero, de la Constitución Política).

Sin embargo, en el Decreto Supremo impugnado, no existe una razón de utilidad pública sino más bien de utilidad particular en favor de ciertas personas. Los beneficiados son personas que deseen acceder gratuitamente a playas de mar, ríos y lagos, con fines turísticos y de pesca, gratuidad que parece excluir el paso con fines lucrativos aunque se trate de una actividad económica que explota el turismo y la pesca, porque es a todas luces inequitativo que se obtenga un provecho pecuniario a costa del daño causado a otro sin indemnizarlo. Pero, en todo caso, los beneficiados son particulares que para su recreación o esparcimiento quedan autorizados por simple resolución administrativa del Intendente Regional a pasar por propiedades privadas ajenas.

Señalan los requirentes que tal vez, podría aceptarse que el propietario colindante a playas de mar, ríos y lagos, quede obligado a permitir a ciertos particulares –porque no son todos a quienes favorece el Decreto Supremo impugnado– el paso a tales lugares, pero si ello se decide no es por una razón de utilidad pública sino porque se ha dado preferencia a un interés privado sobre otro. En tal caso, de admitirse la procedencia de este gravamen habría necesariamente que indemnizar al propietario, puesto que imponerle la obligación de conceder una vía de paso sin resarcirle de los perjuicios causados significa, una diferencia arbitraria, no justificada, que infringe la garantía de igualdad ante la ley que la Constitución asegura a toda persona. Es lo que hace, por ejemplo, la Ley de Servicios de Gas en materia de servidumbres de gasoducto, que contempla expresamente la obligación de indemnizar.

El propio Decreto Supremo que en este acto se impugna, al señalar que el Intendente debe “evitar causar daños innecesarios a los afectados”, reconoce la existencia de daños necesarios a las propiedades colindantes a playas de mar, ríos y lagos.

En consecuencia, se ha impuesto a los dueños de terrenos colindantes a playas de mar, ríos y lagos, una limitación para usar y gozar de ellos, pues el ejercicio de su derecho de propiedad sobre estos terrenos queda sujeto a limitaciones y obligaciones establecidas por la vía administrativa y no por la ley, limitándose el derecho de dichos propietarios para usar o explotar estos espacios de terreno.

Del texto expreso de la disposición del artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Es evidente para los requirentes que los dueños de los terrenos colindantes de las playas de mar, ríos o lagos en su calidad de propietarios de dichos espacios sólo podrían ver afectado el ejercicio de su derecho de propiedad por normas legales y que además deriven de su función social y que no afecten la esencia del derecho de propiedad.

En el caso del Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, no se ha cumplido con estos requisitos, pues en virtud de una norma reglamentaria se han impuesto a los dueños de los terrenos colindantes de las playas de mar, ríos o lagos limitaciones al ejercicio de su derecho de propiedad sobre estos terrenos. Estas limitaciones, establecidas por razones de interés o utilidad privada e impuestas por decreto supremo, impiden a los propietarios usar de dichos espacios y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de arriendo u otras convenciones que celebraren con terceros para los efectos de la explotación comercial u otra de dichos terrenos.

Expresan que no cabe considerar como argumento o fundamento del Decreto Supremo impugnado en que sería el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, el que habría establecido estas limitaciones al dominio.

De la sola lectura de la norma legal antes citada, señalan que resulta claramente que ésta no ha establecido limitación alguna al dominio de los propietarios que deriven de su función social. En esta materia se refiere solamente a la autorización que debe dar el Intendente Regional, actuando a través de la Secretaría Regional del Ministerio de Bienes Nacionales, conforme al Decreto Supremo para fijar vías de acceso a las playas de mar, ríos y lagos para fines turísticos y de pesca. El que dicha autoridad actúe conforme al Decreto Supremo no puede significar en caso alguno que ésta se atribuya facultades que sólo corresponden a la ley, pues ello importaría conculcar no sólo el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, sino también su artículo 7°, inciso segundo, que establece: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”; y su artículo 6°, inciso primero, que dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas”.

De lo expuesto, resulta que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, es contrario a la Constitución Política de la República pues ha impuesto limitaciones al ejercicio del derecho de dominio, las que sólo puede establecer la ley y siempre que deriven de su función social.

Los requirentes expresan que el principal fundamento del presente requerimiento son las graves inconstitucionalidades de que adolece el Decreto Supremo impugnado. De esta forma, si efectivamente se quiere establecer un procedimiento que regule el libre acceso a las playas de mar, ríos o lagos éste debe hacerse mediante la dictación de una ley que establezca de manera precisa, igual, inequívoca y determinada las limitaciones y restricciones que en definitiva deberán soportar los propietarios de los terrenos colindantes. Los dueños de los terrenos colindantes de las playas de mar, ríos o lagos en su calidad de propietarios de dichos espacios sólo podrían ver afectado el

ejercicio de su derecho de propiedad por normas legales y que deriven de su función social y que además no afecten la esencia del derecho de propiedad.

Finalizan los requirentes solicitando tener por interpuesto el requerimiento, darle curso legal poniéndolo en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, y acogerlo íntegramente, declarando que es inconstitucional el Decreto Supremo N° 1, ya singularizado, y que deberá quedar sin efecto desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

Con fecha 10 de septiembre de 1996, el Tribunal admitió a tramitación el requerimiento ordenando ponerlo en conocimiento de S. E. el Presidente de la República y del Contralor General de la República.

Con fecha 17 de septiembre de 1996, el señor Contralor General de la República, formuló las siguientes observaciones a ambos requerimientos:

Plantea, el Contralor, que las más importantes impugnaciones que se hacen al decreto reglamentario no pueden sino entenderse efectuadas al artículo 13, del Decreto Ley N° 1.939, en tanto fuente expresa y directa de sus normas, puesto que no hace más que reiterarlas. Ello significa que lo que se cuestiona no es el decreto reglamentario, sino una norma legal vigente cuya inconstitucionalidad sólo puede declararla la Corte Suprema por la vía de la inaplicabilidad.

El precepto legal sólo contiene una limitación al dominio y no una privación de la propiedad, y sostiene el Contralor al respecto, que se trata de una disposición de rango legal que establece sobre el derecho de propiedad una limitación que deriva de uno de los aspectos propios de la función social como es la utilidad pública.

La alusión a una supuesta utilidad privada, dado que se favorecería sólo a los interesados que soliciten las vías de acceso; sin embargo, en parte alguna del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, como del Decreto reglamentario impugnado, se establece que la vía de acceso favorezca solamente a los solicitantes.

Advierte el Contralor que el establecimiento de una indemnización no es un requisito que la Constitución haya fijado para la validez de la norma legal que crea la limitación, lo cual no significa necesariamente que no habrá lugar a indemnización alguna.

Señala también el Contralor General de la República que el Decreto reglamentario sólo establece un procedimiento para la mejor aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, y que no excede la norma legal que le sirve de fundamento.

Termina el Contralor solicitando que, en consecuencia, los reclamos sean desestimados.

Con fecha 24 de septiembre de 1996, el Presidente de la República formula sus observaciones a los requerimientos, las que resumidamente establecen:

Las playas son bienes de uso público y en tanto tales, objeto del dominio público. Existe, por tanto, un derecho al uso de las playas incorporado al patrimonio de todos los habitantes de la República, y corresponde al Estado el deber de propender y facilitar su ejercicio efectivo, conciliando ese uso con los derechos de los propietarios colindantes.

La limitación, consistente en la obligación de facilitar el acceso a las playas a través de los predios colindantes a ellas, se haya establecida en la norma legal del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, y se ajusta a los requerimientos de la norma constitucional.

La limitación satisface una de las finalidades de la función social de la propiedad, cual es la utilidad pública, que no afecta el contenido esencial del dominio, y no constituye privación.

El Decreto impugnado responde exactamente a la condición de Decreto de ejecución y no excede la norma legal que le sirve de fundamento, menos aún la Constitución.

No obstante la adecuación de la norma legal y su Reglamento a la Constitución, la declaración de la supuesta derogación tácita de un precepto legal a virtud de una norma constitucional posterior, no puede ser discutida mediante un requerimiento que se funda en el artículo 82, N° 5, de la Constitución.

Estas argumentaciones del Presidente de la República se estructuran con una breve descripción del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, y de su Reglamento, ubica a las playas dentro del dominio público marítimo-terrestre; analiza el artículo 13 citado, en el marco de las limitaciones al dominio en razón de su función social, expone la estricta sujeción del Reglamento del Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, a dicho artículo 13, y, finalmente, analiza la imposibilidad de una derogación de dicho precepto legal por la Constitución de 1980.

Concluye el Presidente de la República con una síntesis de los fundamentos que permiten afirmar que el Decreto Ley N° 1.939, de 1977 y el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, se ajustan estrictamente a la Constitución, los que expresan:

1. El Decreto Ley y el Reglamento se ajustan estrictamente a la Constitución.

a. La limitación al derecho de propiedad de los propietarios colindantes a la playa de mar fue impuesta por el Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en su artículo 13, el que expresamente impone a éstos la obligación de dejar pasar, en forma gratuita, a las playas. El Decreto Supremo objetado nada nuevo agrega a esa disposición, por lo que la limitación estaría impuesta por la ley, tal cual lo exige la Constitución en su artículo 19, N° 24.

b. La Constitución, en su artículo 19, N° 24, inciso segundo, establece la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

c. La doctrina nacional, en forma unánime, considera que el término utilidad pública se refiere a aquello que se establece en beneficio colectivo, en favor de la comunidad.

d. De acuerdo al artículo 589 del Código Civil, las playas de mar, ríos y lagos son bienes nacionales de uso público, al que tienen derecho de uso todos los habitantes de la República.

e. La limitación a la propiedad privada tiene como preciso objeto el permitir que ese derecho, común a todos, pueda ser ejercido, por lo que la limitación a las propiedades colindantes está justificada en base a la función social de la propiedad en razón de la utilidad pública.

f. Los requirentes confunden quien puede pedir al Intendente Regional el fijar el paso —cualquier particular con fines de pesca o turismo—, con aquellos que pueden utilizar el paso, que son todos los habitantes de la Nación. No se trata, por lo tanto, de una concesión que asegure un uso exclusivo para algunas personas.

2. La limitación cumple con todos los requisitos constitucionales necesarios para la limitación de un derecho.

a. Está justificada en razón de la función social de la propiedad.

b. Está impuesta por la ley. Es el Decreto Ley N° 1.939, de 1977, el que la determina.

c. Es precisa, por cuanto lo que se impone al propietario es una obligación de no hacer clara y determinada: dejar pasar en forma gratuita.

d. Es igual, pues se aplica a todos los predios adyacentes a la playa. Todos ellos están por igual obligados a dejar pasar. Carece de sentido alegar que esta limitación sólo se impone a los predios colindantes y no a otros, pues son aquellos predios, y no otros ubicados en otros lugares, los que impiden el tránsito hacia la playa pública.

e. No afecta la esencia del derecho. El propietario sólo se ve limitado, en razón de la función social, en un aspecto de su facultad de uso en una porción de su propiedad.

3. Ni el Decreto Ley ni el Reglamento afectan la garantía constitucional de igualdad.

a. La limitación, como se vio, está justificada en razón de la utilidad pública, por lo que cumple con la función social de la propiedad.

b. La limitación se aplica a todos quienes están en la misma situación, es decir, a todos los predios adyacentes a una playa considerada como bien nacional de uso público. No podría aplicarse a otros propietarios pues aquellos no estarían en la situación de impedir con su propiedad el ejercicio del derecho común a todos los habitantes de país de usar de las playas. Por lo tanto, afecta en forma igualitaria a quienes se encuentran en una misma situación jurídica, y, en consecuencia, no se viola el principio de igualdad.

4. El Decreto Supremo no excede la norma legal que le sirve de fundamento.

5. Es contradictorio por parte de los requirentes alegar que el Decreto Ley N° 1.939, de 1977, está tácitamente derogado y, al mismo tiempo, se objete la ilegalidad del Decreto.

El hipotético exceso del Decreto respecto a la ley fundante no es materia de inconstitucionalidad sino que de ilegalidad, siendo otra la instancia procesal para plantearla.

6. El Decreto Ley N° 1.939, de 1977, está plenamente vigente.

a. Los requirentes no indican por qué el artículo 19, N° 24, de la Constitución habría derogado el Decreto Ley N° 1.939, de 1977. Sólo se contentan con hacerlo presente, pero sin fundarlo.

b. El Decreto Ley N° 1.939, fundamento del Decreto Supremo N° 1, guarda perfecta armonía con las normas constitucionales que permiten limitar la propiedad en razón de la función social, por lo que no se podría dar esa eventual derogación, si ésta fuere procedente.

c. La presunta contradicción, si es que hubiera alguna, no se habría producido entre el Decreto Ley N° 1.939 y la Constitución de 1980, sino que entre aquél y el Acta Constitucional N° 3, de 1976. Esta última, en su artículo 1°, N° 16, garantizaba el derecho de propiedad en términos casi idénticos a la norma vigente. Sin embargo, el legislador de la época no vio contradicción alguna entre el Decreto Ley N° 1.939 y esa norma de rango constitucional.

d. Sin perjuicio de lo anterior, aún si se quisiera alegar la presunta derogación fundada en la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 1.939, debe señalarse que ello no es jurídicamente procedente pues la derogación y la inconstitucionalidad son dos instituciones conceptualmente distintas, tanto por sus objetivos, naturaleza y consecuencias. No existe, para la doctrina, derogación por inconstitucionalidad.

e. Aún en el caso de que se estimara procedente lo anterior, no es ante el Tribunal Constitucional donde debe alegarse la derogación sino que ante los tribunales ordinarios. Esto por las siguientes razones:

La Excma. Corte Suprema ha afirmado que ella tiene competencia para declarar la derogación de preceptos legales por ser contraria a la Constitución. El recurso de inaplicabilidad es el medio

procesal idóneo para tal efecto. No puede haber dos tribunales superiores que tengan la misma competencia.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y de las Iltmas. Cortes de Apelaciones ha ratificado la plena vigencia del Decreto Ley N° 1.939.

La Excma. Corte Suprema, asimismo, ha resuelto que las atribuciones para declarar la derogación de una norma legal vigente corresponden a los tribunales de justicia. Tanto la historia fidedigna de la elaboración de su normativa como el análisis de sus atribuciones permiten concluir que el Excmo. Tribunal Constitucional fue diseñado como un órgano de control preventivo de la ley.

Termina el Presidente de la República solicitando que se rechacen los requerimientos y declare la plena concordancia del Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial el martes 6 de agosto de 1996, con la Constitución y el Decreto Ley N° 1.939, de 1977.

Con fecha 10 de octubre de 1996, patrocinados por el Diputado señor Andrés Aylwin Azócar, un grupo de señores Diputados hizo una presentación a este Tribunal, acompañando diversos documentos.

El Tribunal Constitucional ordenó traer los autos en relación con fecha 15 de octubre de 1996.

CONSIDERANDO:

1°. Que, por el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, se dispone lo siguiente:

“Artículo 13.- Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”;

2°. Que, el Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, reglamentó dicha disposición estableciendo un procedimiento para la ejecución del artículo 13 antes transcrito;

3°. Que, el Decreto mencionado tiene su sustento legal en el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, y su contenido tiene por objeto señalar un procedimiento para que los interesados en acceder a las playas de mar, ríos o lagos puedan llegar a ellas a través de los terrenos de los propietarios colindantes.

Del texto del Decreto se advierte además que se establece quiénes pueden solicitar la vía de acceso a las playas de mar, ríos o lagos, los requisitos que deben concurrir para ejercer este derecho y cuál es la autoridad encargada de fijar la correspondiente vía de acceso.

En los artículos 2° a 7° del mismo Decreto se indica el procedimiento para obtenerla y en los artículos 8° y 9° se señalan los recursos jurisdiccionales y administrativos para reclamar de la resolución que haya adoptado la autoridad;

4°. Que, 34 Honorables Diputados y 12 Honorables Senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de ambas Corporaciones, han requerido a este Tribu-

nal, haciendo uso de la facultad que les otorga el artículo 82, N° 5, de la Constitución Política de la República, para que declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, en razón de que sus normas vulnerarían diversas disposiciones constitucionales;

5°. Que, de las inconstitucionalidades planteadas, resultan los siguientes puntos concretos que debe resolver este Tribunal:

- a) que el tribunal debe examinar si el Decreto referido está o no de acuerdo con la Constitución;
- b) que la limitación al dominio que contempla el decreto mencionado no establece indemnización alguna para los afectados, y
- c) que el decreto del Ministerio de Bienes Nacionales excede el marco legal fijado por el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977;

6°. Que, previo al análisis de los argumentos de los requirentes y de los órganos constitucionales interesados, cabe destacar que de acuerdo al artículo 594 del Código Civil, “Se entiende por playa de mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas”.

En conformidad al artículo 589 del mismo cuerpo legal las playas de mar son bienes nacionales de uso público y su dominio pertenece a la Nación toda.

Las características principales de esta clase de bienes son:

- a) que su dominio pertenece a la Nación toda;
- b) que su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación;
- c) que nadie puede disponer de ellos;
- d) que están fuera del comercio humano, y
- e) que debe ser la ley la que los declare bienes nacionales de uso público;

7°. Que, como una excepción a lo anterior cabe señalar lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 6 de abril de 1960, que establece lo siguiente en sus artículos 2° y 3°, inciso primero:

“Artículo 2°.- Es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral, como asimismo la concesión de rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías; y también las concesiones en ríos o lagos que sean navegables por buques de más de 100 toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las mareas, de las playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberaños hasta una distancia de 80 metros medidos desde donde comienza la ribera”.

Artículo 3°, inciso primero.- “Son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes”;

8°. Que, sobre el particular la Corte Suprema en sentencia contenida en el Rol N° 18.468, de 18 de febrero de 1992, declaró en su considerando 3°:

“3º) Que las playas –entendiendo por tales el sector adyacente al mar territorial y que las aguas bañan y desocupan alternativamente, hasta donde llegan las mareas más altas, y la faja de tierra adyacente, en un ancho de ochenta metros desde la línea de la más alta marea– son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la nación toda, teniendo sobre ellos todos los habitantes el derecho de usarlas, no pudiendo ser usadas en forma exclusiva, salvo el caso de disfrutar de alguna Concesión Marítima especial, de acuerdo a lo que disponen los Arts. 589, 594, 598 y 599 del Código Civil, 1º, 2º y 3º del D.F.L. N° 340, de 1960, del Ministerio de la Defensa Nacional; por lo que la parte recurrida no ha podido impedir a la recurrente, ni a persona alguna, el acceso al sector de playa con que limita su predio, en atención a que no ha acreditado ser titular de ninguna Concesión Marítima que la habilite para excluir el derecho ajeno”;

9º. Que, habiéndose establecido en el Código Civil que las playas de mar son bienes nacionales de uso público, es menester referirse a otras disposiciones legales que dicen relación con la materia en estudio;

10º. Que, sobre este punto es preciso tener presente las normas siguientes del Código Civil:

“Artículo 595.- Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

“Artículo 598.- El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”.

“Artículo 615.- A los que pesquen en ríos y lagos no será lícito hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas ni atravesar las cercas”.

Además, las disposiciones del Código de Aguas que se transcriben a continuación:

“Artículo 5º.- Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”.

“Artículo 30.- Álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas.

Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberaños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, las porciones de terrenos de un predio que, por avenida, inundación o cualquier causa quedaren separadas del mismo, pertenecerán siempre al dueño de éste y no formarán parte del cauce del río”.

“Artículo 31.- La regla del artículo anterior se aplicará también a los álveos de corrientes discontinuas de uso público. Se exceptúan los cauces naturales de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales, los cuales pertenecen al dueño del predio”.

“Artículo 35.- Álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.

Es aplicable a estos álveos lo dispuesto en el artículo anterior”;

“Artículo 33.- Son riberas o márgenes las zonas laterales que lindan con el álveo o cauce”;

11°. Que, no existe en el Código Civil, en el Código de Aguas y en la legislación complementaria en general, el concepto de playa referido a ríos o a lagos, aunque materialmente puedan existir;

12°. Que, la Constitución de 1980 buscando darle un mayor refuerzo a la defensa y protección a la propiedad privada ha consagrado un nuevo derecho en el artículo 19, N° 23, que dice:

“23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

De la disposición citada resulta con claridad que sobre los bienes nacionales de uso público no es posible constituir propiedad y que teniendo las playas de mar, esta naturaleza jurídica no puede ser objeto de propiedad privada.

En conformidad con lo expuesto anteriormente cabe reiterar que las playas de mar son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda por lo que no pueden ser objeto de propiedad privada de los particulares ni usadas en forma exclusiva, salvo el caso de las Concesiones Marítimas;

13°. Que, el presente requerimiento sólo se refiere a la posibilidad de acceder a los bienes nacionales de uso público gratuitamente y conforme al procedimiento que indica el Decreto Supremo N° 1, de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales;

Constitución y Decreto.

14°. Que, el artículo 82, N° 5, de la Constitución, otorga al Tribunal Constitucional la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos que emanan del Presidente de la República. Somete en esta forma a control los actos del Poder Ejecutivo.

Así lo expresa, textualmente, el artículo 82, N° 5, de la Ley Fundamental, al decir que son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver los reclamos en casos de que el Presidente de la República ... “dicte un decreto inconstitucional”.

Refiriéndose a esta atribución, este Tribunal en el Rol N° 116, de 27 de diciembre de 1990, cita la historia de esta norma constitucional de la cual aparece claro que en las sesiones N°s. 359 y 417, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución decidió otorgar esta facultad al Tribunal Constitucional;

15°. Que, en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el Rol N° 153, de 25 de enero de 1993, en el que rechazó un decreto, que si bien cumplía con las normas legales, no se atenía a la Constitución, y en el considerando N° 18°, expresó: que “el decreto objeto del requerimiento no cumple con las formalidades que exige la Constitución, pues se trata de un reglamento que no aparece firmado por el Presidente de la República, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad”;

16°. Que, cabe recordar también sobre este punto las palabras del ex Presidente de este Tribunal señor Israel Bórquez, en el discurso que pronunció en la Universidad Católica de Valparaíso, en octubre de 1982, en el que manifestó: “La innovación es profunda pues ahora corresponde también al Tribunal velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado”;

17°. Que, de los considerandos anteriores queda claro que la atribución del Tribunal es examinar la constitucionalidad del decreto y si éste no se ajusta a la Ley Fundamental debe declarar su inconstitucionalidad, lo que en este caso hace innecesario pronunciarse sobre la derogación del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, artículo 13.

Si se declara la inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 83 de la Constitución Política, el Decreto quedará sin efecto de pleno derecho;

Constitucionalidad de las limitaciones al dominio establecidas en el Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales.

18°. Que, según se desprende de los considerandos anteriores el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, señala que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos.

La aplicación de esta norma se reguló por el Decreto Supremo N° 1, de 1996, de Bienes Nacionales, estableciendo un procedimiento para acceder gratuitamente a dichas playas.

El Decreto señala que la vía de acceso que se solicita debe otorgarse a través de los terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos y debe ser gratuita;

19°. Que, los requirentes han sostenido, por una parte que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, estaría estableciendo una forma de privar del dominio sin indemnización ni ley expropiatoria y, por otra parte advierten también, que se trataría de una limitación al dominio que afecta su esencia y que por los daños que causa debería indemnizarse;

20°. Que, sobre el particular tanto el señor Contralor General de la República como S. E. el Presidente de la República indican que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, no impone una privación al dominio sino que se trata más bien de una limitación a éste, fundada en la función social que debe cumplir la propiedad. Sostienen que si bien la limitación importa una restricción al ejercicio del derecho de dominio, tal restricción consiste sólo en modificar algunas de sus diversas manifestaciones, sin destruir las facultades esenciales del derecho y sin que represente una privación. El propietario afectado conservaría su dominio, el terreno sobre el que recae y las facultades de usar gozar y disponer del inmueble;

21°. Que, las normas que permiten imponer limitaciones al dominio y privar de este derecho están contenidas en el artículo 19, N° 24, incisos primero, segundo y tercero, de la Constitución que señala:

“24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”;

22°. Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, p. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, p. 244).

Limitar, en cambio importa “acortar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, p. 1258).

De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales;

23°. Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce;

24°. Que, de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980;

25°. Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad;

26°. Que, el constituyente chileno no ha definido el concepto de función social y solamente ha señalado cuáles son sus elementos. Así, estableció en la Constitución de 1980: “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, N° 24, inciso segundo);

27°. Que, la consagración de la función social en la Constitución de 1980 tiene sus antecedentes en la Constitución de 1925 reformada el año 1970 y en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, especialmente en la Sesión N° 149.

Además, en el Memorándum de 16 de agosto de 1978 dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, se dice que “La función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”.

Respecto de las limitaciones al dominio dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer”;

28°. Que, como se ha visto en los considerandos anteriores las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a

dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone;

29°. Que, los requirentes han objetado la gratuidad de la vía de acceso que los propietarios colindantes con playas deben aceptar y a su juicio es inconstitucional porque debería dar lugar a indemnización;

30°. Que, el texto de la Constitución de 1980 se ha referido a las limitaciones al dominio en las siguientes disposiciones:

a) en el artículo 19, N° 24, inciso segundo, ya transcrito en esta sentencia;

b) en el artículo 41, N° 1°, que señala: “Por la declaración de estado de asamblea el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión, la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”.

c) en el artículo 41, N° 5°, que dice: “Por la declaración del estado de catástrofe el Presidente de la República podrá restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias”, y

d) en el artículo 41, N° 8°, que dice: “Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño”.

Respecto de las disposiciones señaladas cabe destacar que el constituyente sólo se refiere en forma expresa a la obligación de indemnizar tratándose de las limitaciones al derecho de dominio que se pueden imponer en el estado de asamblea y en el estado de catástrofe, exigiéndose para que procedan que se cause daño y que signifiquen una privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio;

31°. Que, en relación con la interpretación que debe darse a las normas constitucionales, la doctrina en general acepta que sea más extensa que la interpretación legal.

Sobre el particular el profesor Enrique Barros en su obra “La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la teoría del derecho”, sostiene que “el verdadero problema de la interpretación constitucional es la articulación de un raciocinio abierto y franco en que los valores fundamentales del sistema sean precisados en su rango” (Revista de derecho Público, N° 29/30).

En el fallo contenido en el Rol N° 33, de 24 de septiembre de 1985, sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones, el Tribunal Constitucional descartó la posibilidad de aceptar como elemento de interpretación el estricto tenor literal de las normas, con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental y declaró inadmisibles el criterio que significara una pugna con las otras normas permanentes y transitorias de la Constitución.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal hizo un análisis del texto constitucional que significó rechazar como método de interpretación la aplicación del estricto tenor literal de la norma con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental.

El Tribunal hizo primar en materia de interpretación una regla de hermenéutica que es ya una constante en los diversos fallos que ha emitido y que se encuentra contenida en el considerando N° 19 del Rol ya citado:

“La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía”.

En igual sentido se pronunció en el fallo sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Consejos Regionales de Desarrollo, Rol N° 42, de 26 de enero de 1987, en que se aplica un criterio amplio de interpretación que utiliza dos elementos:

- a) que las normas constitucionales deben interpretarse en un contexto, y
- b) que las normas constitucionales deben interpretarse armónicamente.

También, en el Rol N° 5, de 26 de noviembre de 1981, sobre un requerimiento al proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, hizo primar sobre la redacción del texto el sentido o intención del constituyente al establecerla.

Igual criterio se aplicó en la sentencia Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, en que se sostuvo que el sentido de una norma no deriva de la consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a una misma institución, regla que, por lo demás, constituye una simple aplicación de un principio elemental de hermenéutica;

32°. Que, utilizando el mismo criterio que el citado en los fallos anteriores para ver si el Estado debe o no pagar indemnización por la vía que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, impone a los propietarios de terrenos colindantes con las playas, es preciso determinar si esta limitación causa daño y si afecta alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio;

33°. Que, las limitaciones son de tal naturaleza, de acuerdo al citado Decreto Supremo N° 1, de 1996, que constituirían servidumbres que permitirían verdaderos caminos, tanto para peatones como para buses o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga.

Del examen del decreto se advierte que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría de una limitación al dominio que consistiría en una servidumbre de tránsito, tanto para peatones como para vehículos, sin pago de indemnización alguna;

34°. 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 el 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 de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio.

En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado;

35°. Que, la existencia del daño la reconoce el propio Decreto Supremo N° 1, de 1996, al decir en su artículo 2°:

“Artículo 2º.- Toda vía de acceso deberá fijarse prudencialmente, de modo que se garantice un libre y expedito tránsito, evitando causar daños innecesarios a los afectados”.

Del texto de esta disposición se desprende con toda claridad que existirán “daños”.

Se evitarán los que la autoridad, discrecionalmente, estime innecesarios, pero se evidencia que la vía de acceso implica un daño para el particular propietario.

Además, S. E. el Presidente de la República, en la página 61 de sus observaciones dice que en este “caso forzoso es concluir que habrá un daño ‘físico’”.

Niega el daño patrimonial, lo que es muy discutible, pues no se conoce en toda su amplitud el efecto que tendría esta vía de acceso;

36º. Que, la Constitución de 1980 ha establecido la responsabilidad del Estado como un principio general aparece claro en diversas disposiciones constitucionales. Citaremos al efecto los artículos 6º y 7º del Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad:

“Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

De estos artículos se concluye que los órganos del Estado cualquiera que sea su actividad tienen responsabilidad si infringen la Constitución.

Estas normas se complementan con otras disposiciones de la Constitución de donde resulta que si se afectan derechos constitucionales y se causa daño cabe responsabilidad del Estado;

37º. Que, al respecto podemos citar, fuera de los artículos 6º y 7º de la Constitución, que establecen el principio general, las siguientes normas:

Artículo 1º, inciso cuarto: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Artículo 5º, inciso segundo: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Artículo 38, inciso segundo: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales

que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Además debemos agregar el artículo 19, N° 24, inciso tercero y el artículo 41, N° 8°, ambos transcritos en esta sentencia;

38°. Que, en sentencia de la Corte Suprema de Comunidad Galletué con Fisco, de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743, se planteó el problema del pago de indemnizaciones por las limitaciones al dominio impuestas en períodos de normalidad política. Sobre el particular la Corte Suprema expresó en el considerando N° 12°:

“12°. Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 N° 7 letra i), de la Carta dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su N° 8° prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1°, 5°, 7° y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado”;

39°. Que, por lo expuesto anteriormente este Tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño.

Destaca, además, que constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración;

40°. Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad;

41°. Que, además, sobre el particular cabe destacar que el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Esta-

do o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad. De tal manera que si se causan daños éstos deben pagarse.

Podemos citar como ejemplo la Ley N° 18.755, de 7 de enero de 1989, que señala que en los casos del artículo 7°, letra j), el Director del Servicio Agrícola y Ganadero, servicio público funcionalmente descentralizado, deberá disponer el pago de indemnizaciones.

Dice así:

“Artículo 7°.- Corresponderán al Director Nacional las siguientes funciones y atribuciones:

“j) Disponer el pago de indemnizaciones a propietarios de bienes o productos no contaminados o sanos, que haya sido necesario sacrificar, beneficiar o destruir, como asimismo por las restricciones de uso de predios rústicos dispuestas por el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada mediante decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del Ministro de Hacienda. Las indemnizaciones comprenderán sólo el daño patrimonial efectivamente causado”.

Es este un caso claro de responsabilidad del Estado si se imponen restricciones al uso de predios rústicos.

Además, el principio general que los daños que se causen por limitaciones al dominio deben indemnizarse, se encuentra también contemplado en diversas leyes dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1980.

Así podemos citar la Ley de Servicios de Gas, N° 18.856; el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos y la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones. Todas estas leyes obligan a los particulares a pagar indemnizaciones por las limitaciones al dominio;

42°. Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado;

43°. Que, a mayor abundamiento, el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, objeto de esta sentencia es inconstitucional pues es un reglamento de ejecución que debió atenerse a la Constitución y no entrar al campo del legislador como lo ha hecho en la especie.

Ello se desprende con claridad de lo expresado en los artículos 6° y 7° de la Constitución;

44°. Que, debe tenerse presente, además, que el artículo 24 de la Ley Fundamental, refiriéndose al Presidente de la República dice: “Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Resulta así que los actos del Presidente de la República deben siempre adecuarse a la Constitución y a la ley.

Siguiendo este criterio los profesores Verdugo y Pfeffer manifiestan: “De la expresión ‘su autoridad se extiende a todo...’ se deriva la amplitud de las facultades, que revisten un carácter general, con la limitación de que deberá siempre dar cumplimiento a su tarea ‘de acuerdo a la Constitución y las leyes’” (Derecho Constitucional, Tomo II, p. 35).

En consecuencia, los actos del Presidente de la República derivados de su potestad reglamentaria de ejecución deben atenerse a la Constitución y a la ley que aplican y si exceden esta última regu-lando materias propias del campo del legislador pasan a violar la Constitución;

45°. Que, en los artículos 3° y siguientes del Decreto Supremo N° 1, de 1996, se establece un procedimiento para solicitar la vía de acceso a las playas de mar, ríos y lagos.

Para estos efectos en los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 9° de dicho Decreto se otorgan atribuciones a la Secretaría Ministerial Regional de Bienes Nacionales, las que a juicio de este Tribunal deben ser otorgadas por ley y no por reglamento;

46°. Que, el Decreto Supremo N° 291, de 1993, que fijó el texto refundido de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, en su Capítulo IV, artículo 61, dice:

“Los ministerios se desconcentrarán territorialmente mediante secretarías regionales ministeriales, de acuerdo con sus respectivas leyes orgánicas, con excepción de los Ministerios del Interior, Secretaría General de la Presidencia, de Defensa Nacional y de Relaciones Exteriores”;

47°. Que, la desconcentración es la “radicación de una o más potestades administrativas que hace la ley en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica de un ente de la Administración del Estado” (Revista de Derecho Público N° 51, de 1992 –“La desconcentración en el derecho administrativo chileno”– Eduardo Soto Kloss, p. 104). Cita este autor a continuación como ejemplo de competencias desconcentradas a las Secretarías Regionales Ministeriales;

48°. Que, de acuerdo al artículo 3° de nuestra Constitución Política la desconcentración tiene que efectuarse por ley.

“Art. 3°. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”.

De esta disposición aparece claro que la desconcentración debe hacerse en conformidad a la ley;

49°. Que, de lo anterior resulta que las Secretarías Regionales Ministeriales forman parte de la Organización Ministerial y que sus atribuciones las reciben de la ley que desconcentra atribuciones del respectivo Ministerio.

Tratándose de los Ministerios el artículo 33 de la Constitución, ha señalado que la organización la determina también la ley;

50°. Que, además el artículo 33 establece que los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el Gobierno y Administración del Estado;

51°. Que, debe señalarse también, que de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 18.575, los Ministerios forman parte de la Administración del Estado;

52°. Que, establecido que la desconcentración debe siempre operar por ley hay que tener presente que las Secretarías Regionales Ministeriales son parte del respectivo Ministerio y en consecuencia forman parte de la Administración y de la Organización Estatal. De aquí que sus atribuciones deben provenir de la ley y no de la potestad reglamentaria del Presidente de la República;

53°. Que, el principio general que las atribuciones de la organización estatal deben provenir de la ley se desprende también del artículo 7° de la Constitución transcrito en esta sentencia y que consagra expresamente que las magistraturas sólo pueden actuar dentro de las competencias que les haya otorgado la Constitución y las leyes;

54°. Que, además debe considerarse el artículo 62, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución de 1980, que establece:

“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

“2°. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;”

La expresión servicio público se ha entendido siempre en un sentido amplio de manera que todos los órganos del Estado deben recibir sus atribuciones de la ley y no de los decretos o reglamentos;

55°. Que, de lo anterior se infiere que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, al otorgarle atribuciones a las Secretarías Regionales Ministeriales ha invadido el campo del legislador y en consecuencia viola el artículo 60 de la Carta Fundamental que señala las materias propias de ley entre las que se encuentran aquellas que la Constitución exige que sean reguladas por una ley y las que la Constitución señala como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 60, N°s. 2 y 14);

56°. Que, en consecuencia, el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 1996, no se ajusta a la Constitución Política por exceder el campo de la potestad reglamentaria y entrar de lleno a la órbita del legislador.

Y, VISTOS, lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19 –N°s. 23 y 24–, 38, 41, 80 y 82 de la Constitución Política de la República, y 38 a 45 y 48 de la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, de este Tribunal,

SE DECLARA:

Que el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 10 de enero de 1996 y publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, es inconstitucional, acogándose los reclamos de fojas 1 y 19.

El Ministro señor Ricardo García previene que concurre a la resolución de la sentencia, sobre la base de las siguientes razones fundamentales que ha tenido en consideración:

Primero.- Que, para resolver los reclamos presentados en cuanto a la forma en que el Decreto impugnado afecta el derecho de propiedad de los titulares del dominio de los predios colindantes con playas de mar, ríos o lagos, procede examinar dicho Decreto a la luz de las normas constitucionales atinentes a la materia, para determinar de esta manera si las disposiciones de aquél se ajustan o vulneran la Constitución Política y resolver, consiguientemente, sobre su constitucionalidad en virtud de la atribución que al respecto otorga a este Tribunal el artículo 82 de la Carta Fundamental en su numeral quinto;

Segundo.- Que, este examen no implica discusión alguna sobre el carácter que tienen los bienes nacionales de dominio público, así como sobre la connatural imposibilidad de que las playas que tienen tal carácter puedan ser objeto de propiedad privada. La materia de los reclamos obliga a precisar simplemente si el acceso a esas playas que el Decreto establece que debe brindarse gratuitamente por los propietarios de los inmuebles colindantes con aquéllas, implica una contradicción con los derechos que a los titulares del dominio de un bien asegura la Constitución Política;

Tercero.- Que, dadas las específicas características que a ese acceso otorga el Decreto materia de los reclamos, es dable concluir que con ellas se configura una privación de facultades esenciales de la propiedad, ya que los dueños de los bienes en los que se demarca una vía abierta a todo interesado en llegar a las playas, se verán privados de los derechos de uso y goce de las porciones de

sus inmuebles comprometidas en esos accesos, así como también del atributo de la exclusividad inherente al dominio;

Cuarto.- Que, el inciso tercero del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política, es categórico al señalar que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”;

Quinto.- Que, a la garantía así establecida, la misma Constitución agrega, en el mismo inciso y como un complemento evidentemente esencial, que “El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”;

Sexto.- Que, en mérito a lo expresado, debe concluirse que la Constitución Política ha asegurado, simultáneamente, tanto la causa de una eventual privación como también la consiguiente indemnización del daño efectivo que provoque y que se fije según el procedimiento que establece, otorgando a ambos aspectos un inseparable rango constitucional que toda norma de inferior jerarquía debe invariablemente respetar;

Séptimo.- Que, asimismo, debe destacarse que los preceptos constitucionales comprenden, por igual, los casos de privación de un bien sobre el que la propiedad recae, como los de privación de uno cualesquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio, obligando a enmarcar la regulación de toda privación de esta especie en las normas constitucionales referidas;

Octavo.- Que, la privación de atributos y facultades esenciales del dominio sobre un bien, que el Decreto impugnado impone, en perjuicio del propietario de un predio colindante con las playas que indica, no aparece sustentada en ley alguna, general o especial, que haya autorizado tal privación por causa de utilidad pública o de interés nacional, así calificada por el legislador, así como tampoco que reconozca el derecho a indemnización y el sistema aplicable para su determinación, que, como se ha dicho, deben ir aparejados necesariamente a tal privación;

Noveno.- Que, en abono a lo expresado, conviene tener presente el Oficio de 16 de agosto de 1978, por medio del cual la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República entregó al Presidente de la República el texto propuesto para esta nueva Carta Fundamental. En dicho Oficio, se recuerda que la Constitución Política de 1925, con sus subsiguientes reformas “dejaron entregadas a la voluntad del legislador todo lo referente al derecho a indemnización en caso de expropiación, a la determinación de su monto, condiciones de pago, forma de extinguir la obligación, oportunidad y modo en que procede la toma de posesión del bien expropiado, como asimismo lo relativo al tribunal llamado a conocer de la reclamación del afectado”, agregando luego que, con esa delegación,, el derecho a indemnización “dejó de ser una garantía constitucional y de este modo una materia tan trascendental quedó entregada al arbitrio del legislador y de mayorías ocasionales”. Se señala, consiguientemente, en el aludido Oficio que el proyecto que se propone repara esta situación, incorporando al texto constitucional, en un solo todo, tanto la seguridad de la propiedad misma como de la indemnización consiguiente, en la misma forma en que quedó en definitiva consagrado en el ya transcrito inciso tercero del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución hoy vigente;

Décimo.- Que, a juicio del previniente, no resulta procedente confundir la privación de que se ha tratado, con las limitaciones u obligaciones que la ley puede imponer a la propiedad, como una derivación de la función social de aquélla, función que comprende, de conformidad con el inciso

segundo del numeral 24 del artículo 19, de la Constitución “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental”. En el mismo citado Oficio de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, se hace constar que “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”, como consecuencia de todo lo cual en el Oficio se puntualiza que las restricciones y obligaciones que pudiere establecer el “legislador, en razón de los intereses superiores señalados, no dan lugar, por cierto, a indemnización alguna”;

Undécimo.- Que, no obstante lo expresado en el considerando precedente, puede darse el caso de que tales limitaciones u obligaciones, lleguen a exceder su propia terminología y a constituirse, aun con esa denominación, en efectivas privaciones de atributos o facultades esenciales del dominio. En tal caso, como privaciones efectivas, darán derecho a indemnización; pero tal indemnización no podrá establecerse sino de acuerdo con la preceptiva constitucional aplicable a aquéllas esto es, la correspondiente a una expropiación, institución de cuyo campo de aplicación no podría tal situación excluirse. En este sentido, conviene también tener presente lo que el Oficio ya antes citado enfatiza, cuando señala que las limitaciones u obligaciones impuestas por el legislador a la propiedad, no darán derecho a indemnización, salvo el caso de que ellas afecten la esencia del derecho o importen privar al titular del dominio de alguno de los atributos de éste, “pues ello sólo podría tener lugar a través de la expropiación”;

Decimosegundo.- Que, en mérito a lo expresado, para el previniente, el Decreto impugnado, atenta contra las normas constitucionales citadas, ya que configura una privación que, como el mismo texto del Decreto lo reconoce, origina daños efectivos, sin contemplar indemnización alguna ni respetar cuanto esas mismas disposiciones constitucionales a su respecto establecen;

Decimotercero.- Que, por lo tanto, para el previniente, son las indicadas las razones fundamentales por las cuales el Decreto impugnado adolece de inconstitucionalidad y procede por ello acoger los reclamos formulados ante el Tribunal Constitucional;

Decimocuarto.- Que, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución Política, tal determinación de inconstitucionalidad por este Tribunal, lleva consigo que el Decreto quede “sin efecto de pleno derecho”, lo que se produce con respecto a su integridad, sin distinción particularizada de sus normas.

Redactó la sentencia la Ministro señora Luz Bulnes Aldunate, y la prevención, su autor el Ministro, señor Ricardo García Rodríguez.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 245(246) (Acumulados).

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Manuel Jiménez Bulnes, y los Ministros señora Luz Bulnes Aldunate, señores Ricardo García Rodríguez, Osvaldo Faúndez Vallejos, Servando Jordán López y Juan Colombo Campbell.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

La ley que modifica diversos artículos del D.F.L. N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, con objeto de favorecer la mejor calidad de la construcción, fue publicada en el Diario Oficial del día 16 de septiembre de 1996, bajo el N° 19.472.

MATERIA

LIMITACIÓN A DERECHO DE PROPIEDAD

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)*Rol:* 1215*Fecha:* 30.04.2009*Resultado recurso:* Rechazado.*Ministros mayoría:* Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.*Ministro redactor:* Jorge Correa Sutil.*Requirentes:* Inversiones Pingueral Ltda., Inmobiliaria Pingueral S.A., Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda. y Gustavo Yánquez Mery.

DESCRIPTORES

Acceso a Playas – Propiedad – Función Social – Limitaciones a la Propiedad – Privación de la Propiedad – Utilidad Pública – Bienes Nacionales de Uso Público – Daño, Responsabilidad del Estado – Gestión Pendiente.

PRINCIPIO JURÍDICO

La ley puede establecer limitaciones a la propiedad que deriven de su función social.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 19 N° 23 y 24 y 93 CPR; Art. 13 D.L. N° 1.939/1977 Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

CAUSA EN QUE INCIDE

Juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° C-4193-2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del que conoce el Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD DE SOLICITA

Artículo 13 D.L. N° 1.939 de 1977 que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. El artículo dispone la obligación de los propietarios de terrenos colindantes con playas a facilitar gratuitamente el acceso a éstas para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto. Establece la forma en que se fijaran las vías de acceso por la autoridad administrativa regional y la posibilidad de reclamar de esta decisión ante tribunales.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Bajo qué condiciones puede la ley limitar el derecho de propiedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Intendencia Regional y la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, ambas de la Región del Bío-Bío dictaron la Resolución Exenta 369, de 4 de junio de 2008, que fundada en lo dispuesto en el precepto legal impugnado, declaró que las vías de acceso a la Playa Pingueral están constituidas por las calles del Loteo Pingueral que tienen el carácter de bienes nacionales de uso público, y las servidumbres establecidas en el Plano de Loteo que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral.

Propietarios del fundo que colinda con la Playa Pingueral interpusieron un reclamo contra la resolución y posteriormente un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 13 D.L. N° 1.939 de 1977.

ALEGACIONES

El artículo 13 D.L. N° 1.939 de 1977 vulnera el derecho de propiedad al hacer ilusorio los atributos de uso y goce del derecho. Señalan que se trata de un daño que debe ser indemnizado. Agregan que si en los estados de excepción constitucional deben indemnizarse las limitaciones al dominio, con mayor razón deben ser estas indemnizadas en los estados de normalidad constitucional.

Adicionalmente la norma afecta el derecho a la igualdad ante la ley, la igual repartición de los tributos y la no discriminación arbitraria por parte del Estado en materia económica. Señalan que las limitaciones constituyen una carga real impuesta gratuitamente a los propietarios en beneficio supuestamente de la colectividad lo que afecta el derecho a la igualdad.

Por último, la forma en que las autoridades han aplicado la norma impugnada atenta en contra de lo dispuesto por la Constitución, en el sentido de que las limitaciones al dominio sólo pueden imponerse cuando concurren causales de utilidad pública, siendo que ni los fines turísticos, ni los de pesca pueden subsumirse en dicha categoría.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Habrà de examinarse si resulta lícito que la ley imponga al particular requirente la obligación de facilitar el acceso a una playa de mar por o a través del terreno de su propiedad colindante a la misma, así como que confiera al Intendente Regional la potestad de precisar el modo de cumplir esa obligación. Sólo despachada esta cuestión, el Tribunal examinará la cuestión de si el Estado puede hacerlo sin indemnización (C. 16).

Conforme lo dispone el inciso segundo del numeral 24 del artículo 19 de la CPR, “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. Estando autorizado el legislador a establecer limitaciones a la propiedad privada que deriven de su función social, cabe examinar si el gravamen impuesto por el artículo 13 del D.L. en examen constituye una limitación o una privación del dominio en

caso de aplicarse a los requirentes y si, en caso de ser una limitación, ella puede o no considerarse que deriva de la “función social” de la propiedad, que es precisamente lo que la parte requirente cuestiona (C. 18).

En sentencias anteriores, este Tribunal ha establecido que la fijación de franjas para el libre acceso a playas constituye limitaciones para los titulares del derecho de propiedad de esos terrenos y no una privación de su derecho de propiedad (C. 19).

Habiéndose establecido que lo prescrito en el precepto legal impugnado provoca una limitación al dominio y no una privación del mismo, cabe examinar la alegación de los requirentes acerca de que la misma no puede justificarse en la función social de la propiedad, concepto que comprende cuanto exijan, entre otros, la utilidad pública y los intereses generales de la nación (C. 21).

Para discernir la cuestión planteada, se hace necesario tener presente que es la propia CPR la que en el numeral 23 de su artículo 19 permite a la ley reservar “a la Nación toda” determinados bienes y excluirlos del dominio privado. De ese modo, la existencia de los llamados “bienes nacionales de uso público” tiene un fundamento constitucional y por ende, y dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación, en los términos del inciso segundo del numeral 24 del artículo 19 de la CPR (C. 22).

Para que “la Nación toda” pueda efectivamente usar de los bienes nacionales de uso público, en este caso de la playa de mar llamada Pingueral, finalidad que tiene un fundamento constitucional establecido en razón de utilidad pública y de los intereses generales de la Nación, resulta indispensable que pueda acceder a ellos (C. 24).

En consecuencia, debe concluirse que el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general (C. 27).

También debe concluirse que el medio empleado por el legislador es proporcionado, pues no impone al dueño sino la obligación de permitir el acceso, indispensable para el goce público del respectivo bien nacional. La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto en cuanto la disposición establece la obligación en el solo caso de que no existan otras vías públicas de acceso, para los solos fines turísticos y de pesca, y por cuanto el inciso segundo exige al Intendente Regional fijar con prudencia las correspondientes vías de acceso, con audiencia del propietario, arrendata-

rios o tenedores respectivos y evitando causar daños innecesarios a los afectados. El control de cada una de estas condiciones y limitaciones no queda entregado a la sola determinación de la autoridad regional, desde que ésta puede ser reclamada ante los Tribunales Ordinarios de Justicia (C. 28).

En cuanto al análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la condición de gratuidad establecida en la norma impugnada, no es claro que el precepto que se impugna establezca que el Estado, a través del Intendente, pueda imponer y fijar la limitación al dominio sin indemnización. Lo que literalmente éste establece es que el propietario debe facilitar gratuitamente el acceso por su propiedad a las playas de mar, ríos o lagos. Bien pudiere entenderse que, al disponerlo así, lo que el precepto prohíbe es que el propietario colindante cobre a los usuarios por el derecho a paso que debe concederles gratuitamente. Tal sería una interpretación que en nada afectaría el derecho del propietario afectado a cobrar una indemnización del Fisco, cuando el Intendente Regional le imponga esta obligación fijando las correspondientes vías de acceso (C. 37).

Que, sin embargo, no cabe descartar que el precepto pudiera ser invocado por el Fisco para intentar fijar estas vías de acceso sin pagar indemnización por el daño causado al propietario. En ese caso, cabría examinar si tal alcance del precepto vulneraría la CPR (C. 38).

En el juicio de reclamación de que se trata en la especie la aplicación del precepto legal reprochado no puede producir el efecto de privar al propietario afectado del derecho a ser indemnizado, por la sencilla razón de que en esa gestión pendiente no está discutida ni sometida a la decisión del Tribunal una pretensión indemnizatoria, ni podría estarlo (C. 41).

La cuestión de si el propietario afectado debe o no ser indemnizado no se encuentra sometida a la decisión del Tribunal en la gestión pendiente que generó la acción de inaplicabilidad. En efecto, en el reclamo del requirente en esa causa, el actor pidió que se dejara sin efecto total o parcialmente –en la extensión física de los terrenos por donde se fija el derecho de acceso público– la Resolución Exenta 369 que fijó el acceso a la Playa Pingueral, pero no pidió, ni siquiera de modo subsidiario, una indemnización en su favor por el daño causado. Mal puede decirse entonces que el precepto podría producir, en la gestión pendiente, el efecto de inhibir el pago de una indemnización, en condiciones que esa indemnización no se encuentra pedida. En los términos del artículo 93 de la CPR, el precepto no puede aplicarse en la gestión pendiente para resolver un asunto como el de la indemnización del daño por el Fisco. Siendo ese efecto imposible en la gestión pendiente, no cabe examinar si el mismo resultaría o no contrario a la CPR (C. 42).

CONCLUSIÓN

El legislador puede establecer limitaciones a la propiedad que deriven de su función social. Permitir el acceso a bienes nacionales de uso público es una razón de utilidad pública que se encuentra amprada por la función social de la propiedad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En el caso Pingueral el TC se aleja de su precedente Playas I (rol 245, publicada en el presente libro), al señalar que la obligación que tienen los propietarios colindantes a las playas de permitir su acceso gratuitamente forma parte de las obligaciones propias que impone la función social de la propiedad. De este modo, los eventuales problemas indemnizatorios en opinión del TC no son un debate constitucional, sino que de reparación que sólo se puede hacer efectiva mediante la respectiva acción de daños.

Esta tesis del TC también se expuso en el caso Rol 1141.

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta de abril de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha veintiséis de agosto de dos mil ocho, las compañías “Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.”, y don Gustavo Yáñez Mery, representados por el abogado Mario Rojas Sepúlveda, han requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del que conoce actualmente el Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

En dicho proceso, según certificado emitido por el Tribunal respectivo, esas mismas partes cuestionan la validez de la Resolución Exenta N° 369, de 4 de junio de 2008, dictada por la Intendencia Regional y la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, ambas de la Región del Bío-Bío, la que, fundada en lo dispuesto en el precepto legal impugnado, declaró que las vías de acceso a la Playa Pingueral están constituidas por las calles del Loteo Pingueral y las servidumbres establecidas en el Plano de Loteo que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral.

Los requirentes afirman haber adquirido el denominado “Fundo Pingueral”, que colinda con la Playa Pingueral, en el que han desarrollado durante dieciocho años un emprendimiento inmobiliario que actualmente asciende a quinientos sitios aproximadamente, y que constituye, afirman, una de las escasas fuentes de desarrollo y empleo de la zona.

Respecto de las razones que motivan la interposición de esta acción de inaplicabilidad, los peticionarios exponen, en primer lugar, que la aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el caso sub lite, vulnera su derecho de dominio. Al efecto, exponen que la fijación de la vía de acceso a la playa por terrenos de su propiedad hace ilusorios los atributos propios del ejercicio de su derecho, especialmente de sus facultades de uso y goce. En ese sentido citan la sentencia roles N°s. 245 y 246, acumuladas, de este Tribunal Constitucional, en la que se habría reconocido que una limitación como la que pretende imponer la resolución impugnada en la gestión pendiente, constituye un daño que debe ser indemnizado.

Agregan que si la misma Constitución establece que en estados de excepción constitucional las limitaciones al derecho de propiedad que importen privación de algunas de sus facultades esenciales deben ser indemnizadas, con mayor razón deberían serlo las limitaciones impuestas en estados de normalidad constitucional, como en este caso. En consecuencia, indican, la imposición de una limitación como la descrita, de modo gratuito y sin indemnización, es atentatoria en contra del derecho de propiedad y del principio contenido en el artículo 19 N° 26° de la Constitución, en el que se asegura que los derechos no podrán ser afectados en su esencia.

Alegan también que el precepto impugnado vulnera los derechos contemplados en los artículos 19 N^{os}. 2^o, 20^o y 22^o de la Carta Política, que son, respectivamente, el derecho de igualdad ante la ley, la igual repartición de los tributos y la no discriminación arbitraria por parte del Estado en materia económica.

Indican que aunque se sostuviera que en este caso la limitación al dominio está justificada en una causal de utilidad pública –como modalidad inserta en la función social de la propiedad–, lo cierto es que, al tratarse de una carga real impuesta gratuitamente y sin indemnización, ésta atentaría en contra del derecho de igualdad, al establecer una diferencia arbitraria en perjuicio del propietario colindante. En efecto, indican, si la limitación impuesta constituye una carga pública que resulta de la utilidad pública, ésta debería recaer sobre toda la comunidad jurídicamente organizada –a través de la debida indemnización– y no únicamente en el propietario de los terrenos colindantes.

En tercer lugar los actores sostienen que la forma en que las autoridades han aplicado la norma impugnada atenta en contra de lo dispuesto por la Constitución, en el sentido de que las limitaciones al dominio sólo pueden imponerse cuando concurren causales de utilidad pública. Al efecto, en la parte preliminar de su presentación, argumentan que los “fines turísticos o de pesca” a los que se refiere la norma cuestionada para justificar la fijación de las vías de acceso a la playa, infringen el estatuto constitucional del derecho de propiedad, pues éste sólo autoriza límites en razón de la función social de la propiedad, que, conforme a ese texto, queda constituida por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

A juicio de los requirentes, ni los fines turísticos, ni los de pesca pueden subsumirse en las categorías constitucionales aludidas. En el apartado tercero se reitera este argumento, con el matiz de que agregan que, a su juicio, la utilidad de turismo o pesca sólo pueden establecerse respecto de situaciones vitales concretas de personas específicas y sólo en relación a la playa de mar propiamente tal.

Sin embargo, indican, la autoridad administrativa realizó, a través de la Resolución Ex. N^o 369, una calificación abstracta de dichos fines –es decir, sin referencia a las personas específicas y determinadas que tendrían los supuestos fines turísticos o de pesca–, afectando a todo el complejo inmobiliario emplazado en terrenos colindantes a la playa de mar.

Para efectos de la admisibilidad, exponen que la aplicación del artículo 13 del D.L. N^o 1939 puede resultar decisiva en la gestión pendiente de reclamación judicial.

Por resolución de fecha 28 de agosto de 2008 –fojas 45 a 47–, la Segunda Sala del Tribunal declaró admisible la acción de inaplicabilidad deducida en la especie y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide, oficiándose al efecto al juzgado competente.

Pasados los autos al pleno para su tramitación, se dispuso comunicar el requerimiento a los órganos constitucionales interesados, a la Intendencia de la Región del Bío Bío y al Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Región del Bío Bío, al efecto de que pudieran ejercer el derecho a formular observaciones y/o a presentar los antecedentes que estimaren pertinentes.

Mediante presentación de fecha 23 de septiembre de 2008 –fs. 61 a 72–, la Intendencia de la Región del Bío Bío formuló sus observaciones al requerimiento deducido en la especie, solicitando su rechazo.

En primer lugar, el organismo se refiere a los hechos que motivaron la presentación del requerimiento de inaplicabilidad, explicando los fundamentos de la resolución cuestionada en la gestión pendiente. Al respecto, señala que dicha resolución sólo se limitó a declarar que las vías de acceso a las playas serían ciertos caminos que ya tenían carácter de bienes nacionales de uso público, y ciertas servidumbres ya aprobadas en el respectivo Plano de Loteo.

En segundo término, se hace cargo de los fundamentos del reclamo de inconstitucionalidad expuestos por los requirentes. En cuanto a la supuesta privación o limitación del derecho de propiedad, señala que no existe ni privación ni limitación alguna, ya que los caminos que fueron declarados vías de acceso tienen el carácter de bienes nacionales de uso público.

En todo caso, especifica, incluso si no se tratara de caminos públicos, estaríamos frente a una limitación de derechos que consiste en que aquel que ejercita un derecho reportando ciertas ventajas, debe asimismo soportar todas las cargas asociadas al ejercicio del mismo. En ese sentido, agrega, la fijación de vías de acceso a las playas constituye sólo una limitación, lo que es coherente tanto con las limitaciones al dominio establecidas en la Constitución, como con la existencia de la norma impugnada en esta causa.

En relación con la gratuidad que se impone al propietario colindante, señala que, de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, existen tres requisitos para fijar una limitación al dominio, como son: su establecimiento a través de una ley, la satisfacción de una de las necesidades que la Constitución ha designado como comprendidas dentro de la función social de la propiedad y, por último, la no afectación del contenido esencial del derecho. Señala que en este caso se han respetado los tres requisitos. Por otra parte, agrega que no se ha vulnerado el derecho de igualdad, ya que los caminos de acceso son, desde antes, caminos públicos.

Por último, en cuanto al argumento de los requirentes según el cual la fijación de vías de acceso no se justifica en causas de utilidad pública, la Intendencia señala que el supuesto genérico de la norma justifica sobradamente el interés general y el beneficio en que se ampara, por lo que resultaría incomprensible que se exigieran situaciones vitales concretas de afectación para aplicar la referida disposición.

Con fecha 23 de septiembre de 2008 –fojas 73 a 86–, el abogado Mauricio Ortiz Solorza, en representación de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región del Bío Bío, presenta sus observaciones al requerimiento en términos similares a las observaciones formuladas por la Intendencia. Difiere con el escrito de la Intendencia al afirmar que las vías de acceso a la playa ya habían sido declaradas con anticipación a través de las resoluciones respectivas mediante las cuales se les asigna a los caminos de acceso la naturaleza de bienes nacionales de uso público. De este modo, señala, la resolución N° 369 sólo vino a reconocer un acceso preexistente en la zona.

El 27 de octubre de 2008, el Consejo de Defensa del Estado, luego de solicitar que se le confiriera traslado, presentó sus observaciones al requerimiento –fs. 248 a 257–, en las que plantea que los requirentes carecen de legitimación activa ya que no serían propietarios de ninguno de los bienes por donde se asegura el paso a la playa, en la medida que dicho acceso se hará por bienes nacionales de uso público y por las servidumbres constituidas en el Loteo; de este modo, afirma, ellos no se verán afectados.

La resolución que se impugna en la gestión pendiente, señala, sólo vino a poner término a la ocupación ilegal de un camino público. También, como cuestión previa, argumenta que si el precepto impugnado se declarara inaplicable por inconstitucional nada cambiaría, ya que en virtud de dicho artículo sólo se declaró como vía idónea para acceder a la playa caminos que ya habían pasado a constituir bienes nacionales de uso público en virtud de resoluciones anteriores a la impugnada en la gestión pendiente, fundadas en el artículo 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Sobre la base de este argumento solicita también se declare improcedente el requerimiento, ya que la norma cuestionada no sería decisiva en la resolución del asunto (fs. 253).

Pero plantea incluso más: si es que el artículo 13 llegara a ser declarado inconstitucional, indica, los reclamantes se quedarían sin sustento procesal para perseverar en la reclamación, ya que dicho sustento nace de la norma impugnada.

En cuanto al fondo, expresa el referido Consejo que las playas son bienes nacionales de uso público, es decir, que pertenecen a la nación toda, y que además la Constitución, en su artículo 19 N° 23°, establece limitaciones para adquirir la propiedad. Si no se permitiera el libre acceso a las playas, afirma, éstas pasarían a ser de uso particular de los propietarios colindantes.

Agrega que el artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental permite restringir la propiedad en virtud de la función social de la misma, lo que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. En consecuencia, asevera, analizando la cuestión en abstracto, el artículo 13 del D.L. N° 1.939 apenas contempla una restricción suave a la propiedad, lo que en doctrina se conoce como límite interno de la propiedad, y, añade, ni en Chile ni en el derecho comparado ello da lugar a indemnización alguna.

Al contrario, explica, la norma que permite el acceso a las playas es coherente con el artículo 19 N° 23° de la Carta Fundamental, al restringir la adquisición particular de estos bienes nacionales. De este modo, la norma viene a hacer efectiva la igualdad ante la ley al asegurar el acceso a las playas a todos los habitantes. Por último, señala que el texto legal es razonable y proporcional, y que no vulnera norma constitucional alguna.

A fojas 161, un grupo de diputados presentó, en ejercicio de su derecho de petición, una serie de observaciones para que fueran tenidas en cuenta al momento de resolver el recurso. En primer lugar, reflexionan acerca de la naturaleza jurídica del dominio público, la de la norma impugnada, el régimen comparado de acceso a las playas, el riesgo de privatización de las mismas en caso de acogerse el requerimiento, y lo que denominan el falso precedente del Tribunal Constitucional en la sentencia roles N°s. 245 y 246, acumuladas.

En seguida, sostienen que el recurso es improcedente por falta de legitimación activa, por no estar razonablemente fundado, porque el precepto impugnado no es decisivo en la gestión pendiente, porque los requirentes han ido en contra de sus propios actos y, por último, porque la ley impugnada ya surtió efectos. En último término se refieren a las alegaciones de fondo contenidas en el requerimiento, sosteniendo que la norma es una limitación al dominio, que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y que no constituye una especie de expropiación.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 27 de noviembre de 2008 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos del abogado Mario Rojas Sepúlveda, por los requirentes, y de la abogada Paulina Veloso Valenzuela en representación del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio de Bienes Nacionales.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, tal como ha quedado detallado en la parte expositiva, los requirentes, tres sociedades ya individualizadas y una persona natural, han solicitado a este Tribunal declare inaplicable por inconstitucional lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 de 1977 en el juicio de reclamación que sostienen en contra de la Intendente de la Región del Bío Bío y del Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la misma Región.

En esa gestión, la actora pretende que se deje sin efecto una resolución exenta (la número 369, que se ha detallado en los vistos) que en su parte resolutive dispone: "Declárase que las vías de acceso público a la denominada Playa Pingueral de la comuna de Tomé están constituidas por las calles del Loteo Pingueral, que tienen el carácter de bienes nacionales de uso público, y por las servidumbres establecidas en el Plano de Loteo que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral" (Parte resolutive, punto 01, fs. 40). En esa misma gestión y como petición subsidiaria, la reclamante ha pedido que esa resolución quede parcialmente sin efecto, ya

sea en cuanto a la declaración de bienes nacionales de uso público o en lo que atañe a la fijación de vías de acceso a terrenos de playa en los sectores donde existen servidumbres.

A juicio de los requirentes, el precepto legal que pide inaplicar produciría efectos contrarios a la Carta Fundamental, en cuanto infringiría la consagración constitucional del derecho de propiedad, afectándolo en su esencia, vulnerando entonces además lo dispuesto en el numeral 26° de su artículo 19. Añade que se ven contradichos los numerales 2°, 20° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental en cuanto se les impone gratuitamente una carga discriminatoria.

Segundo. Que el precepto legal cuestionado dispone:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

Tercero. Que, como partes requeridas, han solicitado el rechazo de la acción la Intendenta de la Región del Bío Bío, el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de esa misma región y el Consejo de Defensa del Estado, quien actúa en representación del Fisco de Chile, formulando las alegaciones que se han detallado en la parte expositiva.

Ellas, en lo esencial, exponen que la aplicación del precepto legal impugnado no infringe la Carta Fundamental, en ninguno de los acápites alegados por los requirentes. Además, con matices, cada una de esas defensas ha señalado que no es en virtud del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 que se ha permitido el acceso público a las playas, sino en razón de haberse declarado como bienes nacionales de uso público a los caminos interiores del loteo Pingueral, lo que ocurrió, por lo demás, con antelación a la Resolución 369 que se reclama en la gestión pendiente.

Esta última aseveración sirve al Consejo de Defensa del Estado para sostener que el precepto legal no tiene capacidad de producir efectos en la gestión pendiente y la falta de legitimación activa de los requirentes. Dado el carácter de cuestiones previas de estas dos argumentaciones, el Tribunal se hará cargo de ellas en el apartado que sigue, en el que quedará, además, precisada la cuestión de constitucionalidad que habrá de resolverse, para luego entrar al análisis de fondo de la misma.

II. Forma en que quedó establecido el acceso a las playas e incidencia en él del precepto legal impugnado. Legitimación activa y cuestiones atingentes e inatingentes al presente requerimiento.

Cuarto. Que, como ya se ha referido, las tres entidades que se oponen al requerimiento han manifestado que las vías de acceso a la playa Pingueral están constituidas por los caminos interiores del loteo de ese mismo nombre, mismos que son bienes nacionales de uso público y que adquirieron tal carácter por una resolución anterior a aquella que se impugna en la gestión pendiente, cual es la que aprobó el loteo respectivo.

Tales alegaciones sirven de fundamento al Consejo de Defensa del Estado para oponer dos excepciones: en primer lugar, la de falta de legitimación activa de los requirentes y la de que el precepto legal no resultará decisivo en la resolución del asunto. La primera excepción mencionada la explica ese Consejo aduciendo que a los actores del requerimiento no les afecta en nada la resolución

impugnada, dado que no son propietarios de los bienes por donde se asegura el acceso a la playa Pingueral en la Resolución N° 369 impugnada, toda vez que ese acceso se habilita no por propiedad privada, sino por bienes nacionales de uso público y por servidumbres ya constituidas como tales al aprobarse el Plan Regulador de Dichato.

La alegación acerca de la imposibilidad de que el precepto resulte decisivo en la resolución del asunto se funda en el argumento de que el acceso a la Playa Pingueral no se decidió en base al precepto legal impugnado, sino a las resoluciones anteriores que ya habían conferido el carácter de bienes nacionales de uso público a los caminos interiores del loteo, decisión que se fundó en el artículo 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y no en el artículo 13 impugnado de inaplicabilidad, el que, entonces y a su juicio, resulta irrelevante en la gestión pendiente.

Quinto. Que debe rechazarse la alegación referida en el considerando anterior, en cuanto pudiera entenderse como una excepción procesal estricta de falta de legitimación activa. El inciso décimo primero del artículo 93 de la Constitución dispone que podrán solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal cualquiera de las partes en la gestión pendiente o el juez que conoce del asunto.

En la especie, los actores que han requerido a este Tribunal han acreditado, con el documento que rola a fs. 32, ser parte reclamante en la gestión pendiente. Ello es suficiente para tener legitimación activa para requerir la inaplicabilidad del precepto legal y, por tanto, para rechazar la excepción así entendida. La entidad y cuantía del interés comprometido por la actora en la gestión pendiente es una cuestión que debe discutirse en ella. Mientras los requirientes permanezcan como parte en una gestión, no le compete a este Tribunal juzgar la legitimidad de ser parte en ella.

Sexto. Que resulta distinto a lo razonado en el considerando anterior dilucidar si efectivamente la actora puede o no verse afectada en su derecho de propiedad, o si se le habrá efectivamente impuesto una carga discriminatoria por parte del Estado, en caso de aplicarse el precepto legal en la gestión pendiente. Ello naturalmente habrá de considerarse para razonar si se ha infringido o no la Constitución Política, cuestión que atinge al fondo del requerimiento y será considerado al entrar en ello.

Séptimo. Que, tal como se desprende inequívocamente del tenor y sentido del artículo 13 del D.L. N° 1.939, transcrito en el considerando 2°, ese precepto no habilita para otorgar el carácter de bien nacional de uso público a un camino interior de un complejo habitacional, ni a ningún bien.

La norma dispone que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos para determinados fines y siempre que se reúnan ciertas condiciones, y faculta al Intendente Regional a fijar las correspondientes vías de acceso. Tales vías de acceso no constituyen bienes nacionales de uso público. En virtud del precepto, las vías de acceso no alteran, sino que mantienen la calidad jurídica que tenían y se ven gravadas con la carga de permitir ese uso público.

Octavo. Que, como consecuencia de lo razonado en el considerando anterior, la discusión acerca de si las vías de acceso determinadas en la Resolución que se reclama en la gestión pendiente tenían o no, con anterioridad a ella, el carácter de bienes nacionales de uso público, es materia que están llamados a resolver los jueces del fondo. Se trata de una cuestión de legalidad que no resuelve la Carta Fundamental, sino la ley. En consecuencia, ese debate no habrá de ser decidido en esta acción de inaplicabilidad.

Noveno. Que los elementos que conformaron la convicción del Tribunal para declarar la admisibilidad se fundaron en los argumentos y antecedentes aportados por la requirente y, en base a tal documentación, estimó que el precepto legal impugnado podía resultar decisivo en la resolución del asunto en la gestión pendiente. Al decidir el conflicto constitucional, el Tribunal debe conside-

rar todos los elementos que las partes adjunten al proceso, estando facultado expresamente por la Carta Fundamental para resolver el asunto sometido de acuerdo a tales antecedentes.

De esta forma, la posibilidad de aplicación del precepto resulta evidente si se tiene presente que la Resolución 369 que se ha reclamado en la gestión pendiente y transcrita en el considerando 1º, fija las vías de acceso a la playa Pingueral por las calles del loteo que tienen el carácter de bienes nacionales de uso público y también “por las servidumbres establecidas en ese mismo Plano que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral”.

En consecuencia, no es claro, como aducen las requeridas, que todas las vías de acceso determinadas en la Resolución reclamada sean bienes nacionales de uso público y que el artículo 13 del D.L. N° 1.939 no pueda resultar decisivo en esa gestión pendiente.

Décimo. Que para concluir, a mayor abundamiento, que el precepto legal impugnado puede resultar decisivo en la resolución del asunto debe tenerse presente que la Resolución que se ha reclamado en la gestión pendiente cita esa disposición legal no sólo en los vistos, sino también en su considerando XXI, que expresa: “...que el Decreto Ley N° 1.939, de 1.977, en su artículo 13 garantiza el libre acceso a las playas, para fines turísticos y de pesca cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”.

En estas circunstancias, mal podría estimar este Tribunal que no existe posibilidad de que el precepto legal que ha servido de fundamento a una resolución, no sea decisivo en la controversia originada con ocasión del reclamo de la misma.

Decimoprimer. Que, con lo razonado en los dos considerandos que anteceden, este Tribunal Constitucional no puede sino entender que existe la posibilidad de que las servidumbres por las cuales también se determinan vías de acceso no sean consideradas por el juez del fondo como bienes nacionales de uso público y que, al menos a su respecto, lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley referido resulte decisivo en la resolución del reclamo que se ha sometido a su decisión.

A la Carta Fundamental le basta que exista la posibilidad de esa aplicación para que este Tribunal deba entrar al fondo del asunto y pronunciarse acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pueda afectarle, lo que se verifica en la especie. En consecuencia, debe rechazarse también esta excepción relativa a la procedencia del requerimiento planteada por el Consejo de Defensa del Estado.

Decimosegundo. Que el hecho de que las franjas por donde la Resolución reclamada ha fijado parcialmente el acceso público desde la Avenida Pingueral hasta la playa de igual nombre estén gravadas con servidumbre, no altera la naturaleza de bienes de propiedad privada que éstas eventualmente puedan tener. En efecto, en ninguno de los antecedentes allegados a este Tribunal figuran declaradas como bienes nacionales de uso público.

Decimotercero. Que, habiéndose descartado las dos excepciones preliminares opuestas por el Consejo de Defensa del Estado, habrá de resolverse el fondo del asunto de constitucionalidad que se plantea; el que, como se desprende de los razonamientos anteriores, consiste no en determinar si las vías de acceso a la Playa Pingueral tenían ya a la fecha de la Resolución reclamada en la gestión pendiente el carácter de bienes nacionales de uso público, sino en resolver si la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente puede infringir las disposiciones constitucionales invocadas por los requirentes.

Ello, en cuanto la aplicación del precepto puede alcanzar las franjas individualizadas como servidumbres que corren entre la Avenida Pingueral y la playa del mismo nombre, en la medida que, como se ha señalado, en ninguno de los antecedentes allegados a este Tribunal figuran declaradas

como bienes nacionales de uso público, y a su respecto la aplicación del artículo 13 del D.L. N° 1.939 podría resultar decisiva en la gestión de reclamación ya individualizada.

III. Sobre la infracción del derecho de propiedad, en sí mismo, en su esencia, del derecho de igualdad ante la ley, de la prohibición de discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica y de la igual repartición de las cargas públicas.

A. Conveniencia de distinguir dos cuestiones diversas de constitucionalidad en los planteamientos de los requirentes en esta materia y conveniencia de distinguir dos cuestiones diversas de constitucionalidad.

Decimocuarto. Que la parte requirente ha fundado su alegación de infracción al derecho de propiedad y a las demás garantías que invoca en tres argumentos: el primero es que “en la medida en que se grava a un terreno privado con una servidumbre de tránsito, constituye una limitación al derecho de propiedad, que, en razón de obedecer únicamente a fines turísticos o de pesca, no se halla comprendido en la función social de la propiedad”.

En segundo lugar, en que el acceso a la playa de Pingueral no es exigido por ninguno de los motivos que la Constitución determina, cuales son los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Por último, y en tercer lugar, la infracción se alega en razón de que la regla impugnada dispone que el propietario ha de soportar la limitación al dominio sin indemnización, lo que, a su juicio, infringe el derecho de propiedad, lo priva, sin compensación, de la esencia de algunos de sus atributos esenciales y discrimina en su contra al hacerla padecer gratuitamente y en forma discriminatoria una carga pública, sin compensarla.

Decimoquinto. Que, como puede apreciarse de lo consignado en el considerando que antecede, la reclamación de constitucionalidad de los requirentes presenta dos aristas: la primera consiste en señalar que el precepto legal es del todo contrario a la Carta Fundamental por no encuadrarse en las causales que la Constitución establece para limitar el derecho de propiedad. Otra alegación consiste en que lo que resultaría contrario a la Carta Fundamental sería la imposición gratuita de la carga o gravamen.

La primera cuestión pone en duda la facultad de la ley de imponer el acceso público a una playa a través de propiedad privada y afecta a todo el precepto impugnado; mientras la segunda cuestiona si lo puede hacer gratuitamente y ataca especialmente aquella parte del precepto impugnado que dispone la gratuidad. Para una mejor inteligencia de lo que habrá de decidirse, el análisis de estas cuestiones se hará en apartados separados.

B. Constitucionalidad de la obligación legal de admitir el acceso a una playa a través de un predio colindante y de la facultad (regulada) de la autoridad para determinarlo.

Decimosexto. Consecuente con la distinción hecha en el considerando que antecede, en el presente apartado habrá de examinarse si, en la especie, resulta lícito que la ley imponga al particular requirente la obligación de facilitar el acceso a una playa de mar por o a través del terreno de su propiedad colindante a la misma, así como que confiera al Intendente Regional la potestad de precisar el modo de cumplir esa obligación. Sólo despachada esta cuestión, el Tribunal examinará la cuestión de si el Estado puede hacerlo sin indemnización.

Decimoséptimo. Tal como ha quedado ya consignado en la parte expositiva y en el considerando 2°, el inciso primero del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, establece que “los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”. (énfasis añadido).

Por su parte, el inciso segundo del mismo precepto dispone que “la fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados.

De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

En lo que sigue, habrá de examinarse si es constitucionalmente lícito que la ley imponga esta obligación y faculte a la autoridad pública para exigirla y precisarla en los términos que lo hace el precepto transcrito (con excepción de la regla de gratuidad que se examinará más adelante), o si su aplicación al caso concreto conllevará una infracción constitucional.

Decimotavo. Que, conforme lo dispone el inciso segundo del numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Estando autorizado el legislador a establecer limitaciones a la propiedad privada que deriven de su función social, cabe examinar si el gravamen impuesto por el artículo 13 del Decreto Ley en examen constituye una limitación o una privación del dominio en caso de aplicarse a los requirentes y si, en caso de ser una limitación, ella puede o no considerarse que deriva de la “función social” de la propiedad, que es precisamente lo que la parte requirente cuestiona.

Decimonoveno. Que ya en dos sentencias anteriores, este Tribunal ha establecido que la fijación de franjas para el libre acceso a playas constituye limitaciones para los titulares del derecho de propiedad de esos terrenos y no una privación de su derecho de propiedad.

Así, en sentencia de dos de diciembre de 1996, roles acumulados N°s. 245 y 246, en la que tuvo la oportunidad de examinar precisamente el carácter de la obligación de los propietarios ribereños que ahora se analiza, señalando al respecto: “Que, a juicio de este Tribunal, la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce;” (considerando 23°).

Esta misma doctrina fue reiterada recientemente por este Tribunal al resolver el requerimiento de “Agrícola del Lago”, en sentencia de fecha 17 de marzo de 2009, dictada en los autos rol 1141. Los fundamentos de esas conclusiones pueden encontrarse en los fallos referidos y no serán reproducidos en éste.

Vigésimo. Que, como se ha consignado, el primer argumento de los requirentes para alegar que el precepto infringe el derecho de propiedad es, en sus propias palabras, que “en la medida en que se grava a un terreno privado con una servidumbre de tránsito, constituye una limitación al derecho de propiedad, que, en razón de obedecer únicamente a fines turísticos o de pesca, no se haya (sic) comprendido en la función social de la propiedad”.

Como puede apreciarse del párrafo transcrito, la parte requirente no cuestiona, sino que acepta que el precepto impugnado establece una limitación y no una privación de su propiedad. Lo que cuestiona, en este capítulo, es que la tal limitación no responde a la función social del dominio, pues no se encuentra exigida por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas o la conservación del patrimonio ambiental.

Vigésimoprimer. Habiéndose establecido que lo prescrito en el precepto legal impugnado provoca una limitación al dominio y no una privación del mismo, cabe examinar la alegación de los requi-

rentes acerca de que la misma no puede justificarse en la función social de la propiedad, concepto que comprende, como ya se ha transcrito, cuanto exijan, entre otros, la utilidad pública y los intereses generales de la nación.

Vigesimosegundo. Que, para discernir la cuestión planteada, se hace necesario tener presente que es la propia Carta Fundamental la que en el numeral 23° de su artículo 19 permite a la ley reservar “a la Nación toda” determinados bienes y excluirlos del dominio privado. De ese modo, la existencia de los llamados “bienes nacionales de uso público” tiene un fundamento constitucional y por ende, y dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación, en los términos del inciso segundo del numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Vigesimotercero. En aplicación y desarrollando esa norma constitucional, la ley, en el Título III del Libro II del Código Civil, trata precisamente de los bienes nacionales de uso público, reservando su dominio “a la nación toda” y su uso a todos sus habitantes (artículo 589, inciso primero, de ese cuerpo legal), y el artículo 589, inciso segundo, en relación a lo dispuesto en los artículos 594 y siguientes del mismo Código, ha declarado como tales a determinadas playas. Ninguno de estos preceptos legales ha sido impugnado en la especie.

El hecho de reservarse un bien al dominio de la Nación toda debe entenderse fundado en razones de utilidad de aquellos que podrán usar del bien: el público. La razón de ser de la reserva es entonces la utilidad pública.

Vigesimocuarto. Que para que “la Nación toda” pueda efectivamente usar de los bienes nacionales de uso público, en este caso de la playa de mar llamada Pingueral, finalidad que tiene un fundamento constitucional establecido en razón de utilidad pública y de los intereses generales de la Nación, resulta indispensable que pueda acceder a ellos.

Para acceder a una playa de mar y usar de ella sólo es posible hacerlo por aire, mar o tierra. Las vías de acceso marítimo y aéreo se encuentran reservadas a aquellos que puedan hacer uso de medios de transporte que permitan desplazarse a su través, los que son bienes escasos y, por lo general, caros o difíciles de usar.

Por ello, el acceso terrestre es, por lo general, el único que permite que un bien reservado a la nación toda sea efectivamente susceptible de “uso público”, pues ello exige de un razonablemente fácil acceso, que sólo lo brinda –por lo general– el ingreso terrestre.

Vigesimoquinto. Que, en consecuencia, el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en cuanto en su inciso primero dispone que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar deberán facilitar el acceso a éstas para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto, constituye no sólo un medio idóneo para garantizar el acceso y con ello el efectivo uso público de los bienes nacionales de esa naturaleza, sino que puede afirmarse que es un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público.

Nótese que este análisis y la conclusión anterior han excluido expresamente la condición de gratuidad, que será objeto –por las razones ya explicadas– de análisis separado y posterior.

Vigesimosexto. De igual modo, debe concluirse que lo dispuesto en el inciso segundo de la misma disposición impugnada, en cuanto faculta al Intendente Regional para fijar las correspondientes vías de acceso, observando al efecto ciertas formas –entre ellas la previa audiencia de los propietarios– y sometiéndolo a restricciones, como la de evitar causar daños innecesarios a los afectados,

es también un medio necesario para dar eficacia a la obligación del propietario colindante, pues resulta un instrumento adecuado para hacer efectiva una conducta que no debe quedar entregada a la libre voluntad del propietario.

Si una autoridad administrativa no tuviera la facultad que al Intendente confiere la norma impugnada, quedarían obligados los particulares a accionar judicialmente para exigirla, lo que impondría un alto costo para su disfrute, mismo que probablemente se haría ilusorio, toda vez que el interés de los usuarios podría no tener la intensidad y permanencia suficiente para compensar los costos de accionar judicialmente. No resulta irracional entonces que la ley haya permitido a una autoridad, como son los Intendentes Regionales, imponer y precisar una obligación establecida en razón del interés público.

Vigesimoséptimo. En consecuencia, debe concluirse que el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general.

Vigesimoctavo. Que también debe concluirse que el medio empleado por el legislador es proporcionado, pues no impone al dueño sino la obligación de permitir el acceso, indispensable –como ya se vio– para el goce público del respectivo bien nacional.

La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto en cuanto la disposición establece la obligación en el solo caso de que no existan otras vías públicas de acceso, para los solos fines turísticos y de pesca, y por cuanto el inciso segundo exige al Intendente Regional fijar con prudencia las correspondientes vías de acceso, con audiencia del propietario, arrendatarios o tenedores respectivos y evitando causar daños innecesarios a los afectados.

El control de cada una de estas condiciones y limitaciones no queda entregado a la sola determinación de la autoridad regional, desde que ésta puede ser reclamada ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. En el caso sub lite, el cumplimiento de esas condiciones y la licitud de la determinación administrativa misma se encuentran precisamente sometidos al control y revisión del juez.

Vigesimonoveno. Que lo razonado en los considerandos anteriores no descarta que la limitación en análisis pueda ser justificada en algún otro de los conceptos que, conforme a la Constitución, además de la utilidad pública y del interés general de la Nación, comprende la noción de función social de la propiedad. Basta que la limitación en comentario pueda entenderse justificada en uno cualquiera de los conceptos que comprende la función social de la propiedad para que la misma deba considerarse legitimada, lo que hace ocioso examinar si, además, pudiera entenderse o no legitimada en razón, por ejemplo, de la salubridad pública.

Trigésimo. En conclusión, la limitación a la propiedad determinada por el precepto legal debe estimarse como constitucionalmente legítima, al menos en lo que se refiere a los aspectos distintos al de la gratuidad que será examinada en el acápite siguiente, y, por lo tanto, la acción de inaplicabilidad, en cuanto se funda en el derecho de propiedad y alude a todo lo preceptuado en el artículo 13 del D.L. N° 1.939, habrá de ser rechazada.

Trigesimoprimer. Que, por los motivos ya expresados, deben igualmente desestimarse las alegaciones de los requirentes en el sentido de que las limitaciones al dominio que permite el precepto, en cuanto habilitan a conceder el paso público a las playas para fines turísticos o de pesca, no podrían

ser justificadas en razón de la función social de la propiedad, pues no pueden entenderse incluidas en ninguno de los conceptos que –conforme a la propia Constitución– comprende la función social del dominio.

Como se ha explicado, las playas de mar son bienes nacionales de uso público. Su dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos sus habitantes. En consecuencia, pueden naturalmente ser empleadas por quienes acceden a ellas no sólo, sino también para fines de recreación y pesca. De ese modo, si el legislador ha establecido que el paso público a ese bien nacional a través de propiedades colindantes sólo puede decretarse para esos dos fines, entonces ha limitado y no ampliado el uso que los particulares pueden hacer de esa playa que es, en razón de disponerlo así otros preceptos legales cuya validez constitucional no ha sido impugnada, de dominio de la Nación toda.

Si, como ya se ha demostrado, es legítimo que el Estado pueda determinar, en los términos que lo hace el artículo 13 del D.L. N° 1939, el derecho a paso por una propiedad privada para acceder a una playa de mar, por ser ésta un bien de uso público en razón de la utilidad que ha de prestar a la Nación toda, entonces no cabe sostener que si ese paso se restringe (y no amplía) a dos posibles usos para el público, se pierde la razón de utilidad pública. No es el bien privado el que se puede utilizar para esos fines recreativos o de pesca, sino la playa, bien nacional que está reservado por otras normas al uso público.

Trigesimosegundo. Que lo razonado por este Tribunal en la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, roles 245 y 246, invocada por la parte requirente, no obsta a la conclusión a la que ya se ha arribado, por los siguientes motivos:

a) Desde luego, debe tenerse presente que en ese fallo el Tribunal no examinó la constitucionalidad del artículo 13 del D.L. N° 1.939, de 1977, que ahora se cuestiona en su aplicación al caso concreto, sino que practicó una revisión abstracta del Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, que reglamentó dicha disposición legal estableciendo un procedimiento para su ejecución.

b) Que al fundar la inconstitucionalidad de aquel decreto reglamentario el Tribunal tuvo presente en aquella oportunidad que “las limitaciones son de tal naturaleza, de acuerdo al citado Decreto Supremo N° 1, de 1996, que constituirían servidumbres que permitirían verdaderos caminos, tanto para peatones como para buses o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga”.

La ley que ahora se examina determina, en cambio, que los propietarios deben facilitar el acceso, lo que no exige la apertura de caminos para buses y automóviles, máxime si el inciso segundo del precepto, cuando faculta al Intendente Regional para fijar las vías de acceso, lo obliga a “evitar causar daños innecesarios”, lo que, además, es susceptible de revisión judicial.

c) Que la razón por la cual se consideró que el referido decreto debía declararse inconstitucional fue porque el mismo invadía atribuciones reservadas por la Carta Fundamental al legislador y porque autorizaba al Estado a provocar un daño a los propietarios que no era objeto de indemnización. El primero de esos vicios no es extensible a la ley en examen y el segundo será precisamente analizado en el acápite siguiente.

C. Análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la condición de gratuidad contenida en la norma.

Trigesimotercero. Que, tal como ha quedado ya transcrito, la norma impugnada, en su inciso primero, dispone que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos (énfasis añadido). Fundándose en esta disposición de

gratuidad, los requirentes han señalado que, en virtud de la norma legal impugnada, son objeto de una limitación tan severa en su derecho de propiedad que equivale a una privación que debe ser, por ello, indemnizada, lo que el precepto impediría al disponer la gratuidad.

En este sentido, alega la parte requirente, la norma hace ilusorios los derechos de uso y goce inherentes al dominio, infringiendo no sólo el derecho de propiedad, sino además en su esencia sus atributos de uso y goce y con ello el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental. La misma gratuidad dispuesta por la norma sirve a los requirentes para argumentar que la severa restricción gratuita al dominio que se les impone implica una discriminación arbitraria en su contra y una carga real desigual que, en la medida que se impone como gratuita y no indemnizable en su contra, conlleva una repartición desigual de las cargas públicas, infringiendo, de ese modo, además, los numerales 2°, 20° y 22° del artículo 19 de la Constitución.

Trigesimocuarto. Que estas alegaciones de la parte requirente se fundan, como puede advertirse, en una carga y daño que debe soportar en virtud de lo prescrito en el precepto legal impugnado, misma que, según alega, por ser gratuita infringe la Carta Fundamental.

Sin embargo, los requirentes no han presentado argumento ni antecedente alguno en este requerimiento para acreditar que efectivamente son sujetos pasivos de una carga o gravamen en virtud de haberseles aplicado el precepto legal cuestionado. Como se ha reseñado en la parte expositiva y referido en el considerando 4° que antecede, el Consejo de Defensa del Estado ha alegado como excepción que los requirentes carecen de legitimación activa por no ser dueños de ninguno de los bienes por donde se ha decretado el acceso a la playa.

No obstante habersele formulado esta excepción, la parte requirente no acompañó antecedente alguno de ser dueña de las franjas de terreno gravadas con servidumbre en el loteo Pingueral por donde se ha fijado el acceso desde la Avenida Pingueral hasta la playa del mismo nombre. No existen antecedentes en esta causa que acrediten que las actoras sean dueñas o tengan derechos reales sobre los predios dominantes o sobre los sirvientes de esas servidumbres.

Ello sería suficiente para desestimar estas alegaciones de la acción impetrada. Con todo y como no cabe descartar que las actoras sean titulares de estos derechos, lo que probablemente será examinado en la gestión pendiente, este Tribunal continuará adelante con el análisis de ellas.

Trigesimoquinto. Al fundar este aspecto del requerimiento, la actora ha hecho especial hincapié en la sentencia de este Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1996, dictada en la causa roles 245 y 246, a la que ya se ha hecho referencia. Cabe reproducir, al efecto, lo que entonces se razonó en su considerando 42°, que abona lo señalado por los requirentes:

“42°. Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado;”.

Trigesimosexto. Que debe examinarse, entonces, si el reproche que se hizo en esa oportunidad al decreto supremo en cuestión puede predicarse de la aplicación del precepto legal al caso que motivó la interposición del presente requerimiento y si ello ocurriera, reiterar o revisar el criterio que se estableció.

Trigesimoséptimo. Que, desde luego, no es claro que el precepto que se impugna establezca que el Estado, a través del Intendente, pueda imponer y fijar la limitación al dominio sin indemnización.

Lo que literalmente éste establece es que el propietario debe facilitar gratuitamente el acceso por su propiedad a las playas de mar, ríos o lagos.

Bien pudiere entenderse que, al disponerlo así, lo que el precepto prohíbe es que el propietario colindante cobre a los usuarios por el derecho a paso que debe concederles gratuitamente. Tal sería una interpretación que en nada afectaría el derecho del propietario afectado a cobrar una indemnización del Fisco, cuando el Intendente Regional le imponga esta obligación fijando las correspondientes vías de acceso.

Trigesimoctavo. Que, sin embargo, no cabe descartar que el precepto pudiera ser invocado por el Fisco para intentar fijar estas vías de acceso sin pagar indemnización por el daño causado al propietario. En ese caso, cabría examinar si tal alcance del precepto vulneraría la Carta Fundamental.

Trigesimonoveno. Que debe examinarse, entonces, si el precepto podría recibir aplicación en la gestión pendiente en este caso concreto con el alcance referido en el considerando anterior, pues si no puede ocurrir ese efecto resultaría enteramente inconducente y, por ende, improcedente que el Tribunal lo examinara, pues no cabe declarar inaplicable un precepto en virtud de un efecto contrario a la Carta Fundamental que éste puede producir teóricamente o en una causa futura e incierta, sino sólo por aquel que tiene la posibilidad de verificarse en la gestión pendiente.

Cuadragésimo. Que lo razonado en el considerando anterior se desprende desde luego del sentido y finalidad del mecanismo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuyo propósito no es hacer un examen abstracto, ni menos teórico, de contrastación de normas, sino evitar que preceptos legales puedan producir efectos contrarios a la Carta Fundamental en gestiones judiciales pendientes.

Además, ese sentido del instituto de la inaplicabilidad resulta prístino del tenor literal de su regulación constitucional contenida en el artículo 93 de la Carta Fundamental, que condiciona la potestad de este Tribunal para declarar la inaplicabilidad a que la aplicación del precepto legal “en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

En consecuencia, para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no basta con que un precepto legal tenga la aptitud teórica de producir un efecto contrario a la Constitución, sino que debe tenerla en una precisa y determinada gestión, y por ello el inciso décimo primero del mismo precepto obliga a constatar como pendiente tal gestión para admitir a tramitación un requerimiento.

Refuerza aún más este razonamiento la circunstancia de que ese inciso obligue a las salas del Tribunal a verificar que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo para resolver un asunto en esa gestión pendiente para admitir el requerimiento a trámite.

Cuadragésimoprimer. Que en el juicio de reclamación de que se trata en la especie la aplicación del precepto legal reprochado no puede producir el efecto de privar al propietario afectado del derecho a ser indemnizado, por la sencilla razón de que en esa gestión pendiente no está discutida ni sometida a la decisión del Tribunal una pretensión indemnizatoria, ni podría estarlo.

Cuadragésimosegundo. Que la cuestión de si el propietario afectado debe o no ser indemnizado no se encuentra sometida a la decisión del Tribunal en la gestión pendiente que generó la acción de inaplicabilidad.

En efecto, en el reclamo del requirente en esa causa, el que obra en autos, el actor pidió que se dejara sin efecto total o parcialmente –en la extensión física de los terrenos por donde se fija el derecho de acceso público– la Resolución Exenta N° 369 que fijó el acceso a la Playa Pingueral, pero no pidió, ni siquiera de modo subsidiario, una indemnización en su favor por el daño causado.

Mal puede decirse entonces que el precepto podría producir, en la gestión pendiente, el efecto de inhibir el pago de una indemnización, en condiciones que esa indemnización no se encuentra pedida.

En los términos del artículo 93 de la Carta Fundamental, el precepto no puede aplicarse en la gestión pendiente para resolver un asunto como el de la indemnización del daño por el Fisco. Siendo ese efecto imposible en la gestión pendiente, no cabe examinar si el mismo resultaría o no contrario a la Constitución.

Cuadragésimotercero. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que no sólo la cuestión indemnizatoria no está en actual debate en la gestión pendiente y por ende no es un asunto que deba resolverse en ella, sino que además no podría estarlo, pues la acción que el actor ha intentado en ella es la del inciso segundo del artículo 13 del D.L. N° 1.939, que habilita al propietario afectado a reclamar de la determinación del Intendente de fijar las correspondientes vías de acceso, cuestión que debe resolver el juez respectivo con la “sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

Un proceso contemplado sólo por la reclamación de una resolución gubernamental que se decide en una sola audiencia no parece una instancia adecuada para discutir la indemnización que pudiere proceder en virtud de ella.

Cuadragésimosuarto. Que, en consecuencia, no cabe pronunciarse sobre la constitucionalidad del eventual efecto de la disposición de gratuidad contenida en la norma impugnada, en cuanto pudiere impedir la indemnización del afectado en virtud de su aplicación, pues ese efecto no puede producirse en la gestión pendiente y, por ello, debe también desestimarse por este capítulo la acción impetrada.

Cuadragésimoquinto. Que, al resolver de este modo, el Tribunal no está decidiendo respecto de un eventual reclamo de la parte requirente a ser indemnizada, ya que ello no es lo que el Tribunal está llamado a resolver en la gestión pendiente, y por ende tampoco en esta causa. Sólo le corresponde resolver, en cambio, si el precepto legal, en caso de ser aplicado a los requirentes en ese juicio de reclamación de la Resolución 369, en los términos en que ya se ha iniciado, infringe lo dispuesto en la Constitución, lo que no ocurre en la especie.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, y 6°, 7°, 19, Nos 3°, 20°, 24° y 26°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso décimo primero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, y demás disposiciones legales citadas,

SE DECLARA:

Que se rechaza el requerimiento fe fojas 1. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada

Los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios y Ministra señora Marisol Peña Torres previenen que concurren a la decisión de rechazar el requerimiento, pero por las razones que se consignan a continuación:

Primero.- Que los requirentes en estos autos –“Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral S.A.”, “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.” y don Gustavo Yáñez Mery– han deducido acción de inaplicabilidad respecto del precepto contenido en el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, cuyo texto es el siguiente:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos, y si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados.

De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”;

Segundo.- Que la última parte de la norma transcrita precedentemente es la que ha dado pie para incoar el juicio sumario sobre reclamo deducido contra la Resolución Exenta N° 369, de 4 de junio de 2008, dictada por la Intendencia Regional y la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, ambas de la región del Bio-Bío, Rol N° c/1493/2008, caratulado “Inversiones Pingue-ral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del que conoce actualmente el Tercer Juzgado de Letras de Concepción. Esta causa constituye precisamente la gestión judicial pendiente en que se solicita la declaración de inaplicabilidad del precepto legal ya mencionado;

Tercero.- Que, haciéndose cargo de la excepción opuesta por el Consejo de Defensa del Estado en este proceso constitucional, en el sentido de la falta de legitimación activa de los requirentes, el considerando quinto del fallo desecha tal excepción argumentando que para tener legitimación activa para requerir la inaplicabilidad del precepto legal basta “ser parte reclamante en la gestión pendiente”, lo que ha sido acreditado por los requirentes mediante documento que rola a fojas 32;

Cuarto.- Que estos jueces previnientes no comparten el razonamiento recordado, pues la propia naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige, a su juicio, que exista una posibilidad, con suficiente grado de verosimilitud, de aplicación del precepto legal que se impugna en la gestión judicial pendiente de que se trata, en términos que se pueda producir un resultado contrario a la Constitución.

En consecuencia, no es suficiente acreditar la condición de “parte” en aquella gestión, pues esa condición, no asegura que quien requiere de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional se encuentre, precisamente, en los supuestos previstos por la norma de que se trata para su aplicación;

Quinto.- Que esta Magistratura ya ha tenido oportunidad de razonar en tal sentido en más de una oportunidad.

Así, mediante sentencia recaída en el rol N° 654, de 30 de mayo de 2007, se concluyó que:

“(...). Como ha podido advertirse, el desarrollo de los acontecimientos relacionados con la quiebra de Productos Alimenticios La Selecta S.A.I.C. ha llevado al término de la inhabilidad que afectaba a don Patricio Jamarne Banduc, al tenor del artículo 24 N° 4 de la Ley de Quiebras, impidiendo una aplicación eventualmente inconstitucional del mismo en el recurso de apelación de que conoce la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con el rol de ingreso N° 8.272-2006. Lo anterior lleva a esta Magistratura a desechar el requerimiento de inaplicabilidad deducido”. (Considerando 16°).

Asimismo, en sentencia pronunciada en la causa rol N° 991, de 2007, se argumentó que “la aplicación de las normas del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, cuya inaplicabilidad se ha solicitado en estos autos, se efectuó con mucha anterioridad a la adquisición, por quien recurre de inaplicabilidad, del predio objeto de regularización. Ello muestra que quien fuera afectado por la aplicación de las disposiciones impugnadas del mencionado decreto ley y que, según alega, habría sufrido un agravio en alguno de sus derechos protegidos constitucionalmente, no es el recurrente de inaplicabilidad, Fernando Valenzuela Undurraga (...)”. (considerando 10°). Ello llevó al Tribunal a rechazar, en definitiva, el requerimiento deducido en esa oportunidad;

Sexto.- Que los casos mencionados –sólo a vía ejemplar– demuestran que, para acoger una acción de inaplicabilidad es indispensable que resulte verosímil, respecto del requirente, la posible aplicación de la norma impugnada. Esa posibilidad dependerá, naturalmente, de que se cumplan los supuestos mínimos para su aplicación en la gestión judicial pendiente de que se trata;

Séptimo.- Que en el caso sometido a la decisión del Tribunal Constitucional en esta oportunidad, el precepto legal cuestionado, que es el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.969, de 1977, parte de la base que “los propietarios” de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deben facilitar el acceso a éstos, con las finalidades que en él se indican y siempre que no existan otras vías o caminos públicos al efecto;

Octavo.- Que los mismos requirentes entienden que la norma impugnada se aplica a los propietarios de los terrenos colindantes a las playas como es el caso de Pingueral. Así, al fundamentar su acción de inaplicabilidad sostienen que “objetamos, por contrariedad a las reglas constitucionales que se indicarán, que el propietario privado de los terrenos colindantes deba soportar gratuitamente y sin indemnización, contra su voluntad el tránsito de terceros, por su terreno, para el acceso a la playa mencionado” (página 7 del requerimiento);

Noveno.- Que en la resolución administrativa que fijó las vías de acceso público a la playa Pingueral se hace alusión, por una parte, a las “calles del Loteo Pingueral que tienen el carácter de bienes nacionales de uso público” –lo que es discutido por los requirentes ante el Tercer Juzgado de Letras de Concepción–, el aludido acceso público se concede también “por las servidumbres establecidas en el Plano de Loteo que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral”;

Décimo.- Que en relación con las únicas vías de acceso que, conforme a la resolución administrativa cuestionada ante el mencionado juzgado de letras de Concepción, tendrían carácter privado, esto es, las servidumbres establecidas en el Plano de Loteo que dan acceso directo a la playa en cada lote aledaño a ella desde Avenida Pingueral –y que gravan los predios correspondientes a los lotes 4A1- 4, 4B1-3 y 4B1-1– no existe constancia alguna, en este proceso constitucional, que ellas sean de dominio de todos o alguno de los requirentes, tal y como lo reconoce el considerando trigésimocuarto del fallo del que se disiente.

En efecto, a fojas 279 y 286, respectivamente, de estos autos sólo constan las escrituras de compraventa de “Consortio Inmobiliario Pingueral Limitada” a “Inversiones Epsilon Limitada”, respecto de los lotes gravados hoy en día con las servidumbres mencionadas en el párrafo anterior. Por su parte, a fojas 298 consta el cambio de la razón social de “Inversiones Epsilon Limitada” a “Inversiones Pingueral”.

Sin embargo, no se ha acompañado ningún certificado de dominio vigente que acredite que esta última –que es uno de los requirentes en este proceso– es la dueña actual de los predios gravados con las servidumbres de que se trata y que, por ende, podría ser afectada en su derecho de dominio por la aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, en la causa que sustancia el Tercer Juzgado de Letras de Concepción;

Decimoprimer.- Que de acuerdo a lo ya expresado, no puede prosperar una acción de inaplicabilidad en la que los requirentes no han acreditado encontrarse efectivamente dentro del supuesto básico previsto en la norma cuya inaplicación se pretende, no bastando que sean partes en el proceso a que se refiere la gestión judicial pendiente.

Lo anterior, debido a que, por mucho que la acción de inaplicabilidad importe un examen concreto –y no abstracto– de constitucionalidad de un precepto legal, no debe perder de vista el denominado principio de “presunción de constitucionalidad de la ley”, desarrollado ampliamente por

esta Magistratura, según el cual sólo podrá declararse la contrariedad de una norma de rango legal con la Constitución con carácter excepcional cumpliéndose los supuestos que ella misma prevé.

Este razonamiento tiene por finalidad no afectar el indispensable equilibrio que debe existir entre las potestades de todos los órganos del Estado, en un sistema de “checks and balances” que respeta integralmente lo previsto en el inciso segundo del artículo 7° de la Carta Fundamental en armonía con la plena vigencia del principio de supremacía constitucional;

Decimosegundo.- Que, en base a lo expresado, no tiene sentido, en concepto de estos previnientes, entrar a argumentar sobre el fondo de la acción deducida, por lo que debe ser rechazada sólo por no haberse acreditado por los requirentes encontrarse en el supuesto básico de aplicación de la norma legal cuya inaplicabilidad se pretende.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre al fallo, teniendo adicionalmente presente –en relación a lo señalado en el considerando 37°– lo siguiente:

Primero: Que, como se ha señalado en la presente sentencia, las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda, en términos tales que norma alguna puede impedir u obstaculizar que cualquiera persona pueda acceder a las mismas, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, debiendo el Estado velar para que este derecho –en su caso– sea respetado en estricto cumplimiento de su finalidad de bien común;

Segundo: Que, como expresara esta misma Magistratura en los autos Rol N° 245/1996, “en razón de la función social que debe cumplir el ejercicio de dominio, la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda”, agregando que “lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone”;

Tercero: Que, como también lo señaló este Tribunal en la aludida sentencia “la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que la norma que se cuestiona supone una limitación al dominio, puesto que “si bien importa una restricción al ejercicio del derecho de dominio, tal restricción consiste sólo en modificar algunas de sus diversas manifestaciones, sin destruir las facultades esenciales del derecho y sin que represente una privación” (Rol N° 1759-2003);

Cuarto: Que, por su lado, en cuanto al alcance del artículo 13, los tribunales de justicia han señalado que la norma debe ser interpretada restrictivamente, “para conciliar el gravamen impuesto a los propietarios con la gratuidad a que deben someterse, en cuanto la vía de acceso tiene sólo un carácter de prudencial y necesario, lo bastante como para llegar a tales lugares con facilidad, sin que sea exigible que tal acceso se ajuste a los requerimientos de un camino público, para tránsito vehicular, como lo requiere el recurrente, porque para tal efecto el ordenamiento jurídico contempla las normas que facultan a la autoridad para expropiar inmuebles de terceros con el objeto de construir con cargo al erario nacional caminos que incorporen al resto del territorio a una comunidad aislada por razones de integridad general, local o nacional, de sus habitantes” (Corte Suprema, Rol N° 3748-1996).

De este modo, se ha concluido, que el referido artículo 13 del Decreto Ley N° 1939 no representa propiamente una disposición de fomento de la explotación turística sino “una norma permisiva

que imponiendo un gravamen gratuito a los propietarios aledaños de playas, ríos y lagos, habilita a los habitantes para que con un mínimo perjuicio para aquellos, accedan a tales bienes nacionales de uso público, pero sin extremar la gratuidad del gravamen al extremo de que los propietarios pierdan el uso de una considerable superficie de terreno para la habilitación de caminos formales con todas las consecuencias que provienen de su construcción y mantención” (Corte Suprema, Rol N° 1502-2004);

Quinto: Que, como puede advertirse, la disposición legal que motiva la acción de inaplicabilidad impetrada persigue que la generalidad de los habitantes tenga acceso, para fines turísticos y de pesca, a las playas de mar, ríos y lagos distribuidos en el territorio, lo que deberá serles facilitado gratuitamente por los propietarios de los territorio colindantes cuando no existan otras vías al efecto y, en caso que no se allanaren a ello, la autoridad administrativa lo determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados;

Sexto: Que, así las cosas, el llamado del legislador preconstitucional es a que la autoridad adopte su decisión, en cuanto a ordenar el acceso gratuito a los habitantes, a través de un acto administrativo fundado y en el marco de un debido proceso, “evitando causar daños innecesarios a los afectados”, materia esta última que deberá apreciar y ponderar en su oportunidad –y de acuerdo al mérito del asunto– el juez de la instancia en una acción judicial de lato conocimiento, ciertamente distinta de la prevista en el artículo 13 que se impugna;

Séptimo: Que, en relación a esto último, no debe olvidarse que un principio fundamental de nuestro Estado de Derecho es el de la responsabilidad (artículos 6° y 7°), en términos tales que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Ello debe complementarse con lo estatuido por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, conforme a la cual “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” (artículo 4). En tal sentido, no debe olvidarse que incluso da derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, en los estados de excepción “cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño” (artículo 45 inciso segundo).

Esta doctrina, por lo demás, ha sido confirmada por esta Magistratura en relación a la carga gratuita del turno que se impone legalmente a los abogados (Roles N°s. 755, 1138 y 1140, todos de 2008).

Redactó la sentencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil, la primera prevención la Ministra señora Marisol Peña Torres y la segunda, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1215-08-INA.

Se certifica que el Ministro señor Jorge Correa Sutil concurrió a la vista de las causas y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en el cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA

MODIFICACIÓN REGULATORIA A SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)

Rol: 505

Fecha: 06.03.2007

Resultado recurso: Rechazado.

Ministros mayoría: Juan Colombo Campbell, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marisol Peña Torres y Francisco Fernández Fredes.

Ministros minoría: Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto y Hernán Vodanovic Schnake.

Ministro redactor: Jorge Correa Sutil.

Requirente: Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.

DESCRIPTORES

Propiedad – Función Social de la Propiedad – Limitación de la Propiedad – Efecto Retroactivo de la Ley – Contrato – Elementos del Contrato – Precio – Bienes Incorporales – Crédito.

PRINCIPIO JURÍDICO

El cambio en la regulación de una actividad de servicio de utilidad pública, que no afecte en una magnitud significativa los atributos esenciales del dominio, es una limitación que no debe ser indemnizada.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 24 CPR.

CAUSA EN QUE INCIDE

Casación en juicio arbitral caratulado “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.” que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940 que Regula Sistemas de Transporte de Energía Eléctrica, Establece un Nuevo Régimen de Tarifas para Sistemas Eléctricos Medianos e Introduce las Adecuaciones que Indica a la Ley General de Servicios Eléctricos (Ley Corta I), que establece el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, previsto en los artículos 71-29, 71-30 y 71-32 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Se ajusta a la Constitución un cambio en la regulación legal de un servicio de utilidad pública, en virtud del cual se desconoce el precio pactado libremente entre dos particulares que prestan dicho servicio, y se impone una tarifa a cobrar entre ellos?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Empresa Eléctrica Panguipulli, dedicada a la generación de electricidad, suscribió el año 1993 un contrato de peaje con Endesa, empresa dedicada a la transmisión de electricidad, por el cual esta última se obligó a permitir que la primera usara sus líneas de transmisión, todo ello, durante un plazo de más de 30 años, obligándose la Empresa Eléctrica Panguipulli a pagar un peaje convenido como precio por tales servicios, en forma periódica, hasta el 2028.

Posteriormente, los activos de transmisión de propiedad de Endesa fueron objeto de una serie de transacciones, terminando en manos de HQI Transelec. Esta última dedujo demanda en juicio arbitral contra la Empresa Eléctrica Panguipulli, con el fin de obtener el pago de peajes que por concepto de transmisión de electricidad esta última le adeudaba. El Tribunal Arbitral señaló que la Empresa Eléctrica Panguipulli había pagado los precios de los peajes, pero estableció que desde el 13 de marzo de 2004 debería aplicarse lo establecido al respecto en la Ley Corta I, fecha en que entró en vigencia esta última. Contra esta decisión, se interpuso por la Empresa Eléctrica Panguipulli un recurso de casación en la forma contra la sentencia arbitral ante la Corte de Apelaciones de Santiago y requirió al Tribunal Constitucional que declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley Corta I.

ALEGACIONES

El artículo 3° transitorio de la Ley Corta I viola el derecho de propiedad de Eléctrica Panguipulli al aplicarse en el juicio en que incide el requerimiento y resolverse en la sentencia arbitral que dicha ley obliga a las partes desde el momento de su vigencia, modificando y extinguiendo de esa forma derechos patrimoniales válidamente adquiridos en razón de un contrato legalmente celebrado. Se ha pretendido otorgar a la Ley Corta I un efecto retroactivo que ni siquiera esta dispone, al darle preeminencia respecto de relaciones jurídicas consolidadas a través de un contrato generador de derechos que se han incorporado a los patrimonios de los contratantes, fundando tal pretensión en el carácter de norma de orden público que tal disposición revestiría.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Es claro que el deudor de un precio establecido por contrato también tiene, respecto de su cuantía, una especie de propiedad. Si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporales, la CPR establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad. En lo que importa al caso, el artículo 19 N° 24, en su inciso 2, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización dada por el constituyente al legislador, se aplica, *prima facie*, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite

todas las especies de propiedad. Al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la CPR establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad (C. 15 a 17).

El texto de la CPR no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorpóreos que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales (la doctrina de la intangibilidad de los contratos no está reconocida en nuestra CPR). La CPR valora la certeza que otorgan los derechos de propiedad adquiridos. En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige. De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad; pero las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas, sin distinción de su origen o naturaleza (C. 18).

En virtud de un contrato cuya validez no ha sido impugnada, la Empresa Eléctrica Panguipulli adquirió el derecho a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de HQI Transelec (sin perjuicio de que los contratos fueron originalmente pactados entre otros y luego cedidos). En ese contrato se estableció un precio o peaje básico que la requirente debía pagar a la requerida (su antecesora) por el uso de las redes de transmisión. Asimismo, y por el pago del mismo precio, se acordó que la Empresa Eléctrica Panguipulli tendría los derechos establecidos en el artículo 51 D de la Ley General de Servicios Eléctricos. En caso de aplicarse el artículo 3º transitorio, la requirente no se verá privada de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de la requerida, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no será ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que esas cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley (C. 21).

La distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación y otros casos claros de regulación. Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Nuestra CPR trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio (C. 22).

La magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si se tuviese por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, expresión clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, *prima facie*, se trata de una regulación (C. 23).

Lo que procura el artículo 3º transitorio es regular: es una norma de general aplicación que precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de instalaciones de transmisión troncal. Su finalidad no es privar. Aplicada a la relación entre las partes, su exacto impacto es el de alterar el precio o peaje por el uso de instalaciones, sin perjuicio que la empresa generadora pueda seguir usando, gozando y disponiendo de tal uso. No priva a la Empresa Eléctrica Panguipulli de usar esas instalaciones, pero en caso de aplicarse la obliga a pagar un precio diverso al establecido en el contrato por este uso (C. 24).

Hay que razonar si cualquiera alteración en el precio por usar un bien, independiente de su magnitud, priva a la requirente de uno de los atributos esenciales de su dominio. Una variación cualquiera en el régimen de pago o peaje por dicho uso naturalmente afecta el patrimonio de la requirente, limita sus facultades y por ende sólo será legítima si se justifica en razón de la función social de la propiedad y se vea exigida por la utilidad pública, los intereses generales de la Nación o por algún otro de los fines que taxativamente la Constitución enumera. Pero, en virtud de una variación, cualquiera sea su magnitud, no se priva a una persona de su propiedad, aunque se la afecta en su patrimonio. El precio es, sin duda, un elemento esencial de un contrato que regula el uso que una parte puede hacer de las instalaciones y fija el precio o peaje que habrá de pagar por ese uso, pero eso no debe confundirse con que una alteración de ese precio, por la vía legislativa, independiente de su magnitud, prive a la requirente de la esencia de su derecho de propiedad. Es distinto que algo sea un elemento esencial de un contrato a que su alteración haga irreconocible ese contrato y distinto también a privar del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. La propiedad de la Empresa Eléctrica Panguipulli no queda desprovista de lo que le es consustancial, no resulta irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela (C. 25).

Pero que una alteración cualquiera en el precio no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro.

Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se la ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro. Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado. En la especie, la Empresa Eléctrica Panguipulli no ha alegado que las condiciones que establece el artículo 3º transitorio la priven de obtener lucro. Más aún, el nuevo régimen legal de precios ha hecho que los privados sigan funcionando e invirtiendo en el mercado de la producción y distribución eléctrica, por lo que no puede pensarse que la eventual aplicación del artículo 3º transitorio a la relación entre las partes privaría a la requirente de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, como lo sería el derecho a obtener lucro. Así, la regulación del precio establecida en el artículo 3º transitorio es, para las partes, una limitación y no una privación (C. 26).

El artículo 19 N° 24 de la CPR dispone que una limitación u obligación a la propiedad sólo es legítima si está establecida por ley y si deriva de su función social, en razón de exigencias de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. El primero de los requisitos constitucionales se verifica con claridad en la especie, toda vez que el nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones fue precisamente establecido por una ley, como lo es el artículo 3º transitorio de la Ley Corta I. En cuanto al segundo de los requisitos, la función social se funda en este caso en razones de utilidad pública. En este sentido, uno de los objetivos de la Ley Corta I fue la de pasar de “un sistema de acuerdo bilateral regulado de las tarifas por peajes en el uso de las instalaciones de transmisión troncal a uno de tarifa fijado por la autoridad”, según consta del Mensaje de la ley. El antiguo sistema de acuerdo bilateral regulado presentaba innumerables dificultades en su aplicación, debido a varios problemas que se identificaron, los que generaban constantes cambios y diversas interpretaciones relativas a los acuerdos de peaje, negociaciones complejas y de larga duración entre generadores y propietarios de los sistemas de transmisión, frecuentes recurrencias a comisiones arbitrarias *ad hoc* para determinar los montos de los peajes, todo lo cual, según consta en la historia de la ley, llevó a los órganos colegisladores a convencerse de que el sistema imperante producía altos costos de transacción para determinar los valores de los peajes, al mismo tiempo que decisiones sustancialmente diferentes para similares conjuntos de instalaciones. Así, el legislador estimó que un sistema de tarificación por la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal era necesario para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituye una razón de utilidad pública. Esta limitación a la autonomía de la voluntad fue buscada por el legislador en razón de tratarse, el de la generación y transmisión eléctrica, de un servicio de utilidad pública provisto por particulares: tanto es así, que la Ley Corta I agregó, como inciso final del

artículo 7° de la Ley General de Servicios Eléctricos, un precepto que señala que “es servicio público eléctrico, el transporte de electricidad por Sistemas de Transmisión Troncal y Subtransmisión” (C. 27 a 32).

Por todo lo anterior, se puede concluir que en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad. Así, de aplicarse el artículo 3° transitorio de la Ley Corta I para determinar el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión eléctrica entre las partes de este juicio, no se producirán resultados contrarios a la CPR y, por ende, debe rechazarse la acción de inaplicabilidad (C. 37).

CONCLUSIÓN

Se ajusta a la Constitución un cambio en la regulación legal de un servicio de utilidad pública, en virtud del cual se desconoce el precio pactado libremente entre dos particulares que prestan dicho servicio, y se impone una tarifa a cobrar entre ellos, siempre que el legislador lo haga en virtud de algunas de las hipótesis de la función social de la propiedad y que, con tales alteraciones, no prive (totalmente) a los particulares del lucro o de algún otro atributo esencial de la propiedad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC reconoce en esta sentencia que la propiedad sobre bienes incorporales también puede ser limitada por razones de función social.

Por otra parte, señala que regular o limitar la propiedad es distinto a privar de ella, estableciendo la Constitución dos requisitos para limitarla: se haga por ley y se invoque alguna de las hipótesis que comprenden la función social de la propiedad reconocida en el artículo 19 N° 24 CPR.

Por último, tiene en consideración que los cambios en la regulación de una actividad de servicio de utilidad pública, que la ley permite sea proveído por particulares, no requieren ser indemnizados mientras no se afecte la propiedad o alguno de sus atributos en su esencia de manera significativa.

TEXTO COMPLETO

Santiago, seis de marzo de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2006, Luis Vidal Hamilton-Toovey, en representación de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. (sucesora de Pullinque; en el fallo se hará referencia a ambas indistintamente), ha

deducido un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940 que modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, en los autos arbitrales caratulados “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.” de los cuales conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, en virtud del recurso de casación en la forma interpuesto por su representada en contra de la sentencia arbitral por contravenir, el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República.

Señala la requirente que el juicio arbitral se inició por demanda deducida por HQI Transelec Chile en contra de Eléctrica Panguipulli solicitando que se condenara a ésta a pagar a la demandante determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad que se le adeudaban.

Esta tuvo como fundamento lo dispuesto en el Artículo 51° G de la Ley General de Servicios Eléctricos—hoy derogado— que disponía que “toda controversia que surja entre el propietario de las líneas y subestaciones involucradas y cualquier interesado en constituir una servidumbre o quien hace uso de ellas o entre estos últimos entre sí relacionada con servidumbres de paso de energía eléctrica y, en particular las dificultades o desacuerdos referidos a la constitución, determinación del monto de peajes y sus reajustes, proposición y antecedentes que debe proporcionar el propietario en conformidad al artículo 51° E, el cumplimiento, validez, interpretación, terminación y liquidación de convenios o fallos arbitrales relacionados con estas servidumbres, serán resueltos por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros arbitradores designados, uno por cada una de las partes, y un tercero, que deberá ser abogado, elegido por los dos primeros de común acuerdo, y en caso de desacuerdo, por la justicia ordinaria”. “El tribunal arbitral actuará en calidad de arbitrador y fallará en única instancia”. Según sostuvo la demandante en esa sede arbitral, Eléctrica Panguipulli usaba activos de transmisión de propiedad de HQI Transelec, sin pagar por ello

Señala la requirente que la potencia y energía que genera la central de su representada es inyectada en la subestación Pullinque de propiedad de la Compañía General de Electricidad Transmisión.

De acuerdo a lo que establecía el Artículo 51° B—hoy derogado— del D.F.L. N° 1, “cuando una central generadora está conectada a un sistema eléctrico cuyas líneas y subestaciones en el área de influencia de la central pertenezcan a un tercero, se entenderá que el propietario de la central hace uso efectivo de dichas instalaciones, independientemente del lugar y de la forma en que se comercializan los aportes de potencia y energía que aquella efectúa y, por consiguiente, debe pagar los correspondientes peajes a su dueño”

Se entiende el área de influencia como “el conjunto de líneas, subestaciones y demás instalaciones del sistema eléctrico directa y necesariamente afectado por la inyección de potencia y energía de una central generadora”. Eléctrica Panguipulli, que a la época se denominaba Pullinque, suscribió el año 1993 un contrato de peaje con Endesa por el cual esta última, como dueña de ciertos activos de transmisión, se obligó con Panguipulli a permitir que ésta inyectara y retirara energía y potencia eléctrica en distintos puntos de la red eléctrica que era de propiedad de Endesa, todo ello, durante un plazo de más de 30 años

Pullinque se obligó a pagar el peaje convenido como precio de tales servicios, en forma periódica, hasta el año 2028.

El pago del peaje, de acuerdo al contrato, otorgaba a Pullinque los derechos establecidos en el artículo 51 D del D.F.L. N° 1 y los que se estipulan en la cláusula cuarta del mismo

El artículo 51 D—hoy derogado— señalaba:

“El pago de anualidades del peaje básico dará derecho al propietario de la central generadora a retirar electricidad, sin pagos adicionales, en todos los nudos del sistema ubicados dentro de su área de influencia”.

Las instalaciones que comprende el área de influencia quedaron establecidas en el anexo 1 del contrato.

La cláusula cuarta del contrato de peaje celebrado en el año 1993 dice que “los retiros de electricidad de Pullinque, provenientes de inyecciones de la actual central Pullinque, destinados a ventas a clientes propios, efectuados desde las instalaciones de transmisión de 500 Kv y de 220 Kv que se identifican en el anexo número 2 de este contrato no serán objeto de cobros adicionales de peajes por parte de Endesa a Pullinque”. Con posterioridad a ello, los activos de transmisión de Endesa fueron arrendados por ésta a una filial creada por ella, denominada Transelec a la que se le cedieron el cobro del peaje y la administración de los activos de Endesa.

En 1996, Endesa y Transelec (empresa matriz y su filial) vendieron a un tercero –CGE– una parte de los activos de transmisión identificados en el contrato, como asimismo la totalidad del derecho a percibir el precio o peaje.

Transelec conservó en su poder parte de los activos de transmisión por cuya utilización paga Panguipulli.

Como contraprestación por la venta de algunos de esos activos y la cesión del contrato de peaje, Endesa y Transelec percibieron de CGE el precio de venta pactado.

Transelec fue luego adquirida por HQI Transelec S.A., quien se hizo dueña del 100% de las acciones de la sociedad, de todos sus activos y derechos, y, desde luego, de sus pasivos y obligaciones.

Transcurrieron más de 10 años, durante los cuales las partes, incluyendo a HQI Transelec, dieron normal cumplimiento a las obligaciones emanadas del contrato de peaje suscrito entre Endesa y Pullinque, que continuó obligando a las partes en los términos convenidos.

A fines del año 2003, HQI Transelec desconoció, según la requirente, lo pactado en el contrato con el fin de obtener la duplicación del pago por el uso de sus activos.

Para ello, sostiene la requirente, alegó, el hecho falso, que Eléctrica Panguipulli no pagaba los peajes por los servicios de transmisión eléctrica, forzándola a un arbitraje obligatorio.

La sentencia arbitral declaró que Panguipulli había pagado y pagaba el peaje convenido a CGE, sucesora de Transelec, pues aquella empresa le había cedido a ésta el derecho a cobrarlo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral resolvió que Eléctrica Panguipulli a partir del 13 de marzo de 2004 debía pagar las nuevas sumas que establecía la Ley N° 19.940 o Ley Corta.

También la sentencia arbitral declaró, para estos efectos, que si bien Eléctrica Panguipulli había pagado y pagaba el peaje, debía prevalecer la nueva ley sobre el contrato válidamente celebrado resolviendo que:

“se acoge la demanda en cuanto a que a contar del 13 de marzo de 2004... Deberá aplicarse en su integridad dicha Ley, sin perjuicio de aplicar para el período que media entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal las disposiciones del actual D.F.L. N° 1 y su reglamento, de acuerdo a lo razonado en los considerandos 14 al 19 y a lo dispuesto en la propia Ley N° 19.940”, lo que –alega la requirente– no se había solicitado en la demanda.

Por ello el sentenciador tuvo como fundamento que la Ley N° 19.940 era de orden público y regía *in actum*, afectando, en consecuencia, los contratos celebrados entre las partes, cuyas cláusulas habían quedado sin efecto en todo cuanto se opusieran a lo dispuesto en la nueva ley.

Se indica por la requirente que, para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad, es menester que exista una contradicción entre una disposición constitucional y la ley que se impugna, pero para establecer esa contradicción no basta un análisis o comparación en abstracto entre la norma fundamental y la legal, pues el estudio que en este recurso debe hacerse está referido a una ley que sea o se crea aplicable al caso de que conozca algún tribunal de la República.

La precisión anterior resulta necesaria en razón de que no en pocas ocasiones se ha planteado la duda de si para establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición el Tribunal Constitucional ha de atender sólo a la eventual contradicción entre ella y la Constitución, con total prescindencia del caso al que la ley podría aplicarse o si, por el contrario, la decisión debe considerar y aún fundarse, en el modo en que la aplicación de la misma afectará los derechos constitucionales de las partes en ese pleito o gestión, independientemente, incluso, de si la norma en abstracto resulta ser constitucional, como podría suceder respecto de la Ley N° 19.940, cuya inaplicabilidad se solicita parcialmente.

Así, plantea la acción que, en el requerimiento de inaplicabilidad, esta Magistratura no debe ni puede “juzgar la constitucionalidad de una ley, sino la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto”, pues “el recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, sino uno de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley”. Se cita luego una sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 28 de julio de 1992.

En ella se declara que las normas legales anteriores a la dictación del precepto impugnado “deben entenderse incorporadas al contrato... en conformidad al mandato contenido en el artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que sobre el particular dispone:

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, concluyendo la sentencia que la norma que se pedía declarar inaplicable efectivamente impedía a la requirente exonerarse del pago de indemnizaciones por las causales que contemplaba el contrato que mantenía vigente con su contraparte desde antes de la dictación del precepto y por las que le otorgaba el derecho común y el derecho especial a la época de celebración de aquel, todo lo cual había sido sobrepasado por la nueva ley que “ha entrado a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante sin que ello quebrante el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República”. Expone la actora que el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, dispuso en uno de sus incisos que:

“El régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, previsto en los artículos 71-29, 71-30 y 71-32 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de esta ley.

No obstante, en el período que medie entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal, los propietarios de centrales, las empresas que efectúen retiros y los usuarios finales que deban pagar los peajes de transmisión, lo harán en conformidad a las normas legales que la presente ley modifica y su reglamento”. Agrega la requirente que cuando la ley se refiere al “régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal”, lo que regula son los “peajes de transmisión troncal” que corresponde a la materia regulada en el contrato de peaje a que se alude en el requerimiento.

De ese modo, explica la parte requirente que su derecho de propiedad ha sido violado al aplicarse en el juicio en que incide el requerimiento, la norma contenida en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940 y resolverse en la sentencia arbitral que dicha ley obliga a las partes desde el

momento de su vigencia, modificando y extinguiendo de esa forma derechos patrimoniales válidamente adquiridos en razón de un contrato legalmente celebrado.

Expone que se ha pretendido otorgar a la Ley N° 19.940 un efecto retroactivo que ni siquiera esa ley dispone, al darle preeminencia respecto de relaciones jurídicas consolidadas a través de un contrato generador de derechos que se han incorporado a los patrimonios de los contratantes, fundando tal pretensión en el carácter de norma de orden público que tal disposición revestiría

Agrega que el contrato de peaje que vincula a HQI Transelec con Eléctrica Panguipulli, que la sentencia arbitral reconoce como plenamente válido y vinculante para las partes, establece el derecho de Eléctrica Panguipulli a utilizar las líneas de transmisión y, además, que el pago por la utilización de dichas líneas está incluido en el peaje establecido en el contrato.

De ese modo, a su juicio, ese derecho se ha incorporado al patrimonio de la empresa por tratarse de un bien incorporal o derecho de contenido eminentemente patrimonial.

Por otra parte, el derecho de propiedad de la requirente sobre el contrato y sobre todo lo que emana de éste, ha sido afectado en su esencia, pues la aplicación de la ley inaplicable constituye una expropiación de su derecho de propiedad sobre ese contrato; situación que la Corte Suprema ha repudiado en la sentencia antes mencionada, al señalar que no es posible admitir que una nueva ley entre “a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante”, sentencia en la cual se declara que la controversia no podía resolverse “fundada en una ley posterior al contrato, la cual, en caso alguno, podría invocarse para modificar, alterar o desnaturalizar convenciones vigentes antes de que la referida ley entró en vigencia”. Concluye la requirente su presentación señalando que la norma que contiene el artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes y que incorpora a los contratos las leyes vigentes al momento de su celebración, genera un efecto que excede a las partes que concurren a su celebración, llegando, incluso, a obligar al propio Estado y al resto de la sociedad, en cuanto sobre dichas leyes vigentes, incorporadas ahora al contrato, tienen también los contratantes un derecho de propiedad que les permite exigir su respeto y cabal cumplimiento.

Con fecha 22 de septiembre de 2006 se declaró admisible el requerimiento y se suspendió el procedimiento en la causa en que éste incide.

El día 16 de noviembre de 2006 Transelec S.A., antes HQI Transelec S.A., formuló sus observaciones al requerimiento presentado.

Plantea, en primer término, que éste no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución.

Señala al respecto lo siguiente:

1 En este caso, la sentencia fue dictada por árbitros arbitradores, motivo por el cual carece de todo sentido declarar que un precepto legal positivo se debe dejar de aplicar, toda vez que, para resolver la contienda, tales jueces no han tenido necesidad de ceñirse a dicho precepto, ya que resuelven conforme a lo que su prudencia y equidad les señala.

2 La inaplicabilidad debe impetrarse en tanto exista alguna gestión en la que el precepto cuestionado pueda resultar decisivo.

En el asunto que se analiza, el requerimiento fue resuelto, en única instancia, por un tribunal arbitral arbitrador, y, ya que no era legalmente admisible a su respecto el recurso de apelación, media actualmente sólo una impugnación de nulidad por la vía de un recurso de casación en la

forma, siendo la cuestión a resolver en este recurso, la validez o nulidad del fallo dictado por los arbitradores, no se divisa la manera en que la norma impugnada pueda ser objeto de aplicación.

3 Atendida la calidad de arbitrador del tribunal arbitral del cual emana la sentencia de única instancia en que incide el requerimiento, tal acción no es procedente, ya que un árbitro arbitrador es quien, conforme al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, “debe fallar obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”

Hacen ver al respecto que don Julio Philippi Izquierdo, concluye que “la prudente estimación de la equidad hecha por el arbitrador, si bien descansa en su propia convicción y raciocinio, no es producto de su capricho o mero arbitrio, sino que estriba en detectar cuidadosamente lo que en verdad es justo frente al caso particular.

Como la conclusión está fundada en su propia valoración, no podrá ser revisada, a menos que se haya contemplado alguna adecuada instancia superior”. Agrega: “debe hacerse un uso muy moderado de esta facultad correccional en cuanto al criterio mismo de lo decidido por el amigable componedor, dada su amplia facultad para estimar prudentemente lo que considere equitativo”.

4 Por expresa disposición del inciso segundo del artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de casación en el fondo no procederá, en caso alguno, contra las sentencias de los arbitradores. Ello es así en razón de que tales árbitros se rigen y dictan sus resoluciones teniendo solamente en consideración la prudencia y normas de equidad, pudiendo prescindir de las disposiciones de la ley. Por ende, tales árbitros jamás podrían incurrir en algún error de derecho que viciara la sentencia. Por iguales razones, los requeridos estiman que el recurso deducido resulta improcedente, ya que no es posible declarar la inaplicabilidad de un precepto legal pues su aplicación no resulta imperativa para el arbitrador. Ello no impide que el árbitro resuelva ajustándose a las disposiciones de la ley, si encuentra que ellas coinciden con los dictados de su prudencia y equidad. De esta opinión son, entre otros, Julio Philippi Izquierdo, Patricio Aylwin Azócar y Álvaro Aliaga Grez.

5 La jurisprudencia ha sostenido que: “para que pueda ser declarado inaplicable un precepto legal basta con que la cuestión propuesta en el juicio en que incide el recurso se halle regida por el precepto tachado de inconstitucional y que, por tanto, pueda ser tomado en cuenta en el pronunciamiento que finalmente deba dictarse”.

De este modo, es posible concluir que las partes de un procedimiento arbitral de esta naturaleza están imposibilitadas para interponer un recurso de inaplicabilidad porque los árbitros arbitradores resuelven los conflictos sometidos a su consideración “de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”.

6 Por último, expone Transelec S.A. que refuerzan la idea de la improcedencia de ejercer un control de constitucionalidad en el arbitraje seguido ante un arbitrador, las diferencias que existen en nuestro sistema entre el árbitro de derecho y el amigable componedor. Conforme a lo dispuesto en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil, el arbitrador “dará su fallo en el sentido que la prudencia y equidad le dicten”, lo que en nuestro sistema jurídico tiene un carácter excepcional.

Hacen ver que en Chile, varias son las sentencias pronunciadas por arbitradores que han puesto de manifiesto las posibilidades de la equidad para solucionar un conflicto jurídico.

Entrando a analizar en lo sustancial el asunto en debate, Transelec S.A. destaca que sólo respecto de una de las peticiones hechas valer, el tribunal arbitral dispuso la aplicación íntegra de la Ley N° 19.940 en relación con los pagos que deberán efectuarse a Transelec S.A., a contar de la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal por el uso de las instalaciones de propiedad de esta última.

Expone que a contar de la entrada en vigencia de la Ley Corta, el 13 de marzo de 2004, el transporte de electricidad pasó a constituir un servicio público completamente regulado, particularmente en lo relativo al uso, goce y remuneración de las instalaciones de transmisión troncal y subtransmisión y que, junto con ello, se estableció un nuevo sistema de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, el cual según su artículo 3º transitorio “regirá desde la fecha de publicación de esta ley”.

Luego de analizar ciertos aspectos del contrato de peaje, sus alcances y lo resuelto por la sentencia arbitral al respecto, concluye que, de existir alguna empresa que ha sido afectada en su derecho de propiedad por la Ley N° 19.940, ha sido Transelec S.A. El transporte de electricidad pasó de ser una actividad privada a ser un servicio público fuertemente regulado y tarifado por la autoridad y en el cual la libertad económica del transmisor se encuentra gravemente limitada. Agrega que, dada la naturaleza de la transformación sufrida por la actividad de transmisión troncal de electricidad, es lógico entonces que el régimen de remuneración tarifario fijado por la Ley N° 19.940 rija desde la fecha en que entra en vigencia y afecte de igual manera a todos los actores de la industria eléctrica.

La requerida entra luego a referirse a la intangibilidad de los contratos. Señala que si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina coincide en que la invariabilidad de lo legítimamente pactado, que implica como consecuencia la imposibilidad de alterar los contratos en curso deriva del artículo 19 N° 24º de la Constitución, tal condición admite revisión cuando pugna y desconoce otros derechos igualmente fundamentales, ya que ninguno de estos es ni puede ser absoluto. Así lo ha sostenido en nuestro medio el profesor López Santa María, quien se ha mostrado crítico frente a la teoría de la intangibilidad de los contratos.

Hace presente que, como consecuencia de las trascendentales modificaciones introducidas por la Ley Corta, se pasó de una relación jurídica con un marcado carácter privado a una relación de carácter público que cabe dentro del derecho público, al establecer dicho cuerpo normativo que la transmisión troncal es un servicio público, y que los peajes se determinan a través de un procedimiento establecido en la ley. De esta forma una empresa no puede invocar su contrato para sustraerse del cumplimiento de una obligación generada por un nuevo texto legal. Más adelante expone Transelec S.A. que el derecho de propiedad tiene como limitaciones los otros derechos y la ley.

Argumenta la requerida que las normas imperativas tienen dos características importantes: Por una parte, prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntades de las personas. Por la otra, se incorporan a los contratos ya otorgados o que se celebren a futuro, sin necesidad de estipulación expresa. Las disposiciones imperativas son particularmente relevantes en aquellas actividades económicas especialmente reguladas y disciplinadas. Ellas se desarrollan bajo un marco jurídico establecido por la ley y la autoridad. Las partes no pueden invocar, por lo mismo, una regla contractual, para sustraerse a dicho conjunto normativo.

Refiriéndose al artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes expresa que la forma normal de entenderlo en cuanto a que la ley nueva no puede afectar los contratos celebrados, ha sido revisada con el paso del tiempo. Agrega que el artículo 12 del mismo cuerpo legal permite argumentar a favor de la modificación por el legislador de los contratos en curso, aun cuando estos engendren derecho de dominio a favor de los acreedores. En efecto, según esta norma, “todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”.

Luego Transelec S.A. se refiere a la vigencia de la Ley N° 19.940. Indica que de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del Código Civil, se colige que la ley entra en vigor desde el momento de su publi-

cación, salvo que ella misma disponga otra fecha distinta al efecto. A esta regla recurrió el legislador de la Ley N° 19.940, puesto que contempló normas expresas en tal sentido en los artículos 3° y 10 transitorios. De esta forma, la Ley N° 19.940 resulta obligatoria respecto de todos los agentes a que está destinada, se encuentren vinculados o no por contratos previos, dada la precisa terminología que usa sobre su vigencia.

Posteriormente, Transelec S.A. alude a la imperatividad de la Ley N° 19.940. Señala que todos los agentes del tráfico eléctrico, sean generadores, distribuidores o usuarios, con o sin contratos vigentes deben regirse por la nueva ley porque sus disposiciones son de orden público como lo resolvió el Tribunal Arbitral. Indica que una parte de la doctrina constitucional chilena tiende a situar el fundamento de la imperatividad de ciertas normas económicas en la supuesta calidad de “orden público” u “orden público económico” que ellas eventualmente exhibirían, pues, en su concepto, la regulación legal de la economía de un país es una materia de tal relevancia, que la autonomía de la voluntad debe replegarse ante ella. Expone que esta tesis tiene un mayoritario respaldo en la jurisprudencia con sentencias similares desde mediados del siglo anterior hasta nuestros días. Los árbitros sentenciadores entendieron que la Ley N° 19.940 es una norma de orden público económico, por cuanto regula un servicio público y una actividad trascendental para la organización económica del país. En rigor, la nueva ley incorpora al régimen de servicio público eléctrico el transporte de electricidad por el sistema de transmisión troncal y de subtransmisión.

Expone luego Transelec S.A. que si bien el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política, reconoce el dominio sobre los derechos que emanan de los contratos, es del caso hacer presente que para invocarlo es menester ser titular indubitado del mismo, pero sujetándose a la ley, lo que no se produce en el evento que expresamente se contravenga la normativa sectorial, que es de orden público y, por tanto, irrenunciable y no disponible por las partes contratantes.

Señala, más adelante, que la historia fidedigna de la Ley N° 19.940 confirma la aplicación inmediata de la misma a los contratos de peajes de transmisión troncal. En el Mensaje Presidencial que dio origen a la iniciativa legal que culminó con la promulgación de la Ley N° 19.940, se incluía una norma transitoria –artículo 8°–, de acuerdo a la cual “los contratos válidamente celebrados vigentes a la fecha de publicación de esta ley, deberán adecuarse a sus disposiciones, dentro del plazo máximo de un año contado desde dicha publicación”. Dicho precepto en definitiva fue eliminado. De este modo, desapareció la norma transitoria relativa a la adecuación o supervivencia de los contratos de peaje o de transmisión suscritos con anterioridad, volviéndose a la intención original del legislador, la cual quedó reflejada en la redacción final del artículo 3° transitorio, que dada su imperatividad, hacía innecesario otro artículo que se refiriera al tema de la vigencia de la ley y sus efectos en los contratos suscritos con anterioridad.

Concluye Transelec S.A. sus observaciones reproduciendo ciertos considerandos de la sentencia dictada en los autos arbitrales en que incide el requerimiento presentado que le parecen especialmente relevantes.

Las partes acompañaron diversos informes en derecho y opiniones legales.

Habiéndose traído los autos en relación se procedió a la vista de la causa oyéndose los alegatos de los abogados de las partes el día 11 de enero del presente año.

CONSIDERANDO:

I Problemas a Resolver.

1 Que, tal como ha quedado descrito en la parte expositiva que antecede, la cuestión que se plantea ante este Tribunal es si, en caso de aplicarse el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, llamada

Ley Eléctrica Corta (en adelante artículo 3º transitorio), que estableció un nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal eléctrica, a la relación entre requirente y requerido, se produce un resultado contrario a la Constitución Política, por encontrarse el pago por el uso de tales instalaciones ya regulado por un contrato válidamente celebrado.

La pregunta es, entonces, si el contratante tiene un derecho de propiedad sobre los créditos que emanan de un contrato y si tales créditos pueden, de un modo constitucionalmente tolerable, ser afectados por una ley posterior, como lo es el artículo 3º transitorio, impugnado en la especie.

2 Que, sin embargo, la parte requerida ha alegado que no es pertinente entrar a responder esta cuestión, pues no se verifican en la especie requisitos de admisibilidad de la acción impetrada.

Estas cuestiones, que se describirán en los considerandos 3º y 4º, son efectivamente de previo pronunciamiento pues, en caso de ser aceptadas, sería improcedente entrar al fondo del requerimiento deducido.

A estas cuestiones preliminares se refieren entonces los considerandos reunidos en el apartado que sigue.

II Consideración sobre las Cuestiones de Previo Pronunciamiento Planteadas por la Requerida.

3 Que, como ha quedado consignado en la parte expositiva, la primera de las cuestiones de previo pronunciamiento planteadas por la requerida y que dice relación con la procedencia de entrar al fondo del requerimiento se vincula con la sede de equidad en que, a su juicio, se aplicó el artículo 3º transitorio.

A su respecto, presenta dos argumentos: el primero es que los tribunales arbitrales, como aquel que resolvió la contienda entre las partes en única instancia, no son tribunales ordinarios o especiales, por lo que no se verifica este requisito que habilita al Tribunal Constitucional a resolver cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme al tenor del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental.

El segundo es que, tratándose de una contienda que fue resuelta, en única instancia, por árbitros arbitradores, llamados, por ley, a resolver conforme a la prudencia y la equidad, resulta improcedente declarar inaplicables preceptos legales que no están llamados a dirimir contiendas en tales sedes, por lo que mal pueden resultar decisivos en ellas, lo que constituye también un requisito de admisibilidad para que esta Magistratura se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, en conformidad al artículo 93 inciso undécimo de la Carta Fundamental.

4 Que la segunda de las objeciones de previo pronunciamiento que plantea la requerida se refiere a la naturaleza de la gestión pendiente.

Ella consiste en un recurso de casación en la forma interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de un fallo dictado por árbitros arbitradores.

La Corte deberá decidir si anula o no lo resuelto por los árbitros fundada en si el tribunal fue o no incompetente para resolver y en si el fallo incurrió o no en el vicio de ultra petita.

Alega la requerida que, en estas condiciones, el precepto legal impugnado no puede resultar decisivo en la resolución de ninguno de estos dos asuntos, los únicos pendientes, y por ende no se verifica este requisito de admisibilidad establecido en el artículo 93 de la Carta Fundamental, ya referido.

5 Que, a propósito de estas dos cuestiones, las partes han controvertido una serie de puntos de enorme interés, como lo son no sólo si procede la inaplicabilidad de un precepto legal en sede de árbitros arbitradores o si éstos deben ser considerados tribunales, sino también si la sede arbitral que resolvió sus controversias debe ser considerada como de arbitradores, en condiciones que se trata de un arbitraje forzado por la ley; debatieron, también, por ejemplo, si los jueces árbitros resolvieron en equidad aplicar las tarifas establecidas en el artículo 3º transitorio o si directamente dieron aplicación a ese precepto, por estimarlo de orden público.

Estas y otras controversias, siendo de enorme interés jurídico, no serán resueltas en este fallo, ya que, como se establecerá en los considerandos que siguen, no resultan pertinentes para decidir las excepciones planteadas y no corresponde a esta Magistratura establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas, sino cuando ellas resultan necesarias para resolver las controversias que se le plantean.

6 Que, en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6º y en el inciso décimo primero del artículo 93 de la Constitución Política, este Tribunal debe pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal sólo si se reúnen las siguientes cinco condiciones:

la primera es que exista una gestión que se siga ante un Tribunal Ordinario o Especial;

la segunda es que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto que se ventila en esa misma gestión;

la tercera es que la impugnación esté fundada razonablemente; la cuarta es que la cuestión le sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce de la gestión pendiente, y la quinta y última es que se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.

7 Que, en la especie, la única gestión pendiente entre las partes que controvierten se verifica ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

la que, a no dudarlo, constituye un Tribunal Ordinario, por lo que se verifica este esencial requisito.

El hecho de que el asunto se haya originado en sede arbitral resulta enteramente indiferente, pues lo que resulta relevante al precepto constitucional es el lugar donde se verifica la gestión pendiente y no dónde se verificó la instancia que la antecedió, pues sólo en la que está pendiente puede aún recibir aplicación el precepto legal que se impugna como contrario a la Constitución.

8 Que resulta efectivo que la Corte de Apelaciones de Santiago debe, en primer lugar, resolver si anula o no el fallo dictado en sede arbitral; también es efectivo que para ello sólo deberá decidir si el tribunal arbitral era competente y si el fallo adolece o no de ultra petita.

Por último, tampoco este Tribunal ha sido convencido que el artículo 3º transitorio pueda resultar decisivo para resolver la validez o nulidad del fallo arbitral, fundado en las causales indicadas.

Siendo todo ello efectivo, no es menos cierto que si la Corte de Apelaciones decide anular el fallo arbitral en virtud del vicio de ultra petita deberá, en virtud de lo dispuesto en el artículo 786, en relación al numeral 4º del artículo 768, ambos del Código de Procedimiento Civil, dictar sentencia de reemplazo.

Esta eventual sentencia de reemplazo deberá dictarse conforme a derecho, en razón de la naturaleza del Tribunal de Alzada que tendría que hacerlo.

9 En consecuencia, resulta enteramente irrelevante para resolver la admisibilidad de la acción impetrada pronunciarse acerca de si procede o no declarar inaplicable un precepto legal para una

sede de árbitros arbitradores, pues la gestión pendiente, la única en que el precepto legal podría recibir aplicación, no tiene esta característica, sino que es una instancia que debe resolver en conformidad a derecho.

10 Que, para el evento de dictarse una sentencia de reemplazo, el precepto legal impugnado, artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.940, puede resultar decisivo en la resolución de uno de los asuntos debatidos por las partes y que esa eventual sentencia de reemplazo tendría que resolver.

En efecto, una de las cuestiones controvertidas por los litigantes fue si se había o no pagado el precio debido al titular por el uso que las requirentes en esta causa hacían y seguían haciendo, durante el pleito arbitral, de las instalaciones de propiedad de las requeridas y la sentencia arbitral resolvió también cual debía ser ese precio.

El artículo 3º Transitorio de la Ley N° 19.940 cuestionado, precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, determinando que dicho régimen, previsto en los artículos que detalla del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de la Ley N° 19.940.

En los incisos siguientes regula el régimen transitorio, determina a quiénes obliga esa regulación y establece otro conjunto de reglas sobre la misma materia, por lo cual este Tribunal juzga que, en caso de dictarse sentencia de reemplazo por la Corte de Apelaciones, el precepto legal impugnado puede resultar decisivo en la resolución de tal asunto.

11 Que lo dicho en el considerando anterior no puede ni debe entenderse como un pronunciamiento de este Tribunal acerca de si procede o no que la Corte de Apelaciones aplique el artículo 3º transitorio para determinar el precio de los servicios entre los litigantes.

Desde luego, ello dependerá de si la Corte anula o no el fallo arbitral recurrido de casación, cuestión respecto de la cual a este Tribunal no le corresponde emitir pronunciamiento alguno.

Tampoco le corresponde a este Tribunal determinar si, en conformidad a normas de rango legal, como pueden serlo las de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes o las relativas a los contratos que contiene el Código Civil, procede o no aplicar el artículo 3º transitorio a las partes en litigio.

Esa es una decisión que corresponde a los jueces del fondo.

A esta Magistratura sólo le compete verificar la posibilidad de que el precepto legal pueda ser aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse si tal aplicación resultaría o no contraria a la Constitución.

12 Que, en la especie y por las razones indicadas, este Tribunal concluye que el precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de si el precepto legal debe o no ser aplicado por los jueces del fondo, en conformidad con las reglas legales vigentes.

Que también se verifican en la especie los demás requisitos ya indicados en el considerando sexto que antecede, conforme a lo razonado a fs 156 por la Primera Sala de este Tribunal.

En consecuencia, deben desecharse las alegaciones de la requerida acerca de la improcedencia de que este Tribunal entre a conocer y resolver el fondo del asunto y corresponde pronunciarse acerca de si el artículo 3º transitorio produce o no, en caso de aplicarse a la relación entre las partes, un resultado contrario a la Constitución Política.

III La Cuestión de Fondo que debe Resolverse.

13 Que el artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940 establece:

“Artículo 3º.- El régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión troncal, previsto en los artículos 71-29, 71-30 y 71-32 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, regirá desde la fecha de publicación de esta ley.

No obstante, en el período que medie entre la fecha indicada y la dictación del primer decreto de transmisión troncal, los propietarios de centrales, las empresas que efectúen retiros y los usuarios finales que deban pagar los peajes de transmisión, lo harán en conformidad a las normas legales que la presente ley modifica y su reglamento.

La determinación realizada por la respectiva Dirección de Peajes, de los pagos que deban efectuarse por el uso de las instalaciones de cada sistema de transmisión troncal y subtransmisión, será vinculante para todas las empresas eléctricas señaladas en el artículo 71-6, sin perjuicio de las reliquidaciones a que hubiere lugar, conforme lo dispuesto en el inciso final de este artículo.

Para efectos del cálculo de los peajes provisionales que debe efectuar la Dirección de Peajes, el ingreso tarifario corresponderá al “ingreso tarifario esperado por tramo”, definido en el artículo 71-29.

El primer estudio de transmisión troncal determinará los valores de inversión, V.I., por tramo correspondientes tanto para el período transcurrido desde la publicación de la ley, como los V.I por tramo para los cuatro años siguientes.

Para esta primera determinación de los V.I y las siguientes, se considerará como valor efectivamente pagado para el establecimiento de las servidumbres de las instalaciones existentes a la fecha de la publicación de la presente ley, el valor que por este concepto se encuentre incorporado en la valorización de las instalaciones empleada por la Dirección de Peajes del respectivo CDEC en sus informes vigentes al 6 de mayo de 2002.

Sobre la base de tales valores, los centros de despacho económico de carga deberán reliquidar los pagos que deban efectuar las empresas y los usuarios finales, en su caso.

Las diferencias que resulten respecto de las sumas pagadas deberán abonarse dentro de los treinta días siguientes a la reliquidación, por los propietarios de centrales y las empresas que efectúen retiros, y dentro del primer período tarifario por los usuarios finales.

Respecto del cargo único al que se refiere el artículo 71-30, letra A), párrafo segundo, durante los primeros cuatro años desde la publicación de esta ley dicho cargo único se aplicará en proporción a sus consumos de energía efectuados hasta una potencia de cuarenta y cinco megawatts.

Durante los siguientes cuatro años, el cargo único se aplicará en proporción a sus consumos de energía efectuados hasta una potencia de treinta megawatts.

Una vez finalizado dicho período regirá lo establecido en el artículo 71-30”.

Como ha quedado establecido en los vistos, la requirente estima que el precepto legal impugnado produciría, en caso de aplicarse a su relación con la requerida, un resultado contrario a la Constitución Política por cuanto el régimen de precios o peaje que debe pagar por el uso de las instalaciones de propiedad de la requerida, se superpondría, primaria y dejaría sin efecto cláusulas contractuales válidas que establecieron otro régimen de recaudación y pago por el uso de esas instalaciones de transmisión troncal.

Este efecto de la aplicación del precepto, a juicio de la requirente, la priva de un derecho de crédito adquirido en virtud de un contrato cuya validez no está ni ha estado en discusión, como es el contrato de peaje pactado con fecha 21 de abril de 1993.

14 Que, para decidir la cuestión de fondo que se ha planteado resulta necesario examinar, en primer lugar, si efectivamente la requirente puede alegar un derecho de propiedad sobre un crédito establecido en un contrato cuya validez no ha sido impugnada;

en segundo lugar, determinar cuál es el estatuto jurídico constitucional de amparo de ese derecho, para luego y por último decidir si el artículo 3º transitorio, en caso de aplicarse a la relación entre las partes, primando sobre las cláusulas del contrato produce o no un resultado contrario a la Constitución.

IV El Derecho de Propiedad sobre Bienes Incorporales.

15 El artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Esta Magistratura no desconoce que a raíz de haberse asegurado el derecho de propiedad sobre bienes incorporales, primero a través de la jurisprudencia y luego por medio del precepto constitucional aludido, se han producido efectos que han generado una cantidad abundante de debates y críticas, particularmente entre los cultores del derecho civil.

No le corresponde a esta Magistratura resolver ninguno de esos debates ni referirse a ninguna de esas críticas.

El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco:

la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso.

Distinto es determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes.

Pero ello no es necesario de dilucidar en esta sentencia, que exige más precisamente hacerse cargo de las semejanzas y diferencias en el estatuto constitucional de protección de una y otra especie de propiedad.

16 Que también es claro que el deudor de un precio establecido por contrato también tiene, respecto de su cuantía, una especie de propiedad.

Si bien su principal crédito es el derecho a usar las instalaciones, por las cuales paga el precio pactado, no es menos cierto que sobre este último también ha adquirido un derecho que, a su respecto, es un bien incorporal que consiste en no pagar más de lo pactado.

V. Estatuto Constitucional de la Propiedad sobre Bienes Incorporales.

17 Que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra.

En lo que importa al caso, el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública.

Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporeales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad.

Al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida.

Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad.

18 Que el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporeales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales.

(La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile).

Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosísimas prácticas habituales de nuestro sistema jurídico, como la de otorgar, por ley, nuevos beneficios laborales o previsionales a favor de trabajadores con cargo a sus empleadores o sostener que la intangibilidad del contrato permite a un arrendatario explotar un bien del modo convenido con su arrendador, sin importar las normas que limitan tal explotación en defensa del medio ambiente.

Se podrá decir que en estas dos situaciones el límite a la propiedad tiene fundamento constitucional, pero también es un límite con fundamento constitucional el que se pueda fundar en la función social de la propiedad, conforme a las exigencias de la utilidad pública.

Los derechos de propiedad sobre cosas incorporeales que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución.

La Constitución valora la certeza que otorgan los derechos de propiedad adquiridos.

En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige.

De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad; pero las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas, sin distinción de su origen o naturaleza.

19 Que el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporeales de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud de ser limitada.

La circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado y no en la disposición de una ley naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirle el interés nacional o público.

Esta dificultad obligará a examinar, y a hacerlo intensamente, cómo es que el legislador (ya que otro no podría hacerlo) justifica su acto de limitar, con reglas heterónomas, los derechos que nacieron de un pacto entre privados.

Pero estas dificultades que puede encontrar la justificación de la limitación legal no deben, con todo, oscurecer la afirmación central de lo razonado en este apartado, cual es que la Constitución no impide al legislador limitar y regular la propiedad sobre bienes incorporales, si es que se verifican los requisitos de interés público que ella misma establece para todas las especies de propiedad.

El origen contractual de un derecho de propiedad hará más improbable justificar el interés social que legitima alterarlo, pero tal origen no es, por sí mismo, un impedimento de regulación.

20 Que lo concluido obliga a examinar si las limitaciones y regulaciones establecidas en el artículo 3º transitorio pueden considerarse constitucionalmente justificadas; pero, antes, es necesario determinar si realmente constituyen una limitación y regulación, como ha alegado la requerida o si se trata de una privación, como sostiene la requirente

El juzgamiento de la cuestión a la luz de la distinción entre limitación de derechos de propiedad y privación de los mismos, resulta mucho más pertinente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, que situarla, como ha hecho alguna doctrina, en torno a parámetros que la Constitución chilena no consagra expresamente, como es el de la llamada intangibilidad de los contratos; a cuestiones que sólo tienen consagración legal en materia civil, como es la de la irretroactividad, o a términos vagos que suelen nunca definirse con precisión, como es la que sostiene que los derechos no pueden ser “afectados”.

VI Es la aplicación al caso sub-lite del artículo 3º transitorio una limitación o una regulación del derecho de propiedad de la requirente, o por el contrario, la priva de un derecho o de alguna de las facultades esenciales del dominio 21.

Que, en virtud de un contrato cuya validez no ha sido impugnada, la requirente adquirió el derecho a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la requerida (sin perjuicio de que los contratos fueron originalmente pactados entre otros y luego cedidos y que además contengan una serie de otras convenciones que no son pertinentes a la constitucionalidad de la aplicación del artículo 3º transitorio).

En ese contrato se estableció un precio o peaje básico que la requirente (su antecesora) debía pagar a la requerida (su antecesora) por el uso de las redes de transmisión.

Asimismo, y por el pago del mismo precio, se acordó que Eléctrica Panguipulli tendría los derechos establecidos en el artículo 51 D del D.F.L. 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos.

Además la requirente tenía derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales.

En caso de aplicarse el artículo 3º transitorio, la requirente no se verá privada de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de la requerida, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no será ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que esas cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.

22 Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina.

A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo.

En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular,

mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa.

Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes).

Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba.

Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”.

Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334).

23 Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente.

Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo.

A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular.

Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad, como por ejemplo en la sentencia en que se rechazó el requerimiento para declarar la inconstitucionalidad del D.S. 171 del Ministerio de la Vivienda, validando así la cesión gratuita de terrenos para áreas verdes dispuesta por ese precepto (sentencia de 15 de abril de 1997, causa rol 253, considerandos 10 a 12) o la sentencia relativa al proyecto de ley sobre regulación del transporte terrestre de pasajeros, de fecha 25 de noviembre de 2003, rol 388.

Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón)

El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, prima facie, se trata de una regulación

24 Que, en la especie, lo que procura el artículo 3º transitorio es regular.

En efecto, el artículo tercero transitorio es una norma de general aplicación que precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de instalaciones de transmisión troncal.

Su finalidad no es privar.

Aplicada a la relación entre las partes, su exacto impacto es el de alterar el precio o peaje por el uso de instalaciones, sin perjuicio que la empresa generadora pueda seguir usando, gozando y disponiendo de tal uso.

No priva a la requirente de usar esas instalaciones, pero, en caso de aplicarse, la obliga a pagar un precio diverso al establecido en el contrato por ese uso.

Cabe entonces preguntarse si la alteración del precio del contrato, habiendo tenido un fin regulatorio, es de tal naturaleza y magnitud, que priva a su titular de su propiedad o de alguno de sus atributos esenciales.

25 Que, en primer lugar, cabe razonar si cualquiera alteración en el precio por usar un bien, independiente de su magnitud, priva a la requirente de uno de los atributos esenciales de su dominio.

En el considerando siguiente se examinará la cuestión de la magnitud.

Una variación cualquiera en el régimen de pago o peaje por dicho uso naturalmente afecta el patrimonio de la requirente, limita sus facultades y por ende sólo será legítima si se justifica en razón de la función social de la propiedad y se ve exigida por la utilidad pública, los intereses generales de la Nación o por algún otro de los fines que taxativamente la Constitución enumera.

Pero, en virtud de una variación, cualquiera sea su magnitud, no se priva a una persona de su propiedad, aunque se la afecta en su patrimonio.

El precio es, a no dudarlo, un elemento esencial en un contrato que regula el uso que una parte puede hacer de las instalaciones y fija el precio o peaje que habrá de pagar por ese uso, como el que vinculó a las partes, pero eso no debe confundirse con que una alteración de ese precio, por la vía legislativa, independiente de su magnitud, prive a la requirente de la esencia de su derecho de propiedad.

Es distinto que algo sea un elemento esencial de un contrato a que su alteración haga irreconocible ese contrato y distinto también a privar del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales .

El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio; el precio era un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio.

La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas.

Desde luego, no la priva del derecho a usar de esas instalaciones, ni altera la circunstancia de hacerse por un precio, aunque altere, sin hacer desaparecer, un elemento esencial de un contrato.

Su propiedad no queda desprovista de lo que le es consustancial, no resulta irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela conforme ha entendido tradicionalmente este Tribunal la esencia de un derecho (considerando 10º de sentencia relativa a Proyecto de Ley sobre Partidos Políticos, de fecha 24 de febrero de 1987, rol N° 43).

En cuanto a la razonabilidad de la magnitud en que se ve afectada, ello será analizado en el siguiente considerando.

26 Pero que una alteración cualquiera en el precio no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo.

En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad.

Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica.

La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro.

Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro.

Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado.

En la especie, la requirente no ha alegado que las condiciones que establece el artículo 3º transitorio la priven de obtener lucro.

Más aún, el nuevo régimen legal de precios ha hecho que los privados sigan funcionando e invirtiendo en el mercado de la producción y distribución eléctrica, por lo que no puede pensarse que la eventual aplicación del artículo 3º transitorio a la relación entre las partes privaría a la requirente de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, como lo sería el derecho a obtener lucro.

Habiéndose concluido que, en la especie, la regulación del precio establecida en el artículo 3º transitorio es, para las partes, una limitación y no una privación, resta ahora examinar si esta limitación resulta constitucionalmente legítima.

VII.- ¿Se encuentra constitucionalmente legitimada la regulación y limitación del derecho de propiedad que podría significar la aplicación del artículo 3º transitorio sobre los bienes incorporales establecidos en el contrato que liga a las partes?

27 Para responder la cuestión señalada en el epígrafe, la Constitución, a través del numeral 24 de su artículo 19, dispone que una limitación u obligación a la propiedad sólo se legitima si está establecida por ley y si deriva de su función social, en razón de exigencias de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

28 Que el primero de los requisitos constitucionales se verifica con claridad en la especie, toda vez que el nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones fue precisamente establecido por una ley, como lo es el artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.940.

29 Que, de aplicarse en contra de la requirente el régimen de recaudación y pago establecido por el artículo 3º transitorio, quedará afectada en su patrimonio, obligada en contra de sus legítimos intereses y limitada en su propiedad sobre el crédito adquirido en virtud de un contrato válidamente celebrado.

Para determinar si todo ello se ve justificado en razón de la función social de la propiedad que se funda en la especie en la utilidad pública, se hace indispensable analizar la naturaleza de las materias reguladas por el artículo 3º transitorio.

30 Que uno de los objetivos de la Ley N° 19.940 fue la de pasar “de un sistema de acuerdo bilateral regulado de las tarifas por peajes en el uso de las instalaciones de transmisión troncal a uno de tarifa fijado por la autoridad”, según puede leerse textualmente del Mensaje de la Ley N° 19.940.

Para justificar ese cambio, el Presidente de la República y los legisladores manifestaron, durante todo el transcurso de la discusión de la Ley, que el sistema de acuerdo bilateral regulado presentaba innumerables dificultades en su aplicación, debido a varios problemas que se identificaron, los que, a juicio de quienes aprobaron esa ley, generaban constantes cambios y diversas interpretacio-

nes relativas a los acuerdos de peaje, negociaciones complejas y de larga duración entre generadores y propietarios de los sistemas de transmisión, frecuentes recurrencias a comisiones arbitrarias ad hoc para determinar los montos de los peajes, todo lo cual, según consta en la historia de la ley, llevó a los órganos colegisladores a convencerse de que el sistema imperante producía altos costos de transacción para determinar los valores de los peajes, al mismo tiempo que decisiones sustancialmente diferentes para similares conjuntos de instalaciones.

Como lo dijo el Mensaje, por estas razones “el costo del peaje se ha convertido en un ítem difícil de determinar ex ante para un nuevo inversionista en generación que desea ingresar al sistema, constituyéndose en un factor de riesgo que opera como una barrera a la entrada a la industria de generación”. Tanto en el Mensaje como en su discusión las autoridades del Ejecutivo, los parlamentarios e incluso varios actores del sistema (como por ejemplo el Presidente del Directorio de Colbún y el Gerente General de Enersis) manifestaron, cada uno con sus matices, estar conscientes que estos problemas derivaban en un serio riesgo de déficit de capacidad y disponibilidad de energía, en disminución relevante de la confiabilidad de los sistemas y en una tendencia al aumento de los costos del suministro.

En consecuencia, al producir el cambio en los valores de peaje, el Legislador no obró por capricho ni procuró simplemente producir un cambio en un mercado cualquiera, en razón de equidad entre los privados.

31 Que, conforme a lo expuesto, el Legislador estimó que un sistema de tarificación por la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal era necesario para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituye una razón de utilidad pública.

Como puede apreciarse, el Legislador intervino más un mercado, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios, pues estimó que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, así como para evitar alzas innecesarias de ese servicio.

Si el Legislador quiso dar seguridad a los inversionistas, ello no fue para desarrollar un mercado cualquiera, ni para trasladar costos de hombros de unos privados a otros, sino porque lo estimó indispensable para crear mejores condiciones de seguridad y confiabilidad para el desarrollo de un servicio de utilidad pública, como es la provisión de la energía eléctrica a la población; lo hizo fundado en razones de utilidad pública que aparecen de manifiesto en el debate de la Ley N° 19.940.

32 La historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.940 no es concluyente en cuanto a la intención del legislador de afectar o no los contratos válidamente celebrados.

Sin embargo, y como ya se ha dicho, el problema que debe resolver esta Magistratura no es si existe o no un deber legal de aplicar el artículo 3° transitorio a dichos contratos, lo que, por lo demás, fue resuelto por la afirmativa en el fallo arbitral, sino si tal eventual aplicación produciría un resultado contrario a la Carta Fundamental.

A partir de la dictación de la Ley N° 19.940, los precios por el uso de las instalaciones de transmisión troncal quedaron determinados por medio de tarifas establecidas por la autoridad, poniendo fin con ello a los mayores márgenes de autonomía de la voluntad que contemplaba el D.F.L 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos.

Esta limitación a la autonomía de la voluntad fue buscada por el legislador en razón de tratarse, de la generación y transmisión eléctrica, de un servicio de utilidad pública provisto por particulares.

Tanto así, que la Ley N° 19.940 vino a agregar, como inciso final del artículo 7° del D.F.L 1 de 1982, una disposición que estableció que “es servicio público eléctrico, el transporte de electricidad por Sistemas de Transmisión Troncal y de Subtransmisión”.

33 Que, en este sentido, resulta convincente el argumento de la requerida, de que, habiéndose transformado, por decisión legislativa, su negocio en un servicio de utilidad pública que debe soportar una serie de cargas consiguientes, resulta equitativo que se le apliquen, simultáneamente, los precios fijados por la autoridad en virtud de las nuevas condiciones determinadas por la misma ley.

34 Que la relación contractual entre las partes incidía entonces en la producción de un servicio esencial a la población, lo que denota la relevante función social de los derechos con que emprendían en ella.

Fue en esta materia que el legislador pudo, como denota el debate legislativo, exhibir razones derivadas de exigencias de utilidad pública, para disponer, para lo futuro, un nuevo sistema de precios a fin de disminuir riesgos de daños a la población que apreció como severos, en caso de mantenerse el sistema hasta entonces vigente y que sirvió a las partes para fijar sus precios contractuales.

Ello justifica limitaciones y regulaciones a la propiedad que, en caso alguno, podrían tolerarse en otra clase de relaciones entre particulares.

35 Que lo razonado en los tres considerandos que anteceden, no implica que este Tribunal se pronuncie acerca del mérito del cambio efectuado por el legislador.

Como el examen de mérito técnico o político le está vedado, por corresponder esta tarea únicamente a las autoridades políticas, al Tribunal le basta con constatar que el legislador precisamente estaba persiguiendo un fin de utilidad pública, al margen de si desplegó o no la fórmula más adecuada para lograrlo.

36 Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que, en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad.

37 Que, de lo razonado desde el apartado III en adelante, debe concluirse que, de aplicarse el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940 para determinar el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión eléctrica entre las partes de este juicio, no se producirán resultados contrarios a la Constitución y, por ende, debe rechazarse la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impetrada en estos autos, lo que se declarará.

Y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19 N°s. 3°, inciso quinto, 21°, 22° y 23° y, 93 N° 6° de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, SE DECLARA que se rechaza la acción intentada en estos autos por la parte de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, deducido a fojas 1.

Déjese sin efecto la suspensión decretada a fojas 156.

Acordada con el voto en contra de los ministros señores Bertelsen, Vodanovic y Venegas, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en razón de las siguientes consideraciones:

Primero: Que los antecesores de las partes de este requerimiento celebraron, bajo el imperio de la legislación vigente a la época de su suscripción, un contrato por el uso de redes de transmisión eléctrica, estipulando un determinado precio y el derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales.

Segundo: Que la aplicación del precepto legal reprochado altera el régimen de recaudación y pago a que se refería el objeto de la convención mencionada.

Tercero: Que no se encuentra en entredicho, en la especie, la potestad legislativa para regular –por razones de interés público– el sistema de transmisión eléctrica, sus bases, elementos o condiciones, ni la legitimidad de la norma contenida en el artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.940 en su compulsua abstracta con la Constitución.

Se trata, por el contrario, de calificar si la aplicación de dicho precepto a la relación jurídica objeto de la controversia en que incide el requerimiento, produce efectos contrarios a los previstos en la carta fundamental.

Cuarto: Que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, constituyéndose el fortalecimiento y resguardo del dominio en elemento cardinal del orden jurídico regulado por el texto constitucional.

La protección del derecho en comento es de tal entidad, que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, sino en virtud de ley que autorice la expropiación.

Quinto: Que, como se sabe, tales atributos aluden a los caracteres de generalidad, perpetuidad y exclusividad del derecho; en tanto que las facultades esenciales se refieren al pleno uso, goce, administración y disposición del bien.

La privación de la propiedad puede ser total (sobre todo el bien) o parcial (sobre alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio).

Sexto: Que la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (hay expropiación si se despoja de mucho; no la hay si de poco), sino que por la supresión de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Séptimo: Que, autorizada la ley para establecer las limitaciones y obligaciones de la propiedad que derivan de su función social, resulta fundamental diferenciar tales conceptos de la privación.

Que en el ámbito civil, en cuanto a las limitaciones o restricciones, se alude a derechos limitativos de goce (usufructo, servidumbre) y de garantía (prenda, hipoteca);

mientras que se identifica a las obligaciones o cargas con las prestaciones que se deben en razón de ser poseedor o propietario de la cosa (por ejemplo, el deber del adquirente de respetar el derecho del arrendatario, de enterar las contribuciones de bienes raíces).

Octavo: Que, en común, limitaciones y obligaciones acotan o reducen algún atributo o facultad del dominio, pero no lo suprimen.

En ese punto se distinguen de la privación.

Noveno: Que el precepto legal observado, al aplicarse a la situación jurídica que genera la causa judicial, implica quitar al titular la propiedad que tiene sobre el bien incorporal en que recae –su derecho a pagar un precio determinado– y, desde luego, lo priva de los atributos y facultades

esenciales del dominio y, en general, de obtener la utilidad económica que –por su naturaleza – proporciona el bien.

Décimo: Que no cabe forzadamente distinguir, en este caso, entre el derecho de uso de determinadas instalaciones que el contrato confiere al requirente y el precio del mismo, como si el primero fuera esencial y el segundo, accesorio o secundario, puesto que de la convención emerge un conjunto de derechos y obligaciones, de fisonomía propia cada una, y en la especie se está vulnerando el dominio sobre una cosa incorporea precisa (el derecho al precio convenido).

Décimo Primero: Que, sin perjuicio del mencionado estatuto especial del dominio, el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política desarrolla el principio de la seguridad jurídica, estableciendo que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como esta Magistratura ha señalado (considerando 21, sentencia rol N° 43), “un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

Décimo Segundo: Que, radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, forzoso es estimar que, en la especie, aquélla ha sido afectada sustancialmente.

Décimo Tercero: Que, en mérito de las motivaciones precedentes, se concluirá que el precepto legal objetado resulta, en su aplicación al juicio en que incide el presente requerimiento, contrario a las disposiciones contenidas en los números 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Correa Sutil y el voto disidente sus autores.
Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 505-06.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió a la vista y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Francisco Fernández Fredes

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

MATERIA

IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad, precepto legal declarado inaplicable (art. 93 N° 7 CPR)*Rol:* 1254*Fecha:* 29.07.2009*Resultado recurso:* Acogido parcialmente.*Ministros mayoría:* Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.*Ministro redactor:* Enrique Navarro Beltrán.*Requiere:* Colegio de Abogados de Chile A.G.

DESCRIPTORES

Igualdad ante la Ley – Igualdad ante las Cargas Públicas – Libertad de Trabajo – Derecho a Defensa Jurídica – Turno de los Abogados – Abogados – Colaboradores de la Administración de Justicia – Honorarios – Carga Pública – Carga Personal – Legalidad de Carga Pública – Justa Retribución – Proporcionalidad – Estado de Excepción Constitucional – Principio de Subsidiaridad.

PRINCIPIO JURÍDICO

La gratuidad de una carga personal que genera un beneficio colectivo infringe la igualdad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 1º, 19 N°s. 2, 3, 16 y 20 y 93 CPR; Arts. 595 y 598 Código Orgánico de Tribunales.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales que establece la atribución de los jueces de letras para designar, mensualmente y por turnos, abogados para que defiendan gratuitamente las causas de personas con privilegio de pobreza.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Infringe la igualdad ante las cargas públicas la imposición a los abogados de la obligación de defender gratuitamente las causas de personas con privilegio de pobreza?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Tribunal Constitucional, en sentencia de marzo de 2008, Rol 755 declaró inaplicable por inconstitucional la expresión “gratuitamente” del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Luego de ello, y ejerciendo la acción pública que reconoce

el artículo 93 inciso 12 de la CPR, el Colegio de Abogados solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 595 del Código señalado.

ALEGACIONES

La norma impugnada infringe la garantía de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, reconocidas en los numerales 2 y 20 del artículo 19 CPR, al poner a los abogados afectados por el turno en una situación desigual y desmejorada en comparación de otros profesionales. De igual forma infringe el derecho al trabajo y la libertad de desarrollar actividades económicas de los abogados, al forzarlos a realizar un trabajo que no es retribuido ni por el beneficiario ni por el Estado.

Por último, se infringe el principio de legalidad de las cargas públicas. El turno constituye una de las cargas más intensas que es posible imponer a una persona por lo que debe exigirse al legislador el máximo grado de densidad normativa posible.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad, en todas las cuales, sólo se ha decidido acerca de la contrariedad con la Constitución de la obligación de *gratuidad* contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales (C. 13).

El Tribunal deberá determinar si el precepto legal impugnado –la gratuidad del turno– pugna, bajo toda forma de interpretación posible, con la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas y con la libertad de trabajo, reconocidas y aseguradas por el artículo 19, numerales 2, 20 y 16 de la CPR (C. 29).

En el análisis de la gratuidad del turno de los abogados y su infracción a la igualdad se podría sostener que la norma impugnada no contravendría en abstracto la CPR, desde el momento en que quienes se encuentran en la misma situación serían todos los abogados a quienes se les puede imponer –eventualmente y bajo ciertos supuestos– la carga personal de defender gratuitamente a los pobres. No obstante y por el contrario, un estudio comparativo con las demás profesiones liberales haría merecedora de reproche a la norma, habida cuenta de que el turno gratuito sólo se exige respecto de los abogados y no así en relación a otras profesiones que cumplen una función social como la medicina, arquitectura o pedagogía, vinculadas a bienes jurídicos tan o más relevantes como son la salud, la vivienda y la educación, respectivamente (C. 47).

Sin embargo, no puede desatenderse el hecho de que el título de abogado es el único que no es otorgado por las propias universidades sino por la Corte Suprema, en atención a la calidad que aquellos ostentan de colaboradores de la administración de justicia, lo que le otorga una particularidad a esta profesión. Además, el trabajo de los abogados es el único medio para cumplir el objetivo constitucional de la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, bien jurídico tutelado por la CPR (C. 49 y 50).

La igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (C. 60).

La asistencia jurídica gratuita se ha transformado en un derecho fundamental para los justiciables, debiendo el Estado satisfacer sus requerimientos a través de diversos mecanismos legales, entre los cuales puede incluirse la carga del turno que se impone a los abogados, de manera subsidiaria y excepcional, la que ciertamente debe ser remunerada o compensada (C. 64).

El fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en establecer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales (C. 65).

La gratuidad del turno establecida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, considerada en abstracto, infringe objetivamente la igualdad ante la ley y en particular la prohibición de discriminar arbitrariamente, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 2 de la CPR (C. 66).

En cuanto a la gratuidad del turno y la infracción constitucional a la igualdad ante las cargas públicas y la legalidad de las mismas, se entiende que las “cargas públicas” son “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”. (Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 285). Éstas pueden ser personales o patrimoniales y, en ambos casos, la Constitución asegura la igualdad en su repartición entre todos los llamados a soportarlas sin que se incurra en discriminaciones arbitrarias, por lo que la igualdad ante las cargas públicas que estatuye la CPR, constituye una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley (C. 69).

De acuerdo a la doctrina administrativa, los servicios o cargas personales deben tener como características fundamentales: a) el ser impuestas y reglamentadas por una ley; b) su carácter temporal; c) su igual aplicación a las personas; d) irredimibles por

dinero; e) intransferibles y, por último, f) debe tratarse de un servicio cierto y determinado (Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, pp. 177 y siguientes) (C. 70).

En el caso del turno gratuito, su establecimiento se ha efectuado a través de una disposición legal, contenida en los artículos 595 y 598 del Código Orgánico de Tribunales. También presenta carácter temporal, sin perjuicio de que debe destacarse la circunstancia de que los aludidos preceptos legales establecen la obligación de atender el asunto hasta el término del proceso judicial respectivo. Se aplica subsidiariamente a todos los abogados, en atención a su condición de colaboradores de la administración de justicia, cuyo título es otorgado por la Corte Suprema. No cabe sustituirla por una prestación pecuniaria. Es personalísima, por lo que no puede transferirse a terceros, y tampoco es transmisible. Su alcance, en cuanto a atender gratuitamente las causas de pobres, como se ha señalado, está determinado en la normativa legal que lo establece. De este modo, la ley ha determinado el contenido esencial de la carga (la defensa gratuita), los sujetos afectos (los abogados no exentos) y los términos y su forma de designación (a través de los respectivos órganos jurisdiccionales) (C. 71).

Si bien tradicionalmente se ha entendido que este tipo de cargas personales, en principio, deben ser gratuitas, no es menos cierto que “ocasionalmente la ley puede establecer algún viático o remuneración” (Néstor Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, p. 913). En muchos casos también existe compensación por los gastos de cargo del Estado. De manera que si bien la carga pública es gratuita, esta característica “no es óbice para que el Estado indemnice (presuntivamente) mediante un pequeño emolumento al que cumple la carga” (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 7) (C. 73).

En efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados, que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional (C. 75).

La carga del turno —que se impone excepcionalmente a los abogados y que se encuentra suficientemente descrita en la ley— debe ser debidamente compensada, derecho fundamental que nuestra CPR prevé incluso en estados de excepción constitucional, al reconocer el derecho a ser indemnizado respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (artículo 45). El Estado puede cumplir sus obligaciones a través de los particulares, en conformidad al principio de subsidiariedad o supletoriedad, pero sin que ello importe un abusivo detrimento patrimonial, imponiendo así una carga no equitativa, en los términos autorizados por el artículo 19 N° 20 CPR (C. 77).

En relación a la gratuidad del turno de los abogados y la libertad de trabajo, la CPR reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona humana a que alude el artículo 1° de la CPR (C. 85).

El trabajo lícito se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa compensación pecuniaria, tal como lo ordena el artículo 19 N° 16 de la CPR (C. 90).

Todo lo razonado precedentemente, en cuanto a que el precepto legal contraviene la igualdad ante la ley y al justo derecho a ser remunerado por un trabajo lícito, no puede interpretarse de manera alguna en términos tales que la supresión de la gratuidad del turno de los abogados se traduzca en obligación pecuniaria alguna por parte de la persona afectada o cliente, quien siempre se encontrará exenta del pago de honorarios a su defensor designado, puesto que una interpretación diversa produciría efectos contrarios a la propia CPR (C. 97).

CONCLUSIÓN

La imposición a los abogados de la carga de defender las causas de personas con privilegio de pobreza constituye un medio idóneo a la consecución de un fin constitucionalmente lícito como es otorgar defensa jurídica a todas las personas, sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en un medio desproporcionadamente gravoso. La gratuidad de la carga infringe la igualdad ante la ley y el derecho al trabajo con justa remuneración de los abogados, correspondiendo al Estado asumir los costos que exige el derecho al acceso a la justicia.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esta decisión el TC al declarar la inconstitucionalidad de la gratuidad de la obligación del “turno de abogados” (luego de la inaplicabilidad Rol 755), define lo que entiende por “carga pública”. El TC entiende que la imposición de un gravamen de contenido singular, pero de beneficio colectivo, sólo es constitucionalmente admisible si contempla una retribución o compensación monetaria.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintinueve de julio de dos mil nueve.

Vistos:

El abogado y Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad y en ejercicio de la acción pública prevista en el inciso duodécimo del artículo 93 de la Constitución, ha requerido a este Tribunal para que, haciendo uso de la facultad que le reconoce el numeral 7° del mismo precepto constitucional aludido, declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal.

Como antecedente de procedencia de esta acción se invoca la sentencia de esta Magistratura Rol 755, de fecha 31 de marzo del año 2008, que se pronunció sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma legal que se impugna y cuyo texto es el siguiente:

“Art. 595. Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo

de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores o receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que éstas tengan su residencia.

Como afirma el requirente, la acción deducida se funda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

Como cuestiones previas, se alude a la pertinencia de la acción, conforme a lo dispuesto por las normas constitucionales que la regulan.

En primer lugar, se refiere al hecho de que esta Magistratura Constitucional ya ha declarado inaplicable la expresión “gratuitamente” contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, por considerar que contraviene, en todos los eventos hipotéticos de su posible aplicación, tanto la igualdad ante las cargas públicas como la libertad de trabajo, ambas garantías reconocidas en el artículo 19 del Texto Constitucional vigente.

En segundo término, el actor fundamenta la procedencia de la pretensión planteada al Tribunal, en orden a que se declare la inconstitucionalidad del mencionado artículo, expresando que, a su juicio, los cinco incisos que éste contiene, constituirían una norma jurídica única, de momento que “discurren sobre un mismo tópico, consistente en la designación de un abogado que defienda gratuitamente diversas causas judiciales de terceros”. En este mismo aspecto, el requirente sostiene que la gratuidad o nula retribución sería un elemento indisoluble e intrínseco de la carga o servicio forzoso al cual se encuentran sometidos todos los abogados por aplicación del texto íntegro de la norma impugnada. Por último, en cuanto a la petición subsidiaria de la anterior, que consiste en que el Tribunal declare inconstitucional el texto íntegro del inciso primero del mismo artículo antes referido, el actor manifiesta que, a su entender, ella sería pertinente, atendido que en tal inciso se contendría el núcleo de la descripción del servicio gratuito que se impone a los abogados y que su texto no sería divisible sin agravamiento de la inconstitucionalidad que identificó la sentencia dictada por esta Magistratura en el Rol N° 755.

En cuanto al fondo, se invocan como infringidas por la norma impugnada las siguientes garantías constitucionales: la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, reconocidas en los numerales 2° y 20° del artículo 19 de la Constitución Política, respectivamente.

En este capítulo el requirente sostiene que la carga pública impuesta por el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es inconstitucional, por cuanto no respetaría “el vínculo esencial entre iguales y es desproporcionada tanto en relación con su finalidad como en la intensidad del gravamen impuesto”. Agrega que la norma del turno deja a los abogados afectados por él en una situación que califica de desigual y desmejorada si se compara con otras personas que están some-

tidas a cargas públicas diversas, como el servicio militar o el servicio que presta un vocal de mesa en los procesos eleccionarios.

También se invoca como eventualmente infringida la libertad de trabajo, reconocida en el numeral 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en particular, por cuanto la norma impugnada privaría a los abogados afectados por el turno del derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una “justa retribución” por el servicio prestado.

Aduce el actor, en síntesis, que “el trabajo en términos constitucionales” constituye una actividad económica desde el momento que implica la prestación de un servicio físico o intelectual a cambio de una remuneración (artículo 7° del Código del Trabajo)” y de ello se derivaría el vínculo que existiría entre la garantía en comento y la que reconoce el numeral 21° del mismo artículo 19 recién citado, esto es, la libertad para desarrollar actividades económicas, la cual implica que sólo puede prohibirse su realización en la medida que atente contra la moral, el orden público o la seguridad nacional y que nadie puede ser forzado a ejecutarla. En contra de tales garantías, señala el requirente, se alza el turno de los abogados que, a su entender, constituiría la práctica forzada de un trabajo (entendido como actividad económica, como se expresó) y una actividad que no es retribuida ni por el beneficiario ni por el Estado.

Finalmente, se invoca como violentado el principio de legalidad de las cargas públicas, reconocido en los numerales 20° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política.

En el requerimiento se sostiene que el turno aplicable a los abogados sería una de las cargas más intensas que es posible imponer a una persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, sería justificable que para regularla, al igual que como ocurre con los tributos, se exija al legislador el máximo grado de densidad normativa posible. En concreto, el actor aduce que la ley, en esta materia, debiera especificar no sólo “el hecho que constituye la carga o los obligados, sino también el procedimiento”, de manera que el juez que deba ejecutar el mandato legal disponga de un mínimo de discrecionalidad en su aplicación. Nada de ello, dice, se cumpliría por la norma impugnada.

También el requirente hace presente al Tribunal que tras la sentencia de inaplicabilidad dictada en los autos Rol 755, la Corte Suprema, en sentencia Rol 6626-2006, de 24 de junio de 2008, procedió a aplicar la carga personal del turno prevista en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en la causa en la que dicho fallo constitucional incidió. En síntesis, el referido Tribunal de Alzada rechazó el recurso de protección interpuesto por el abogado recurrente, atendido que el Tribunal Constitucional no declaró inaplicable la institución del turno para los abogados, sino que sólo lo hizo respecto de la gratuidad del trabajo desarrollado por ellos, por lo que quedarían a salvo las acciones que el afectado tiene para obtener el pago de sus honorarios en caso que corresponda. A juicio del actor, en este caso la Corte Suprema habría agravado la situación que genera la norma legal en examen creando una nueva carga pública para el abogado afectado, cual sería la de ejercer una acción civil contra el Estado para exigir el pago de los honorarios si se ha desempeñado el turno.

Con fecha 30 de octubre de 2008, el Tribunal ordenó poner el requerimiento deducido en estos autos en conocimiento de la Presidenta de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, y también fijó las reglas que regirían la tramitación de la causa. Dentro del plazo otorgado a esos efectos, ninguno de los órganos constitucionales antes referidos hizo valer observaciones al requerimiento en examen.

Cabe señalar, sin embargo, que, mediante resolución dictada el día 27 de noviembre de 2008, el Tribunal dispuso agregar a los antecedentes la presentación de fecha 26 de noviembre del mismo año, suscrita por un grupo de 35 diputados, en la que se plantean, en primer lugar, cuestiones de previo y especial pronunciamiento con respecto a la acción deducida en autos.

Dichas excepciones dicen relación con los siguientes aspectos: a) A su juicio, excedería la petición principal lo resuelto por el Tribunal en sus sentencias previas de inaplicabilidad referidas al precepto impugnado; b) Se rompería la presunción de constitucionalidad y el carácter abstracto de la acción prevista en el inciso duodécimo del artículo 93 de la Constitución; c) Entienden que la declaración de inconstitucionalidad que se formularía en este caso llevaría al Tribunal a legislar; y d) Aducen que la declaración de inconstitucionalidad que se persigue generaría vacíos y contradicciones.

Por otra parte, en cuanto al fondo, solicitan al Tribunal el rechazo del requerimiento interpuesto por el Colegio de Abogados de Chile. Las consideraciones que se invocan dicen relación con los siguientes capítulos: 1. Algunos aspectos de la norma impugnada; 2. No es la única carga de nuestro ordenamiento; 3. Los equivalentes invocados no son efectivos; 4. Precedentes de ponderación de conflictos de derechos en situaciones semejantes a la regulación del abogado de turno; 5. No se afecta la igualdad ante la ley; 6. No se infringe la legalidad de las cargas públicas; y 7. No se vulnera la libertad de trabajo.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 19 de marzo de 2009 se procedió a la vista de la causa, oyéndose el alegato del abogado Arturo Fermandois V., por la institución requirente.

CONSIDERANDO:

I. Presupuestos constitucionales y procesales necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

Primero: Que el artículo 93, inciso primero, numeral 7º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”;

Segundo: Que el inciso duodécimo del mismo artículo agrega: “Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”;

Tercero: Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6º, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República;

Cuarto: Que la disposición que se solicita declarar inaplicable es el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que ciertamente tiene el carácter de precepto de rango legal;

Quinto: Que la referida norma ha sido declarada previamente inaplicable en tres procesos, tal como consta en los autos roles N°s. 755-2007, de 31 de marzo de 2008, 1138-2008, de 8 de septiembre de 2008, y 1140-2008, de 14 de enero de 2009. Debe sí tenerse presente que en todos esos casos sólo se ha declarado inaplicable la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;

Sexto: Que, en la especie, el abogado y Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad, ha ejercido la acción pública, en los términos previstos en la disposición 93, inciso primero, N° 7°, de la Carta Fundamental, con el propósito de que el Tribunal proceda a declarar la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Dicha presentación fue acogida a tramitación, dándose traslado de la misma a los colegisladores, sin haber recibido observaciones, salvo un escrito de téngase presente suscrito por 35 diputados;

Séptimo: Que, así las cosas, se han cumplido todos los presupuestos procesales para conocer y resolver esta acción de inconstitucionalidad, en los términos que señala el artículo 93, N° 7°, de la Carta Fundamental;

II. El precepto legal declarado previamente inaplicable y la solicitud de inconstitucionalidad efectuada por la requirente.

Octavo: Que la requirente ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, por estimar que constituye un solo precepto legal, al tratarse, en sus efectos jurídicos, de un todo normativo indisoluble de la gratuidad del turno de los abogados. En subsidio de lo anterior se solicita similar petición respecto del inciso primero del mismo artículo, que contendría el núcleo de la descripción del servicio gratuito que se impone a los abogados y cuyo texto no sería divisible sin agravamiento de las inconstitucionalidades ya falladas. Finalmente y, a su vez, en subsidio de esto último, se requiere la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal, única que ya fue declarada inaplicable. Por su lado, en su escrito de téngase presente, los 35 señores diputados afirman la improcedencia de las dos primeras peticiones de la requirente, al excederse lo resuelto en las anteriores inaplicabilidades, por lo que esta Magistratura carecería de competencia específica para ello, agregando que se afectaría la presunción de constitucionalidad de las leyes e importaría una forma de legislar, lo que generaría vacíos y contradicciones normativas, dado que la disposición contempla diversos supuestos y no sólo el turno gratuito de los abogados;

Noveno: Que este Tribunal encuentra fijada su competencia, estando ella circunscrita a la posibilidad de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable, en a lo menos un proceso, tal como se desprende de lo señalado en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución Política de la República;

Décimo: Que, en tal sentido, resulta conveniente referirse previamente a lo que debe entenderse por “precepto legal”, para efectos de la declaración de inaplicabilidad y, en su caso, posterior inconstitucionalidad de la norma;

Decimoprimer: Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada ‘un precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” (roles N°s. 626-2007 y 944-2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma;

Decimosegundo: Que por lo demás en diversas sentencias se han declarado inaplicables partes de una disposición o inciso. Así, se ha resuelto en relación a las expresiones “procediendo de plano”, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y “en cuenta, salvo que estime conveniente”, en los autos Rol 747-2007. Del mismo modo, se ha declarado la inaplicabilidad de las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de

Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2º de la Ley Nº 20.033, modificatoria del cuadro anexo Nº 1 de la Ley de Impuesto Territorial, Nº 17.235 (roles Nºs. 718, 773 y 759, todos de 2007). Adicionalmente, se ha efectuado semejante declaración de inaplicabilidad respecto de las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenida en el artículo 171 del Código Sanitario (Rol Nº 1061-2008), lo que recientemente incluso ha motivado una sentencia de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura (Rol Nº 1345-2009);

Decimotercero: Que este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad, en todas las cuales, como se ha señalado, sólo se ha decidido acerca de la contrariedad con la Constitución de la obligación de gratuidad contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;

Decimocuarto: Que según se desprende de lo preceptuado en el numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental, que fija la competencia específica de este Tribunal para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable con anterioridad, tal resolución sólo puede considerar las causales en que se sustentó la referida declaración de inaplicabilidad. Ello se desprende de las menciones “declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”, las cuales ponen de relevancia que, en un proceso como el de la especie, han de considerarse los vicios de inconstitucionalidad que motivaron específicamente la declaración de inaplicabilidad;

Decimoquinto: Que, como se ha indicado, en las tres sentencias en que esta Magistratura ha declarado inaplicable el artículo 595 lo ha efectuado sólo en relación a la gratuidad del turno de los abogados, mas no respecto de la totalidad de la disposición, como tampoco del inciso primero de la aludida norma;

Decimosexto: Que, en efecto, en las dichas oportunidades anteriores (roles 755, 1138 y 1140) sólo se ha declarado inaplicable la expresión “gratuitamente”, a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, debiendo entenderse para todos los efectos que dicho término importa un precepto legal, razón por la cual este Tribunal debe limitarse a dicho punto, careciendo de atribuciones para analizar la disposición completa o la totalidad del inciso primero, como se solicita;

Decimoséptimo: Que, de esta manera, la declaración de inconstitucionalidad debe limitarse estrictamente a aquello que se estimó como contrario a la Constitución Política previamente en sede de inaplicabilidad, lo que como se ha señalado y consta de autos se circunscribe a la gratuidad del turno que se impone a los abogados, lo que corresponderá analizar en las consideraciones posteriores. En razón de lo anterior, deberá rechazarse la petición de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, como también la de todo su inciso primero, circunscribiéndose esta decisión a la gratuidad del turno de los abogados;

III. Carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

Decimooctavo: Que, tal como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, “el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”. (Roles 681-2006 y 558-2006). Como ha precisado la doctrina, la denominada “presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de la ley es

inconstitucional, la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional consagra” (Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 141);

Decimonoveno: Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable no constituye un deber para el Tribunal, sino que es una facultad que le corresponderá ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental, tal como se ha sentenciado por esta Jurisdicción (roles N.ºs. 558, 681 y 1173);

Vigésimo: Que así por lo demás se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, desde que de un deber –en ciertos supuestos– se transformó en una facultad del Tribunal, al habérsele otorgado en definitiva potestad soberana para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, tal como lo ha resuelto también esta Magistratura (roles N.ºs. 558 y 1173) y lo ha señalado la doctrina (Vid., entre otras, *Revista Chilena de Derecho Público*, Universidad de Chile, N.º 68, 2006 y *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N.º 10, 2006);

Vigesimoprimer: Que, por lo mismo, resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la “última ratio”– para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular–, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental;

Vigesimosegundo: Que, en todo caso, la labor de esta Magistratura en modo alguno es la de legislar, sino constatar la irremediable contradicción entre un precepto legal y la Carta Fundamental. Y es que, como afirma Bachof, el carácter político de un acto “no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico” (Jueces y Constitución, Madrid, 1985, p. 61). Como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreu (*Los Tribunales Constitucionales*, 1994), el Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático. Cabe tener igualmente presente que las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana;

Vigesimotercero: Que, en atención a lo anterior, la jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho y del Régimen Democrático. En efecto, el poder público en todas sus manifestaciones –Estado legislador, Estado administrador y Estado juez– debe someter siempre su quehacer a la Constitución Política de la República. Por su lado, la jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete;

Vigesimocuarto: Que, tal como consta en los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005, materializada a través de la Ley N.º 20.050, el sentido de la declaración

de inconstitucionalidad de un precepto legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional, de igualdad ante la ley y de certeza jurídica, consustanciales a un Estado de Derecho, cuya custodia jurisdiccional la Carta Fundamental encomienda a este órgano de control constitucional;

Vigesimoquinto: Que, por otra parte, debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado Democrático de Derecho. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, en el marco de un régimen democrático;

Vigesimosexto: Que, como lo ha señalado esta Magistratura en diversas sentencias, el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. Sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido (Vid., entre otros, roles N.ºs. 231, consid. 7º; 242, consid. 3º; 465, consid. 23º; 473, consid. 11º; 541, consid. 15º; 664-2006, consid. 22º; 786 y, más recientemente, 1361);

Vigesimoséptimo: Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que expulsa el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales y derogatorios. En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional, por lo que los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden;

Vigesimoctavo: Que de lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental;

Vigesimonoveno: Que, en consecuencia, el pronunciamiento requerido a esta Magistratura en esta oportunidad deberá determinar si el precepto legal mencionado –la gratuidad del turno– pugna, bajo toda forma de interpretación posible, con la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas y

con la libertad de trabajo, reconocidas y aseguradas por el artículo 19, numerales 2º, 20º y 16º de la Constitución;

IV. Antecedentes de la institución del turno gratuito de los abogados establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

Trigésimo: Que previamente parece conveniente reiterar brevemente los antecedentes y alcances de la gratuidad del turno de los abogados, regulado en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, materia desarrollada latamente en los autos Rol N° 755;

Trigésimoprimer: Que en este entorno la asistencia jurídica gratuita otorgada a los pobres encuentra sus antecedentes en el derecho hispano medieval y de allí es recogida por los diversos cuerpos legales dictados durante el proceso de codificación en el siglo XIX. Algunos autores, incluso, se remontan al derecho romano, en donde habría surgido la costumbre de designar abogados de oficio, particularmente a los indigentes y a aquellos que carecieran de bienes por su situación crediticia, bajo la fórmula pretoriana “si non habent advocatum, ego dabo”, dentro de un procedimiento de sorteo (Doyharcabal Casse, Solange, Asistencia judicial gratuita en Derecho Romano, Revista Chilena de Historia del Derecho, número 9, 1983, pp. 35 y ss.);

Trigésimosegundo: Que, ya en el siglo XIII, en las Siete Partidas, de Alfonso X El Sabio, se consigna que los jueces podían obligar a los abogados a defender gratuitamente a viudas, huérfanos y a otros menesterosos (Ley N° 6, de la Partida III, Título VI “De los Abogados”). De acuerdo a lo consignado por historiadores, la institución “pasó en esencia a textos jurídicos posteriores, y es así como en la Ordenanza de Abogados de 1495 de los Reyes Católicos, incluidas en la Recopilación de Leyes de Castilla de 1567, se ordenaba que los abogados defendieran a los pobres ‘de gracia y por amor a Dios’ (Dougnac Rodríguez, Antonio, Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile, Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, 1973, pp. 26 y 27). Se hace presente que hubo abogados de pobres a partir de 1567, año de la fundación de la Real Audiencia de Concepción. En el siglo XVII, al crearse la Real Audiencia en Santiago, también se contempló dicha institución, remunerándose a esos funcionarios con el producto de las multas. Se destaca, sin embargo, que en los partidos o corregimientos se carecía de dichos funcionarios, razón por la cual se aplicaba la norma de las Partidas, que autorizaba al corregidor para imponer a un abogado la carga de auxiliar gratuitamente a las personas de escasos recursos. A su vez, mediante auto acordado de la Real Audiencia de 20 de diciembre de 1784, se estableció un turno entre todos los abogados inscritos en la Audiencia, de manera que hubiera cada año un letrado que defendiera asuntos civiles y otros criminales, lo que se aumentó a cuatro en 1793. Señala el mismo autor que “las personas que querían ser amparadas por estos profesionales debían obtener previamente privilegio de pobreza, que era declarado por el tribunal ante el cual se ventilaba la causa. Este exigía que se acreditara carencia de fortuna en términos relativos (a veces un hacendado era considerado pobre) y que se jurara que, obteniéndose recursos, se pagarían los derechos de los empleados subalternos del tribunal, como receptores, porteros y otros” (Ibid.);

Trigésimotercero: Que, producida la independencia de la nación, si bien subsistieron por algunos años las normas del derecho hispano, comenzaron a dictarse preceptos que regularon la institución del abogado de turno. Así, por Decreto de 29 de septiembre de 1837, se dispuso que “los abogados no están exentos de las cargas concejiles y municipales, salvo que se hallaren desempeñando el cargo de abogados de pobres”. Como puede apreciarse, ya en dicha normativa se comienza a configurar la carga del turno gratuito, asimilándose a otras análogas. A su vez, por Decreto de 13 de julio de 1839, se reguló expresamente la institución del abogado de turno, la que fue justificada en la circunstancia: “que la defensa de los derechos de las personas miserables tan recomendada por las leyes no puede hacerse en el día, atendido el excesivo número que hai de causas de pobres, por el corto número de abogados y procuradores a quienes se encomienda; y que puede remediarse

el grave perjuicio de que queden indefensos los derechos de esta porcion infeliz, al mismo tiempo que se haga una distribucion mas igual del gravámen de defender a los pobres, que por razon de su oficio contraen todos los abogados y procuradores”;

Trigesimocuarto: Que la institucion del abogado de turno es recogida posteriormente por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia de 1875, la que en su artículo 42 señaló como competencia de los jueces de letras, en los departamentos en donde no tuviera su asiento una Corte de Apelaciones, el “designar cada mes i por turno, entre los no escentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles i otro que defienda las criminales de las personas que hubieren obtenido o debieren gozar del mencionado privilegio”. A su vez, el artículo 72 del mismo cuerpo legal le confería similar facultad a la Corte de Apelaciones, en lo que dice relación con el departamento en que tuviere su residencia. Por su lado, el artículo 407 de la ley en cuestion establecía la obligacion de los abogados de “defender gratuitamente las causas de pobres que se les encomienden con arreglo a lo dispuesto por los artículos 42 y 72”;

Trigesimoquinto: Que el Mensaje de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, de 1875, no explica mayormente esta institucion, limitándose a expresar que “en cuanto a los relatores, secretarios, receptores, notarios, conservadores, archiveros, procuradores i abogados, de todos los cuales se trata en títulos especiales, apenas se ha hecho otra cosa que reproducir lo existente con ligeras modificaciones”. Cabe señalar que no se produjo mayor discusion parlamentaria en relación a la aludida disposicion legal, en atención a que el artículo del proyecto original elaborado por Vargas Fontecilla no sufrió sustanciales modificaciones en la Comisión Revisora y –salvo la referencia a que también le correspondía la facultad de designar a las Cortes de Apelaciones en el departamento de su asiento– fue aprobado por el Congreso Nacional en la forma acordada por la referida Comisión Revisora, sin perjuicio de una observacion, del diputado señor Fabres, en cuanto a que no sólo debía atribuirse a los jueces letrados, sino a los tribunales en general, la tuicion de las personas pobres y desvalidas. Años antes, el propio Vargas Fontecilla había señalado que “Nuestro actual sistema de tribunales ha tenido por base primitiva el que rijió durante la dominacion colonial. Quien considere uno i otro sistema en su conjunto... no puede ménos de notar entre ambos una recíproca semejanza, que manifiesta que el uno es una derivacion del otro. Ni podia dejar de ser así; porque Chile, como todas las demas secciones hispanoamericanas i como toda sociedad que ha recibido su existencia de otra, no ha podido abdicar instantáneamente a su antigua vida para adoptar otra de todo punto nueva. Necesariamente ha tenido que obedecer, despues de su emancipacion, a sus anteriores hábitos i costumbres, i que contemporizar en gran parte con las instituciones que le rijeron durante la época de su pupilaje. No solo en punto a tribunales, sino que en casi todos los tramos de la administracion pública, encontramos a cada paso vestijios de nuestra antigua existencia. No es posible improvisar un orden de cosas en todo diverso de aquél bajo el cual se ha vivido mucho tiempo; esto es obra de los años; las reformas son siempre graduales i mas o menos paulatinas. Ni a los individuos ni a los pueblos les es dado, como a Proteo, variar de formas a su arbitrio i en un momento”; concluyendo luego que “se trata de tan solo modificar i mejorar la actual organizacion de nuestros tribunales sin alterar las bases en que reposa” (Francisco Vargas Fontecilla, Discurso de incorporacion a la Facultad de Leyes, Anales de la Universidad de Chile, 1856, pp. 6 y 8);

Trigesimosexto: Que, por su parte, el jurista Manuel Egidio Ballesteros, en la única obra que analiza en detalle la historia fidedigna de dicho cuerpo legal, señala en cuanto a los antecedentes de la disposicion que regula la defensa gratuita de pobres –contenida en el artículo 42 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales– que en todas las épocas los legisladores han tenido debido cuidado de facilitar a los indigentes el acceso a la justicia, remontándose a Roma y luego a España e Hispanoamérica. Sobre la materia expresa que “ademas de la obligacion primordial de desempeñar honrada i fielmente la mision que su cliente le encomienda, el abogado tiene la de de-

fender gratuitamente las causas de los pobres. Este deber es una compensación del privilegio que le concede el art. 406, i una carga que todo abogado delicado i concienzudo desempeña con esmero” (La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile, Imprenta Nacional, pp. 737 y 738). El mismo autor hace referencia a la forma en que se materializan, en España, los turnos en las causas de pobres, tanto en materia penal como civil, haciendo notar que ya en algunos países “se ha tenido la idea de mantener defensores de pobres rentados por el erario público”, tal como ocurre en México y en Argentina. De este modo, la defensa de pobres que se encomienda a los abogados y que tiene antecedentes en el derecho hispano, se consagra como una carga gratuita, consecuencia del privilegio de litigar en tribunales;

Trigesimoséptimo: Que autores de principios del siglo XX señalaron el alcance de la obligación de defender gratuitamente a los pobres. Así, Carlos Risopatrón consigna que “servir gratuitamente a los pobres... bien podrá ser esta una verdadera contribución de servicios. Pero no debe olvidarse que ello es necesario para que sea efectiva la tuición que la ley impone a los jueces a favor de las personas desvalidas, y que, por otra parte, está en cierto modo retribuido con el privilegio de que gozan... en el hecho de excluir de las ventajas que trae consigo el ejercicio de su cargo a muchas otras personas”. (Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile y Comentarios, Imprenta Barcelona, Chile, 1900, pp. 342 y 343). Para otros, la actividad del abogado es una función pública, agregando que “como que la abogacía nació por sentimientos humanitarios y de justicia, siempre se ha impuesto el desinterés en su ejercicio. Los abogados deben ayudar con sus consejos y sus conocimientos a los indigentes que ocurran a ellos solicitándoles protección y amparo legal. Las leyes de todos los países consagran este principio de la defensa gratuita de las causas de los pobres, y al efecto, los jueces nombran de oficio a los abogados de los pobres” (Adriana Preusser Taylor, De la profesión de abogado y su legislación. Memoria para optar al grado de Licenciado, Universidad de Chile, Valparaíso, 1927, p. 71);

Trigesimoctavo: Que la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, de 1875, sufrió cambios como consecuencia de la aprobación de diecisiete cuerpos legales y, fruto de lo anterior, se dictó la Ley N° 7.421, publicada en el Diario Oficial, de fecha 9 de julio de 1943, en virtud de la cual se fijó el texto refundido de aquélla, en lo que se denominó Código Orgánico de Tribunales. El título XVII del mismo se refiere al sistema de asistencia judicial y al privilegio de pobreza, incluyendo la institución del abogado de turno gratuito, la que se regula de manera idéntica, por lo demás, al texto de 1875. En efecto, el primitivo artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales expresaba que: “Incumbe a los jueces de letras de mayor y menor cuantía designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las criminales de las personas que hubieren obtenido o debieren gozar el mencionado privilegio”;

Trigesimonoveno: Que, por su parte, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados, aprobado en sesión de 28 de octubre de 1948, vigente para los abogados desde el 1° de enero de 1950, al referirse a la obligación de defender a los pobres, expresaba que “la profesión de abogado impone defender gratuitamente a los pobres, tanto cuando éstos se los soliciten como cuando recaiga nombramiento de oficio. No cumplir con este deber desvirtúa la esencia misma de la abogacía. No rige esta obligación donde las leyes provean la defensa gratuita de los pobres”. Ello se encontraba por lo demás en estrecha relación con lo dispuesto en la Ley N° 4.409, que reguló la estructura orgánica del Colegio de Abogados. En tal sentido, Luis Bates ha consignado que “la Ley N° 4.409 del Colegio de Abogados, estableció el sistema de abogacía en Chile e incorporó entre otras tareas fundamentales la de atender la defensa gratuita y correcta de los pobres, tratando de hacer realidad el principio de igualdad jurídica y de la gratuidad de la justicia, asistiendo al desvalido sin costo alguno, en la defensa de sus legítimos derechos. No cumplir con este deber, se decía en el artículo 7° del Código de Ética Profesional citado y vigente desde el 1° de enero de 1949, “desvirtúa la esencia

misma de la abogacía”. (“Acceso a la Justicia y las Personas de Escasos Recursos”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Seminarios N° 22, julio de 1992, p. 169);

Cuadragesimo: Que la disposición legal que motiva el presente requerimiento de inconstitucionalidad, relativa al turno gratuito de los abogados, fue objeto de diversas modificaciones en el último medio siglo, la totalidad de las cuales se refiere a aspectos meramente formales. Así, por la Ley N° 16.437, publicada en el Diario Oficial de 23 de febrero de 1966, se agregó a la disposición una frase, según la cual “con todo, a requerimiento del Consejo Provincial del Colegio de Abogados, cuando las necesidades lo requieran y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los Jueces de Letras designen dos o más abogados de turno para la defensa de las causas civiles o criminales y la forma cómo éstas se distribuirán entre los abogados designados”. La misma disposición legal añadió, modificando el tenor del artículo 598 del Código Orgánico de Tribunales, que el alcance de la obligación de defensa gratuita debía extenderse ‘hasta su término’, con lo cual “se logrará a través del conocimiento del proceso un mejor éxito en la atención de estos asuntos” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sesión celebrada el 8 de junio de 1965, Historia de la Ley, p. 472). Luego, en virtud del Decreto Ley N° 2416, publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1979, se suprimió la referencia a los jueces de menor cuantía. Otra modificación se materializa como consecuencia del establecimiento de una jurisdicción laboral especializada, en virtud de la Ley N° 18.510, de 1986. A su vez, la Ley N° 18.776, publicada el 18 de enero de 1989, en atención a la nueva división político-administrativa, sustituyó el término departamentos por el de comunas o agrupaciones de comunas. Finalmente, la Ley N° 19.718, publicada el 10 de marzo de 2001 y en virtud de la cual se creó la Defensoría Penal Pública –habida consideración de lo anterior–, eliminó la referencia al turno en materia criminal;

Cuadragesimoprimer: Que, como puede apreciarse, la institución del abogado de turno gratuito tiene antecedentes históricos en el derecho español medieval –e incluso romano– y de allí se consagró en normas internas en la República –a partir de 1837– y, especialmente, en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, trasladándose luego, en términos similares, al Código Orgánico de Tribunales de 1943, habiendo a la fecha sufrido sólo modificaciones de carácter formal. Se trata del deber que se impone a los abogados de atender gratuitamente a los pobres, lo que constituye un honor o labor filantrópica de los abogados, a quienes se les otorga el monopolio de la defensa judicial en el contexto de una verdadera función pública de colaboradores de la administración de justicia y que, además, se enmarca en la particular circunstancia de que el título de abogado es otorgado por la Corte Suprema;

V. La gratuidad del turno de los abogados y su infracción constitucional a la igualdad ante la ley.

Cuadragesimosegundo: Que, en primer lugar, se afirma por la parte requirente que la gratuidad del turno, establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, infringiría el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República, que reconoce y resguarda la igualdad ante la ley;

Cuadragesimotercero: Que la eventual infracción a la igualdad ante la ley se produciría como consecuencia de que los gravámenes impuestos por el Estado deben ser razonables, aplicándoseles las categorías propias del juicio discriminatorio no arbitrario. Así, en primer lugar, se expresa, que debe tratarse de una misma categoría de personas, lo que no se percibe respecto del precepto legal impugnado, dado que los iguales deberían ser los profesionales en general. En segundo lugar, se afirma por la peticionaria que el medio previsto por la ley no sería adecuado al fin que se persigue, en atención a que la institución habría demostrado ser insuficiente para satisfacer la obligación estatal a que alude el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, cuestión que quedaría demostrada con la creación de la Defensoría Penal Pública. Por último, se alega que también infringiría el criterio de proporcionalidad, puesto que la carga sólo se reduce a un grupo específico de pro-

fesionales, como son los abogados. Adicionalmente, se hace presente la situación de desigualdad en que se encontrarían los abogados de turno respecto de otras cargas públicas, como lo son el servicio militar y el actuar como vocal de mesa en un proceso electoral, las que incluso se remuneran actualmente por el Fisco. Agrega la requirente, para confirmar lo anterior, la cita de diversas decisiones jurisprudenciales que han establecido el derecho a ser indemnizado frente a situaciones de cargas o limitaciones de derechos fundamentales;

Cuadragesimoscuarto: Que, por su parte, tal como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, en el escrito de téngase presente de 35 señores diputados se sostiene que la disposición impugnada no atentaría contra el derecho a la igualdad ante la ley, pues la finalidad de la norma es asegurar el acceso a la justicia y el grupo afectado sería únicamente el que participa del sistema de administración de justicia. Adicionalmente, se sostiene que la medida resultaría adecuada al fin perseguido, porque facilita que ciertas personas –y en determinados casos– accedan a la justicia no pagando por servicios que normalmente son obligatorios y remunerados, no correspondiéndole a los tribunales efectuar consideraciones de mérito, las que son propias del legislador. Finalmente, no se infringiría la proporcionalidad, dado que la carga tiene por objeto hacer efectivo un derecho de carácter constitucional y no vacía de contenido los derechos e intereses de los afectados, a lo que se agrega que se trata de una carga excepcional y muy poco intrusiva;

Cuadragesimoquinto: Que, para resolver la controversia planteada ante esta Magistratura, es menester, en primer lugar, analizar la configuración jurídica constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, la que se encuentra amparada en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República, conforme al cual se asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;

Cuadragesimosexto: Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219);

Cuadragesimoséptimo: Que un análisis de la disposición legal que se impugna a la luz de dicha primitiva concepción de la igualdad, podría suponer que no contravendría en abstracto la Carta Fundamental, desde el momento en que quienes se encuentran en la misma situación serían todos los abogados a quienes se les puede imponer –eventualmente y bajo ciertos supuestos– la carga personal de defender gratuitamente a los pobres. No obstante y por el contrario, un estudio comparativo con las demás profesiones liberales haría merecedora de reproche a la norma, habida cuenta de que el turno gratuito sólo se exige respecto de los abogados y no así en relación a otras profesiones que cumplen una función social como la medicina, arquitectura o pedagogía, vinculadas a bienes jurídicos tan o más relevantes como son la salud, la vivienda y la educación, respectivamente. Esto último ha llevado incluso a un autor a sostener que “si todas las profesiones tuvieran la carga pública de ejercer la profesión a favor de los sectores de escasos recursos por cierto plazo y en forma gratuita, dicha carga estaría igualmente repartida y no podría alegarse que es arbitraria e ilegal, no podría objetarse su constitucionalidad” (Nicolás Balmaceda Jimeno,

Corporaciones de Asistencia Judicial y Abogados de Turno: ¿incumplimiento de una garantía constitucional?, Revista Chilena de Derecho 27, 2000, p. 730);

Cuadragésimo octavo: Que, como lo ha precisado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986-2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128-1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador;

Cuadragésimo noveno: Que, además, no puede desatenderse el hecho de que el título de abogado es el único que no es otorgado por las propias universidades sino por la Corte Suprema, en atención a la calidad que aquellos ostentan de colaboradores de la administración de justicia, lo que le otorga una particularidad a esta profesión. En efecto, el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales indica que el título de abogado es otorgado “en audiencia pública por la Corte Suprema reunida en tribunal pleno”, previa comprobación y declaración de que el candidato reúne los requisitos establecidos en la ley. En la aludida audiencia, el postulante debe prestar juramento de “desempeñar leal y honradamente la profesión”, luego de lo cual el presidente del tribunal lo declarará “legalmente investido del título de abogado”, entregándosele al efecto el diploma que acredita su calidad de tal, conforme a lo dispuesto en el artículo 522 del mismo Código Orgánico de Tribunales;

Quincuagésimo: Que, del mismo modo, además de la atención de las necesidades sociales o la satisfacción de los requerimientos básicos de la población, característica común a varias profesiones, en la especie, el trabajo de los abogados es el único medio para cumplir el objetivo constitucional de la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, bien jurídico tutelado por la Carta Fundamental;

Quincuagésimo primero: Que, en efecto, es del caso tener presente que el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, agregándose que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. A su vez, el inciso tercero establece que “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”;

Quincuagésimo segundo: Que al encomendar a la ley el arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, el constituyente tuvo en consideración el que una materia tan relevante no fuera alterada por vía administrativa u otro mecanismo similar (sesión N° 100 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, p. 5). De este modo, “la norma en análisis pretende asegurar que, en el hecho, las personas que lo requieran, puedan siempre ejercer el derecho al asesoramiento y a la defensa jurídica, para lo cual el constituyente encarga al legislador el suministro de los medios necesarios para que quienes, por cualquier motivo, no pueden acceder a dicha asistencia, ésta, no obstante, les sea otorgada” (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, p. 152). Ahora bien,

debe tenerse presente que la asistencia jurídica gratuita, según su sentido natural y obvio, es “la que facilita el Estado a quienes carecen de recursos para litigar” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 2001, Tomo I, p. 229);

Quincuagesimotercero: Que, como puede apreciarse, así como se consagra el derecho a la asistencia jurídica, le corresponde al Estado –a través del legislador establecer medios efectivos que permitan una adecuada defensa de aquellas personas que carezcan de bienes suficientes para litigar. En tal sentido, la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, estableció en materia criminal la Defensoría Penal Pública, de modo tal que esta defensa se efectúa a través de una institución estatal, por sí misma o vía licitación a privados, a quienes, obviamente, se remunera por sus servicios profesionales en conformidad a las bases respectivas. Por su lado, décadas antes, en el ámbito civil –bajo la estructura de la Corporación de Asistencia Judicial– la legislación estableció una práctica profesional, en virtud de la cual se obliga a todo egresado de Derecho a atender gratuitamente a aquellas personas que sean beneficiarias del denominado privilegio de pobreza. Dicha entidad también tiene a su cargo la defensa de asuntos de familia y laborales, ámbito este último en proceso de modificación según se ha señalado en el último discurso de la Presidenta de la República, de 21 de mayo pasado;

Quincuagesimocuarto: Que, así las cosas, la institución del abogado de turno sólo subsiste en la actualidad, subsidiariamente, frente a la inexistencia de otras formas de asesoría institucional, pública o privada, lo que da cuenta de su carácter excepcionalísimo;

Quincuagesimoquinto: Que lo anterior, por lo demás, se enmarca en los principios de servicialidad y subsidiariedad del Estado que reconoce el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, al precisar que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, y que debe reconocer y amparar a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad;

Quincuagesimosexto: Que, por otro lado, como lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;

Quincuagesimoséptimo: Que, en el caso de autos, el fin que justifica la norma es la satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, la que debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial, incluido excepcionalmente el turno de los abogados, lo que, por lo demás, se ve confirmado por la circunstancia de que el título de abogado sigue siendo otorgado a la fecha por la Corte Suprema de Justicia;

Quincuagesimoctavo: Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42);

Quincuagesimonoveno: Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las con-

secuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76-1990 y 253-2004);

Sexagésimo: Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N^{os}. 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;

Sexagesimoprimer: Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aun de ejecutar de manera satisfactoria e idónea, más todavía si se tiene presente que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio, lo que importará un largo período de tramitación. Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no están en condiciones de procurársela por sí mismos, el legislador puede emplear el medio por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuidad no aparece ni se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin constitucional perseguido;

Sexagesimosegundo: Que, para apreciar lo anterior, parece también relevante efectuar una breve referencia a la situación existente en el derecho comparado, particularmente en el derecho español, si se tienen en consideración los antecedentes históricos de esta institución, de los que se da cuenta en el capítulo IV del presente fallo y, más latamente, en los autos Rol N^o 755 de 2008;

Sexagesimotercero: Que sobre el punto cabe tener presente que en Europa, en países tales como España, Italia o Francia, se dejó en poder de los abogados la representación y defensa en juicio de los litigantes de escasos recursos, bajo el supuesto de que se trataba de una “obligación honorífica”. Sin embargo, el reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita ha supuesto un cambio en la concepción del sistema, dado que “a partir de ese momento es el Estado el que debe asumir la responsabilidad de garantizar las condiciones objetivas para que sea efectivo ese reconocimiento, sin que sea suficiente confiar en la solidaridad o caridad de los miembros de la abogacía para que asuman de forma gratuita la defensa de las personas de menos recursos” (Patricia Canales y Virgine Loiseau, La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, p. 36). Un claro ejemplo de ello lo constituye el estado de la cuestión en España, país en que el acceso gratuito a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 119 de la Carta Fundamental, de forma tal que la defensa gratuita de las personas de escasos recursos deja de conceptualizarse como una labor altruista u honorífica de los abogados y pasa a ser un derecho de carácter social, que impone una obligación al Estado para su adecuado aseguramiento. Por lo demás, y confirmando lo anterior, ya en 1974 se comenzó a remunerar a los abogados de turno y en 1996 se dictó una ley que regula especialmente la materia. Por su parte, debe recordarse que un sistema similar se aprecia en otros países de Europa continental. Así, en Alemania, en 1919 se reconoció el derecho de los abogados de solicitar al Estado el debido reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia jurídica gratuita y en 1923 se les autorizó para demandar una remuneración. En Italia también existe un sistema de asistencia estatal para la defensa del ciudadano sin recursos económicos suficientes, siendo de cargo del Estado los honorarios profesionales de los abogados

y sus gastos. A mayor abundamiento, debe tenerse presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 23 de noviembre de 1983, en el denominado caso Van der Musselle contra Bélgica, consignó como un deber del Estado, a través de la hacienda pública, indemnizar a los abogados designados para asistir en los casos de justicia gratuita, destacando la circunstancia que diversas leyes de los Estados contratantes han ido evolucionando hacia el establecimiento de un fondo público precisamente para pagar a los abogados nombrados para representar a litigantes indigentes (considerando 40°);

Sexagesimocuarto: Que, de este modo, la asistencia jurídica gratuita se ha transformado en un derecho fundamental para los justiciables, debiendo el Estado satisfacer sus requerimientos a través de diversos mecanismos legales, entre los cuales puede incluirse la carga del turno que se impone a los abogados, de manera subsidiaria y excepcional, la que ciertamente debe ser remunerada o compensada;

Sexagesimoquinto: Que, como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en establecer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;

Sexagesimosexto: Que de todo lo señalado se desprende que la gratuidad del turno establecida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, considerada en abstracto, infringe objetivamente la igualdad ante la ley y en particular la prohibición de discriminar arbitrariamente, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental y así se declarará;

VI. La gratuidad del turno y su infracción constitucional a la igualdad ante las cargas públicas y a la legalidad de las mismas.

Sexagesimoséptimo: Que, como se ha consignado en la parte expositiva de esta sentencia, la requirente señala que la gratuidad del turno contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales contravendría también el artículo 19, N° 20°, de la Constitución Política de la República, que resguarda “la igual repartición de las demás cargas públicas”;

Sexagesimoctavo: Que la peticionaria sostiene que la carga del turno no se encontraría suficientemente precisada, debiendo no sólo describirse por el legislador el contenido y los obligados a la misma, sino también el procedimiento y las causales de excepción, de manera de evitar la absoluta discrecionalidad por parte del juez en su aplicación. Por su parte, los señores diputados señalan que el principio de legalidad de los tributos no tiene la misma intensidad que el de las cargas públicas, a lo que debe agregarse que en todo caso la carga se encontraría suficientemente descrita en la disposición legal, precisándose los sujetos, el contenido esencial y el procedimiento de designación;

Sexagesimonoveno: Que las “cargas públicas” han sido entendidas como “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”. (Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 285). Éstas pueden ser personales o patrimoniales y, en ambos casos, la Constitución asegura la igualdad en

su repartición entre todos los llamados a soportarlas sin que se incurra en discriminaciones arbitrarias, por lo que la igualdad ante las cargas públicas que estatuye la Ley Suprema, constituye una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley;

Septuagésimo: Que, por su lado, de acuerdo a la doctrina administrativa, los servicios o cargas personales deben tener como características fundamentales: a) el ser impuestas y reglamentadas por una ley; b) su carácter temporal; c) su igual aplicación a las personas; d) irredimibles por dinero; e) intrasferibles y, por último, f) debe tratarse de un servicio cierto y determinado (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, pp. 177 y siguientes);

Septuagesimoprimer: Que, en el caso del turno gratuito, su establecimiento se ha efectuado a través de una disposición legal, contenida en los artículos 595 y 598 del Código Orgánico de Tribunales. También presenta carácter temporal, sin perjuicio de que debe destacarse la circunstancia de que los aludidos preceptos legales establecen la obligación de atender el asunto hasta el término del proceso judicial respectivo. Se aplica subsidiariamente a todos los abogados, en atención a su condición de colaboradores de la administración de justicia, cuyo título es otorgado por la Corte Suprema. No cabe sustituirla por una prestación pecuniaria. Es personalísima, por lo que no puede transferirse a terceros, y tampoco es transmisible. Su alcance, en cuanto a atender gratuitamente las causas de pobres, como se ha señalado, está determinado en la normativa legal que lo establece. De este modo, la ley ha determinado el contenido esencial de la carga (la defensa gratuita), los sujetos afectos (los abogados no exentos) y los términos y su forma de designación (a través de los respectivos órganos jurisdiccionales);

Septuagesimosegundo: Que el artículo 22, inciso tercero, de la Constitución Política de la República preceptúa que “las demás cargas personales que imponga la ley son obligatorias en los términos y formas que ésta determine”. Como se ha señalado, la forma en que debe efectuarse el turno se encuentra regulada en los artículos 595 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, siendo aplicable ante la falta de abogados que formen parte de la Corporación de Asistencia Judicial o de alguna de las entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia judicial gratuita. El carácter de carga de la institución se ve confirmado por la circunstancia de que el artículo 599 del Código Orgánico de Tribunales exceptúa de la obligación a los abogados “que se hallaren en actual ejercicio de algún cargo concejil”;

Septuagesimotercero: Que si bien tradicionalmente se ha entendido que este tipo de cargas personales, en principio, deben ser gratuitas, no es menos cierto que “ocasionalmente la ley puede establecer algún viático o remuneración” (Néstor Sagüés, Elementos de Derecho Constitucional, p. 913). En muchos casos también existe compensación por los gastos de cargo del Estado. De manera que si bien la carga pública es gratuita, esta característica “no es óbice para que el Estado indemnice (presuntivamente) mediante un pequeño emolumento al que cumple la carga” (Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo III, p. 7). En nuestro país, Silva Cimma ha señalado que tratándose de deberes personales, “jurídicamente, en principio, el derecho a la remuneración no puede discutirse y ha sido reconocido en términos más teóricos que reales, pero respetando el principio del derecho administrativo de que toda función pública da origen a una remuneración” (Derecho Administrativo chileno y comparado, p. 131);

Septuagesimocuarto: Que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se han sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie;

Septuagesimoquinto: Que, en efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados, que impongan una afec-

tación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional;

Septuagesimosexto: Que no escapa a esta Magistratura la circunstancia de que incluso en deberes de carácter cívico, como son el servicio militar y la integración como vocales de mesas electorales, el legislador (Leyes N^{os}. 20.045 y 20.092, ambas de 2005) ha establecido mecanismos de compensación pecuniaria –bajo la forma de asignación o bonos que permitan, en parte, hacerse cargo de los gastos en que se debe incurrir para poder ejecutar los mismos de manera eficiente;

Septuagesimoséptimo: Que, de este modo, la carga del turno –que se impone excepcionalmente a los abogados y que se encuentra suficientemente descrita en la ley– debe ser debidamente compensada, derecho fundamental que nuestra Carta Suprema prevé incluso en estados de excepción constitucional, al reconocer el derecho a ser indemnizado respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (artículo 45). El Estado puede cumplir sus obligaciones a través de los particulares, en conformidad al principio de subsidiariedad o supletoriedad, pero sin que ello importe un abusivo detrimento patrimonial, imponiendo así una carga no equitativa, en los términos autorizados por el artículo 19, N^o 20^o, de la Constitución Política de la República;

VII. La gratuidad del turno de los abogados y su infracción a la libertad de trabajo

Septuagesimooctavo: Que también se señala por la requirente que la gratuidad contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales vulneraría la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19, N^o 16^o, de la Constitución Política de la República;

Septuagesimonoveno: Que la eventual infracción se produciría como consecuencia de que la norma privaría a los abogados afectados por el turno del derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una justa retribución por el servicio prestado, lo que transformaría la carga en una verdadera práctica forzada de un trabajo. De este modo, se sostiene, la Carta Fundamental no puede autorizar un impedimento absoluto por parte del profesional para obtener una legítima retribución patrimonial;

Octogésimo: Que, sobre la infracción constitucional descrita en el considerando anterior, se ha sostenido por los señores diputados en su presentación que no se infringiría la disposición desde que el abogado (colaborador de la administración de justicia) siempre podrá elegir y ejercer su actividad con el beneficio pecuniario correspondiente, debiendo eventualmente dedicar parte de su tiempo al cumplimiento del turno, a lo que debe agregarse que, como todo trabajo, se encuentra sometido a la normativa legal vigente, entre ellos el turno, lo que, por lo demás, configura una situación extraordinaria que permite excepcionarse, sin perjuicio de obtener una eventual compensación, de acuerdo al artículo 594 del Código Orgánico de Tribunales;

Octogesimoprimer: Que en el caso de autos, como se ha señalado, se impone a los abogados una carga que consiste en el ejercicio gratuito de un determinado trabajo excepcional, lo que se relacionaría –en opinión de la requirente con el artículo 19, N^o 16^o, de la Constitución Política de la República, que asegura “la libertad de trabajo y su protección”, precisando que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Este derecho fundamental, como lo ha señalado la doctrina, debe comprenderse en un sentido amplio, al proteger “no sólo el trabajo del asalariado o trabajador dependiente, sino que quedarían comprendidos también los trabajadores independientes” (Luz Bulnes Aldunate, La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, Revista de Derecho Público, 28, 1980, p. 129). Por lo mismo, “la justa retribución debe entenderse referida como un concepto amplio, el que comprende tanto al trabajador independiente como al subordinado” (Héctor Humeres, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, p. 31);

Octogesimosegundo: Que la profesión de abogado tiene determinadas particularidades, habida consideración de la función que se realiza a través de ella. Los abogados, tal como lo indica el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, son “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”. Si bien no son auxiliares de la administración de justicia, cooperan con el servicio judicial, desempeñando ante los tribunales de justicia relevantes funciones;

Octogesimo tercero: Que, en efecto, como lo ha consignado la doctrina procesal, se trata de personas que “desempeñan una función pública y deben colaborar al servicio judicial desempeñando sus funciones con altura de miras y sin olvidar nunca el interés general que están llamados a cautelar” (Fernando Alessandri R., Apuntes de Derecho Procesal, p. 418). En otras palabras, el abogado es conceptualizado como un “verdadero colaborador de la administración de justicia y, en este sentido, se le imponen deberes superiores a los meramente privados” (Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, p. 194). Así, corresponde a una actividad profesional que se relaciona tanto con aspectos de interés particular como público, desde que colabora con la administración de justicia. Como lo afirmara Jaime Galté, “aunque la función de estos profesionales no implica ciertamente el ejercicio de un cargo público... colaboran con los magistrados en la investigación de las legítimas pretensiones de los ciudadanos” (Manual de Organización y Atribuciones de los Tribunales, p. 383);

Octogesimo cuarto: Que, como ha quedado explicitado, su carácter especial se constata en la circunstancia de que es la única profesión universitaria cuyo título no es otorgado por las mismas universidades sino que por la Corte Suprema de Justicia, según expresa el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales, precisamente, porque son colaboradores de la administración de justicia. En todo caso, debe tenerse presente que los abogados no forman parte de la estructura del Poder Judicial, debiendo procurarse su manutención sólo con los honorarios que se devengan en su beneficio por la debida defensa que efectúen de sus clientes. Obviamente, todo abogado puede renunciar a cobrar los honorarios a que tiene derecho, particularmente por razones de conciencia o convicción ética, como cuando Gandhi, defendiendo derechos fundamentales vinculados a la dignidad de su pueblo, afirmaba que “no se puede cobrar nada por cumplir una tarea de bien público”, negándose a “aceptar ningún salario por trabajos en beneficio de la comunidad” (Autobiografía, Historia de mis experiencias con la verdad, Madrid, 2008, pp. 120 y 124);

Octogesimo quinto: Que la Carta Fundamental reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona humana a que alude el artículo 1º de la Constitución Política. Como lo recuerda Couture: “de asuntos de dinero, el abogado debe hablar con su cliente sólo una vez: concluido el litigio, para ajustar en muy pocas palabras, las menos posibles, la recompensa del trabajo legítimo” (El Arte del Derecho y otras meditaciones, México, 2002, p. 172);

Octogesimo sexto: Que se ha señalado por los señores diputados que, en todo caso, los abogados siempre tendrían derecho al pago de las costas. Si bien es cierto que el artículo 594 del Código Orgánico de Tribunales indica que “si el litigante pobre obtuviere en el juicio, será obligado a destinar una décima parte del valor líquido que resultare a su favor para el pago de los honorarios y derechos causados”, debe tenerse presente que se trata de una situación eventual y que sólo resulta aplicable en los casos en que se obtenga una determinada suma de dinero y no en aquellos asuntos no avaluables pecuniariamente. Por su lado, el artículo 600 expresa que los abogados de turno “no serán responsables del pago de las costas y demás cargos pecuniarios a que sean condenados sus patrocinados”, a lo que se agrega la circunstancia de que las personas que gozan de privilegio de pobreza, como lo indica la misma disposición, “no serán condenados al pago de costas, a menos que el tribunal respectivo, en resolución fundada, declare que han obrado como litigantes temerarios o maliciosos. De este modo, en asuntos en que ambas partes gozan del privilegio de pobreza, como regla general, no resulta procedente el pago de las costas, salvo que se acredite mala fe o abuso pro-

cesal, lo que el tribunal deberá señalar en resolución fundada. De este modo, no es suficiente que el tribunal declare la actuación temeraria o maliciosa, sino que deberá señalar circunstanciadamente las razones en virtud de las cuales se trata de un litigante de tales características;

Octogimoséptimo: Que parece ilustrativo también analizar ciertos pronunciamientos judiciales efectuados en Hispanoamérica sobre esta institución. Así, aunque en algunos países –como en Colombia– se ha aceptado el turno gratuito, de manera “justificada y excepcional” (C-071-95), es del caso tener presente que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha precisado que si bien resulta ajustada la circunstancia de que se designe un defensor de oficio, “lo que sí estima esta Sala contrario a la Constitución Política es la obligatoriedad que impone el artículo 159 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de asumir esas defensas de oficio gratuitamente, pues si ese mismo órgano estatal cuenta con un cuerpo de defensores públicos pagados a cargo de su presupuesto, resulta contrario a los artículos 33 y 57 constitucionales que los defensores de oficio tengan que colaborar con el Estado en el cumplimiento de una de sus obligaciones para con los habitantes del país, sin tener a cambio remuneración alguna, mientras que otros profesionales que cumplen igual función sí reciben la respectiva paga por iguales servicios” (Res. N° 06420-98). De esta manera se ha aceptado el turno de los abogados, teniendo siempre derecho a una justa retribución por el trabajo realizado;

Octogesimoctavo: Que, en nuestro país, el instituto del abogado de turno ha adquirido especialmente en las últimas décadas un carácter excepcional y subsidiario, cuestión que queda demostrada si se tiene en consideración la cantidad de veces que un letrado puede ser designado para el turno, lo que, entre otros factores, va a depender de la relación proporcional existente entre el número de abogados y de habitantes en el país. En el decenio de 1870 se titulaban algo menos de una cincuentena de abogados para una población de cerca de dos millones de habitantes. A la fecha de dictación del Código Orgánico de Tribunales (1943) se recibían al año alrededor de cien abogados, habiéndose más que duplicado la población. A principios de los años ochenta juraban más de trescientos abogados anualmente y el año 2007 la Corte Suprema otorgó el título de abogado a 2.013 postulantes, en circunstancias que la población actual supera los 15 millones. Obviamente la cultura jurídica y la formación de los abogados han cambiado sustancialmente en el último siglo y medio en Chile (Bernardino Bravo Lira, Estudios de Derecho y cultura de abogados en Chile 1758-1998, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N° 20, Valparaíso, 1998);

Octogesimonoveno: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura (Rol N° 804), poder ejercer libremente una profesión implica, en los hechos, desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las establecidas en la propia Carta Fundamental, debiendo el legislador regular su ejercicio –como en este caso con la carga excepcional del turno gratuito– sin afectar los derechos en su esencia, en los términos que señala el artículo 19, N° 26°, de la misma. La doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección “es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley” (Enrique Evans de la Cuadra, Derechos Constitucionales, Tomo III, p. 10). Ya decía Carnelutti que “un hombre obligado es un hombre ligado y un hombre ligado no tiene libertad” (Arte del Derecho, México, 2002, p. 5);

Nonagésimo: Que, en este caso, el trabajo lícito se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa compensación pecuniaria, tal como lo ordena perentoriamente el artículo 19, N° 16°, de la Constitución Política de la República;

VIII. Consideraciones finales

Nonagesimoprimer: Que la peticionaria hace referencia a la forma en que la Corte Suprema habría interpretado en la gestión pendiente la declaración de inaplicabilidad de la gratuidad del turno

realizada en los autos Rol N° 755- 2007, en cuanto a que el abogado designado deberá ejercer una acción civil en contra del Estado para exigir el respectivo pago de los honorarios, lo que supondría una nueva carga inconstitucional;

Nonagesimosegundo: Que no le corresponde a esta Magistratura hacerse cargo de las interpretaciones de las disposiciones subsistentes, como consecuencia de la declaración previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un determinado precepto legal. Como se ha reconocido reiteradamente por esta Magistratura, los jueces de la instancia o la Corte Suprema, en su caso, son soberanos para determinar la debida interpretación de las disposiciones legales (roles N°s. 1018 y 1138);

Nonagesimotercero: Que el único efecto que se produce como resultado de la declaración de inaplicabilidad de un determinado precepto, en este caso de la gratuidad del turno, es que el Tribunal de la instancia no deberá considerar dicha disposición, teniendo plenas facultades para determinar el sentido y alcance de las demás normativas vigentes o de la parte de la disposición que no fue reprochada de inconstitucionalidad, como en el caso de autos en lo relativo a la ejecución de la carga misma o a la forma en que debe determinarse el carácter no gratuito de la defensa;

Nonagesimocuarto: Que el turno gratuito de los abogados ha sido objeto de críticas por diversos especialistas en el siglo XX. Así, en la década de los noventa, el destacado procesalista Mario Mosquera, con motivo del proyecto de ley que creaba el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, lamentaba que la iniciativa no considerara todas las formas de asistencia jurídica existentes en el país y, especialmente, el turno, haciendo presente que la referida institución “está actualmente mal concebida, pues, a su juicio, el turno no debería hacerse al comienzo de la carrera, sino posteriormente, cuando los abogados se encuentren en una etapa de su carrera profesional en que dispongan de experiencia y otros recursos, lo que les permitiría contribuir más eficazmente a la defensa jurídica de los pobres” (Boletín N° 861-07);

Nonagesimoquinto: Que, en todo caso, como se analizó, el turno gratuito de los abogados constituye una institución excepcional y supletoria, desde que sólo resulta procedente frente a la imposibilidad efectiva de que la asistencia y defensa jurídica gratuita que le corresponde al Estado –a través del legislador– sea prestada adecuadamente por instituciones públicas o privadas establecidas al efecto;

Nonagesimosexto: Que, sin perjuicio de lo señalado, parece conveniente instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral;

Nonagesimoséptimo: Que todo lo razonado precedentemente, en cuanto a que el precepto legal contraviene la igualdad ante la ley y al justo derecho a ser remunerado por un trabajo lícito, no puede interpretarse de manera alguna en términos tales que la supresión de la gratuidad del turno de los abogados se traduzca en obligación pecuniaria alguna por parte de la persona afectada o cliente, quien siempre se encontrará exenta del pago de honorarios a su defensor designado, puesto que una interpretación diversa produciría efectos contrarios a la propia Constitución Política de la República;

Nonagesimoctavo: Que, en otras palabras, todos los fundamentos que anteceden para declarar la inconstitucionalidad de la expresión “gratuitamente”, contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, dicen relación con el impedimento que ella contiene para que el abogado designado en el turno pueda cobrar del Estado una justa compensación de su trabajo, pero deja enteramente a salvo el derecho de las personas a ser asistidas gratuitamente, en los términos consagrados en la Carta Fundamental;

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 19 N°s. 2º, 3º, 16º, 20º y 22º, 22, 93, inciso primero, numeral 7º, e inciso duodécimo, y 94, de la Constitución Política, así como en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Se resuelve:

Que se acoge el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se declara que la expresión “gratuitamente”, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es inconstitucional y, en consecuencia, se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la presente sentencia, la que no producirá efecto retroactivo, tal como lo ordena el artículo 94 de la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, publíquese, regístrese y archívese.

Rol 1254-08-INC.

Se certifica que el Ministro señor Jorge Correa Sutil concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

MATERIA

AFECTACIÓN A LA PROPIEDAD POR NO EXPROPIACIÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo

Rol: 5450-2011

Fecha: 25.11.2013

Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.

Ministros mayoría: Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Lamberto Cisternas Rocha y Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia Balbi y Alfredo Prieto Bafalluy.

Ministro redactor: Alfredo Prieto Bafalluy.

Partes: Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada y otros con Fisco de Chile y otro.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Expropiación – Concesión Minera – Pertenencia Minera – Dominio – Propiedad.

PRINCIPIO JURÍDICO

La concesión minera es un derecho real que debe ser expropiado en caso de que la Administración impida de alguna manera su ejercicio.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 24 CPR; Arts. 2°, 6° y 11 Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras; Arts. 2° y 91 Código de Minería.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Vulnera el derecho de propiedad la Administración al expropiar los terrenos superficiales en los que un particular tiene una concesión minera de explotación, sin expropiar a su vez la concesión misma?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Dos sociedades mineras, de las cuales la Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada (Sociedad Génova) es la socia mayoritaria, eran dueñas de pertenencias mineras (concesiones de explotación) respecto de terrenos que se encontraban aledaños al aeropuerto Arturo Merino Benítez, de donde extraían “pomacita” o “puzolana”.

En este contexto, el Ministerio de Obras Públicas ordenó la expropiación de varios predios cercanos al aeropuerto señalado, con el fin de construir una segunda pista de aterrizaje. Dentro de ese grupo, se encontraban dos lotes de terreno que pertenecían a la Sociedad Génova. Por otra parte, aceptó la propuesta de la empresa constructora Besalco S.A. para la ejecución de dicha obra.

La Sociedad Génova (por sí misma y en representación de 2 sociedades mineras más) interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco y de Besalco S.A., debido a que se le expropiaron solamente la parte superficial de los dos lotes, sin incluir las pertenencias mineras. El tribunal de primera instancia rechazó la acción, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones respectiva, la que rechazó la apelación y la casación en la forma interpuesta por la Sociedad Génova. Frente a esta última sentencia, se interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Como se señala por la doctrina, (“Constitución Política de la República de Chile, Doctrina y Jurisprudencia” Director: Eduardo Aldunate Lizana) citando al profesor José Luis Cea Egaña, “...dentro de las características del dominio sobre la concesión minera, destaca el hecho que el dueño debe ser privado de la propiedad que emana de su concesión por expropiación indemnizada, procediéndose al desposeimiento material en los términos que asegura el código político y gozando de las garantías jurisdiccionales que le permitan defender lo suyo. Incumbe sólo a la magistratura conocer y decidir toda controversia en el asunto”, señalando además que lo anterior se encuentra establecido en el inciso 9 del artículo 19 N° 24, coordinado con los primeros incisos del mismo número. Continúa señalando que “[s]e puede concluir que éste es uno de los derechos de propiedad en donde se entiende que el Estado es dueño absoluto del bien en sí, y se establece un sistema de concesiones sobre los yacimientos mineros. Respecto de la concesión, el particular a quien se le otorga tiene el derecho de propiedad sobre ésta, con todo lo que eso implica. Así las cosas, el dominio del particular no se manifiesta sobre el yacimiento minero, sino que sobre la concesión relativa a ese yacimiento”. De este modo, en los términos de los preceptos constitucionales indicados, la privación de las facultades de extraer y de apropiarse de las sustancias importa también la del ejercicio del derecho de propiedad de la concesión, distinto del derecho del propietario del terreno superficial. El marco legal confirma lo anterior. En efecto, el artículo 6° de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras dispone: “El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política. La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella”. A su turno, desde que se constituye una concesión se le confiere a su titular la propiedad minera, según se lee de los artículos 2 de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 91 del Código de Minería, sirviendo la sentencia que constituye la concesión como título de dominio. En el mismo sentido, el artículo 2° del Código de Minería define la concesión minera como: “un derecho real e inmueble; distinto e independiente del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño [...]”. A su vez, el artículo 9° inciso primero de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones

Mineras indica: “Todo concesionario minero puede defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares [...]”. Por otra parte, el artículo 11 del mismo cuerpo normativo indica: “El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo: 1) a explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión y realizar todas las acciones que conduzcan a esos objetivos [...]; 2) a hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles a la fecha de quedar judicialmente constituida, comprendidas dentro de los límites de su concesión, y 3) a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión” (C. 15 a 17).

En consecuencia, la sentencia impugnada incurrió en infracción de los artículos 6º, 9º y 11 de la Ley Nº 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 2 del Código de Minería, en relación con el artículo 19 Nº 24 de la CPR, porque dichas disposiciones imponían resolver que la responsabilidad estatal se extiende a la totalidad de las pertenencias invocadas al haberse expropiado los predios superficiales en que se emplazaban, sin haber ejercido la misma potestad expropiatoria respecto de tales pertenencias y por ende habiendo privado a sus titulares de sus facultades esenciales sin pagarles el daño patrimonial efectivamente causado. De acuerdo a lo razonado, el Fisco incurrió en responsabilidad estatal por no haber ejercido sus potestades de expropiación a que se encontraba obligado respecto de las pertenencias cuyos titulares son las sociedades demandantes y que se emplazaban en predios superficiales que sí fueron expropiados para la construcción de la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez. Por otra parte, el artículo 11 Nº 3 de la Ley Nº 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras no es aplicable al caso, en atención a que el precepto citado establece una regla indemnizatoria en caso de producirse una expropiación de pertenencias mineras; empero, la situación planteada en autos dice relación con una privación de facto del derecho a explotar las pertenencias sin que mediara expropiación autorizada por ley. Debido a que no existió expropiación, no es directamente aplicable dicha disposición, por lo que para determinar una indemnización por equivalencia es razonable tener presente la cantidad de metros cúbicos de mineral que pudo explotarse y su valor (C. 19 y 20, y 2 y 4 de la sentencia de reemplazo).

CONCLUSIÓN

Sí se vulnera el derecho de propiedad por la Administración al expropiar los terrenos superficiales en los que un particular tiene una concesión minera de explotación, sin

expropiar a su vez la concesión misma, ya que con dicha acción se produce una privación de las facultades esenciales del dominio de la concesión minera, sin que se haya indemnizado previamente el daño patrimonial efectivamente causado. Así, lo que correspondía de acuerdo a la regulación constitucional y legal, era expropiar tanto los terrenos superficiales como la concesión minera de explotación.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante porque determina un estándar que debe cumplir la Administración para poder expropiar tierras en caso de que respecto de ellas se hayan otorgado concesiones mineras a particulares. Así, en caso de expropiar los terrenos superficiales, corresponde también que se expropie la concesión, siempre que con la primera acción se impida el ejercicio de esta última, que según nuestro ordenamiento, es un derecho real que se encuentra protegido por la garantía del artículo 19 N° 24 de la CPR.

La CS determinó además, que lo correcto en este caso, al no haber expropiación de la pertenencia, era considerar que la Administración había incurrido en responsabilidad extracontractual, siendo aplicable a este respecto la falta de servicio. Es por dicho motivo que considera que no procede aplicar la garantía del artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, en virtud de la cual la indemnización debe cubrir el valor comercial de la concesión de explotación (calculando sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión), sino que procedía calcular la indemnización según las reglas generales del daño emergente y el lucro cesante.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil trece.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 507-2005 seguidos ante el Duodécimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil seis, escrita a fojas 573, se rechazó la demanda principal y subsidiaria deducidas por las actoras.

En contra de dicha sentencia, la parte demandante interpuso recursos de casación en la forma y apelación. A su turno, los demandados Fisco de Chile y Besalco S.A. se adhirieron a la apelación.

A fojas 744 y 752 se tuvo por acompañada transacción celebrada entre las demandantes y la demandada Besalco S.A. y por tratarse de un equivalente jurisdiccional se tuvo a dicho litigante por desistido de la adhesión a la apelación.

La Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de diecinueve de abril de dos mil once, escrita a fojas 771, desestimó el recurso de casación en la forma y confirmó sin modificaciones el fallo de primera instancia.

En contra de esa sentencia la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Luego de proceder a la vista de la causa, esta Corte llamó a las partes a una audiencia de conciliación y una vez fracasado dicho trámite, se ordenó que rigiera el estado de acuerdo.

En los antecedentes del recurso es necesario consignar que la demanda de autos fue interpuesta por Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada, quien actúa por sí y en representación de Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera de Pudahuel y Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel en contra del Fisco de Chile y de Besalco S.A., la que fundó en los siguientes antecedentes:

1) Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera de Pudahuel es dueña de las siguientes pertenencias mineras de explotación: a) “Francisco III 19” y “Francisco III 24”, que forman parte de “Francisco III 1 al 39”; b) La Monona 1 al 12, que forman parte del grupo “La Monona 1 al 34”; y c) Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20 que forman parte de “Edith 1 al 22”.

2) Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35”.

3) Todas son pertenencias contiguas entre sí y vecinas del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez y cuentan con dos servidumbres mineras debidamente inscritas. Las labores de exploración y explotación de las pertenencias recaían sobre yacimientos del mineral “pomacita” o “puzolana”, que se realizaban desde 1997.

4) El Ministerio de Obras Públicas por Decretos N° 2211 y 2212 de 9 de diciembre de 2002 ordenó la expropiación de varios predios, entre ellos, los “Lote N° 50” y “Lote N° 48-A”, de propiedad de Cemento Melón S.A. y Wolfgang Stohr Von Holleben, respectivamente, a fin de construir la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

5) Los terrenos expropiados fueron entregados a Besalco S.A. (contratista). En el acta de entrega de terreno de 5 de febrero de 2004 se expresa que las labores sólo consistirían en faenas como tránsito, cierre perimetral, despeje de la cubierta vegetal, ello en atención a la presencia de pertenencias mineras, en las cuales Besalco no podría interferir ni interrumpir el camino de acceso hasta aviso previo de la Inspección.

6) Sin embargo, a sabiendas de que no se habían expropiado las pertenencias y servidumbres mineras, Besalco cumplió con las instrucciones del Director General de Obras Públicas y del Director Nacional de Aeropuertos, irrumpiendo en sectores de la propiedad minera, impidiendo el acceso libre y tranquilo a sus pertenencias.

7) La conducta ilícita continuó al ser derribados los hitos que demarcaban las pertenencias junto con sus deslindes, procediendo a cortar el camino de ingreso a las pertenencias mediante la construcción de diversas obras. Las obras anexas a la segunda pista del Aeropuerto cubren todas las pertenencias mineras haciendo imposible el desarrollo de cualquier labor; asimismo, la servidumbre de tránsito y camino minero que permitía el acceso a las faenas fue arrasada.

8) El Fisco de Chile es responsable porque a través del Ministerio de Obras Públicas encargó a Besalco la construcción de la segunda pista del Aeropuerto para lo cual expropió sólo los terrenos superficiales, pero no las pertenencias que cubren dichos terrenos. La privación del dominio de las pertenencias acarrea responsabilidad constitucional del Estado.

9) Los perjuicios causados se manifiestan en la privación del dominio y sus facultades esenciales, respecto de las sesenta y ocho pertenencias y dos servidumbres mineras.

10) Los perjuicios consisten en:

a) Daño emergente correspondiente al valor económico de las mencionadas sesenta y ocho pertenencias. En aplicación del artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097 corresponde indemnizar el valor comercial de la facultad de extraer y apropiarse de las sustancias contenidas en las pertenencias, determinando las reservas disponibles de “pomacita o puzolana” y calculando sobre ellas el valor presente de los flujos de caja. El valor comercial de las pertenencias asciende a \$ 5.126.723.215 (UF 296.050,61);

b) Lucro cesante correspondiente a los intereses que habrían obtenido con el dinero producto de la explotación; y

c) Daño moral ocasionado al demandante José Bonzi, en su calidad de socio mayoritario de Génova Limitada para que se le indemnice el daño moral sufrido a consecuencia de la conducta ilegal de los demandados, el que avalúa en \$ 100.000.000.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma

Primero: Que el recurso de nulidad formal invoca la causal quinta del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal, esto es, por faltar a la sentencia las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. Afirma que el defecto se manifiesta en los siguientes términos:

a) El fallo carece de consideraciones para rechazar la demanda de responsabilidad constitucional. El tribunal decidió desestimar dicha demanda por cuanto es idéntica a la responsabilidad extracontractual reglada en el Código Civil, conclusión que es equivocada porque el ordenamiento constitucional y legal reconocen la responsabilidad constitucional de los órganos del Estado y la acción tendiente a hacerla efectiva.

b) La sentencia no tiene consideraciones respecto a la prueba para sustentar la conclusión de que las servidumbres mineras invocadas no benefician a la totalidad de las pertenencias, en circunstancias que aportó las inscripciones respectivas para acreditar la existencia y vigencia de las servidumbres y que ellas beneficiaban a todas las pertenencias. Manifiesta que el tribunal aludió a los autos rol 986-96 seguidos ante el 10° Juzgado Civil de Santiago sobre demanda de constitución de servidumbre de camino minero, en la cual, según el tribunal, se expresa que dicha solicitud tiene por objeto beneficiar sólo a 24 de las 39 pertenencias Francisco III; pero omitió explicitar cuáles son las razones para decidir que una prueba es más conforme con la verdad. Por otro lado, el considerando décimo octavo se limita a mencionar las pruebas sin ponderarlas, decidiendo limitar la servidumbre de ocupación y tránsito a dos de las sesenta y ocho pertenencias mineras que realmente beneficia.

c) La sentencia contiene considerandos contradictorios, esto es, entre el decimoséptimo y decimoctavo del fallo mencionado. En el primero concluye que la servidumbre de tránsito y camino minero no beneficia a todas las pertenencias invocadas en la demanda puesto que quedan excluidas las Francisco III N° 19 y 24, las Mononas 1 a 12, Las Edith 19, 14, 15 y 10 y finalmente el lote 50. Sin embargo, en el considerando siguiente indica que de existir alguna vulneración al derecho de propiedad sobre las pertenencias mineras ésta se circunscribe a la servidumbre de ocupación y tránsito respecto de las Pertenencias Francisco III N° 19 y 24.

d) Respecto a si las pertenencias se han extinguido una vez expropiados los predios superficiales la sentencia de primera instancia también contiene considerandos contradictorios. Es así como el duodécimo tiene por acreditada la subsistencia del dominio sobre las pertenencias mineras con posterioridad al acto expropiatorio y el décimo noveno señala que el dominio sobre las pertenencias

cias no supervive a la expropiación de los terrenos superficiales al decir “...el único derecho real que supervive al acto expropiatorio son las servidumbres legales”.

Asevera que más clara es la contradicción si se toma en cuenta que el sentenciador consideró culpable y dañosa la actuación del Fisco al no respetar la labor económica desarrollada en las peritajes en tanto subsistió la autorización judicial que amparaba la extracción, mientras que en el considerando décimo noveno sostuvo que efectuada la consignación de la indemnización por la expropiación se extingue todo derecho que puedan tener los propietarios expropiados respecto de la entidad expropiante y que nadie tendrá acción o derecho respecto del dominio, posesión o tenencia del bien expropiado por causa existente con anterioridad.

Segundo: Que iniciando el análisis del primero de los tópicos que abarca la causal del recurso de nulidad formal es pertinente consignar que el considerando décimo del fallo de primera instancia señala: “Que si bien resulta cierto que la infracción a las normas constitucionales pueden constituir en sí mismas fuente directa de la responsabilidad extracontractual, no es menos cierto que al no existir un mecanismo de carácter general que regule la materialización del procedimiento indemnizatorio, debe necesariamente recurrirse a las normas de responsabilidad extracontractual previstas en nuestro Código Civil para obtener tanto la declaración de la referida responsabilidad, con independencia de su fuente, como de la indemnización que de ella se derive. Agrega: “Que a mayor abundamiento se estima que, de la propia lectura de las presentaciones de la actora en especial la de fojas 7 y siguientes se desprende que lo solicitado tanto en lo principal de su presentación como en el otrosí de ésta es lo mismo cual es la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual de los demandados, variando simplemente entre en (sic) las fuentes de la misma. En este sentido se dirá que la posible existencia de “responsabilidad constitucional no resulta incompatible con las normas comunes de responsabilidad extracontractual, ello toda vez que el objetivo perseguido en uno y otro caso por las actoras es el mismo, cual es la indemnización de perjuicios derivados de un actuar supuestamente ilícito y antijurídico de los demandados, lo que es propio de la responsabilidad extracontractual consagrada en nuestro Código Civil, por lo que se estará a ésta, debiendo en consecuencia desecharse la demanda deducida en lo principal de su presentación de fojas 7, en relación al Fisco de Chile. Adicionalmente el tribunal en el considerando vigésimo tercero indicó: “Que acreditado por las actoras las (sic) existencia de una acción u omisión dañosa enmarcables conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual imputable al Fisco de Chile...”

Tercero: Que basta la sola exposición del motivo transcrito para desestimar la alegación en análisis, por cuanto el tribunal sentenciador desarrolló las consideraciones para decidir que tanto la responsabilidad por violación de derechos y garantías constitucionales como la responsabilidad extracontractual regida por los preceptos del Código Civil se basan, en síntesis, en los mismos elementos y atienden a una misma finalidad, máxime si fueron los propios actores quienes en su libelo pretensor fundados en idénticos supuestos fácticos dedujeron en lo principal la demanda por responsabilidad constitucional y en subsidio hicieron valer la responsabilidad extracontractual basada en las normas del Código Civil.

Cuarto: Que en el mismo sentido corresponde desestimar los reproches del recurso que indican que no se cumplió con el análisis de la prueba, toda vez que se observa en las conclusiones obtenidas en los considerandos decimosexto, decimoséptimo y decimoctavo, que se contienen las motivaciones de hecho y de derecho respecto a la relación servidumbres legales mineras y las concesiones mineras en cuestión, y aunque éstas fueran erróneas tal defecto no importa falta de considerandos.

Quinto: Que en cuanto a la contradicción acusada entre los considerandos decimoséptimo y decimoctavo del fallo de primera instancia, ella no es tal, porque el décimo séptimo al excluir a las

pertenencias Francisco III N° 19 y 24, entre otras, se refiere a la servidumbre minera de tránsito y camino minero, mientras que el considerando décimo octavo alude en la parte que se refiere el recurrente a la servidumbre de ocupación y tránsito.

Sexto: Que, por último, en lo que respecta a la contradicción que evidenciarían los considerandos duodécimo y decimonoveno del fallo de primera instancia, no es efectivo que exista falta de armonía entre ellos, por cuanto el duodécimo dice: “De lo anterior no resta sino concluir que en la zona expropiada coexisten dos derechos, por una parte el Derecho de Dominio del Fisco de Chile sobre los terrenos superficiales correspondientes a los Lotes 48-A y 50 y por otro el Derecho de Dominio de las actoras sobre las pertenencias mineras de su propiedad. Mientras que el décimo noveno luego de transcribir el texto del artículo 20 del D.L. N° 2.186 sobre Procedimiento de Expropiaciones, indica: “De esta norma logramos concluir que el único derecho real que sobrevive al acto expropiatorio son las servidumbres legales. Los dos fundamentos no son incompatibles, pues, concretamente, se proclama que las servidumbres legales no se pierden por la expropiación, pero también se pone de manifiesto que las concesiones mineras de los actores no fueron objeto de expropiación propiamente tal. En el mismo sentido no se observa antinomia con el fundamento vigésimo primero, por cuanto la acción de los demandantes no puede verse afectada por las limitaciones que prevé el D.L. N° 2.186 por la razón de que las pertenencias no fueron expropiadas.

Séptimo: Que por estas motivaciones el recurso de casación en la forma será desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo

Octavo: Que, en primer lugar, el recurso de nulidad sustancial plantea que la sentencia impugnada incurrió en error de derecho al rechazar la acción por responsabilidad constitucional en contra del Fisco de Chile por considerar que ella consiste en lo mismo que la acción de responsabilidad civil extracontractual en circunstancias que son acciones distintas, lo cual infringe los artículos 6°, 7°, 38 inciso 2°, 19 N°s. 24 y 26 de la Constitución Política, 2° y 4° de la Ley N° 18.575, 6°, 9° y 11 de la Ley N° 18.097, 1°, 20 y 38 del D.L. N° 2.186, 2° y 116 del Código de Minería y 582, 2314 y 2329 del Código Civil.

Propone el recurso que las normas constitucionales establecen una responsabilidad de carácter constitucional en caso que el Fisco por sus conductas atente contra el ejercicio y las facultades de los titulares del dominio minero, reconociéndole al afectado una acción específica tendiente a conseguir la reparación de los perjuicios causados, la cual es distinta de la derivada de la responsabilidad civil del derecho común. Según el recurrente las acciones en cuestión se originan en normas diferentes y operan bajo criterios normativos distintos, así en la responsabilidad constitucional el criterio de imputación es objetivo, bastando con establecer la violación de las normas constitucionales y legales que la constituyen, en cambio en la civil el criterio es la culpa o dolo del autor del daño que debe ser probado. Afirma que la responsabilidad extracontractual busca la reparación del daño que es consecuencia del delito o cuasidelito, mientras que en la constitucional, el daño patrimonial que sufre el propietario privado de su derecho. En consecuencia, considera que la responsabilidad del Estado emana directamente de la Constitución y procede en los casos en que una persona sufre un daño a consecuencia de la actuación contraria a derecho por parte de los órganos del Estado.

Explica que la Constitución Política reconoce que las pertenencias mineras están protegidas con el derecho de propiedad y las resguarda de la privación de éste o de sus atributos o facultades, consagrando además el derecho a ser indemnizado si dicho dominio o sus facultades se ven vulnerados. Corresponde entonces –apunta el recurso– que el Fisco de Chile debe responder por la actuación del Ministerio de Obras Públicas, toda vez que en su calidad de órgano del Estado le ha privado del dominio y de sus atributos y facultades esenciales sobre las pertenencias respecto de las cuales no se

ha ordenado la expropiación, pese a que se expropiaron los predios superficiales. Indica que en esas condiciones se conculca el artículo 1º del D.L. N° 2186 el cual ordena sujetarse al procedimiento establecido en esa ley a toda expropiación de derechos; el artículo 20 del mismo cuerpo jurídico, toda vez que en los hechos se dan por extinguidos los derechos sobre las pertenencias invocadas y el artículo 38 del mismo D.L. en relación con el artículo 11 de la Ley N° 18.097 las cuales se refieren a los perjuicios que corresponde indemnizar a los titulares de una pertenencia minera y a los criterios para determinarlos.

Agrega que el sentenciador consideró que los perjuicios solamente se referían a la imposibilidad de explotar actualmente ciertas pertenencias, en circunstancias que lo correcto era considerar todas las pertenencias, independiente de si en los hechos dicha explotación se encuentre activa o no. En este sentido indica que el artículo 11 de la Ley N° 18.097 señala que todo titular de una pertenencia tiene derecho a ser indemnizado en caso de expropiación por el daño patrimonial causado, el cual consiste en el valor de las facultades tanto de iniciar como de continuar la extracción y apropiación de las sustancias objeto de la concesión.

El error influye en lo dispositivo del fallo porque se habría determinado que el Fisco de Chile es responsable puesto que en los hechos se ha privado y expropiado de sus derechos a los titulares de las pertenencias sin sujeción al procedimiento ni a las normas que regulan la indemnización que corresponde pagarles, ni a los criterios para determinar dicha indemnización.

Noveno: Que, en segundo término, el recurso de nulidad sostiene que el fallo cometió error de derecho al concluir que el valor de las pertenencias depende de la existencia de una servidumbre que las beneficie directamente para permitir su explotación actual, infringiendo con ello los artículos 19 N°s. 24 y 26 de la Constitución Política, artículos 6º, 9º y 11 de la Ley N° 18.097, 38 de D.L. N° 2.186, 2º y 116 del Código de Minería y 582 del Código Civil. Expresa que el daño que se puede causar a los titulares de las pertenencias no se limita a las explotadas a la época de inicio de las obras sino a todas las que se perdieron con la construcción de la segunda pista del Aeropuerto. Expresa que aun suponiendo que no existan las servidumbres invocadas, ello no puede traducirse en que las pertenencias no se puedan explotar. Aduce que el titular de una concesión minera tiene sobre ella derecho de propiedad protegido constitucionalmente siendo la privación de las facultades de iniciar o continuar la explotación, extracción y apropiación de las sustancias una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio que obliga al resarcimiento por los perjuicios derivados. En conclusión, aboga que no es posible sostener que por no existir servidumbre anexa a las pertenencias éstas carezcan de valor, siendo lo correcto considerar como perjuicio irrogado no solo la menor utilidad por dejar de explotar la concesión que se estaba explotando sino que también el valor que en sí mismas tienen, independiente si su explotación está activa o no.

Décimo: Que, por último, el recurso sostiene que el fallo impugnado incurrió en error de derecho al determinar que para que un informe pericial sea considerado debe basarse en otro informe pericial, lo cual infringe los artículos 341, 342, 409, 411 y 425 del Código de Procedimiento Civil y 1698 inciso 2º y 1700 del Código Civil. Expresa que el fallo determinó que los perjuicios no han sido acreditados toda vez que el informe pericial elaborado por Jorge Luis Mislej Musalem —que estableció el valor presente de los flujos netos de caja de las pertenencias— se debía basar en otro informe pericial a cargo de Sernageomin. Narra que se ordenó como medida para mejor resolver la confección de esos dos informes periciales; el primero debía ser confeccionado por el órgano estatal a fin de aportar pruebas para acreditar la existencia de reservas efectivas de pomacita en las pertenencias; y el segundo estaba destinado a determinar el valor presente de los flujos netos de caja sobre las reservas de pomacita, haciendo presente que la entidad fiscal no aceptó el cargo. Sin embargo, manifiesta que el informe pericial financiero tomó en consideración un estudio del Sernageomin consistente en la Carta Geológica Oficial del Mapa N° 11 del Area Til Til Santiago,

Región Metropolitana y un informe denominado “Estudio Geológico y Evaluación del Recurso Pomacita elaborado por Sergio Rivano García. Expresa que el juez se apartó del análisis reflexivo y de la lógica que debe imperar en un sistema de sana crítica al analizar la prueba aportada para acreditar los perjuicios demandados, en particular el informe pericial evacuado por Jorge Luis Mislej Musalem, en cuanto exigió como presupuesto para darle valor la rendición de otra prueba específica, en circunstancias que la ley no lo exige, infringiéndose con ello el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

A su vez, expone que se vulnera lo dispuesto en los artículos 341 del Código de Procedimiento Civil y 1698 del Código Civil en la medida que esas normas no establecen restricciones sobre los tipos de medios de prueba que las partes pueden utilizar en un juicio, pudiendo emplear cualquiera y no forzosamente uno específico. Además, expresa que se vulneran los artículos 409 y 411 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el informe de peritos es facultativo para las partes, no estando obligadas a recurrir a él para acreditar los hechos. Reitera que el fallo de primera instancia refiere que el peritaje financiero se basó en el estudio de Sergio Rivano sin indicar que sus conclusiones se evacuaron también sobre la base de un estudio elaborado por el propio Sernageomin. Apunta que ese último antecedente es un instrumento público que no fue considerado en la sentencia, por lo que se transgreden los artículos 342 del Código de Procedimiento Civil y 1700 del Código Civil.

Undécimo: Que para analizar los capítulos del recurso es necesario recordar los hechos y antecedentes de la causa establecidos por la sentencia de primera instancia –confirmada sin modificaciones– siendo los siguientes:

- 1) La Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera Pudahuel es dueña de las pertenencias mineras de explotación denominadas Francisco III 19 y Francisco III 24, las que forman parte del grupo “Francisco III 1 al 39”, La Monona 1 al 34, Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20, estas últimas que forman parte del grupo “Edith 1 al 22”, cuyo dominio se encuentra inscrito a fojas 159 N° 27 del Registro de Propiedad del Conservador de Minas de Santiago correspondiente al año 2001.
- 2) La Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35” cuyo dominio rola inscrito a fojas 220 N° 40 del Registro de Propiedad del Conservador de Minas de Santiago correspondiente al año 2001.
- 3) Las pertenencias se encuentran emplazadas en la comuna de Pudahuel en terrenos aledaños al Aeropuerto Arturo Merino Benítez.
- 4) Por Decreto N° 295 de 17 de mayo del año 2001 el Ministerio de Defensa Nacional declaró como necesarios para la Defensa Nacional los terrenos adyacentes, entre otros, al Aeropuerto Arturo Merino Benítez.
- 5) El 9 de diciembre del año 2002 mediante los Decretos N° 2212 y 2211 del Ministerio de Obras Públicas se dispuso la expropiación de los Lotes N° 48-A y 50 respectivamente, para efectos de la construcción de la obra “Segunda Pista Paralela Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez”. Los decretos fueron publicados en el Diario Oficial el 15 de febrero del 2003.
- 6) Mediante Resolución DAP N° 39 de 3 de diciembre de 2003 el Ministerio de Obras Públicas aceptó la propuesta efectuada por la empresa Besalco S.A. para la ejecución de la obra indicada.
- 7) Las labores asociadas a la “Construcción Segunda Pista Aeropuerto Arturo Merino Benítez” se iniciaron a partir de la entrega formal de los Lotes 48-A y 50 a la empresa encargada del proyecto, Besalco S.A., con fecha 5 de febrero del año 2004.
- 8) Producto de la expropiación, el Fisco es dueño exclusivo de los terrenos superficiales designados como Lote N° 48-A y 50 en los cuales se emplazarían las pertenencias y servidumbres legales de las actoras.

9) La constitución de la servidumbre legal de tránsito y camino minero invocada en la demanda fue producto de una transacción o avenimiento judicial a que llegaron Génova Ltda. con la empresa Cemento Melón S.A. en la causa Rol 986-96 seguida ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago (año 1996). La servidumbre tendría por objeto beneficiar a las pertenencias “Francisco III 1-39”, debiendo soportar el gravamen “el camino existente en las pertenencias mineras Las Casas 1-70 de propiedad de Cemento Melón S.A. en calidad de predio sirviente”. Pero la copia autorizada de los autos Rol 986-96 da cuenta que la demanda de constitución de servidumbre expresa que la solicitud tiene por objeto beneficiar sólo 24 de las 39 pertenencias mineras pertenecientes al grupo “Francisco III 1-39”, a saber las “2-3-4-6-7-8-10-11-12-14-15-16-20-21-25-26-28-29-30-36-37-39. Tampoco el terreno expropiado Lote N° 50 (antigua Parcela N° 20) corresponde al predio sirviente que debía soportar la servidumbre.

10) La servidumbre legal de ocupación y tránsito invocada por el actor se constituyó por resolución judicial del Noveno Juzgado Civil de Santiago en autos Rol 6648-1999. En esa solicitud Génova Ltda. pidió la constitución de dicha servidumbre sobre los terrenos superficiales de propiedad de Wolfgang Stohr a fin de dar inicio a la actividad de explotación de las pertenencias Francisco III 19 y 24, siendo estas últimas el predio dominante y el primero el predio sirviente. En aplicación del artículo 125 del Código de Minería con fecha 14 de enero de 2000 se autorizó a Génova Ltda. a hacer uso de las servidumbres pedidas para lo cual se procedió a la inscripción de la autorización judicial conforme a lo señalado. La inscripción y sentencia dan cuenta de que el predio sirviente de las concesiones mineras se denominaba en ese entonces Lote Uno B y Dos B.

11) El día 5 de febrero de 2002 se inscribió en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Santiago escritura por la cual Génova Ltda. vendió, cedió y transfirió el derecho de uso y goce de la mencionada servidumbre a la Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel.

12) El día 27 de octubre de 2004 se dictó sentencia en los autos Rol 6648-1999 que denegó la constitución de la servidumbre de ocupación y tránsito con lo que el derecho de uso transferido a la Sociedad Gabriela Primera se extinguió por resolución judicial.

13) La Sociedad Inversiones y Asesoría Génova Limitada entre el período de otorgamiento de la autorización y la sentencia que desechó la constitución de la servidumbre (octubre del 2000 a octubre del 2004), comercializó Pomacita o Puzolana extraída de sus pertenencias, pero sin que pueda determinarse a cuál de las sesenta y ocho pertenencias es imputable esa producción.

14) Para determinar el daño emergente y el lucro cesante la sentencia da cuenta de que se decretó como medida para mejor resolver la elaboración de dos informes periciales: 1) Informe pericial por el Sernageomin para determinar la reserva efectiva de pomacita en las pertenencias; 2) Informe pericial por el ingeniero comercial Jorge Luis Mislej Musalem para que determine el valor presente de los flujos netos de caja de las pertenencias mineras calculados sobre las reservas de pomacita. Sólo se rindió el informe financiero el cual se tuvo como insuficiente para acreditar la cuantificación del daño emergente y el lucro cesante, toda vez que debió fundarse en el peritaje ordenado al Sernageomin, pero se basó en un informe de Estudio Geológico y Evaluación del Recurso Pomacita, elaborado el año 2000 por Sergio Rivano, acompañado por la demandante, el cual no puede suplir el primer informe pericial por cuanto no es más que un instrumento privado que pese a ser ratificado por su elaborador mediante declaración testimonial, no tiene otro valor probatorio que una declaración de testigos, resultando un medio inidóneo para sustentar el informe emitido por el perito.

Duodécimo: Que enseguida corresponde referirse a las consideraciones jurídicas desarrolladas por el fallo de primera instancia:

- Conforme al artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Constitución Política la privación del dominio o de alguno de sus atributos y facultades esenciales sólo puede realizarse mediante ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública, o de interés nacional, calificada por el legislador. Conforme a la misma norma el expropiado tendrá derecho a la indemnización del daño patrimonial efectivamente causado.
- En la zona expropiada coexisten dos derechos, por una parte el derecho de dominio del Fisco de Chile sobre los terrenos superficiales correspondiente a los Lotes 48-A y 50 y por otro el derecho de dominio de las actoras sobre las pertenencias mineras.
- A fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación de las concesiones mineras la legislación del ramo ha previsto la posibilidad de que los predios superficiales en los que se encuentren las pertenencias soporten en calidad de predio sirviente las servidumbres de que trata el artículo 120 del Código de Minería.
- La solicitud de servidumbre de ocupación y tránsito minero efectuada por Génova Ltda. tenía por objeto el inicio de las actividades de explotación de las pertenencias Francisco III 19 y 24 y no las restantes 66 pertenencias.
- La demandante sólo pudo desarrollar actividades extractivas mediante la servidumbre referida hasta el momento de la notificación de la sentencia judicial que extinguió las autorizaciones previamente otorgadas y el beneficio económico transitorio que reportó la referida autorización se limitó a las dos concesiones mineras Francisco III 19 y 24.
- A la fecha de inicio del proyecto de “Construcción Segunda Pista Aeropuerto Arturo Merino Benítez” (5 de febrero del año 2004) las actoras sólo contaban con una autorización judicial de uso de servidumbre de ocupación y tránsito que beneficiaba a las pertenencias Francisco III 19 y 24, autorización otorgada mediante resolución de fecha 14 de enero de 2000, la cual se mantuvo vigente hasta octubre de 2004, careciendo en consecuencia de servidumbre que amparara la labor extractiva de las sesenta y seis restantes pertenencias.
- La vulneración al derecho de propiedad sobre las pertenencias mineras resulta circunscrita a la labor extractiva que pudo legítimamente desarrollar la demandante hasta octubre de 2004 y sólo respecto de las dos pertenencias referidas, puesto que en esa fecha se extinguió mediante resolución judicial del 9° Juzgado Civil de Santiago el derecho a utilizar la servidumbre de ocupación y tránsito que beneficiaba desde el año 2000 y hasta esa fecha a las pertenencias Francisco III 19 y 24.
- El Fisco de Chile al efectuar la expropiación del Lote 48-A, existiendo una inscripción conservatoria que autorizaba a las actoras a desarrollar actividades extractivas de pomacita en las pertenencias Francisco III 19 y 24, actuó a lo menos negligentemente al no respetar la labor económica desarrollada en dichas pertenencias, en tanto subsistió la autorización judicial que amparaba la extracción. Este tipo de responsabilidad puede enmarcarse dentro de lo que en doctrina se denomina “responsabilidad por culpa consistente en que quien ejecuta la acción (en este caso la acción de expropiar y en especial la realización de las labores de la obra sub-lite) omite arbitrar las medidas tendientes a respetar la actividad que resulta dañada, derivándose por ello un actuar ilícito.
- Se tuvo por no acreditada la cuantificación del daño emergente y lucro cesante reclamados.
- En cuanto al daño moral demandado por José Bonzi en su calidad de socio mayoritario de Génova Limitada, razona en el sentido de que conforme al artículo 2053 inciso 2° del Código Civil la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, por lo que el hecho de ser socio mayoritario de las sociedades demandantes no lo habilita para demandar perjuicios, ya que sólo a éstas afectaría la actividad de los demandados.

Decimotercero: Que en cuanto al primer motivo de nulidad sustancial que tiene en vista la diferencia que podría existir entre la responsabilidad de origen constitucional y la extracontractual regulada por el Título XXXV del Código Civil, es conveniente reiterar en este fallo que la doctrina de esta Corte Suprema en cuanto al derecho aplicable apunta a que el Juez se encuentra vinculado por el principio “iura novit curiat, en el sentido que es el Juez quien conoce y aplica el derecho sin que ello afecte la causa de pedir, esto es, no se encuentra limitado u obligado por los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no obsta a la exigencia que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito.

En el presente caso, el demandante fundó su demanda principal en la violación del derecho de propiedad y de las garantías consagradas por la Carta Fundamental para protegerlo; y a su vez la demanda subsidiaria argumentó que los demandados incurrieron en responsabilidad extracontractual regulada por las normas del Código Civil. El Juez de la causa optó por este último criterio fundado básicamente en que si bien la infracción a las normas constitucionales puede constituir fuente directa de responsabilidad no es menos cierto que al no existir un mecanismo de carácter general que regule la materialización del procedimiento indemnizatorio debe necesariamente recurrirse a las normas de responsabilidad extracontractual previstas en el Código Civil y que, en definitiva, lo solicitado por los actores, tanto en la acción principal como en la subsidiaria, es la indemnización de perjuicios derivados del actuar ilícito y antijurídico de los demandados.

En ese aspecto el raciocinio del juez de la causa está correcto, por cuanto como indica el autor Enrique Barros Bourie: “Los derechos constitucionales son intereses legítimos que están resguardados por el derecho civil. Por tratarse de bienes de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, debe entenderse, además, que se trata de intereses significativos, en la medida que estén esencialmente comprometidos. Pero las condiciones de la reparación están dadas por el derecho de la responsabilidad civil. (‘‘Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2007, p. 230).

Sin embargo, en el presente caso esas exigencias de reparación están determinadas principalmente por el Derecho público, por cuanto atañe a una deficiencia de la actuación de un órgano del Estado y por tal motivo la cuestión de la responsabilidad debe analizarse bajo el criterio de la falta de servicio o culpa en el servicio.

No existe, en consecuencia, en cualquiera de las propuestas de responsabilidad aludidas, la infracción denunciada porque el litigio se resolvió sobre la base de las situaciones de hecho en que se apoyó la demanda y teniendo en cuenta que las consideraciones reprochadas por el recurrente no han influido en lo dispositivo del fallo, por cuanto la acción también fue entablada con fundamento en las normas sobre responsabilidad extracontractual por culpa del Ministerio de Obras Públicas.

Tal aserto encuentra además apoyo en lo ya esbozado en la sentencia dictada por esta Corte en causa rol N° 371-2008, que señala que la noción de falta de servicio es aplicable en las normas de derecho común, reflexión a partir de la cual a su vez es posible concluir que es irrelevante que dicho criterio de atribución de responsabilidad se aplique directamente por medio del artículo 44 de la Ley N° 18.575 o, en su caso, por el artículo 2314 del Código Civil, porque el concepto de falta de servicio es invariable; por tal circunstancia lo que interesa es que se establezca –como se colige en la sentencia censurada– que el comportamiento del servicio público fue distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal.

Decimocuarto: Que en lo relativo a los dos capítulos restantes, ellos exigen que se haga una breve reseña del marco jurídico que incide en las cuestiones a resolver, esto es:

a) Si el Estado debe indemnizar los perjuicios ocasionados a las sociedades titulares de las pertenencias por haber expropiado únicamente los predios superficiales para construir la segunda pista

de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez y no las pertenencias emplazadas en dichos inmuebles;

b) En caso de ser afirmativa la respuesta a dicha interrogante, cuáles son las reglas y criterios jurídicos que rigen para la determinación de la naturaleza y el monto de los daños.

Decimoquinto: Que en los motivos precedentes se ha dejado establecido que el fallo impugnado señaló que el Fisco de Chile incurrió en una actuación ilícita al efectuar la expropiación de un predio superficial sin tomar en cuenta que las sociedades demandantes contaban con dos pertenencias mineras y con una autorización judicial para utilizar el referido predio, omitiendo arbitrar las medidas tendientes a respetar la actividad económica que ejercían. Dejó de lado la posibilidad de reconocer responsabilidad del Estado por la privación de otras sesenta y seis pertenencias que se encontraban a nombre de las actoras porque no contaban con servidumbre legal minera.

A este respecto, cabe recordar que el artículo 19 N° 24 inciso noveno de la Constitución Política establece que “El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número. Enseguida, el inciso tercero del mismo precepto dispone que: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado...”

Sobre este punto la obra “Constitución Política de la República de Chile, Doctrina y Jurisprudencia citando al profesor José Luis Cea Egaña afirma: “...dentro de las características del dominio sobre la concesión minera, destaca el hecho que el dueño debe ser privado de la propiedad que emana de su concesión por expropiación indemnizada, procediéndose al desposeimiento material en los términos que asegura el código político y gozando de las garantías jurisdiccionales que le permitan defender lo suyo. Incumbe sólo a la magistratura conocer y decidir toda controversia en el asunto, señalando además que lo anterior se encuentra establecido en el inciso 9° del numeral estudiado, coordinado con los primeros incisos del mismo número, aplicándose de esta forma la expropiación para estos casos de caducidad y extinción ()... “Se puede concluir que éste es uno de los derechos de propiedad en donde se entiende que el Estado es dueño absoluto del bien en sí, y se establece un sistema de concesiones sobre los yacimientos mineros. Respecto de la concesión, el particular a quien se le otorga tiene el derecho de propiedad sobre ésta, con todo lo que eso implica. Así las cosas, el dominio del particular no se manifiesta sobre el yacimiento minero, sino que sobre la concesión relativa a ese yacimiento. (Director: Eduardo Aldunate Lizana, Puntotex, Thomson Reuters, primera edición, 2009, Tomo 1, pp. 342-343).

Decimosexto: Que, de este modo, en los términos de los preceptos constitucionales referidos, se muestra que la privación de las facultades de extraer y de apropiarse de las sustancias importa también la del ejercicio del derecho de propiedad de la concesión, distinto del derecho del propietario del terreno superficial. Es así como la primera cuestión planteada se resuelve a favor del recurrente y por tanto incurre en error jurídico el fallo impugnado al limitar la actuación ilícita del Estado a los casos de privación de pertenencias que se encontraban beneficiadas con una servidumbre legal minera. Dicha distinción no tiene sustento constitucional ni legal y contraría el derecho que la Carta Fundamental reconoce al propietario de la concesión minera que no puede ser privado del dominio sobre su concesión minera sino en caso de expropiación y que será indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado. En efecto, si bien las servidumbres mineras legales prestan una utilidad económica al predio dominante (concesiones de explotación) no condicionan el ejercicio del derecho de dominio de una pertenencia, sin perjuicio de que pueda ser considerado como un criterio determinante en el establecimiento del daño.

Decimoséptimo: Que, adicionalmente, el marco legal confirma la mencionada regla constitucional. En efecto, el artículo 6º de la Ley N° 18.097 dispone: “El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

“La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

A su turno, desde que se constituye una concesión se le confiere a su titular la propiedad minera, según se lee de los artículos 2º de la Ley N° 18.097 y 91 del Código de Minería, sirviendo la sentencia que constituye la concesión como título de dominio.

En el mismo sentido, el artículo 2º del Código de Minería define la concesión minera: “La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional o del presente Código.

“La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia.

A su vez, el artículo 9º inciso primero de la Ley N° 18.097 indica: “Todo concesionario minero puede defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares; entablar, para tal efecto, acciones tales como la reivindicatoria, posesorias y las demás que la ley señale, y obtener las indemnizaciones pertinentes.

Específicamente el artículo 11 de la misma Ley trata de los derechos del concesionario de explotación: “El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo:

“1.- A explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión y a realizar todas las acciones que conduzcan a esos objetivos, salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7º y 8º;

“2.- A hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles a la fecha de quedar judicialmente constituida, comprendidas dentro de los límites de su concesión, y

“3.- A ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.

Decimotavo: Que en relación con los derechos del concesionario minero es ilustrativo citar al autor Juan Luis Ossa Bulnes, quien señala: “Relacionando el carácter constitutivo de la sentencia con lo dispuesto en el artículo 91 cabe concluir que la sentencia, una vez ejecutoriada:

“– Conformar, al mismo tiempo, el título constitutivo de la concesión y el título de propiedad sobre ella;

“– Conformar también el modo de adquirir en cuya virtud la concesión se incorpora al patrimonio de su titular (Tratado de Derecho de Minería, Cuarta Edición, año 2007, p. 317).

Por su parte, comentando el artículo 2º del Código de Minería, la autora Carmen Ansaldi Domínguez indica que la concesión minera: “Es un derecho distinto e independiente del dominio del predio superficial aunque ambas propiedades tengan un mismo dueño, lo que significa que el derecho del concesionario minero no depende ni está relacionado en modo alguno con el derecho de dominio que tenga el dueño del suelo, aunque éste sea titular de ambas propiedades (...)” “Es oponible al Estado y a cualquier persona, lo que comporta que la propiedad minera se puede defender por todos los medios, o dicho de otro modo, impetrando cualquiera de las acciones que contempla la ley civil para defender la propiedad inmueble. El derecho de defensa de sus derechos (...)” “Como su nombre lo indica, la concesión de exploración concede derechos exclusivos para investigar o buscar sustancias minerales concesibles en un determinado terreno. En cambio, la concesión de explotación o pertenencia permite al titular arrancar las sustancias minerales concesibles que encuentre, apropiarse de ellas con ánimo de lucro, pudiendo también realizar actividades de exploración. (“Curso de Derecho Minero”, Editorial Metropolitana, año 2007, pp. 86 y 87).

Decimonoveno: Que, en consecuencia, de acuerdo con el razonamiento expuesto, corresponde concluir que la sentencia impugnada incurrió en infracción de los artículos 6º, 9º y 11 de la Ley N° 18.097 y 2º del Código de Minería, en relación con el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, porque dichas disposiciones imponían resolver que la responsabilidad estatal se extiende a la totalidad de las pertenencias invocadas al haberse expropiado los predios superficiales en que se emplazaban, sin haber ejercido la misma potestad expropiatoria respecto de tales pertenencias y por ende habiendo privado a sus titulares de sus facultades esenciales sin pagarles el daño patrimonial efectivamente causado.

Vigésimo: Que siguiendo con la segunda cuestión jurídica propuesta por el recurso, es pertinente recapitular que el tribunal decidió rechazar la demanda por cuanto estimó que el daño patrimonial no había sido debidamente acreditado, basándose en la ausencia de un peritaje que determinara la reserva de pomacita en las pertenencias. Claramente ese raciocinio atendió a lo previsto en el artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097, que señala: “Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.

Basta la sola lectura del precepto para concluir que el tribunal incurre en error de derecho por cuanto la disposición no era aplicable al caso, en atención a que el precepto citado establece una regla indemnizatoria en caso de producirse una expropiación de pertenencias mineras; empero, la situación planteada en autos dice relación con una privación de facto del derecho a explotar las pertenencias sin que mediara expropiación autorizada por ley.

Por consiguiente, lo que procedía era determinar, de acuerdo a las reglas generales, una reparación por equivalencia mediante una indemnización de perjuicios que correspondiera a la disminución patrimonial efectivamente sufrida por las sociedades demandantes, como asimismo y si fuera procedente, por las rentas que dejaron de obtener durante el tiempo en que se encontraron imposibilitadas de explotar los yacimientos mineros.

Vigésimo Primero: Que los errores de derecho constatados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto, de no haberse incurrido en ellos, se habría decidido que el titular de las pertenencias mineras, privado de las facultades de continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera, sufrió la privación de los atributos o facultades esenciales del dominio sobre ella y que, por consiguiente, al no haber precedido expropiación autorizada por ley respecto de las mismas correspondía que le fuera indemnizado el daño causado,

conforme a las reglas generales; siendo innecesario analizar las restantes infracciones de ley por cuanto han perdido fundamento ante los razonamientos desarrollados.

Vigésimo Segundo: Que en atención a las motivaciones desarrolladas el recurso de nulidad sustancial será acogido.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764, 767, 768 y 808 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I.- Que se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 775 en contra de la sentencia de diecinueve de abril de dos mil once, escrita a fojas 771.

II.- Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de la referida presentación contra la mencionada sentencia, la que en consecuencia se anula y se la reemplaza por la que se dicta, en forma separada y sin previa vista, a continuación.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte el razonamiento decimotercero y concurre al fallo teniendo presente lo señalado en reiterados votos particulares, en el sentido que no corresponde aplicar subsidiariamente las normas contenidas en el Código Civil a la responsabilidad sustentada en actos de autoridad o de Derecho Público, la que tiene identidad propia y se rige por sus disposiciones y principios particulares.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Prieto.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., y los Abogados Integrantes Sr. Arnaldo Gorziglia B., y Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 25 de noviembre de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

Rol N° 5450-2011.

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil trece.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada con las siguientes modificaciones:

a) En el considerando décimo octavo se elimina en el segundo párrafo la parte que se inicia con la expresión “y sólo respecto de las pertenencias referidas” y que termina con la frase “antes mencionadas”.

b) En el fundamento vigésimo se prescinde del primer párrafo. Además en el segundo párrafo se suprime la parte que principia con la frase: “o dicho de otra forma cuales” y que finaliza con la expresión: “por la autorización ya tantas veces indicada”.

c) En el párrafo primero del considerando vigésimo primero se elimina la frase “Francisco II 19 y 24”. En el último párrafo del mismo basamento se prescinde del periodo oracional: “conforme al parámetro de conducta consagrado en el artículo 44 inciso 3 del Código Civil”.

d) En el considerando vigésimo tercero se excluyen las expresiones: “y sólo en relación a la actividad económica desarrollada en las pertenencias Francisco III 19 y 24.

e) Se eliminan del raciocinio vigésimo cuarto los párrafos tercero y siguientes.

f) Se suprime el razonamiento decimonoveno.

De la sentencia de casación se reproducen los fundamentos decimotercero al vigésimo.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

Primero: Que la demanda de autos fue interpuesta por Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada, quién actúa por sí y en representación de Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera de Pudahuel y Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel, en contra del Fisco de Chile y de Besalco S.A. En síntesis, fundamentó la demanda en los siguientes antecedentes:

1) Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera de Pudahuel es dueña de las siguientes pertenencias mineras de explotación:

a) “Francisco III 19” y “Francisco III 24”, que forman parte de “Francisco III 1 al 39”;

b) La Monona 1 al 11, que forman parte del grupo “La Monona 1 al 34”; y

c) Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20 que forman parte de “Edith 1 al 22”.

2) Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35”.

3) Todas son pertenencias contiguas entre sí y vecinas del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez. Además cuentan con dos servidumbres mineras debidamente inscritas.

4) El mineral que exploran y explotan es la “pomacita” o “puzolana”, labor que realiza desde el año 1997.

5) El Ministerio de Obras Públicas por Decretos N° 2211 y 2212 de 9 de diciembre de 2002 ordenó la expropiación de varios predios, entre ellos los “Lote N° 50” y “Lote N° 48-A”, de propiedad de Cemento Melón S.A. y Wolfgang Stohr Von Holleben, respectivamente, a fin de construir la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

6) El Fisco de Chile es responsable, porque a través del Ministerio de Obras Públicas encargó a Besalco la construcción de la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, efectuando para ello la expropiación de los terrenos superficiales, pero no de las pertenencias que cubren dichos terrenos. La privación del dominio de las pertenencias acarrea responsabilidad constitucional del Estado.

7) Los perjuicios consisten en:

a) Daño emergente correspondiente al valor económico de las mencionadas sesenta y ocho pertenencias. En aplicación del artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097 corresponde indemnizar el valor comercial de la facultad de extraer y apropiarse de las sustancias contenidas en las pertenencias, determinando las reservas disponibles de “pomacita o puzolana” y calculando sobre ellas el valor presente de los flujos de caja. El valor comercial de las pertenencias asciende a \$ 5.126.723.215 (UF 296.050,61);

b) Lucro cesante correspondiente a los intereses que habrían obtenido con el dinero producto de la explotación; y

c) Daño moral ocasionado al demandante José Bonzi, en su calidad de socio mayoritario de Génova Limitada, a consecuencia de la conducta ilegal de los demandados, el que avalúa en \$ 100.000.000.

Segundo: Que de acuerdo a lo razonado en la sentencia de casación que antecede, el Fisco de Chile incurrió en responsabilidad estatal por no haber ejercido sus potestades de expropiación a que se encontraba obligado respecto de las pertenencias cuyos titulares son las sociedades demandantes y que se emplazaban en predios superficiales que sí fueron expropiados para la construcción de la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

Tercero: Que según quedó asentado en la misma sentencia, la indemnización por el daño causado debe determinarse de acuerdo a las reglas generales de la reparación por equivalencia mediante una indemnización de perjuicios que corresponda al perjuicio efectivamente sufrido por las sociedades demandantes.

Cuarto: Que por no existir expropiación no es directamente aplicable la regla tercera del artículo 11 de la Ley N° 18.097, por lo que para determinar una indemnización por equivalencia es razonable tener presente la cantidad de metros cúbicos de mineral que pudo explotarse y su valor.

Quinto: Que, en relación a la prueba rendida por la parte demandante para acreditar el perjuicio en los términos expuestos, cabe referirse a las siguientes probanzas:

a) Informe pericial elaborado por Jorge Mislej Musalem que rola a fojas 485 y siguientes y que informa la valorización financiera sobre las 68 pertenencias y da cuenta de los volúmenes de pomacita vendida por las demandantes entre los años 1998 y 2004, en cuyo anexo 2 se detalla la facturación.

b) Documento de fojas 207 y siguientes que da cuenta de un estudio geológico y evaluación del recurso pomacita en las pertenencias Francisco III 1-39, Edith 1-22 y Gabriela 1-35.

c) Declaración de Sergio Rivano García de fojas 233 que reconoce la elaboración del instrumento mencionado anteriormente.

Sexto: Que a dichos antecedentes debe adicionarse que son hechos establecidos que inciden en la evaluación del daño patrimonial causado los siguientes:

– La Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera Pudahuel es dueña de las siguientes pertenencias: a) Francisco III 19 y Francisco 24; b) La Monona 1 al 34; y c) Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20.

– La Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35”.

– La privación de la explotación de las pertenencias ocurrió el 5 de febrero del año 2004, fecha del Acta de Entrega de Terreno suscrita por Besalco y el Inspector Fiscal del Ministerio de Obras Públicas y en la que se dejó constancia que “los trabajos no podrán interferir con las faenas mineras presentes en la zona, ni interrumpir el camino de acceso con que estas faenas cuentan, lo que permitió que las demandantes pudieran continuar vendiendo mineral hasta noviembre de 2004.

– De las pertenencias referidas, las denominadas Francisco III 19 y 24 fueron beneficiadas con una autorización para constituir provisoriamente una servidumbre legal de ocupación y tránsito sobre el predio sirviente expropiado Lote N° 48 A de dominio de Wolfgang Stohr. Esa autorización estuvo vigente desde el 14 de enero del año 2000 hasta octubre de 2004, fecha en que se dicta sentencia en los autos Rol 6648-1999 seguidos ante el 9° Juzgado Civil de Santiago que deja sin efecto las servidumbres de ocupación y tránsito, la que se confirma por sentencia de 25 de julio

de 2006, y quedó ejecutoriada con fecha 30 de marzo de 2007, a fojas 949 del expediente Rol 6648-1999, el que se tuvo a la vista en la tramitación de estos autos y al momento de dictar esta sentencia de reemplazo para los efectos de estimar la indemnización.

– La Sociedad Inversiones y Asesoría Génova Limitada hasta noviembre de 2004 comercializó Pomacita o Puzolana extraída de sus pertenencias, según consta de la facturación agregada al informe pericial (Anexo 2 fojas 539), sin que pueda determinarse a cuantas y a cuales de las sesenta y ocho pertenencias resulta imputable esa producción.

Que según el informe pericial (fojas 487), la venta entre enero y noviembre de 2004 fue de 121.256,50 metros cúbicos, lo que implica un promedio mensual de 11.023,31 metros cúbicos. Que entre noviembre de 2004, fecha en que termina la comercialización de la pomacita, y el 30 de marzo de 2007, fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que deja sin efecto la servidumbre de ocupación y tránsito, transcurrieron 28 meses, período en el cual pudo haberse continuado explotando el material de no haber sido ello impedido por las obras que efectuaba Besalco, estimándose, de acuerdo al promedio de los once meses del año 2004, que pudo venderse un volumen de 308.652,68 metros cúbicos de mineral en el período de 28 meses.

Que para los efectos de fijar un precio por metro cúbico de pomacita en banco se tendrá presente los avisos publicados en el diario El Mercurio de Santiago los días 26 de marzo y 2 de abril de 2006 referidos en el informe pericial (fojas 489 y 549), y que corresponde aproximadamente al período intermedio entre fines de 2004 y el 30 de marzo de 2007, lo que asciende a un valor aproximado de 0,0527 UF por metro cúbico. De esta manera se estima el valor del mineral que las demandantes fueron privadas de explotar en el equivalente a 16.266 Unidades de Fomento.

Que de la cantidad antes señalada, considerada como venta en banco, deben descontarse algunos costos fijos anuales que corresponden a patentes mineras, pago a controladores, etc., estimados en aproximadamente 220 UF al año según informe pericial (fojas 492).

Séptimo: Que en atención a lo antes consignado debe entenderse que la indemnización que se otorgará en virtud de esta sentencia compensa la totalidad de las pertenencias y servidumbres invocadas en la demanda, y como contrapartida debe dejarse consignado que al actor no le asiste derecho alguno respecto de ellas, más allá de que en el papel se mantengan todavía inscritas a su nombre.

Octavo: Que en virtud de la prueba referida y teniendo en consideración los criterios de valoración que se ha señalado en las motivaciones precedentes, se fija la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado en la suma de \$ 360.000.000, suma que debe entenderse comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante.

Noveno: Que en lo relativo al daño moral se estará a lo resuelto por el juez de primera instancia en cuanto a su improcedencia.

Décimo: Que por estas razones se acogerá la demanda en los términos antes referidos.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

A.- Que se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de octubre de dos mil seis, escrita a fojas 573 y siguientes, en cuanto por ésta se rechazó la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile y en su lugar se acoge la demanda interpuesta por Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada, quién actúa por sí y en representación de Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera de Pudahuel y Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel y, en consecuencia, se condena a pagar al Fisco de Chile a las indicadas demandantes la suma única de

\$ 360.000.000, cantidad que devengará intereses corrientes para operaciones de crédito de dinero no reajustables a contar de la fecha en que el demandado se constituya en mora.

B.- Que se confirma en lo demás apelado la mencionada sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Prieto.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., y los Abogados Integrantes Sr. Arnaldo Gorziglia B., y Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 25 de noviembre de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

Rol N° 5450-2011.

2.3. PROBIDAD

MATERIA

PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 39.453

Fecha: 15.07.2010

DESCRIPTORES

Empleo Público – Televisión Nacional de Chile – Consejo Nacional de Televisión – Conflicto de Intereses – Probidad Administrativa – Nombramientos – Función Pública.

PRINCIPIO JURÍDICO.

El Presidente de la República está sometido al principio de probidad administrativa.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 8º, 19 N° 12, 21, 23 y 24, 24, 29, 32 N° 10, 52 N° 2 letra a) y 53 N° 1 CPR; Arts. 1º, 2º, 3º, 28, 52, 53, 54, 56 y 62 N° 6 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1º y 2º Ley N° 18.838 Crea el Consejo Nacional de Televisión; Arts. 1º y 4º Ley N° 19.132 Crea Empresa Televisión Nacional de Chile.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 73.040/2009, 22.527/2010, 15.183/2007, 14.160/2009, 13.940/2010.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Existe un conflicto de intereses entre el interés privado del Presidente de la República (quien es accionista mayoritario de una empresa controladora de una canal de televisión) y los nombramientos que debe efectuar en el Consejo Nacional de Televisión y en Televisión Nacional de Chile?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Presidente de la República, como persona natural, es accionista mayoritario de Bancard Inversiones Limitada, empresa que a su vez es accionista mayoritaria de Red de Televisión Chilevisión S.A.

Los diputados Ramón Farías Ponce, Lautaro Carmona Soto y Patricio Vallespín López denunciaron a Contraloría General de la República un posible conflicto de intereses que se estaría produciendo entre el interés privado del Presidente de la República en su calidad de accionista de las empresas señaladas y los nombramientos de las autoridades del Consejo Nacional de Televisión y Televisión Nacional de Chile que le compete efectuar.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 24 de la CPR señala que el gobierno y administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. El artículo 1º de la LOCBGAE establece que tal autoridad superior ejerce el gobierno y la administración del Estado con colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Por otra parte el artículo 8º de la CPR señala que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Sus incisos 3 y 4 establecen que el Presidente de la República, Ministros, diputados y senadores y otras autoridades que una ley orgánica constitucional señale deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública; dicha ley determinará los casos y condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de los bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública, pudiendo considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y en situaciones calificadas disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes. Tal ley no ha sido dictada todavía.

Por otra parte, la LOCBGAE señala en su artículo 52 que las autoridades y funcionarios deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa, el que se traduce en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Por su parte el artículo 53 precisa que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz, señalando las formas en que se expresa dicho interés. El artículo 62 agrega que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa las conductas que señala, dentro de las que se encuentra el intervenir en razón de sus funciones, en asuntos en que se tenga interés personal, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad (Nº 6). Agrega que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos.

De todo esto se desprende que la actividad administrativa que le fue encomendada al Presidente de la República es una función pública que debe ser ejercida con estricta sujeción al principio de probidad.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia administrativa (dictámenes 73.040/2009 y 22.527/2010), desempeña funciones públicas cualquier persona que cumple con una actividad pública en procura del interés general, por lo que tal expresión no se reduce únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo. Dicha jurisprudencia (dictamen 73.040/2009) ha establecido que el ejercicio de la función pública no reconoce personas ni individuos que queden al margen del principio de probidad, por lo que el Presidente de la República debe respetar las normas constitucionales y legales que lo regulan y que le imponen en todas sus actuaciones hacer primar el interés general sobre los particulares.

Mientras los conflictos de interés derivados de la situación patrimonial del interesado no sean objetivados por la ley orgánica constitucional señalada en el artículo 8° de la CPR deben ser analizados a la luz de las normas que recogen y regulan el principio de probidad, por lo que deben analizarse específicamente en cada situación. Así, debe recordarse que las autoridades y funcionarios tienen derecho a adquirir y conservar sus bienes y a ejercer cualquier actividad económica, en la medida que ello se encuentre limitado por la normativa vigente (N° 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR). Una posibilidad de establecer dichas limitaciones es la que reconoce el artículo 8° de la CPR, donde se ha radicado, por el constituyente, exclusivamente en el Poder Legislativo la facultad de determinar los bienes propiedad de las autoridades que señala que estas deberán enajenar o entregar en administración a terceros por suponer un conflicto de interés. Por tanto, CGR no posee atribuciones para efectuar tal calificación o disponer las medidas de dicha naturaleza.

Por su parte, el artículo 56 de la LOCBGAE establece que los funcionarios tienen derecho a ejercer cualquier profesión, industria, comercio u oficio que sea conciliable con su posición en la Administración, siempre que no se perturbe el cumplimiento de sus deberes funcionarios. Dichas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados, señalando que son incompatibles con la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan. La jurisprudencia de Contraloría General de la República (dictámenes 15.183 de 2007, 14.160 de 2009 y 13.940 de 2010) ha expresado que la probidad administrativa impone a los funcionarios públicos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea sólo potencial.

En otro orden de consideraciones, la Ley N° 18.838 que creó el Consejo Nacional de Televisión por mandato del N° 12 del artículo 19 de la CPR, señala en su artículo 2° que este se encuentra integrado por 11 miembros, uno de los cuales es libremente designado por el Jefe de Estado y los otros diez son nombrados por el mismo con acuerdo del Senado. Por otra parte, la Ley N° 19.132 que creó la Empresa Televisión Nacional de Chile, establece que la administración de la entidad la ejercerá un directorio de siete miembros, de los que uno de ellos es de libre designación del Presidente de la República y los otros seis los escoge el mismo con acuerdo del Senado. De todo esto se desprende que el ordenamiento jurídico impone al Presidente de la República el deber de disponer determinados nombramientos. Al efectuarlos, está cumpliendo una función que le encomiendan la CPR y las leyes, dando así aplicación al principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la CPR y 2° de la LOCBGAE), procurando en su calidad de Presidente de la República la continuidad de los servicios públicos, como lo exigen los artículos 3° y 28 de la LOCBGAE.

Como el ordenamiento ha radicado en el Jefe de Estado la obligación de efectuar los señalados nombramientos, los actos de la especie no pueden, a priori, verse afectados

sobre la base de un posible conflicto de interés. Efectuarlos no implica, de suyo, en los términos de la ley, dar primacía al interés particular por sobre el general, además de que esa atribución se refiere a cargos de libre designación o proposición del Presidente de la República. Todo esto es sin perjuicio de que, si en un caso concreto se hace primar el interés particular sobre el interés general se estará en presencia de una infracción al principio de probidad administrativa, cuestión que si bien puede ser investigada por Contraloría, es de competencia de los organismos constitucionales competentes definirla, al tenor de los artículos 52 N° 2 letra a) y 53 N° 1 de la CPR (juicio político).

Todo esto no excluye que la persona que sea designada deba ejercer las funciones públicas para las que es nombrada con apego al principio de probidad. Sostener un criterio distinto al presente implicaría que el Presidente de la República debiera abstenerse de efectuar el nombramiento de una serie de autoridades para así precaver eventuales conflictos de intereses relacionados con procedimientos administrativos o juicios en que pudiere ser parte una empresa en la que tuviere alguna participación. Así, se imposibilitaría el cumplimiento de la función de nombramiento, ya que nuestro ordenamiento solamente prevé la subrogación del Presidente de la República en las situaciones señaladas expresamente en el artículo 29 de la CPR, dentro de las que no se encuentran las designaciones. Esta situación atentaría severamente contra los principio de eficiencia y continuidad del servicio público. En otras palabras, aplicar un criterio diverso al del presente pronunciamiento implicaría que el Presidente de la República, para cumplir con la normativa de probidad, debería dejar de aplicar las normas constitucionales y legales que le obligan a efectuar los nombramientos, mientras que por otro lado, si procede de esta manera, ello le haría incurrir en responsabilidad por haberla dejado sin ejecución, al no atender las necesidades públicas comprometidas en tales designaciones. Esta disyuntiva no es conciliable con la aplicación armónica que se debe dar a todos los preceptos constitucionales involucrados.

Examinadas las normas y los antecedentes y conforme a lo señalado más arriba, no se advierte impedimento para que el Presidente de la República cumpla con la función de efectuar los señalados nombramientos y proposiciones, ya que la sola circunstancia de que él, como persona natural, sea accionista de las empresas señaladas, no lo inhabilita para ello, sin perjuicio de que deba cumplir al llevarlos a cabo con todas las normas que rigen el ejercicio de estos, lo que sí concierne a Contraloría General de la República, quien examinará, en lo que le compete, los actos administrativos que se dicten al efecto y fiscalizará el cumplimiento del principio de probidad administrativa.

CONCLUSIÓN

No existe conflicto de intereses entre el interés privado del Presidente de la República, quien es accionista mayoritario de una empresa controladora de una canal de televisión, y los nombramientos que debe efectuar en el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) y en Televisión Nacional de Chile (TVN), ya que estas son funciones que nuestro ordenamiento le impone, por lo que al realizarlas está dando cumplimiento

al principio de juridicidad consagrado en la Constitución y procurando la continuidad de los servicios públicos.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN.

En pocas ocasiones un asunto que afecta al Presidente de la República ha sido objeto de dictaminación. Con este caso la CGR explicita que el Presidente está sujeto a las reglas de probidad, pero además señala que dado que algunas materias son de su competencia exclusiva no se produce tal infracción si debe inevitablemente ejercer tales atribuciones. Es un caso relevante, pues devela de manera clara los alcances de la figura presidencial.

TEXTO COMPLETO

Nº 39.453 Fecha: 15-VII-2010

Se han dirigido a esta Contraloría General los diputados señores Ramón Farías Ponce, Lautaro Carmona Soto y Patricio Vallespín López, denunciando un posible conflicto de intereses que se estaría produciendo entre el interés privado del Presidente de la República en su calidad de accionista de las empresas controladoras de la Red de Televisión Chilevisión S.A. y los nombramientos de las autoridades del Consejo Nacional de Televisión y de Televisión Nacional de Chile que le compete efectuar.

Requerido su informe, el Ministro Secretario General de la Presidencia señala, en síntesis, que las normas en que se manifiesta el principio de probidad tienen por objeto precaver la ocurrencia de un conflicto de interés concreto y preciso, y no problemas de imparcialidad que eventualmente pudieren presentarse al ejercer una función pública, razón por la cual, a su juicio, no resultaría procedente que el Jefe del Estado se abstenga de efectuar los nombramientos que le competen en los organismos antes individualizados, pues con ello sólo está ejerciendo las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico.

Se ha tenido a la vista también el informe evacuado por el Superintendente de Valores y Seguros, a solicitud de este Organismo.

Sobre la materia y como cuestión previa, cabe señalar que de los antecedentes que obran en poder de esta Entidad Fiscalizadora se ha podido establecer que el actual Presidente de la República, como persona natural, es accionista mayoritario de Bancard Inversiones Limitada, empresa que a su vez es accionista mayoritario de Red de Televisión Chilevisión S.A.

Precisado lo anterior, es dable recordar que acorde con el artículo 24 de la Constitución Política de la República, el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, mientras que el inciso primero del artículo 1º de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, indica que tal autoridad superior ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Enseguida, es del caso manifestar que el inciso primero del artículo 8º de la Carta Fundamental prescribe que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

Agregan sus incisos tercero y cuarto, incorporados por la Ley de Reforma Constitucional Nº 20.414, publicada en el Diario Oficial el 4 de enero pasado, que “El Presidente de la Repú-

blica, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes”.

Cabe hacer notar que la ley recién aludida no ha sido aún dictada.

Por su parte, en el ámbito de la Administración del Estado, el artículo 52, inciso primero, de la referida ley N° 18.575, previene que sus autoridades “cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa”.

Asimismo, conviene retener para efectos del presente oficio que acorde con el inciso segundo del aludido artículo 52, el principio de probidad administrativa “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”, debiendo añadirse que de acuerdo a ese mismo precepto, su inobservancia acarrea las responsabilidades que determinen la Constitución y las leyes, las que pueden hacerse efectivas por las entidades y de acuerdo con los procedimientos constitucionales o legales que correspondan en cada caso.

El artículo 53 de la citada Ley N° 18.575, precisa que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Agrega que dicho interés se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionen; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

A su vez, el artículo 62 del mismo cuerpo legal expresa que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las conductas que enumera, y entre ellas, en el N° 6, la de intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Añade que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

Ahora bien, como puede apreciarse, del análisis armónico de las disposiciones citadas se desprende que la actividad administrativa que le ha sido encomendada al Presidente de la República constituye una función pública, que –naturalmente– debe ejercer con estricta sujeción al principio de probidad.

En efecto, tal como lo ha señalado esta Contraloría General, entre otros, en sus dictámenes N°s. 73.040, de 2009, y 22.527, de 2010, al discutirse las mociones parlamentarias que originaron el artículo 8° de la Carta Fundamental a través de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó expresa constancia que desempeña “funciones públicas” cualquier persona que cumple una actividad pública en procura del interés general, por lo que

tales expresiones no se reducen únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo.

De igual modo se advierte –tal como se precisara por la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en el referido dictamen N° 73.040, de 2009–, que el ejercicio de la función pública no reconoce personas ni individuos que queden al margen de este capital principio, de lo que se sigue que en el desempeño de su función el Presidente de la República debe –por cierto– respetar cabalmente las normas constitucionales y legales que regulan el principio de probidad, observando una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo, las que le imponen, en todas sus actuaciones, hacer primar el interés general por sobre los intereses particulares.

Enseguida, se aprecia también de esas disposiciones, que los conflictos de interés derivados de la situación patrimonial del interesado, en tanto no sean objetivados por la ley orgánica constitucional prevista en el inciso cuarto del artículo 8° de la Carta Fundamental, deben ser examinados a la luz de las normas que recogen y regulan el principio de probidad, lo que significa que deben analizarse específicamente en cada situación.

En este sentido, debe recordarse también que los N°s. 21, 23 y 24, del artículo 19 de la Ley Suprema, aseguran a todas las personas –incluida la que ejerce la Presidencia de la República y las demás autoridades y funcionarios– el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para adquirir toda clase de bienes y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorpales, respectivamente.

De esta manera, las autoridades y funcionarios tienen derecho a adquirir y conservar sus bienes y a ejercer cualquier actividad económica, en la medida que ello no se encuentre limitado por la normativa pertinente.

Una posibilidad de establecer restricciones o limitaciones a las garantías aludidas, es la prevista en el antes citado artículo 8°, inciso cuarto, de la Constitución Política, el cual encomienda a una ley orgánica constitucional determinar los casos y las condiciones en que las autoridades a que se refiere delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública; la que también podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes, ley que, sin embargo, y como ya se indicó, aún no ha sido dictada.

Como puede apreciarse, el constituyente ha radicado exclusivamente en el Poder Legislativo, mediante el ejercicio de sus potestades privativas, la facultad de determinar aquellos bienes de propiedad de las autoridades que señala, y que las mismas deberán enajenar o entregar en administración a terceros por suponer un conflicto de interés.

Como lógica consecuencia, esta Entidad de Control carece de atribuciones para efectuar tal calificación o para disponer medidas de esa naturaleza, toda vez que la potestad dictaminante, y por ende interpretativa de las leyes que rigen a la Administración del Estado y que compete a este Organismo de Control, no es el adecuado sustituto al ejercicio cabal, oportuno e íntegro de un deber que corresponde exclusivamente al órgano legislativo.

En lo que se refiere a las actividades, por su parte, los incisos primero y segundo del artículo 56 de la mencionada ley N° 18.575, previenen, en lo que interesa a este pronunciamiento, que todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley. Agregan que estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera

de la jornada de trabajo y con recursos privados, y que son incompatibles con la función pública las actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a “materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan”.

Por ende, la ley reconoce a los funcionarios el derecho a realizar otras actividades libremente, pero sólo en tanto este ejercicio sea conciliable con la posición que ocupan en la Administración del Estado y se cumplan las demás regulaciones que establece, a lo que es dable agregar que la reiterada jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 15.183, de 2007, 14.160, de 2009, y 13.940, de 2010, ha expresado que el principio de probidad administrativa impone a los funcionarios públicos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea sólo potencial.

Precisado el marco normativo que rige al principio de probidad y establecida la aplicación del mismo al Presidente de la República, cabe referirse a la preceptiva que regula los nombramientos que le corresponde efectuar a dicha autoridad y si el ejercicio de esta atribución se ve afectado por la circunstancia que plantean los denunciantes.

Sobre este particular, debe recordarse nuevamente que el artículo 24 de la Constitución Política de la República, establece que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Asimismo, es necesario consignar que el artículo 32, N° 10, de la Carta Fundamental, prevé como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, la de nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley.

De igual forma, el artículo 19, N° 17, de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

También debe tenerse presente que el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado previene que sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado, las personas que se encuentren en las situaciones que específicamente señala.

Por su parte, cabe consignar que en cumplimiento del artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental, la ley N° 18.838 creó el Consejo Nacional de Televisión, cuyo artículo 1°, inciso primero, previene, en lo que interesa, que dicho órgano es un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio. El artículo 2° del mismo texto legal, en tanto, establece que el aludido organismo está integrado por once miembros, de los cuales uno de ellos es de libre designación del Jefe del Estado y los diez restantes son nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

A su turno, la ley N° 19.132 —que crea la Empresa Televisión Nacional de Chile—, dispone en su artículo 1°, en lo pertinente, que ésta es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. A su vez, su artículo 4° señala que la administración de la corporación la ejerce un directorio compuesto de siete miembros, de los cuales uno de ellos es de libre designación del Jefe del Estado y los seis restantes son designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

Pues bien, conforme a las reglas constitucionales y legales reseñadas, el ordenamiento jurídico impone al Jefe del Estado el deber de disponer determinados nombramientos.

Por consiguiente, debe tenerse especialmente presente que al efectuar tales designaciones, el Presidente de la República actúa en cumplimiento de una función que le encomiendan la Constitución Política de la República y las leyes, dando aplicación, por tanto, al principio de juridicidad, contenido en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, y 2º de la aludida ley N° 18.575, y procurando, en su calidad de Jefe del Estado, la debida continuidad de los servicios públicos, tal como lo exigen los artículos 3º y 28 de este último texto legal, tarea que no podría dejar de ejercer sin vulnerar los deberes que le impone su cargo.

Ahora bien, y en armonía con lo ya manifestado en este pronunciamiento, en tanto el ordenamiento jurídico ha radicado en el Jefe del Estado la obligación de efectuar tales nombramientos, confiriéndole la facultad de proveer esos cargos con personas que cuentan con su confianza para desempeñarlos, en el parecer de esta Contraloría General los actos de la especie no pueden, en cuanto se trata de la sola designación de personas para ejercer funciones públicas, verse afectados a priori sobre la base de un posible conflicto de interés.

Lo anterior por cuanto efectuar nombramientos como los que son materia del requerimiento que se analiza, no implica, de suyo, en los términos de la ley, dar primacía al interés particular por sobre el interés general, a lo que se debe agregar que el ejercicio de esa atribución se refiere a cargos de libre designación o proposición del Jefe del Estado.

Ello sin perjuicio, por cierto, de que si en un caso concreto –y conforme a los antecedentes que lo acrediten– se hace primar el interés particular por sobre el interés general, naturalmente se estará en presencia de una infracción al principio de probidad administrativa, cuestión que si bien puede ser investigada por este Organismo de Control, la determinación de las responsabilidades derivadas de tal transgresión, en cuanto impliquen al Presidente de la República, corresponde que sea definida por los organismos constitucionales competentes y conforme con los procedimientos establecidos al efecto, según lo disponen los artículos 52, N° 2), letra a), y 53, N° 1), de la Constitución Política.

De idéntico modo, todo lo dicho no excluye que el designado, a su vez, deba ejercer las funciones públicas para las que es nombrado con apego al principio de probidad administrativa, al que debe adecuarse estrictamente conforme al ordenamiento jurídico, según se ha señalado, circunstancia que desde luego conlleva el ejercicio concreto de las facultades de fiscalización que a esta Entidad Superior de Control corresponden, sea a través de actuaciones de oficio o atendiendo las denuncias que se refieran a eventuales transgresiones a este fundamental principio.

Desde otra perspectiva, sostener un criterio distinto al manifestado en el presente oficio, implicaría que el Presidente de la República debiera abstenerse de efectuar el nombramiento de una serie de autoridades –no obstante que la Constitución o la ley exigen su intervención–, para así precaver eventuales conflictos de intereses en relación con procedimientos administrativos o juicios en que pudiere ser parte una empresa en la que tuviere alguna participación.

Tal interpretación produciría como consecuencia la imposibilidad del cumplimiento de dicha función de nombramiento, ya que nuestro ordenamiento jurídico sólo prevé la figura de la subrogación del Jefe del Estado en las situaciones expresamente previstas en el artículo 29 de la Carta Fundamental, dentro de las cuales no se contemplan las relativas a designaciones.

Como es fácil apreciar, esa situación atentaría severamente contra los principios de eficiencia y continuidad del servicio público.

Dicho de otro modo, tal criterio, por un lado, importaría que el Presidente de la República para dar cumplimiento a la normativa en materia de probidad debería dejar de aplicar la preceptiva constitucional y legal que le impone el deber de efectuar los nombramientos, en tanto que, por el

otro, si procediera de esa manera, ello le haría incurrir en responsabilidad por haberla dejado sin ejecución, al no atender las necesidades públicas comprometidas en tales designaciones.

Semejante disyuntiva no resulta conciliable con la aplicación armónica que se debe dar a todos los preceptos constitucionales involucrados en esta cuestión, criterio interpretativo recogido no sólo en la jurisprudencia de este Organismo Contralor, sino que también en la de los Tribunales Superiores de Justicia y en la del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, examinadas las disposiciones aplicables en la materia, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista y de conformidad con lo precedentemente expuesto, es dable concluir que esta Entidad de Control no advierte impedimento para que el Presidente de la República cumpla con la función de efectuar los señalados nombramientos y proposiciones, por cuanto la sola circunstancia de que el Jefe del Estado, como persona natural, sea accionista en los términos antes indicados no lo inhabilita al efecto, lo cual es sin perjuicio de que en su ejercicio específico deba cumplir todas las normas que la rigen, aspectos que, en las materias que conciernen a la competencia de esta Contraloría General, serán debidamente examinados en el control preventivo de juridicidad de los actos administrativos que a tal fin se dicten y en la fiscalización que, en resguardo del ya señalado principio, le corresponda efectuar a este Órgano Contralor.

MATERIA

NOMBRAMIENTO DE CARGO DE EXCLUSIVA CONFIANZA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 39.500

Fecha: 15.07.2010

DESCRIPTORES

Empleo Público – Instituto Nacional de Deportes – Conflicto de Intereses – Probi-
dad Administrativa – Nombramientos – Ley de Donaciones.

PRINCIPIO JURÍDICO.

El nombramiento de una autoridad no es constitutivo de infracción a la probidad
administrativa.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 8º, 19 Nº 17 y 24 CPR; Arts. 1º, 54 y 62 Nº 6 Ley Nº 18.575 Orgánica
Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 19 Ley
Nº 19.712 del Deporte.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 25.514/2001, 29.566/2003, 23.210/2009, 42.304/2009, 39.453/2010.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Existe un conflicto entre el interés privado del Presidente de la República, quien
es accionista mayoritario de Blanco y Negro S.A., controladora del Club Deportivo
Colo Colo, y el nombramiento que efectuó del Director Nacional del Instituto Na-
cional de Deportes de Chile?

¿Existe un conflicto entre el interés privado del Director Nacional del Instituto Na-
cional de Deportes y las labores que el ordenamiento jurídico le encomienda realizar
respecto a la aludida sociedad anónima?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Presidente de la República y el Director Nacional del Instituto Nacional de De-
portes de Chile (Director Nacional en adelante) son accionistas principales de la
sociedad anónima deportiva Blanco y Negro S.A., controladora del Club Colo Colo.

El Diputado Gabriel Ascencio Mansilla solicitó a CGR que informe acerca del even-
tual conflicto de intereses que se podría suscitar en esta materia.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

En cuanto al alegato de la supuesta inhabilidad del Presidente de la República para
efectuar nombramientos de autoridades de ciertos organismos de la Administración
del Estado al ser accionista de la sociedad anónima, se debe señalar que mediante

dictamen 39.453 de esta misma fecha se determinó que no se transgrede a priori el ordenamiento jurídico cuando se efectúan estos nombramientos o designaciones presidenciales que tienen fuente constitucional o legal, sin perjuicio del cabal cumplimiento del principio de probidad al que también se encuentra sujeto el Primer Mandatario.

Zanjado lo anterior, se debe indicar que el Instituto Nacional de Deportes de Chile es un ente integrante de la Administración y en tal calidad colabora con el Presidente de la República en el cumplimiento de las funciones encomendadas a este por el ordenamiento (artículos 24 de la CPR y 1 de la LOCBGAE). La Ley N° 19.712 en su artículo 19 señala que la dirección superior y administración del Instituto corresponderá al Director Nacional, el que será designado por el Presidente de la República y tendrá rango y atribuciones de Subsecretario, será el jefe superior del Servicio y ejercerá su representación legal.

En cuanto al conflicto de intereses del que sería objeto el Director Nacional, se debe indicar primero que el artículo 19 N° 17 de la CPR asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los establecidos en la Constitución y las leyes. El artículo 54 de la LOCBGAE, a su vez, impide el ingreso a cargos en la Administración a las personas que se encuentren afectadas por algunas de las circunstancias que indica, precepto que debe interpretarse restrictivamente debido a su carácter prohibitivo y por limitar el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, no pudiendo ser extendido a casos distintos de los que en él se indican (así lo ha establecido la jurisprudencia administrativa en los dictámenes 25.514 de 2001, 29.566 de 2003, 23.210 y 42.302 de 2009).

El artículo 62 N° 6 de la LOCBGAE establece que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa el intervenir en razón de las funciones que se ejercen, en asuntos en que se tenga interés personal, así como participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Al tenor de esta norma y considerando el ámbito de actuación del Director Nacional definido en la Ley N° 19.712, y en la medida en que el ejercicio de sus funciones y atribuciones incida en el quehacer de la sociedad anónima de la cual es accionista, corresponde concluir que deberá abstenerse de intervenir en cualquiera de esos asuntos.

En cuanto a las medidas a adoptar por esta autoridad para evitar la situación en comento, se debe recordar que los incisos 3 y 4 del artículo 8° de la CPR remiten a una ley orgánica constitucional la determinación de los casos y condiciones en que las autoridades que esa misma ley señale, delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de intereses en el ejercicio de su función pública, incluyendo la enajenación de todo o parte de esos bienes.

CONCLUSIÓN

No existe un conflicto entre el interés privado del Presidente de la República, quien es accionista mayoritario de Blanco y Negro S.A., controladora del Club Deportivo

Colo Colo, y el nombramiento que efectuó del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, ya que se determinó mediante dictamen 39.453 de esta misma fecha, respecto al nombramiento de otras autoridades, que no se transgrede a priori el ordenamiento jurídico cuando se efectúan estos nombramientos que tienen fuente legal o constitucional.

Por otra parte, sí existe un conflicto entre el interés privado del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile y las labores que el ordenamiento jurídico le encomienda realizar respecto de Blanco y Negro S.A., sociedad de la que es accionista mayoritario y que es dueña del Club Deportivo Colo Colo, ya que si se considera el ámbito de actuación de esta autoridad; la contravención al principio de probidad establecida en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado al intervenir en razón de la función en asuntos en que se tenga interés personal, así como participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que reste imparcialidad; y en la medida que el ejercicio de sus funciones y atribuciones incida en el quehacer de la sociedad anónima señalada, corresponde concluir que deberá abstenerse de intervenir en cualquiera de esos asuntos.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión CGR reafirma la tesis de la naturaleza de las funciones del Presidente de la República, al considerar que el nombramiento de una persona en un cargo de exclusiva confianza no puede implicar infracción al principio de probidad administrativa; pero también confirma su tesis de que una autoridad relacionada con un sector regulado debe abstenerse para no cometer una infracción al principio de probidad administrativa.

TEXTO COMPLETO

Nº 39.500 Fecha: 15-VII-2010

Se ha dirigido a esta Contraloría General el diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, solicitando que este Organismo Fiscalizador informe acerca del eventual conflicto de intereses que tendrían el Presidente de la República y el Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, en su calidad de accionistas principales de la sociedad anónima deportiva Blanco y Negro S.A., controladora del Club Colo Colo, y que para tal efecto se realice una investigación en ese organismo, pida los informes correspondientes y dictamine lo que de acuerdo a la ley procede en relación a los hechos que indica.

Sostiene que le parece grave que siendo dichas personas accionistas mayoritarios de esa sociedad anónima no hayan hecho gestión alguna para desprenderse de sus acciones y que, por el contrario, se nieguen públicamente a dicha exigencia ética al momento de asumir los respectivos cargos.

Agrega que al Director Nacional del mencionado Instituto –que tiene las atribuciones y rango de Subsecretario–, le corresponde fiscalizar, junto al Superintendente de Valores y Seguros, a la sociedad Blanco y Negro S.A., de la cual es socio principal; en tanto que al Presidente de la República le correspondió nombrar a dicho Superintendente y al aludido Director Nacional, quienes son los obligados por ley para fiscalizar a la sociedad de la cual es también uno de los socios mayoritarios.

Estima que se podría estar ante una clara infracción ética y legal incomprensible, que puede poner al resto de las sociedades anónimas deportivas en una clara desigualdad frente a aquella que representan estas autoridades, quienes pueden mejorar sus patrimonios personales a través de negocios o utilidades del mencionado club, en desmedro de los demás.

En el caso del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, agrega que en tal calidad le corresponde aprobar los proyectos que se presentan a través de la ley de donaciones, los que en caso de ser aprobados y ejecutados, gozan de franquicias tributarias.

Indica que frente al hecho de que las autoridades mencionadas ya están ejerciendo sus funciones, no cabe otra solución que la de vender las acciones que tienen estas personas en la sociedad anónima aludida, cuestión a la que se han negado públicamente, situación que tiene un claro reproche ético, constituye una infracción legal y presenta un conflicto de intereses que no se debe tolerar, frente al que este Organismo de Control debe actuar.

Termina solicitando que esta Contraloría informe sobre la situación expuesta, así como de las acciones que deberán seguir estas autoridades a fin de que recursos públicos no se vean comprometidos en el actuar de estas personas.

Requerido su informe, el Ministro Secretario General de la Presidencia señala que las normas en que se manifiesta el principio de probidad tienen por objeto precaver la ocurrencia de un conflicto de interés concreto y preciso, y no problemas de imparcialidad que eventualmente pudieren presentarse al ejercer una función pública, razón por la cual, a su juicio, no resultaría procedente que el Jefe del Estado se abstenga de efectuar los nombramientos que le competen en las entidades a que se refiere la consulta. Añade, que al efectuar tales designaciones el Presidente de la República sólo está ejerciendo potestades irrenunciables que le confiere el ordenamiento jurídico y cuya omisión o injustificada dilación afectaría la continuidad de los servicios públicos y los principios de celeridad y eficiencia con que debe conducirse la Administración.

A instancias de esta Entidad de Control, también se ha tenido a la vista el informe emitido por el Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, el que manifiesta que habiendo renunciado a toda función directiva en la sociedad Blanco y Negro S.A. no se configuraría ninguna de las incompatibilidades previstas en las leyes para desempeñar el cargo de la especie. Agrega, en lo referente a la aprobación de proyectos susceptibles de recibir donaciones con beneficio tributario, que la preceptiva aplicable a esa materia prevé un procedimiento reglado en el que sólo le compete proponer los criterios de elegibilidad para la selección de los mismos, de manera que, en su concepto, tampoco se produciría una infracción al principio de probidad entre el ejercicio de tal función y su calidad de accionista de la referida entidad societaria.

Señala, asimismo, que la propiedad de las acciones que posee en la empresa antes mencionada no implica una conducta o actividad que pueda afectar el principio de probidad, sino que constituye el ejercicio de un derecho fundamental, y que una infracción al mismo tampoco se configura a partir de la apreciación anticipada de un potencial conflicto de interés, estimando que tal vulneración sólo se produciría al infringir el deber de abstención cuando los actos en que le corresponda intervenir en razón de su cargo se encuadren en algunos de los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto, o si transgrede alguna norma sobre inhabilidad de ingreso.

A solicitud de este Organismo, también se ha tenido a la vista el informe evacuado por el Superintendente de Valores y Seguros.

Al respecto y en lo que concierne a si la circunstancia de que el Presidente de la República sea accionista de cierta sociedad anónima lo inhabilita para efectuar los nombramientos de las autoridades de determinados organismos integrantes de la Administración del Estado, corresponde

señalar que mediante dictamen N° 39.453, de esta misma fecha y cuya copia se adjunta, este Organismo Contralor se pronunció respecto al ejercicio de esta potestad presidencial en relación al nombramiento de otras autoridades, concluyéndose que no se transgrede –a priori– el ordenamiento jurídico cuando se efectúan estos nombramientos o designaciones presidenciales que tienen fuente constitucional o legal, sin perjuicio del cabal cumplimiento del principio de probidad al que también se encuentra sujeto el Primer Mandatario.

Ahora bien, en lo que se refiere a la presente denuncia, corresponde indicar que el Instituto Nacional de Deportes de Chile, constituye una entidad que integra la Administración del Estado y, en tal calidad, colabora con el Presidente de la República en el cumplimiento de las funciones a que se refieren los aludidos artículos 24 de la Constitución Política de la República, y 1° de la referida Ley N° 18.575.

En efecto, el Instituto Nacional de Deportes de Chile, conforme lo dispone el artículo 10° de la ley N° 19.712, es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se vinculará con el Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

El artículo 19 de la misma ley agrega que la dirección superior y administración del Instituto corresponderá al Director Nacional, quien será designado por el Presidente de la República y tendrá el rango y atribuciones de Subsecretario, será el jefe superior del Servicio y ejercerá su representación legal.

Resulta pertinente agregar que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 40 de la citada Ley N° 18.575, los jefes superiores de servicio –calidad que inviste dicho Director Nacional–, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República, y para su designación deberán cumplir con los requisitos generales de ingreso a la Administración Pública, y con los que para casos especiales exijan las leyes.

Precisado el marco normativo que rige al principio de probidad y la aplicación del mismo al Presidente de la República, así como la preceptiva que establece la naturaleza de la entidad a que se refiere la consulta y que regula los nombramientos de su jefe superior, cabe ahora referirse a la situación del señor Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, en cuanto a si la circunstancia de ser accionista de la sociedad Blanco y Negro S.A. ha constituido un impedimento para haber sido nombrado en dicho cargo y para su actuación como tal, así como a las medidas que debería adoptar a fin de evitar que recursos públicos se vean comprometidos en su actuar.

Al efecto, en lo que respecta a la aptitud de las personas para ejercer cargos públicos y ser nombrados en ellos, es del caso señalar que el artículo 19, N° 17, de la Constitución Política de la República, asegura a éstas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

Por su parte, el artículo 54 de la aludida Ley N° 18.575 –ubicado precisamente en el Título III de este cuerpo legal, referido a la probidad administrativa–, señala que, sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado las personas que se encuentren afectadas por algunas de las circunstancias que indica, precepto que por su carácter prohibitivo y por limitar el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, debe interpretarse restrictivamente, no pudiendo extenderse a casos distintos de los que en él se indican, tal como lo ha establecido una invariable jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 25.514, de 2001; 29.566, de 2003; y 23.210 y 42.304, ambos de 2009.

Ahora bien, atendido lo dispuesto en el artículo 62 N° 6 de la Ley N° 18.575, contraviene especialmente el principio de la probidad administrativa, entre otras conductas, intervenir, en razón

de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, así como participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Al tenor del precepto indicado, considerando el ámbito de actuación del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile, definido por la Ley N° 19.712, y en la medida que el ejercicio de sus funciones y atribuciones incida en el quehacer de la sociedad anónima de la cual es accionista –ya sea directamente respecto de ella, de las demás entidades con las que se relaciona o pueda relacionarse la sociedad Blanco y Negro S. A., o en la misma actividad deportiva en que ellas participan–, corresponde concluir que tal Director deberá abstenerse de intervenir en cualquiera de esos asuntos.

Finalmente, en cuanto a las medidas que debería adoptar esa autoridad a fin de evitar la situación que indica el diputado denunciante, cabe reiterar lo concluido en el aludido dictamen N° 39.453, en relación a los incisos tercero y cuarto del artículo 8° de la Carta Fundamental, que remiten a una ley orgánica constitucional la determinación de los casos y condiciones en que las autoridades que esa misma ley señale, delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de intereses en el ejercicio de su función pública, incluyendo la enajenación de todo o parte de esos bienes.

MATERIA

CONFLICTO DE INTERESES

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 46.002*Fecha:* 07.12.2001

DESCRIPTORES

Empleo Público – Probidad Administrativa – Conflicto de Intereses – Evaluación Ambiental.

PRINCIPIO JURÍDICO

El conflicto de interés excluye de la decisión y el conocimiento del procedimiento.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 62 N° 6 Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 78 Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Qué asuntos deberá abstenarse de conocer un funcionario público que se encuentra afectado por un conflicto de intereses?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Se dirigió a Contraloría General la Comisión Nacional del Medio Ambiente, solicitando un pronunciamiento acerca de la eventual inhabilidad que afectaría a la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, para intervenir en la evaluación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, atendido que una de las obras de dicho proyecto afectaría parte de un predio rural de propiedad de una sociedad en la que tiene aportes de capital. Además, requiere se precise si la eventual inhabilidad diría relación con todos los actos relativos a la indicada evaluación de impacto ambiental o sólo con los que revisten carácter decisorio.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El proceso de evaluación ambiental está constituido por un conjunto de actos, orientados a la adopción de una decisión en orden a establecer si los impactos de un proyecto o actividad específicos se ajustan o no a la normativa ambiental vigente.

En este contexto, cabe recordar que el artículo 62 N° 6 de la LOCBGAE, contempla —entre las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa—, en lo que interesa, el hecho de que un servidor intervenga, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés personal o en la adopción de decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, imperativos que, en similares términos, se consultan en el artículo 78 del Estatuto Administrativo.

Como puede advertirse, el objetivo de la indicada normativa no es otro que el de impedir que intervengan no sólo en la resolución sino que también en el examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse.

Ahora bien, en la especie, de los antecedentes proporcionados en la consulta aparece que la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, tendría la calidad de socia de una sociedad dueña de un predio que podría verse afectado de materializarse el proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, circunstancia que puede comprometer la imparcialidad con que aquélla debe actuar en el proceso de evaluación de dicho proyecto, lo que la inhabilita para intervenir en cualquier acto, decisorio o no, que se relacione con el proyecto en cuestión.

En consecuencia, en mérito de lo señalado precedentemente, la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, se encuentra inhabilitada para intervenir en cualquier tipo de actuaciones que digan relación con el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Impacto Ambiental.

CONCLUSIÓN

Un funcionario público que se encuentra afectado por un conflicto de intereses se encuentra inhabilitado no solamente para participar de la decisión del asunto o materia sobre el que recae dicho conflicto, sino también para ser parte de su examen o estudio.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN.

La CGR con este caso interpretó por primera vez la extensión de la abstención de un funcionario público cuando lo afecta un conflicto de intereses. En opinión de la CGR no basta con inhabilitarse en la decisión, sino que es esencial excluirse de todo el procedimiento de instrucción del procedimiento evitando influir de cualquier forma. De este modo, pese al texto de la ley, la CGR extiende la obligación de la abstención.

TEXTO COMPLETO

Nº 46.002 Fecha: 07-XII-2001

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Comisión Nacional del Medio Ambiente, solicitando un pronunciamiento acerca de la eventual inhabilidad que afectaría a la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, para intervenir en la evaluación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, atendido que una de las obras de dicho proyecto afectaría parte de un predio rural de propiedad de una sociedad en la que esa servidora tiene aportes de capital. Además, requiere se precise si la eventual inhabilidad diría relación con todos los

actos relativos a la indicada evaluación de impacto ambiental o sólo con los que revisten carácter decisorio.

Sobre el particular, cabe manifestar, en primer término, que el pronunciamiento que se solicita guarda relación con la participación que corresponde a las Comisiones Regionales del Medio Ambiente en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental a que alude la letra j) del artículo 2º, de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y que se encuentra definido en dicho literal como “el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”.

En efecto, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 80 y 81, de ese cuerpo normativo, la Comisión Nacional del Medio Ambiente se desconcentra territorialmente a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, que están integradas, entre otras autoridades, por el Director Regional de la Comisión del Medio Ambiente, quien actúa como secretario. A dichas entidades corresponde, en general, y tal como lo indica el artículo 85 de la citada ley, “coordinar la gestión ambiental en el nivel regional, y cumplir las demás funciones que le encomiende la ley”, entre las cuales, cabe destacar, en lo que importa, la evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental relativos a proyectos o actividades que se desarrollan o ejecutan en la respectiva región, en los términos a que alude el Párrafo 2º del Título II de la ley de Bases aludida.

Cabe agregar, finalmente, y en ese orden de ideas, que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley N° 19.300, referida —que señala que “para los efectos de elaborar y calificar un Estudio de Impacto Ambiental, el proponente y la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, se sujetarán a las normas que establezca el reglamento”—, se dictó el decreto N° 30, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprobó el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y que, en su Título IV, regula específicamente el procedimiento administrativo que debe observarse en la evaluación del impacto ambiental de los proyectos o actividades aludidos.

De las disposiciones reseñadas aparece claramente definida la participación que corresponde a los Directores Regionales de la Comisión Nacional del Medio Ambiente en los procesos de evaluación de impacto ambiental de los proyectos sometidos al respectivo sistema, razón por la cual, debe entenderse, para los efectos de precisar la inhabilidad que afectaría a la persona por la que se consulta, que el referido proceso está constituido por un conjunto de actos, orientados a la adopción de una decisión en orden a establecer si los impactos de un proyecto o actividad específicos se ajustan o no a la normativa ambiental vigente.

En este contexto, cabe recordar que el artículo 62, N° 6, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, contempla —entre las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa—, en lo que interesa, el hecho de que un servidor intervenga, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés personal o en la adopción de decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, imperativos que, en similares términos, se consultan en el artículo 78 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Como puede advertirse, el objetivo de la indicada normativa no es otro que el de impedir que intervengan no sólo en la resolución sino que también en el examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse.

Ahora bien, en la especie, de los antecedentes proporcionados en la consulta aparece que la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, tendría la calidad de socia de una sociedad dueña de un predio que podría verse afectado de materializarse el proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, circunstancia que puede comprometer la imparcialidad con que aquélla debe actuar en el proceso de evaluación de dicho proyecto, lo que la inhabilita para intervenir en cualquier acto, decisorio o no, que se relacione con el proyecto en cuestión.

En consecuencia, en mérito de lo señalado precedentemente, cumple esta Contraloría General con informar que la Directora Regional de la XI Región de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, se encuentra inhabilitada para intervenir en cualquier tipo de actuaciones que digan relación con el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Alumysa”, actualmente sometido al Sistema de Impacto Ambiental.

2.4. TRANSPARENCIA

MATERIA

DEBER DE TRANSPARENCIA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 16.896

Fecha: 18.03.2011

DESCRIPTORES

Transparencia – Información Pública – Almacenaje Documentos – Destrucción de Documentos – Sistema Nacional de Inversiones.

PRINCIPIO JURÍDICO

Sólo se deben custodiar los documentos que sirven de fundamento directo y esencial a un acto administrativo.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 5º y 7º Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (aprobada por el artículo primero de la Ley Nº 20.285); Arts. 14 y 21 Ley Nº 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictamen 68.963/2009.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Debe un órgano administrativo hacerse cargo del almacenaje y administración de antecedentes que sirven de respaldo a un documento que no implicó la dictación de un acto administrativo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Una institución ingresó una iniciativa de inversión al Sistema Nacional de Inversiones, años antes del proceso presupuestario actualmente vigente. La iniciativa no contaba con recomendación favorable, ni se encontraba en ejecución (no tiene asignación presupuestaria, contratos ni gasto), y no se materializó. La Secretaría Regional Ministerial de Planificación de la Región de los Lagos solicitó pronunciamiento a Contraloría General de la República respecto de si debía hacerse cargo del almacenaje y administración de los antecedentes que sustentaban la aludida iniciativa de inversión, para su eventual consulta por la ciudadanía mediante la Ley de Transparencia.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 5º inciso primero de la Ley de Transparencia expresa que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los ór-

ganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

El inciso segundo del mismo artículo establece que es pública la información elaborada con presupuesto público, y “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

El artículo 7º de la Ley de Transparencia dispone que los órganos de la Administración del Estado indicados en la misma norma, deben mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los antecedentes que en ella se enumeran.

Los antecedentes que dan origen a la solicitud de pronunciamiento no se encuentran comprendidos en la enumeración del artículo 7º de la Ley de Transparencia. Ellos constituyen el respaldo de un documento interno relativo a un proyecto que fue desestimado, el que no importa la dictación de un acto administrativo, por lo cual tampoco es posible incluirlo dentro de la hipótesis del inciso primero del artículo 5º de la Ley de Transparencia.

Si bien puede considerarse que los referidos documentos pertenecen al género de antecedentes a que alude el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia, en cuanto señala que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración” es necesario tener en consideración que esta disposición no obliga a mantener indefinidamente la documentación en que ella incide, ni afecta a la preceptiva vigente en materia de eliminación de documentos (dictamen 68.963/2009).

Además, es competencia del Presidente de la República, o en su caso del respectivo jefe superior del servicio, determinar qué documentos mantiene y cuáles elimina. En tal determinación no puede intervenir Contraloría General de la República, pues sus atribuciones en esta materia (artículos 14 y 21 de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República) se refieren a fiscalizar e intervenir respecto de documentos de la deuda pública, especies valoradas y otros efectos, así como los justificativos de ingresos y gastos, o relativos a la administración de bienes del Estado, carácter que no posee la documentación a que referida.

CONCLUSIÓN

Un órgano administrativo no debe hacerse cargo del almacenaje y administración de antecedentes que sirven de respaldo a un documento que no implicó la dictación de un acto administrativo, ya que no se encuentra tal información dentro de la enumerada por la Ley de Transparencia como aquella que debe estar a disposición perma-

nente del público a través de sus sitios electrónicos; al no existir un acto administrativo no es un fundamento, sustento o complemento directo y esencial; y además que la Ley de Transparencia no obliga a mantener indefinidamente la información que obre en poder de los órganos de la Administración.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión delimita los contornos de los deberes de custodia de los documentos y antecedentes que debe conservar un organismo administrativo para efectos del acceso a la información pública. En opinión de la CGR, sólo recae esa obligación cuando esa información está asociada a la dictación de un acto administrativo y el consecuente procedimiento.

Lo anterior tiene consecuencia frente a la extensión de la interpretación de la Circular 28704/1981 de la CGR, sobre la manera de acreditar la destrucción de la documentación pública.

TEXTO COMPLETO

Nº 16.896 Fecha: 18-III-2011

La Secretaría Regional Ministerial de Planificación de la Región de Los Lagos, solicita un dictamen “respecto al procedimiento a seguir con los antecedentes presentados por la institución responsable de una iniciativa de inversión (IDI) ingresada al Sistema Nacional de Inversiones (SNI) para su análisis y recomendación técnico económica”, que ha sido ingresada en años anteriores al proceso presupuestario vigente, no cuenta con recomendación favorable (RS) “y no se encuentra en ejecución (no tiene asignación presupuestaria, contratos ni gasto)”.

Específicamente pide que se le informe si de acuerdo a la ley Nº 20.285 sobre acceso a la información pública, esa Secretaría de Planificación debe hacerse cargo del bodegaje, mantenimiento y administración de dichos antecedentes, para su eventual consulta por parte de la ciudadanía o si es posible devolverlos a la institución responsable de su postulación al Sistema Nacional de Inversiones.

En relación con el asunto planteado cabe manifestar que al tenor de lo expresado por la recurrente, la consulta concierne a antecedentes de respaldo de estudios, proyectos o programas de inversión que no fueron evaluados favorablemente por el organismo de planificación regional, ni existe a su respecto una identificación presupuestaria, y que en definitiva no se materializaron.

Sobre lo anterior es del caso considerar que con arreglo al artículo 5º de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la ley Nº 20.285, “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

El inciso segundo de esta norma señala que, asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público, y “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Enseguida el artículo 7º de esa ley previene que los órganos de la Administración del Estado que indica, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los antecedentes que enumera, actualizados, al menos, una vez al mes.

Pues bien, la documentación sobre la cual versa la consulta, no se encuentra comprendida en la enumeración del artículo 7º, antes citado, ni concierne a la dictación de un acto administrativo, sino que es el respaldo de un documento interno relativo a un proyecto que fue desestimado, por lo cual tampoco es posible incluirlo dentro de la hipótesis del inciso primero del artículo 5º antes transcrito.

Por otra parte, si bien puede considerarse que los referidos documentos pertenecen al género de antecedentes a que alude el inciso segundo del mismo artículo, en cuanto señala que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración” es necesario tener en consideración que tal como lo ha informado el dictamen N° 68.963, de 2009, esta disposición no obliga a mantener indefinidamente la documentación en que ella incide, ni afecta a la preceptiva vigente en materia de eliminación de documentos.

En tales condiciones, es útil recordar que en armonía con la jurisprudencia administrativa, es competencia del Presidente de la República o, en su caso, del respectivo jefe superior del servicio determinar qué documentos mantiene y cuáles elimina, y que en tal determinación no puede intervenir la Contraloría General de la República, pues sus atribuciones en esta materia, de conformidad con los artículos 14 y 21 de su ley orgánica N° 10.336, se refieren a fiscalizar e intervenir respecto de documentos de la deuda pública, especies valoradas y otros efectos, así como los justificativos de ingresos y gastos, o relativos a la administración de bienes del Estado, carácter que no posee la documentación a que se alude en la consulta.

Ahora bien, precisado lo anterior, tratándose del caso planteado en la presentación, en el evento de que se decida mantener tales documentos en poder de la Administración, es del caso señalar que aún cuando no existe norma que establezca expresamente en qué organismo debe quedar esta documentación, a juicio de esta Contraloría General, es procedente que el órgano de planificación devuelva tales antecedentes a la institución responsable de la postulación de los proyectos respectivos al Sistema Nacional de Inversiones, toda vez que constituye la unidad de origen de la correspondiente iniciativa de inversión, y atendido, además, que la entidad de planificación ya ha agotado su intervención informando desfavorablemente dicho proyecto.

MATERIA

CORPORACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

ÓRGANO COMPETENTE

Consejo para la Transparencia

Tipo de acción: Amparo

Rol: C274-10

Fecha: 10.05.2010

Resultado acción: Acogida.

Consejeros mayoría: Raúl Urrutia Ávila, Alejandro Ferreiro Yazigi, Roberto Guerrero Valenzuela y Juan Pablo Olmedo Bustos.

Requirente y entidad pública: Manuel Hermosilla Quiroz y Corporación Nacional Forestal.

DESCRIPTORES

Organización – Información Inexistente – Causales de Secreto o Reserva – Corporación de Derecho Privado – Destrucción de Documentos – Aplicación Ley de Transparencia – Plan de Manejo.

PRINCIPIO JURÍDICO

Existe el “levantamiento del velo” de la persona jurídica en el acceso a la información pública.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 16 Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Circular 28.704 Contraloría General de la República, sobre Disposiciones y Recomendaciones Referentes a Eliminación de Documentos; Arts. 1°, 3°, 8°, 9° y 17 Estatutos de la Corporación Nacional Forestal.

DECISIONES RELACIONADAS

Decisiones A15-09, A211-09, A242-09, A327-09, R23-09, C33-10, C43-10, C115-10.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Las corporaciones de derecho privado creadas por la Administración del Estado o por las Municipalidades están obligadas a dar cumplimiento a la Ley de Transparencia?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El requirente solicitó a la Corporación Nacional Forestal: copia del Plan de Manejo de Obras Civiles del fundo Los Guindos, de la IX región, aprobado por resolución provincial de 2003; copia de carta enviada por Endesa al Jefe Provincial de Corporación Nacional Forestal de la IX región mediante la que se solicitó autorización para cortar cinco individuos de la especie Araucaria Araucana; y memorando de 2004 del

Jefe del Departamento de Administración y Fiscalización Forestal de la IX región y los antecedentes mencionados que acompañan tal resolución.

Corporación Nacional Forestal respondió dentro del plazo legal, entregando el plan de manejo solicitado y señalando que no fue posible encontrar la carta enviada por Endesa y el memorando, ya que tal documentación sólo se guarda durante un cierto tiempo (5 años).

Posteriormente, el requirente dedujo amparo a su derecho de acceso a la información pública por haber recibido una respuesta parcial a su requerimiento. Endesa no se opuso a la entrega de la carta al ser consultada por el CPLT.

ALEGACIONES

La Corporación Nacional Forestal señaló que ella es una entidad de derecho privado regida por sus estatutos y supletoriamente, por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y el Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica a las Corporaciones y Fundaciones que se rigen por dicho título (D.S. N° 100 de 1979 del Ministerio de Justicia). Además, no posee la obligación de enviar al Archivo Nacional documentos que posean una antigüedad mayor a 5 años, según lo indicado en el D.F.L. N° 5.200 de 1929 del Ministerio de Educación.

Por otra parte, en virtud de que la información pedida tiene una data mayor a 5 años desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.285 y que no le es aplicable el D.F.L. N° 5.200, la Corporación Nacional Forestal no tiene la obligación de dictar un acto administrativo que dé cuenta del envío de dicha información al Archivo Nacional, como tampoco la de levantar un acta de expurgación, por lo que está imposibilitada de entregar la totalidad de lo requerido.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Son plenamente aplicables a la Corporación Nacional Forestal los criterios adoptados por el CPLT para determinar la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a las Corporaciones Municipales, ya que comparten la misma naturaleza jurídica. Como se ha señalado en las decisiones A211-09, A242-09, A327-09, C115-10 y R23-09, y ha sido confirmado por las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en las causas Roles 2.361-2009 y 294-2010, por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol 8131-2009 y por la Corte de Apelaciones de San Miguel en la causa Rol 132-2009, dada la naturaleza instrumental de ciertas entidades de derecho privado constituidas por la Administración Pública, estas deberán ser tratadas en algunos aspectos como entidades públicas en la medida que el Estado tenga una participación o posición dominante en las mismas, lo que viene dado por tres elementos que suelen concurrir copulativamente: a) concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos en su creación (decisión pública de creación); b) integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por estos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y c) naturaleza de las funciones

que desempeñen, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa) (C. 2).

En el caso de la Corporación Nacional Forestal, concurren todos estos elementos, como se desprende de sus estatutos. Ella es una corporación de derecho privado de duración indefinida regida en su formación, funcionamiento, financiamiento y extinción por su Estatuto y supletoriamente en lo no contemplado por este, por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y el Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica a las Corporaciones y Fundaciones regidas por dicho título. Fue constituida por el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario y la Corporación de la Reforma Agraria (artículo 1º de los Estatutos de la Corporación Nacional Forestal). Su Consejo Directivo está compuesto por: el Ministro de Agricultura, el Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, el Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal, dos representantes de la Corporación de Fomento de la Producción, el Director Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero, el Director Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, dos representantes del sector privado designados por el Ministro de Agricultura y un representante de los trabajadores de la Corporación Nacional Forestal (artículo 9º de los Estatutos). La dirección superior del órgano corresponde a un Director Ejecutivo, quien es nombrado por el Presidente de la República y es funcionario de su exclusiva confianza (artículo 17 de los Estatutos). Su objeto es contribuir a la conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas del país (artículo 3º de los Estatutos). Por otra parte, el patrimonio de la Corporación Nacional Forestal se compone por el aporte inicial de sus miembros, el aporte anual que determine la Ley de Presupuestos y por los ingresos propios autorizados por esta última (artículo 8º de los Estatutos) (C. 3 y 4).

Incluso, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.285, que la Corporación Nacional Forestal tenía el deber de entregar información, ya que de lo contrario vulneraría el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado (“Claude con Corporación Nacional Forestal”, Rol 5226-2001). El Tribunal Constitucional, por su parte, señaló que su naturaleza no es la de una corporación privada, sino la de un organismo técnico que ejerce funciones públicas, lo que exige aplicarle las normas propias de la actuación estatal, dentro de las que se encuentra la Ley de Transparencia (C. 6).

Respecto a la información solicitada, esta es en principio pública, porque son documentos que constituyen sustento o complemento directo en la dictación de la resolución 97 señalada (C. 8).

Como se señaló en la decisión C33-10 en la que se solicitó el Plan de Forestación y Manejo de un predio rural, la divulgación de la información importa un interés público que debe ser ponderado por el CPLT, ya que el conocimiento del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables de un terreno permite asegurar la preservación, mejoramiento y acrecentamiento de los recursos naturales y su ecosiste-

ma, siendo el acceso a la información el soporte básico para el ejercicio y defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 634, “Lean Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas”, considerando 9) (C. 8).

Es aplicable a Corporación Nacional Forestal la Circular 28.704 de Contraloría General de la República (quien puede fiscalizarla, según el artículo 16 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República y el dictamen 9.009 de 2001 del mismo origen), que regula la eliminación de documentos por los órganos de la Administración. Para ello, es necesario que medie autorización de la Jefatura Superior. Además señala que la destrucción de todo documento debe disponerse por decreto o resolución exenta, dejándose constancia en un acta que se levante al efecto (C. 13).

Así, no se considera acreditada fehacientemente la inexistencia de la información alegada, por lo que se acoge el amparo y se requiere la entrega de la información al solicitante y en caso de no obrar en su poder, que haga entrega de la copia del acto en que consta la autorización del Director Ejecutivo de Corporación Nacional Forestal, o quien corresponda, para la eliminación de dichos documentos y del acta que se levantó al efecto (aplica criterio de decisiones A15-09 y C43-10) (C. 14).

CONCLUSIÓN

Las corporaciones de derecho privado creadas por la Administración del Estado o por las Municipalidades están obligadas a dar cumplimiento a la Ley de Transparencia, ya que respecto de ellas concurren los elementos necesarios para que en ciertos aspectos sean tratadas como entidades públicas: concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos en su creación; integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por estos; y que la naturaleza de las funciones que desempeñan se vincule con el cumplimiento de funciones administrativas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este caso es relevante porque implica el establecimiento de una teoría del levantamiento del velo en la Administración del Estado, en virtud de la cual se reconocen como parte integrante de esta las personas jurídicas que la Administración ha creado con las formas del derecho privado, pero que ejercen funciones públicas, como es el caso emblemático de la Corporación Nacional Forestal.

Por otra parte, ha implicado una disputa con la Contraloría General de la República, quien precisó las competencias del CPLT en esta materia, señalando que si bien las corporaciones de derecho privado del Estado deben someterse al principio de transparencia, el Consejo no posee potestades normativas, de fiscalización o de supervigilancia a su respecto, porque ninguna disposición de la Ley de Transparencia ni de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información del Pública le reconocen tales facultades (dictamen 75.508/2010, publicado en este libro).

En muchos otros casos (especialmente cuando se ha solicitado información proveniente de las corporaciones municipales), el CPLT ha decidido que la información que obra en poder de las corporaciones de derecho privado creadas por la Administración es pública y que posee competencia para pronunciarse sobre el cumplimiento de las normas de transparencia a su respecto. Ejemplos de ello son las decisiones del Consejo que han envuelto al Servicio de Cooperación Técnica, al Instituto Forestal, al Instituto de Fomento Pesquero, al Centro de Información de Recursos Naturales y a diversas Corporaciones Municipales de educación, salud, etc.

TEXTO COMPLETO

Decisión amparo Rol c274-10

Entidad pública: Corporación Nacional Forestal (CONAF)

Requirente: Manuel Hermosilla Quiroz

Ingreso Consejo: 10.05.2010

En sesión ordinaria N° 175 de su Consejo Directivo, celebrada el 20 de agosto de 2010, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del Amparo Rol C274-10.

VISTOS:

Los artículos 5º, inc. 2º, 8º y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1 – 19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; y, los D.S. N° 13/2009 y 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

1) SOLICITUD DE ACCESO: El 22 de marzo de 2010 don Manuel Hermosilla Quiroz solicitó a la Corporación Nacional Forestal, en relación a la Resolución N° 97, de 30 de marzo de 2004, mencionada en la comunicación N° 027, de 17 de febrero de 2010, lo siguiente:

a) Copia del Plan de Manejo de Obras Civiles, aprobado por Resolución Provincial N° 1.614, de 29 de enero de 2003, correspondiente al fundo Los Guindos, comuna de Lonquimay, provincia de Malleco, IX Región, propiedad de la sucesión Gonzalo Bunster Peter (considerando primero de la Resolución N° 97).

b) Copia de la carta de Empresa Nacional de Electricidad S.A., Endesa, de 20 de agosto de 2003, dirigida al Jefe Provincial de CONAF en la provincia de Malleco IX Región, mediante la cual solicitó autorización para corta de cinco individuos de la especie forestal Araucanía araucana (considerando primero Resolución N° 97)

c) Copia del Memorando N° 28, de 11 de marzo de 2004, del Jefe del Departamento DAFF-IX Región, don Julio Figueroa Silva, y los antecedentes mencionados que acompañan tal Resolución. (considerando quinto de Resolución N° 97)

2) RESPUESTA: Mediante Carta Oficial N° 47/2010, de 14 de abril de 2010, el Director Regional de la Región de la Araucanía de CONAF respondió a la solicitud de acceso señalando que:

a) Envía la solicitud y plan de manejo de obras civiles del predio Los Guindos ubicado en la comuna de Lonquimay y Resolución N° 1.614, de 29 de enero de 2003, sobre el mismo predio.

b) En relación a la copia de la carta y memorándum solicitados en los números 2 y 3 de su requerimiento, fue imposible su obtención, ya que dicha documentación no fue habida, porque ésta sólo se guarda por un cierto tiempo (5 años).

3) AMPARO: El 10 de mayo de 2010 don Manuel Hermosilla Quiroz dedujo amparo a su derecho de acceso a la información pública en contra de la Corporación Nacional Forestal, fundado en el hecho de haber recibido respuesta parcial a su requerimiento de información. Particularmente señala que no se le habría entregado lo siguiente:

a) Documentos requeridos en los puntos 2) y 3) de la solicitud de acceso.

b) En relación al Plan de Manejo Corta y Reforestación de Bosques para Ejecutar Obras Civiles, señala que no se entregó en documento registrado en el párrafo II, numeral 4, sobre “Fauna con problemas de conservación como “ver documento anexo”, como tampoco hizo entrega del Convenio CONAF-ENDESA, registrado en el párrafo IV, numeral 2, sobre “De la Reforestación”, columna “Tipo de Vegetación Actual”.

4) DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO: Este Consejo Directivo acordó admitir a tramitación el presente amparo, trasladándolo mediante Oficio N° 919, de 26 de mayo de 2010, al Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal, quien, mediante Oficio N° 206, el 9 de junio de 2010, evacuó sus descargos y observaciones indicando que:

a) La Corporación Nacional Forestal constituye una entidad de derecho privado regida por sus estatutos, y supletoriamente, por el Título XXXIII del Código Civil y por las disposiciones del Decreto N° 110, de 1979, del Ministerio de Justicia.

b) En relación a la obligación que tendría su representada de transferir al Archivo Nacional series documentales generadas por la institución a nivel nacional, y de una antigüedad mayor a 5 años, CONAF no tiene la obligación de transferirlos al Archivo Nacional, conforme a lo establecido en el D.F.L. N° 5.200/1929, del Ministerio de Educación.

c) No obstante lo anterior, si voluntariamente estimare que parte de su documentación administrativa debe ingresar al Archivo Nacional, por ser necesaria su conservación, ordenación y aprovechamiento para facilitar el acceso a la información política, administrativa, jurídica e histórica o por contribuir a resguardar los derechos y responsabilidades adquiridos por el Estado y la ciudadanía, debe cumplir las normas y prescripciones establecidas por el Archivo Nacional para dichos fines.

d) Considerando lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Transparencia, en virtud de que la documentación solicitada tiene una data mayor a cinco años desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública y de que no le es aplicable lo dispuesto en el D.F.L. N° 5.200 aludido, se concluye que la CONAF no tiene la obligación de realizar un acto administrativo que dé cuenta del envío de dicha información al Archivo Nacional, como tampoco de levantar una acta de su expurgación, razón por la cual, se vio imposibilitada de hacer entrega de la totalidad de los documentos requeridos por el reclamante, particularmente aquellos individualizados en los numerales 2) y 3) de la solicitud de acceso, la que sólo se encuentra a disposición por un plazo de cinco años.

e) Hace presente que el artículo 14 del D.F.L. N° 5.200 señala los documentos que ingresarán anualmente al Archivo Nacional. Por su parte, la Circular N° 28.704, de 27 de agosto de 1981, de la Contraloría General de la República sobre Disposiciones y Recomendaciones Referentes a Eliminación de documentos, prescribe que deben ingresar anualmente al Archivo Nacional los Documentos de los distintos ministerios que hayan cumplido cinco años de antigüedad.

f) Concluye que CONAF ha actuado en la tramitación de la solicitud de acceso de la especie, conforme a las normas y procedimientos establecidos en la Ley de Transparencia. Hace presente que, no obstante la naturaleza jurídica de su representada, ha asumido un apego irrestricto a las normas sobre transparencia y entrega de información, atendido a que todas sus actuaciones se enmarcan hacia de consecución de un fin público.

g) Por todo lo anterior el amparo de la especie carece de fundamento legal.

h) Por último, a efectos de prevenir situaciones como las acaecidas en la tramitación de la solicitud de la especie, implementará un sistema que permita dar cuenta de la información con una data mayor de 5 años, a objeto de dar fiel respuesta a los requerimientos de la ciudadanía.

5) TRASLADO AL TERCERO: Mediante Oficio N° 937, del 26 de mayo de 2010, el Director del Consejo para la Transparencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, notificó al Gerente General de la Empresa Nacional de Electricidad S.A., en su calidad de tercero a quien se refiere la información requerida, con el fin de que éste evacuará sus observaciones y descargos, quien mediante carta dirigida al Director General del Consejo para la Transparencia, señaló que no tiene inconveniente para que le sea entregada a don Manuel Hermosilla Quiroz la información solicitada por éste a CONAF, entre la que se encontraría una carta enviada por su representada a dicha institución, solicitando autorización para la corta de cinco individuos de la especie forestal Araucaria Araucana.

Y CONSIDERANDO:

1) Que en primer término, dada la alegación de CONAF en torno a su naturaleza jurídica de corporación de derecho privado, cabe a este Consejo pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a dicha Corporación.

2) Que, a juicio de este Consejo, resultan plenamente aplicables los criterios adoptados por esta corporación a efectos de determinar la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a las Corporaciones Municipales, las que comparten con CONAF su naturaleza jurídica. Según el criterio señalado en las decisiones recaídas en los amparos A211-09, A242-09, A327-09, C115-10 y R23-09, ratificado por las sentencias pronunciadas en sede de reclamo de ilegalidad por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causas Rol N° 2361-09 y Rol N° 294-10, y por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 8131-09, dada la naturaleza instrumental de ciertas entidades de derecho privado constituidas por la Administración Pública, éstas deberán ser tratadas en algunos aspectos como entidades públicas en la medida que el Estado tenga una participación o posición dominante en las mismas, lo que viene dado por tres elementos que suelen concurrir copulativamente:

a) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos en su creación (decisión pública de creación)

b) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y

c) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).

3) Que de acuerdo a lo dispuesto es los Estatutos de la Corporación Nacional Forestal, en adelante, CONAF, cabe señalar lo siguiente:

a) Según el artículo 1º de los Estatutos CONAF es una corporación de derecho privado de duración indefinida, regida en su formación, funcionamiento, financiamiento y extinción por dicho Estatuto y, supletoriamente en lo no contemplado en éste, por las disposiciones del Título Trigésimo Tercero del Libro I del Código Civil, por Decreto N° 110, publicado el 20 de marzo de 1979, del Ministerio de Justicia, sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones y por las disposiciones legales y reglamentarias que hagan referencia a ella.

b) Su objeto, de acuerdo al artículo 3º, “será contribuir a la conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas del país...”.

c) La CONAF fue constituida por el Servicio Agrícola y Ganadero, el instituto de Desarrollo Agropecuario y Corporación de la Reforma Agraria, de acuerdo al artículo 1º

d) El patrimonio de CONAF, de acuerdo al artículo 8º, está formado por:

i) Un aporte inicial de sus miembros activos, según se indica en el artículo 8º de los Estatutos en comento.

ii) Aporte que anualmente determine la Ley de Presupuestos del Sector Público, y

iii) Ingresos propios autorizados por la Ley de Presupuestos.

e) El Consejo Directivo de CONAF, está conformado, según dispone el artículo 9º, por:

i) El Ministro de Agricultura, quien es su Presidente, quien también ostenta tal calidad en relación a la CONAF.

ii) El Ministro o Ministra Presidente de la Comisión Nacional del Medioambiente.

iii) El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la CONAF.

iv) Dos representantes de la Corporación de Fomento de la Producción Designados por su Vicepresidente, o sus respectivos suplentes.

v) El Director o Directora Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero, o quien designe como su representante.

vi) El Director o Directora Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, o quien designe como su representante.

vii) Dos representantes del sector privado, designados por el Ministro de Agricultura.

viii) Un representante de los trabajadores de la CONAF elegido en votación directa por éstos o su suplente.

f) La dirección superior de CONAF corresponderá a un Director Ejecutivo de exclusiva confianza y nombrado por el Presidente de la República, según el artículo 17.

4) Que en el caso de CONAF, se advierte, a la luz de sus estatutos, que concurren los elementos indicados en el considerando 2), por lo que le resulta aplicable la Ley de Transparencia, de modo que su cumplimiento no se debe a una mera liberalidad o disposición del organismo reclamado, sino que la observancia de sus normas constituye un deber por cuanto se trata de un sujeto obligado a las mismas.

5) Que, el criterio expuesto ha sido ratificada por las sentencias dictadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en los Reclamos de Ilegalidad Roles N° 2.361-2009 y N° 294-2010, como también por las Iltmas. Corte de Apelaciones de San Miguel, en el caso Rol N° 132-2009, y de Santiago, en el caso Rol N° 8131-2009.

6) Que, a mayor abundamiento, tratándose de CONAF ya la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago había afirmado que estaba sujeta al deber de entregar información con las normas vigentes en forma previa a la Ley N° 20.285, afirmando que lo contrario vulneraría "...el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad" (caso "Claude con CONAF", Rol N° 5226-2001, de 11.12.2001). Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia Rol 1024-2008 que su naturaleza no es la de una corporación privada sino, más bien, la de "...un organismo técnico que ejerce funciones públicas...", pues diversos cuerpos normativos le han encomendado "...cumplir funciones de carácter público que hoy desarrolla..." (cons. 11º), figura que califica de "anómala" y que exige necesariamente aplicarle las normas propias de la actuación estatal, entre ellas la Ley de Transparencia cuyo resguardo ha sido confiado por el legislador a este Consejo.

7) Que, establecida la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a CONAF, cabe analizar el fondo del presente amparo, el que se circunscribe a la siguiente información:

a) Copia de la carta de Empresa Nacional de Electricidad S.A., Endesa, de 20 de agosto de 2003 dirigida al Jefe Provincial de CONAF en la provincia de Malleco IX Región, mediante la cual solicitó autorización para corta de cinco individuos de la especie forestal Araucanía araucana (considerando primero Resolución N° 97);

b) Copia del Memorando N° 28 de 11 de marzo de 2004, del Jefe del Departamento DAFF-IX Región, don Julio Figueroa Silva, y los antecedentes mencionados que acompañan tal Resolución. (considerando quinto de Resolución N° 97);

c) De la información ya entregada relacionada con el Plan de Manejo individualizado en la solicitud:

i) Documento anexo al que se remite el numeral 4 del párrafo II de la solicitud relativa al D.L. N° 701, de 1974, que contiene información relativa a la fauna con problemas de conservación.

ii) En relación al numeral 4 del párrafo IV, "Programa de Actividades", particularmente "de la reforestación", se solicita el Convenio CONAF-ENDESA, que se menciona en tal párrafo, señalando que "Se reforestará en predios del sistema de áreas Silvestres administrados por CONAF u otros que se definan en el Convenio CONAF-ENDESA, donde se especificarán los procedimientos Técnicos y administrativos".

8) Que, lo requerido en la especie se trata de información, en principio pública, de acuerdo a los artículos 5º y 10 de la Ley de Transparencia y artículo 3º, letra g) de su Reglamento, por cuanto se trata de documentos que constituyen un sustento o complemento directo en la dictación de la Resolución N° 97 aludida en la solicitud de acceso, particularmente en atención a lo siguiente:

a) En cuanto a la carta enviada por ENDESA a CONAF, que constituye una solicitud de corta de cinco individuos de la especie Forestal Araucaria Araucana, de año 2003, por cuanto se trata de una solicitud a efectos que CONAF ejerza sus atribuciones de acuerdo al D.E.L. N° 701/1974 y su Reglamento, que origina un procedimiento administrativo regulado en tales normas, el que, además, estaría totalmente tramitado, según se desprende de los descargos que el organismo evacuó a este Consejo. Además, no se advierte de qué modo su divulgación afectaría derechos de ENDESA quién, no obstante no haber sido notificado por CONAF sobre la solicitud de acceso,

tras habersele conferido traslado por este Consejo, manifestó no tener inconveniente alguno para la entrega de la misma.

b) En relación a copia del Memorando aludido en la solicitud y los antecedentes que acompaña, su carácter público está dado porque se trata de una comunicación realizada al interior de la institución, mencionada en la resolución indicada por el reclamante.

c) En cuanto al documento anexo sobre fauna con problemas de conservación y Convenio CONAF- ENDESA a que hace referencia la solicitud del Plan de Manejo a efectos de la reforestación del predio de que se trata, cuya solicitud fue entregada en la respuesta al requerimiento, éstos serían parte integrante de la misma, según se desprende del artículo 29, letra e) del Reglamento de D.F.L. N° 701/1974, que señala que el plan de manejo deberá incluir, entre otros, prescripciones técnicas y medida de protección de la fauna; y artículo 32 del mismo Reglamento aludido, en cuanto a que se refiere a la obligación de reforestar del propietario, particularmente su inciso tercero que señala que “En el caso de planes de manejo que consideren corta o explotación de bosques con motivo de ejecución de obras relativas a concesiones mineras, de servicios eléctricos o de gas, la obligación de reforestar corresponderá al respectivo concesionario”, de modo que no es posible ejercer un control sobre el particular sin conocer los documentos que conforman el plan de actividades, mencionado en el artículo 30 del Reglamento.

d) A mayor abundamiento, reafirma el carácter público de lo requerido en el literal a) de la solicitud de acceso, lo señalado por este Consejo en el considerando 12) de decisión recaída sobre el amparo C33-10, en que solicitó el Plan de Forestación y Manejo de determinado predio rural en orden a que “...se estima que la divulgación de la información importa un interés público que debe ser ponderado por este Consejo, toda vez que el conocimiento del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, permite asegurar –en los términos del precitado artículo 2° del D.L. N° 701– la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de los recursos naturales y su ecosistema, generando el acceso a la información –en los términos del Tribunal Constitucional– un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión de un órgano de la Administración del Estado (STC. Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas. Considerando 9°)”.

9) Que no obstante lo anterior, en relación con la totalidad de los antecedentes respecto de los cuales el reclamante alega denegación infundada, el organismo reclamado señala en sus descargos ante este Consejo que se vio imposibilitado en hacer entrega de la misma, particularmente aquella solicitada de los literales b) y c) de la solicitud de acceso, por cuanto sólo se guardaría información por un plazo de cinco años, y lo requerido tiene una data superior a dicho plazo, sin que pese sobre el organismo obligación alguna de remitir tal documentación al Archivo Nacional transcurrido dicho plazo, así como tampoco de levantar un acta de su expurgación, por cuanto no le sería aplicable el D.F.L. N° 5.200/1929, del Ministerio de Educación, razón por la cual no fue habida la información requerida.

10) Que, sin perjuicio de dicha alegación, debe dejarse establecido que, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, “[T]ambién quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de

sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

11) Que, por su parte, el Dictamen N° 9.009, de 12 de marzo de 2001, de la Contraloría General de la República señala, al indicar los argumentos en cuya virtud no comparte lo expresado por la Contraloría Regional de Los Lagos, que “a) CONAF es una corporación de derecho privado cuyo personal se rige por las normas del Código del Trabajo, cuyo presupuesto está contemplado en la Ley de Presupuestos, el cual mayoritariamente corresponde al Aporte Fiscal. b) Conforme a lo sustentado en dictamen N° 24.718, de 1981, se concluye, precisamente, que Contraloría tiene competencia para fiscalizar a dicha entidad, en los términos señalados en el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 10.336, y puede instruir sumarios en dicha Corporación. En consecuencia, el ámbito de competencia y de materias a fiscalizar por parte de Contraloría es amplio y en este caso, teniendo en consideración la gravedad de la denuncia efectuada por el señor A. V. W., nada obsta a que se determinen por parte de este Organismo si existen hechos irregulares y los comunique a la Corporación a fin de que adopte las medidas que correspondan o, como ya se dijera, instruya directamente el sumario respectivo”.

12) Que, además, en el dictamen N° 40.644, de la Contraloría General de la República, ésta se pronunció sobre una consulta acerca de la posibilidad que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta elimine documentos relativos a las áreas de administración de personal, operaciones, administración y finanzas, oficina de partes, educación y salud, entre otras, correspondientes a los periodos 1984 y 1999, señalando que “...esas entidades, al decidir si conservan o eliminan la documentación por la que se consulta, deberán tener en consideración, necesariamente, las atribuciones fiscalizadoras que respecto de sus recursos tiene esta Contraloría General y el marco jurídico aplicable a sus correspondientes rendiciones de cuentas”.

13) Que, de lo anteriormente expresado se desprende que resulta aplicable a la CONAF la Circular N° 28.704, del citado órgano contralor, sobre Disposiciones y Recomendaciones referentes a eliminación de documentos, por lo que, de haberse producido la eliminación de los documentos, según alega la corporación reclamada, debió haber mediado una autorización de su Jefatura Superior para ello, por aplicación del numeral 2, Párrafo I “Documentos en General”, de dicha circular. Además, el párrafo IV sobre “Otras Formalidades”, de la Circular en comento, dispone que “La destrucción de todo documentos, además debe disponerse por Decreto o Resolución Exenta de toma de razón, dejándose constancia en acta levantada al efecto de la forma en que se le ha dado cumplimiento”, cuestión que no se ha acreditado en la especie.

14) Que, con todo, este Consejo no considera acreditada fehacientemente la inexistencia de la información alegada, por lo que se acogerá el presente amparo y se requerirá la entrega de la información al reclamante, y en caso de no obrar en su poder, en virtud del criterio adoptado en las decisiones recaídas en los amparos C15-09 y C43-10 de este Consejo, que haga entrega de la copia del acto en que conste la autorización del Director Ejecutivo de CONAF, o quien corresponda, para la eliminación de dichos documentos y del acta levantada a tal efecto, según se dispondrá en la parte resolutive del presente acuerdo.

El consejo para la transparencia, en ejercicio de las facultades que le atribuyen los arts. 24 y siguientes y 33 b) y por la unanimidad de sus miembros presentes, acuerda:

I. Acoger el amparo interpuesto por don Manuel Hermosilla Quiroz en contra de la Corporación Nacional Forestal y requerir al Director Ejecutivo de CONAF la entrega de la siguiente información:

i) Copia de la carta de Empresa Nacional de Electricidad S.A., Endesa, de 20 de agosto de 2003 dirigida al Jefe Provincial de CONAF en la provincia de Malleco IX Región, mediante la cual

solicitó autorización para corta de cinco individuos de la especie forestal Araucanía araucana (considerando primero Resolución N° 97).

ii) Copia del Memorando N° 28 de 11 de marzo de 2004, del Jefe del Departamento DAFF-IX Región, don Julio Figueroa Silva, y los antecedentes mencionados que acompañan tal Resolución. (considerando quinto de Resolución N° 97).

iii) De la información ya entregada relacionada con el Plan de Manejo individualizado en la solicitud:

(1) Documento anexo al que se remite el numeral 4 del párrafo II de la solicitud relativa al D.L. N° 701, de 1974, que contiene información relativa a la fauna con problemas de conservación.

iv) Convenio CONAF-ENDESA, que se menciona en numeral 4, párrafo IV de la solicitud relativa al D.L. N° 701, de 1974.

II. Requerir al Sr. Director Ejecutivo de CONAF, en caso de haber procedido a la eliminación de la documentación mencionada precedentemente, que entregue copia del acto en que conste la autorización del Director Ejecutivo de CONAF, o quien corresponda, para la eliminación de los mismos y del acta levantada a tal efecto.

III. Requerir al Sr. Director Ejecutivo de CONAF que:

i) Cumpla con lo resuelto dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde que quede ejecutoriado el presente acuerdo, bajo el apercibimiento de procederse en su contra conforme disponen los artículos 45 y siguientes de la Ley de Transparencia, y

ii) Envíe copia de los documentos en que conste la entrega de información al domicilio de este Consejo, ubicado en Morandé N° 115, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago, o al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, para efectos de verificar el cumplimiento de esta decisión.

IV. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Manuel Hermosilla Quiroz, al Gerente General de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. y al Sr. Director Ejecutivo de CONAF.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia integrado por su Presidente don Raúl Urrutia Ávila y los Consejeros don Alejandro Ferreiro Yazigi, y don Juan Pablo Olmedo Bustos. Se deja constancia que el Consejero don Roberto Guerrero Valenzuela no concurre al presente acuerdo, por encontrarse ausente. Certifica don Raúl Ferrada Carrasco, Director General del Consejo para la Transparencia.

MATERIA

CORPORACIONES DE DERECHO PRIVADO EN QUE EL ESTADO TIENE PARTICIPACIÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 75.508

Fecha: 15.12.2010

DESCRIPTORES

Organización – Corporaciones Municipales – Corporaciones de Derecho Privado – Funciones Públicas – Consejo para la Transparencia – Instrucciones – Generales – Potestades Normativas – Principio de Transparencia.

PRINCIPIO JURÍDICO

Las Corporaciones de Derecho Privado en que el Estado tiene participación no son organismos de la Administración del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 8º CPR; Art. décimo Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; Arts. 2º, 3º, y 4º Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (aprobada por el artículo primero de la Ley Nº 20.285).

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 37.493/2010, 44.462/2010.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Posee el Consejo para la Transparencia potestades normativa, de fiscalización o de supervigilancia sobre las corporaciones de derecho privado creadas por el Estado para cumplir con sus funciones?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Dentro de sus atribuciones, el CPLT posee la de dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración (artículo 33 letra d) de la Ley de Transparencia).

Las Corporaciones Municipales de Viña del Mar, Quilpué, Peñalolén y Providencia solicitaron que se ordenara al CPLT dejar sin efecto lo dispuesto en la Instrucción General Nº 4 sobre Transparencia Activa, en lo que dice relación con las Corporaciones Municipales de Salud y Educación, debido a que sería improcedente la aplicación de la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Lo mismo fue solicitado por la Corporación de Desarrollo Social de Antofagasta.

CPLT indica que las señaladas corporaciones se encontrarían comprendidas dentro de la expresión “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la

función administrativa” a que alude el artículo 2º de la Ley de Transparencia, por lo que sería aplicable este cuerpo normativo, el Reglamento de la Ley N° 20.285 y las instrucciones de dicho Consejo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Las Corporaciones Municipales son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, cuya finalidad es administrar y operar los servicios traspasados a las municipalidades en las áreas de educación, de salud o de atención de menores. Así, en estos entes se encuentra presente en un modo predominante el interés público y aunque no es posible considerarlos como organismos integrantes de la Administración del Estado, se justifica que se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controlados en términos similares a los órganos públicos, con el fin de resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado a través de ellas respete la preceptiva orgánica aplicable y no adolezca de irregularidades (dictamen 37.493/2010).

Por su parte, la Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, señala en el inciso primero del artículo 2º que sus disposiciones son aplicables a los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, fuerzas armadas, fuerzas de orden y seguridad pública y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Su inciso tercero agrega que también se aplicarán las disposiciones que la Ley de Transparencia expresamente señala a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. El artículo décimo de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública indica que a todas estas entidades les es aplicable el principio de transparencia (artículos 8º de la CPR y 3º y 4º de la Ley de Transparencia).

Tanto el artículo 2º inciso tercero de la Ley de Transparencia como el artículo décimo de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, son aplicables a las entidades privadas por medio de las cuales el Estado realiza ciertas actividades inherentes al cumplimiento de sus funciones, utilizando la preeminencia que le da su participación en el patrimonio o en la dirección de tales entidades. La mención a las empresas y sociedades, y a la participación accionaria que efectúen las normas antedichas, en ningún caso excluye a las corporaciones y a otros tipos de personas jurídicas de derecho privado que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos. Estos organismos no sólo deben cumplir la obligación de mantener a disposición permanente del público, por medio de sus sitios electrónicos, cierta información, sino que quedan sometidos al principio de transparencia, que según el artículo 4º de la Ley de Transparencia consiste en “respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

Debido a lo anterior, se concluye que es aplicable a las corporaciones municipales el principio de transparencia (principio básico de gestión propio del derecho público según el dictamen 37.493/2010).

Ninguna de las normas de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública establecen atribuciones al CPLT sobre las corporaciones de derecho privado creadas por el Estado para el cumplimiento de sus funciones, por lo que la sujeción de estas al principio de transparencia de la función pública, en los términos que ordena el artículo décimo de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, no conlleva el otorgamiento de potestades al CPLT respecto de ellas (aplica criterio dictamen 44.462/2010, ZOFRI).

Por tanto, las corporaciones municipales, si bien deben sujetarse al principio de transparencia de la función pública, en los términos del artículo décimo de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, ello no significa que se sometan a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del CPLT, por lo que no compete a ese organismo impartir instrucciones destinadas a regular el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública por parte de las señaladas corporaciones.

CONCLUSIÓN

El Consejo para la Transparencia no posee potestades normativa (a través de la dictación de Instrucciones Generales), de fiscalización o de supervigilancia sobre las corporaciones de derecho privado creadas por el Estado para cumplir con sus funciones, ya que ninguna disposición de la Ley de Transparencia ni de la Ley de Acceso a la Información Pública le reconocen tales facultades. Sin embargo, dichas corporaciones sí deben someterse al principio de transparencia ya que está presente en ellas de modo predominante el interés público, debiendo cautelarse que la actuación del Estado mediante tales entes respete la preceptiva orgánica correspondiente y no adolezca de irregularidades.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión delimita por primera las competencias del CPLT en materia de atribuciones hacia las Corporaciones de derecho privado del Estado. El Consejo había aplicado la teoría del levantamiento del velo, señalando que tras ella se encontraba el Estado y, por lo tanto, estaban sujetas a las competencias del Consejo (ver decisión C724-10 del CPLT en este libro).

Las consecuencias serán relevantes, pues mientras el CPLT opta por un criterio sustantivo, la CGR lo hace en un aspecto formal.

TEXTO COMPLETO

N° 75.508 Fecha: 15-XII-2010

Se han dirigido a esta Contraloría General las Corporaciones Municipales de Viña del Mar, Quilpué, Peñalolén y Providencia solicitando se ordene al Consejo para la Transparencia dejar sin efec-

to lo dispuesto en la Instrucción General N° 4, Sobre Transparencia Activa, en lo que dice relación con las Corporaciones Municipales de Salud y de Educación, ya que sería improcedente la aplicación de la ley N° 20.285, en consideración a la naturaleza jurídica que revisten tales entidades.

A su vez, la Contraloría Regional de Antofagasta ha remitido a este Organismo de Control, la presentación efectuada por la Corporación de Desarrollo Social de Antofagasta que pide un pronunciamiento en el mismo sentido antes indicado.

Requerido su informe, el Consejo para la Transparencia expresa que estas Corporaciones Municipales se encontrarían comprendidas dentro de la expresión “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, aludidos en el inciso primero del artículo 2° de la Ley de Transparencia, y, por ende, les resultarían aplicables esta ley, su reglamento y las instrucciones impartidas por dicho Consejo.

En relación a la materia planteada, es necesario tener presente que las corporaciones recurrentes son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, cuya finalidad es administrar y operar los servicios traspasados a las municipalidades en las áreas de educación, de salud o de atención de menores, y que hasta antes de la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de febrero de 1988, (rol N° 50), pudieron constituirse conforme a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, agregado por el artículo 26 del decreto ley N° 3.477, del mismo año.

Al respecto, es útil destacar que estas entidades presentan algunas características particulares derivadas del texto legal que autorizó su constitución, y que determinan el sometimiento de las mismas a ciertas normas de derecho público.

En efecto, el señalado artículo 12 asegura la participación del Estado en estas corporaciones, al disponer que la presidencia de ellas corresponderá al Alcalde de la respectiva municipalidad quien además puede delegarla en la persona que estime conveniente.

En este orden de ideas, debe destacarse que el objeto básico de las personas jurídicas de que se trata, consiste en la realización de las funciones públicas previstas en los literales a) y b) del artículo 4° de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que se refieren a la educación y a la salud pública, y que aun cuando pueden ser desarrolladas en forma directa por estas instituciones, o con otros órganos del Estado, son tareas propias de los municipios por lo que el Estado contribuye al financiamiento de las corporaciones en estudio, por medio de la entrega de recursos de origen fiscal o municipal –según previenen los artículos 13 del referido decreto con fuerza de ley N° 1-3.063 y 5° letra g) de la ley N° 18.695–, quedando, en este aspecto, las señaladas entidades sometidas a la fiscalización de esta Entidad de Control, conforme a los artículos 25 de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y 136 de la citada ley N° 18.695.

Como puede apreciarse, en estos entes jurídicos está presente de un modo predominante el interés público, y aunque no es posible considerarlos como organismos integrantes de la Administración del Estado, se justifica que se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controlados en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado, a través de ellos, respete la preceptiva orgánica correspondiente, y no adolezca de irregularidades, en concordancia con el criterio contenido en el dictamen N° 37.493, de 2010.

Puntualizado lo anterior, cabe manifestar que la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado –en adelante, Ley de Transparencia–,

aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, prescribe en el inciso primero de su artículo 2° que sus disposiciones “serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”.

Enseguida, el inciso tercero del mismo artículo establece que “también se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”.

Por su parte, el artículo décimo de la ley N° 20.285, dispone, en lo pertinente, que el principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia, es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Agrega, el inciso segundo del citado artículo décimo que, en virtud del señalado principio, las entidades mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, debidamente actualizados, los antecedentes que indica.

En consideración a lo expuesto, esta Contraloría General entiende que, tanto lo previsto en el artículo 2°, inciso tercero, de la mencionada Ley de Transparencia, como también lo que dispone el artículo décimo de la ley N° 20.285, resultan ser aplicables a aquellas entidades privadas a través de las cuales el Estado realiza ciertas actividades inherentes al cumplimiento de sus funciones, utilizando la preeminencia que le da su participación en el patrimonio o en la dirección de tales entidades. Asimismo, es del caso precisar que la mención a las empresas y sociedades, y a la participación accionaria que efectúan las normas antedichas, en ningún caso excluye a las corporaciones y a otros tipos de personas jurídicas de derecho privado, que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos.

En este sentido, los organismos a que aluden los citados preceptos no sólo deben cumplir la obligación de mantener a disposición permanente del público por medio de sus sitios electrónicos cierta información, sino que quedan sometidos al principio de transparencia establecido en la Ley de Transparencia, que de acuerdo al artículo 4° de la misma consiste en “respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

En mérito de lo expuesto, debe concluirse que es aplicable a las corporaciones municipales constituidas conforme al mencionado artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063 el principio de transparencia, que tal como lo ha precisado la jurisprudencia –contenida, entre otros, en el dictamen N° 37.493, de 2010–, es uno de los principios básicos de gestión propios del derecho público.

Precisado lo anterior, cabe consignar que el Consejo para la Transparencia, constituye una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creada por el artículo 31 de la Ley de Transparencia y que según su artículo 32 tiene por objeto “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”. Las funciones y atribuciones del referido organismo se determinan en el artículo 33 de ese texto legal, debiendo destacarse la contenida en su letra d), consistente, en lo que interesa, en “dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

En este contexto, y del análisis de las normas de la ley N° 20.285 aparece que ninguna de ellas establece alguna atribución del Consejo para la Transparencia sobre este tipo especial de corporaciones de derecho privado, por lo que la sujeción de éstas al principio de transparencia de la función pública, en los términos que ordena el artículo décimo de la ley N° 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al referido Consejo respecto de ellas, criterio ya expuesto en el dictamen N° 44.462, de 2010.

En mérito de las consideraciones que preceden, esta Contraloría General cumple con manifestar que las corporaciones municipales constituidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, si bien deben sujetarse al principio de transparencia de la función pública, en los términos previstos en el artículo décimo de la ley N° 20.285, ello no implica que tales entidades se sometan a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia, razón por la cual no compete a ese organismo impartir instrucciones destinadas a regular el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública por parte de las señaladas corporaciones.

MATERIA

TRANSPARENCIA DE CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad precepto legal (art. 93 N° 6 CPR)*Rol:* 2153*Fecha:* 11.09.2012*Resultado recurso:* Acogido.*Ministros mayoría:* Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vordanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado.*Ministros minoría:* Francisco Fernández Fredes, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.*Ministro redactor:* Carlos Carmona Santander.*Requirente:* Subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla Mackenney.

DESCRIPTORES

Principio de Transparencia, Consejo para la Transparencia, Correos Electrónicos, Inviolabilidad de las Comunicaciones, Información Elaborada con Presupuesto Público, Información que Obra en Poder de la Administración, Acto Administrativo, Firma Electrónica, Garantías Constitucionales, Empleo Público.

PRINCIPIO JURÍDICO

Los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos no son información pública.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 7º, 8º, 19 N° 3, 5 y 24 y 63 N° 18 CPR; Arts. 17, 18 y 21 Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; Art. 7º Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma.

CAUSA EN QUE INCIDE

Causa Rol 6704-2011 de la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre reclamo de ilegalidad deducido en contra del amparo del derecho de acceso a la información Rol C406-11 del Consejo para la Transparencia.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículo 5º inciso 2 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que establece que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos están sujetos al mandato constitucional de publicidad?

¿Excede la Constitución la norma de la Ley de Transparencia que establece que toda información elaborada con presupuesto público, o que obre en poder de la Administración, es información pública?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Don Mario Gebauer Bringas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, y en su representación, solicitó a la Subsecretaría del Interior diversa información sobre la transferencia de fondos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla para hacer frente a los efectos del terremoto del 27 de febrero de 2010, dentro de lo cual se encontraban los “oficios, memorándums y correos electrónicos institucionales” que se hubieran enviado y recibido desde el Ministerio a la Gobernación y viceversa sobre la materia. El ente requerido entregó parcialmente la información, excluyendo los correos electrónicos. Ante ello, el Alcalde dedujo un amparo al derecho de acceso a la información en contra de la Subsecretaría del Interior ante el CPLT. Este último acogió el amparo, decisión contra la cual la Subsecretaría interpuso un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Dentro de esta última gestión pendiente se recurrió de inaplicabilidad en contra de la norma que establece que es pública la información que obre en poder de los órganos de la Administración.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia. Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de “papeles” (1812, 1818) o de “correspondencia” (1833, 1925), la de 1980 habla de “toda forma de comunicación privada” (artículo 19 N° 5 CPR). Con la expresión “toda” no se quiso excluir ninguna. El vocablo “forma” subraya el hecho de que da lo mismo su formato. Así, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicaciones, incluido, por cierto, el correo electrónico. Por su parte, con la expresión “inviolabilidad” se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente. Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. Además, la comunicación debe circular libremente. Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. (C. 30 y 31).

Las comunicaciones que protege el artículo 19 N° 5 de la CPR son aquellas privadas, es decir, la que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de este. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permi-

tan mantener al margen a terceros, sean estos un órgano del Estado o un particular. El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (C. 35).

La CPR también establece que la inviolabilidad puede romperse “en los casos y formas determinados por la ley”, expresión que contiene las garantías que la Constitución establece para que pueda levantarse la inviolabilidad. En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. En segundo lugar, la ley debe definir “los casos” en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones. En tercer lugar, es necesario que la ley defina “las formas” en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización. Finalmente, los casos y las formas deben estar “determinados”. Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente. La CPR sólo hace excepción a este régimen cuando regula el Estado de Asamblea. Por su parte, el legislador, está sujeto a estas restricciones, lo que se puede apreciar si se considera lo establecido en materia investigativa y para los efectos de recaudar pruebas. Tanto en materia procesal penal, en la investigación de conductas contrarias a la libre competencia por parte de la Fiscalía Nacional Económica, y en lo referente a la inteligencia militar; se establecen requisitos exigentes y la necesidad de la autorización judicial para poder levantar la prohibición establecida por el artículo 19 N° 5 de la CPR. De este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando no haya otra alternativa disponible; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos (C. 38 a 41).

El precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5 de la CPR por diversas razones. Primero, debido a que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5. No obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues estos no están exentos de esta protección. En primer lugar, porque lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la CPR ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo. Desde luego, por-

que nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse. Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles. También hay que tener en cuenta que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario (C. 43).

Tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Éstas han sido electas o designadas para que tomen buenas decisiones. Para lograr ese propósito necesitan tener cierta confidencialidad para lograr una adecuada, eficaz y pertinente deliberación técnica. Una apertura indiscriminada del correo electrónico puede despotenciarlo como un instrumento útil para la toma de decisiones. Por lo demás, la CPR no desprotege a las autoridades respecto de la garantía del artículo 19 N° 5 (C. 45).

Una segunda razón para considerar que se vulnera el artículo 19 N° 5 de la CPR consiste en que la Ley sobre Acceso a la Información Pública no constituye uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas. En primer lugar, porque nada apunta a que la intención del legislador con la Ley sobre Acceso a la Información Pública fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la CPR exige “casos y formas determinados”. En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. En tercer lugar, el legislador ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la CPR. La invocación del artículo 8° de la Constitución no es un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5 (C. 46).

Una tercera razón para considerar la vulneración del artículo 19 N° 5 de la CPR es que los actos a que se refiere el artículo 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los actos que dicha normativa comprende son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo. En efecto, uno de los derechos que otorga la LBPA a los interesados (aquellos que promovieron el procedimiento como titulares de derechos o intereses, individuales o colectivos,

o puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, se hayan o no apersonado en él, artículo 21), es el de “acceder a los actos administrativos y sus documentos” (artículo 17, letra d)). Como se observa, el interesado en un procedimiento administrativo no invoca la Ley sobre Acceso a la Información Pública para acceder al expediente y a sus documentos. Su derecho de acceso se lo da la LBPA. Pero el interesado sólo puede acceder a lo que consta en el expediente. No tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7º, 19 Nº 3 y 63 Nº 18), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento. Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo. En el presente caso, la Subsecretaría del Interior entregó todas las decisiones de la autoridad. Ahora, si los correos fueran actos administrativos, debieron emitirse bajo firma electrónica, simple o avanzada, lo que no ocurrió (debido a que según el artículo 7º de la Ley Nº 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, “los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel). Si por su parte, fueran actos de juicio, es decir contuvieran una opinión en el marco de un procedimiento administrativo decisorio, debieron ser ponderados o debieron constar en los vistos de los actos entregados. Que no hayan estado es un indicador de que no eran documentos ni directos ni esenciales (C. 47 a 50).

Una cuarta razón para determinar la vulneración del artículo 19 Nº 5 de la CPR consiste en que no es posible considerar que esta garantía constitucional deba subordinarse al artículo 8º de la CPR. Esto, debido a que cuando la Constitución ha querido establecer una subordinación, lo ha dicho, como sucede con la función social del dominio (artículo 19 Nº 24 inciso 2). Por otra parte, la publicidad que establece el artículo 8º de la CPR está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino ésta a aquéllos. Además, la publicidad no es el único bien jurídico que la CPR establece: hay otros que también requieren respeto y protección (C. 51). Además, de vulnerar el artículo 19 Nº 5 de la CPR, el precepto impugnado excede lo establecido en el artículo 8º inciso 2 de la CPR. Mientras este último habla de actos y resoluciones, el artículo impugnado habla de dos tipos de información: la “elaborada con presupuesto público” y la “que obre en poder de los órganos de la administración”. Este amplía la información a que se tiene acceso. Resulta difícil imaginar una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. La pregunta que se debe formular es si eso es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Existe abundante información en la historia legislativa de esta que apunta en el sentido contrario. Además, si el artículo 8º hubiera querido hacer pública toda la información que

produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso 2 del artículo 8° de la CPR comienza señalando: “son públicos... “. Este razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso 1, de la Ley de Transparencia, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso. Tampoco puede sostenerse que los correos electrónicos que estén al margen de un procedimiento, estén insertos en alguna de las categorías que emplea el artículo 8° de la CPR. Por de pronto, no caben dentro de la expresión acto o resolución. Tampoco se encuentran dentro de la expresión “fundamentos” que utiliza el artículo 8°. Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18 LBPA). Pero para ello es esencial que estén en un expediente, es decir, que sean parte de un procedimiento administrativo. El dato externo no puede ser ni controvertido ni ponderado. Dado todo esto, es posible concluir que el inciso 2 del artículo 5° de la Ley de Transparencia (aprobada por el artículo primero de la Ley sobre Acceso a la Información Pública), excede en su aplicación a la gestión pendiente, a lo dispuesto en la CPR (C. 60 a 66).

CONCLUSIÓN

Los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos no están sujetos al mandato constitucional de publicidad, ya que los servidores públicos poseen las mismas garantías constitucionales que cualquier persona, por lo que su divulgación afecta su vida privada, al encontrarse amparados dichos correos por la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, concepto que se refiere a aquellas comunicaciones que permiten mantener al margen a terceros, independiente de que sean realizadas por funcionarios públicos o de que su contenido sea confidencial o privado.

La Ley de Transparencia, al establecer que toda información elaborada con presupuesto público, o que obre en poder de la Administración, es pública, excede la regla de publicidad constitucional; ya que la Constitución señala que son públicos los actos y resoluciones, y a los fundamentos y procedimientos que se utilicen para su dictación; no estando implicado necesariamente el que la información que obra en poder de la Administración o que fue elaborada con presupuesto público, quepa siempre en alguno de estos conceptos.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión del TC viene a contradecir un criterio que el CPLT había asentado en su jurisprudencia. En efecto, el CPLT había determinado en diversos casos (por

ejemplo, amparos Roles C83-10, C640-10, C122-11, C377-11 y C1101-11, entre otras), al igual que en el presente amparo (Rol C406-11), que “los correos electrónicos emitidos y recibidos por funcionarios públicos, a través de sus casillas de correos institucionales, y en cabal ejercicio y desempeño de sus funciones públicas, no constituyen formas de comunicación privada, razón por la cual, obrando en poder del órgano reclamado, constituyen información de carácter pública”.

Por otro lado, el TC mediante esta sentencia se refiere a uno de los elementos centrales de la regulación que contiene la Ley de Transparencia. En efecto, el inciso 2 del artículo 5° de esta última, expande en extremo el concepto de información pública, al considerar dentro de él a aquella información que fue elaborada con presupuesto público, o que obra en poder de la Administración. El TC consideró que este precepto resultaba inconstitucional en el presente caso, debido a que la CPR en su artículo 8° inciso 2 no se refiere a estas dos hipótesis, sino que solamente habla de actos y resoluciones y de elementos relacionados con estas.

En el mismo sentido de esta decisión, puede revisarse la STC 2.246.

TEXTO COMPLETO

Santiago, once de septiembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla Mackenney, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dispone que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

La gestión pendiente invocada es un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría de Interior en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar el contenido de correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla, en los términos que se señalan a fojas 3.

El requirente estima que de aplicársele la norma impugnada se vulneran los artículos 5°, 6°, 7°, 8° y 19, N°s. 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Carta Fundamental, al arrogarse el Consejo para la Transparencia competencias que no están expresamente contempladas en la Ley de Acceso a la Información Pública. Asimismo se infringe el artículo 8° de la Carta Fundamental en lo referido al límite en la publicidad de los actos de la Administración del Estado; como también los derechos a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Expone que el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, Mario Gebauer Bringas, formuló dos solicitudes de acceso a la información conforme a la Ley N° 20.285, acerca de los gastos en que incurrió la Gobernación Provincial de Melipilla, por concepto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse por las transferencias efectuadas por el Ministerio del Interior, así como por la respectiva orden de devolución de dicho Ministerio, incluyendo oficios, memoranda y correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio a la Gobernación y desde la Gobernación al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora como del Sub-

secretario y la del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, sólo en lo relativo y pertinente a la información que por este acto se solicita.

Expone que en virtud del principio de divisibilidad de la información entregó los antecedentes solicitados, salvo lo relativo a los correos electrónicos, lo que motivó un amparo del alcalde ante el Consejo para la Transparencia (Rol C406-11) que, como medida para mejor resolver, requirió que se le remitiera copia de los correos.

Frente a este requerimiento, la Subsecretaría informó que ello no era posible, pues el Consejo carece de atribuciones para ello, toda vez que la Ley N° 20.285 no prevé la posibilidad de medidas para mejor resolver y los mensajes enviados a través de correos electrónicos no son información pública, sino información reservada que se encuentra protegida por las garantías del artículo 19 N°s. 4° y 5° de nuestra Constitución, amparadas por un entendido de constitucionalidad que se contiene en la sentencia Rol N° 1051-2008 de esta Magistratura, que declaró que las atribuciones de recabar antecedentes por el Consejo están limitadas por las excepciones a la publicidad que el legislador de quórum calificado determine al amparo del artículo 8° de la Constitución.

Finalmente, el Consejo para la Transparencia acogió el amparo y la autoridad pública recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Expone que si bien la Ley de Transparencia fue sometida a control, el mismo no puede amparar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales y, según señala a fojas 9, ese pronunciamiento es diferente al de inaplicabilidad, según se señaló en la misma sentencia de control preventivo.

Añade que en decisiones anteriores, el Consejo para la Transparencia ha declarado el carácter de información pública de mensajes de correos electrónicos despachados en el ejercicio de funciones públicas (roles c83-10, c640-10 y c377-11).

En sentido contrario, expresa que los correos electrónicos no son en realidad información pública y que su divulgación vulneraría diversas normas constitucionales, pues el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, por cuanto el artículo 8° de la Constitución dispone que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” y que la Ley de Acceso a la Información Pública agrega “a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos”, “cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga(n), salvo las excepciones legales”, agregando que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos”, salvo las excepciones legales.

Manifiesta, asimismo, siguiendo al profesor Luis Cordero, que este derecho se refiere sólo a actos, resoluciones, procedimientos y sus fundamentos, por lo que sin procedimiento administrativo no hay acceso a informaciones.

Señala que la casilla de correo institucional es una forma de comunicación, en la cual además se emiten opiniones y juicios personales, muchas veces amparados por secreto profesional, como ocurre con el médico respecto de las fichas de pacientes. Agrega que las opiniones vertidas en mensajes son personales, limitadas y no necesariamente institucionales, y que este medio no es una excepción a la privacidad.

A fojas 17 afirma que los funcionarios tienen una expectativa razonable de privacidad en la materia y cita a la Corte Suprema norteamericana al efecto, que señala la necesidad de ponderar entre

la intimidad del funcionario y la necesidad de escrutinio de la función pública, estableciendo como criterio el determinar si el funcionario sabía si el lugar de empleo podía ser registrado, agregando que en Chile no hay norma al respecto y que no se llevan registros como los de notificaciones de los tribunales, por lo que no existe obligación de guardar ni entregar, salvo orden judicial de incautación.

Agrega que al tenor del artículo 3º de la Ley N° 19.880, los mensajes no son resoluciones ni actos administrativos, por lo cual no son informaciones públicas.

Argumenta que el reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública tampoco los engloba, en la medida que no son sustento ni complemento esencial de actos administrativos y no han servido de respaldo a la dictación de ellos. A fojas 20 señala que, erróneamente, el Consejo para la Transparencia ha entendido que los mensajes de correos electrónicos han venido a reemplazar parcialmente a los actos administrativos, arrogándose la inexistente potestad de calificar qué es o no un acto administrativo.

Agrega que estos mensajes son simples comunicaciones entre personas y que además quedan cubiertos por el privilegio deliberativo de autoridades y funcionarios.

Expone además que no todo lo que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede ser considerado información pública, sino sólo aquello que fundamente actos o resoluciones y en la medida que su acceso por terceros obedezca a finalidades legítimas, conforme a lo señalado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 460, acerca de la declaración de patrimonio de autoridades. Agrega que tales criterios son compartidos por uno de los consejeros y que la Corte de Apelaciones de Santiago los ha utilizado, según señala a fojas 25, añadiendo que la Contraloría General de la República ha señalado, al igual que la mencionada Corte, que se requiere de un acto administrativo para acceder a la información respectiva.

Siguiendo a Pantoja, diferencia entre publicidad –referida a actos– y transparencia –referida a procedimientos, contenidos y fundamentos del acto–.

Por otra parte, señala que los mensajes no son información que obre en poder del Estado, pues una cosa es la propiedad del medio y otra la autoría intelectual del mensaje. Además, el solo uso de la casilla institucional no significa per se el consignar información pública. Expone que en México esto se encuentra reglado, según detalla a fojas 28, y que esta determinación debe hacerse a priori. Cita al Tribunal Constitucional peruano, en cuanto a que si el correo es del empleador no por ello es propiedad suya el contenido del mismo.

A fojas 29 y siguientes desarrolla un capítulo acerca del correo institucional en el derecho comparado, para concluir que el Consejo para la Transparencia ha ampliado el concepto de información pública, vulnerando así diversas garantías constitucionales.

A fojas 31 se refiere a la naturaleza del Consejo para la Transparencia, señalando que tiene funciones de fiscalización y sanción como garante del acceso a informaciones, que tiene una cuota de autonomía y que integra la Administración del Estado, lo cual ha sido reconocido por este Tribunal y por la Contraloría según afirma a fojas 32, quedando a salvo las facultades del ente de control, que además lo incluye en la lista de órganos descentralizados.

Concluye así que se han vulnerado, en la especie, los artículos 5º, 6º, 7º y 8º de la Carta Fundamental, al extenderse indebidamente el concepto de informaciones públicas y extralimitarse las competencias del Consejo para la Transparencia, sin que la Ley de Transparencia establezca tales atribuciones ni excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones en la materia, por lo que ni el Consejo para la Transparencia ni Corte alguna podrían aplicar el precepto legal que se impugna

en sentido contrario a la norma constitucional, sin vulnerar el principio de legalidad, al conferirse atribuciones que no le han sido otorgadas por ley y convertirse en una instancia jurisdiccional sin debido proceso legal para los funcionarios públicos afectados por la revelación de sus mensajes.

Señala como vulnerado el N° 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto se levanta la reserva del correo electrónico sin cumplir los estándares constitucionales y careciendo de especificidad y determinación para ello la Ley de Acceso a la Información Pública.

Expone que el Consejo para la Transparencia le impone una obligación imposible de cumplir, pues no puede violar los derechos de terceros para cumplir con una errada decisión de dicha institución respecto de la cual además carecería de competencia.

Considera asimismo vulnerada la esfera de privacidad de los N°s. 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, desarrollando latamente la protección del correo electrónico en el ámbito laboral, a cuyo efecto da cuenta de un decreto supremo de 1996 que permite el uso de la casilla institucional para comunicaciones personales, a menos que la autoridad respectiva lo prohíba, y citando además la reciente sentencia de esta Magistratura Rol N° 1894, que ampara expresamente la confidencialidad del correo electrónico. Recuerda asimismo las excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones y la privacidad, aduciendo que en la especie no concurre ninguna de ellas.

Considera además vulnerada la garantía de la seguridad jurídica y del contenido esencial de los derechos del N° 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental, y la garantía de igualdad ante la ley al establecerse un trato diferenciado y sin justificación para el correo de los funcionarios públicos.

A fojas 125, la Primera Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, ordenando suspender el procedimiento en la gestión invocada.

A fojas 141 se declaró la admisibilidad del libelo y se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 157, el Consejo para la Transparencia evacuó el traslado conferido, dando cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho de la gestión pendiente, así como agregando a fojas 158, que la solicitud de amparo fue parcialmente acogida, con mención expresa del principio de divisibilidad de la información solicitada, debiendo entregarse sólo aquella que revista el carácter de pública.

Solicita el rechazo de la acción en la medida que el precepto impugnado no resulta decisivo, ya que de todas formas, los correos electrónicos constituyen información elaborada con presupuesto público, lo que hace que queden cubiertos por la parte no impugnada del artículo 5° en cuestión, más aún cuando son comunicaciones entre autoridades desde y hacia casillas institucionales, y se refieren al ejercicio de sus funciones. Así, señala que de acogerse la inaplicabilidad solicitada la información seguiría siendo pública.

Agrega que el artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública fue objeto de un control preventivo obligatorio por parte de esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1051, de 10 de julio de 2008, en la cual se declaró de manera expresa la constitucionalidad del aludido precepto, por lo cual, de conformidad a los artículos 51 y 84, numeral 2°, de la ley orgánica constitucional de este Tribunal, no puede ser objeto de una cuestión de inaplicabilidad.

Por otra parte, señala que la aplicación del precepto impugnado no vulnera el artículo 8° de la Carta Fundamental, en la medida que el derecho a acceder a la información pública también emana del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución, como lo ha reconocido este Tribunal en su sentencia Rol N° 1800, además del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es parte integrante de nuestro sistema jurídico.

Expone que la Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública goza de una posición preferente frente a los demás derechos, en la medida que es esencial para poder ejercer los otros derechos fundamentales, y que el Consejo para la Transparencia ha declarado expresamente que sólo tiene los límites y excepciones legales que contemplan el artículo 8° de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuestión que se ve ratificada por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000.

El hecho de gozar de una posición preferente determina que tiene un mayor valor a la hora de resolver conflictos entre derechos fundamentales, lo cual ocasiona que la esfera de privacidad de los funcionarios públicos sea menor y que haya un claro interés público y social en la información solicitada en el caso concreto.

Además, argumenta que si se entendiera que la publicidad afecta sólo a aquello que se contiene en la literalidad del artículo 8° de la Carta Fundamental, en términos comparados, la normativa chilena sería una de las más restringidas en materia de acceso a la información, tras lo cual alude en abono de su tesis a las normativas del Perú, Reino Unido, Australia y Canadá, señalando que abarcarían la documentación e información en poder, recibida o enviada por una autoridad.

Concluye este capítulo señalando que el derecho de acceso se refiere a informaciones y en algunos casos a documentos o registros en poder de los sujetos obligados, sin distinguir el origen, derecho que se funda en la libertad de expresión.

En otro apartado expone que además de ser elaborados con presupuesto público, los correos pueden ser fundamento de actos o resoluciones expedidos en el ejercicio de funciones públicas –cuestión que cada día ocurre más, citando al efecto una serie de ejemplos–, por lo cual no pueden considerarse “comunicaciones privadas”, sobre todo si emanan de casillas creadas para el ejercicio de la función pública, con cargo al presupuesto estatal.

Así, cabe concluir que en el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al aludirse a las “comunicaciones privadas”, se tuvo en mente además las “comunicaciones públicas”, no englobadas por dicha garantía, pues, si así no fuera, simplemente se hubiera consagrado el secreto de “toda forma de comunicación”.

En otro capítulo, señala que no se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, pues, reiterando lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución y la posición preferente del derecho de acceso, la jurisprudencia de este Tribunal lo ha recogido en sus sentencias roles N°s. 634 y 1800, en la última de las cuales declaró expresamente que el artículo 5° de la Ley de Transparencia se ajusta a la Constitución y que así se declaró en sede de control preventivo.

Tras dar cuenta del Estatuto del Consejo para la Transparencia, expone que dicho órgano no ha vulnerado norma alguna, sino que ha dado estricto cumplimiento a sus funciones en el marco de las competencias para resolver reclamaciones que le confiere el artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia.

Agrega que no se infringen los derechos fundamentales del requirente, en la medida que la protección de la vida privada no es absoluta, como este Tribunal ya lo ha reconocido en sus sentencias roles N°s. 1800, 1683, 1365, 521 y 433, pues se ve limitada por valores ligados al interés general o por otros derechos, para posteriormente precisar que en la Ley N° 19.628 se establece qué se entiende por datos privados y cuál es su régimen de acceso y administración, señalando que la información solicitada en este caso no guarda relación con dichos conceptos.

Agrega que por disposición de los artículos 2° y 3° de la Ley N° 19.799, los documentos electrónicos equivalen al soporte de papel y que el artículo 10 de la Ley de Acceso a la Información Pública

y el artículo 3º de su reglamento permiten expresamente acceder a ellos, por lo cual los correos institucionales son información pública.

Posteriormente, argumenta que en el derecho comparado se respalda el acceso a correos electrónicos relativos a funciones públicas sin que se entienda vulnerada la vida privada ni la inviolabilidad de las comunicaciones, aludiendo a las normativas mexicana, estadounidense y del Reino Unido sobre la materia.

Reiterando que estos correos electrónicos no son comunicaciones privadas, agrega que la Ley de Transparencia es lo suficientemente específica como para autorizar la entrega de la información y que el derecho a la intimidad del Subsecretario no está en juego, sino que el tema es el escrutinio de sus decisiones y órdenes.

Expone que si se hubieran ventilado aspectos de la vida privada de los funcionarios existirían los mecanismos para evitarlo, pues el Subsecretario debió comunicar la solicitud y permitir la oposición a la misma ante un tercero imparcial que es el Consejo para la Transparencia, cosa que no hizo. Entender lo contrario es amparar la inviolabilidad de todas las comunicaciones entre autoridades, torciendo el eje de las normas constitucionales sobre acceso a informaciones y libertad de expresión.

Finalmente, descarta las vulneraciones de los numerales 2º y 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto el Subsecretario no comunicó a los supuestos afectados el requerimiento, procediendo a actuar como “agente oficioso” de todos los funcionarios ante el Consejo, negándose además después a cumplir una orden de entrega de los correos, por ser supuestamente privados, exigiendo un acto de fe sobre su actuar, impropio de un régimen democrático gobernado por un Estado de Derecho, motivo por el cual sorprende que alegue una supuesta vulneración al debido proceso, que sí se contempla en el artículo 21 de la Ley de Acceso a la Información Pública, que configura además una causal de reserva, en función de lo cual caso a caso y en base al principio de divisibilidad puede determinarse que cierta información no es pública.

Señala que el Subsecretario comete un error, pues no es el Consejo el que establece la carga de la publicidad, es el propio Constituyente el que la determina, porque la posición del funcionario público es diferente a la del privado, para concluir que no se ha vulnerado la garantía del contenido esencial de los derechos.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la acción, con expresa condena en costas.

A fojas 191, en representación del Alcalde de Melipilla, Mario Gebauer, y actuando como tercero interesado, el abogado Juan Pablo Olmedo Bustos formuló observaciones al requerimiento, dando cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho de la gestión invocada, para posteriormente señalar que no se demuestra en el libelo una clara contradicción entre la norma impugnada y la Carta Fundamental, que no establece una expectativa preponderante de intimidad y privacidad absoluta para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Agrega que existen fines superiores en los artículos 4º, 8º y 19, numeral 12º, de la Constitución, al establecer el principio de la máxima divulgación, debiendo ponderarse con la supuesta afectación de los derechos de los funcionarios públicos y los compromisos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Expone que el requirente no pondera el derecho de acceso a la información pública ni tales compromisos internacionales, concretados específicamente en la sentencia condenatoria en contra del Estado de Chile dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros, en septiembre de 2006. En dicha sentencia se estableció el deber del Estado chileno

de capacitar a agentes públicos e implementar los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos, para transitar desde la tradición del secretismo a la cultura de la transparencia, para lo cual debe tenerse presente la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a Información Pública, aprobada por la Organización de Estados Americanos.

Agrega que el derecho de acceso a la información pública, derivado de los artículos 4º, 5º, 8º y 19, numeral 12º, de la Constitución, determina la conducta estatal, lo que debe comprenderse bajo el contexto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del caso Claude Reyes y otros, en el cual se resaltó la importancia del control democrático de la opinión pública como medio de fomento de la transparencia, la responsabilidad de la autoridad y la participación de las personas. Añade que, según la Convención, se puede acceder a informaciones sin tener un interés concreto en las mismas. Posteriormente se refiere latamente al contenido de la sentencia del caso Claude y a los estándares de la Corte Interamericana, en cuanto al principio de máxima divulgación y al carácter restrictivo de las excepciones a la publicidad, que además deben ajustarse a un examen de proporcionalidad.

Más adelante alude a la normativa de prevención de la corrupción, en base a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia y sus artículos 9º, 10 y 13, referidos al libre acceso a la información en poder de órganos estatales, toma de decisiones, difusión y procedimientos administrativos, con respeto a la intimidad y a los datos personales.

Luego se refiere a lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 634 acerca del derecho de acceso a informaciones públicas, agregando que, para la jurisprudencia, tal derecho también se encuentra contenido en el numeral 12º del artículo 19 de la Carta Fundamental, para terminar refiriéndose a lo señalado en este sentido por este Tribunal en las sentencias de los procesos roles N°s. 226, 1732 y 1800.

A continuación incursiona en la actuación del Poder Ejecutivo en la tramitación de la Ley N° 20.285 y constata que se dejó en claro que el acceso a informaciones es un derecho esencial para el control democrático.

A fojas 205 se refiere al alcance del concepto de “información pública”, para desvirtuar la alegación de que los mensajes de correo electrónico no tendrían tal carácter.

Expone que el principio de máxima divulgación se encuentra en el artículo 7º de la Ley y que en el debate parlamentario finalmente se incluyó la norma que declara público todo lo que se elabore con presupuesto público, agregando que para la administración, desde el año 2005, tal criterio se ve ratificado en la medida que entiende que la expresión “actos” no tiene la misma definición de “acto administrativo” de la Ley N° 19.880, sino que es mucho más amplia, abarcando todo tipo de actuaciones, por lo cual el correo electrónico elaborado con fondos públicos cabe dentro de dicho concepto, lo que es acorde con la citada Ley Modelo Interamericana, que alude expresamente a los mensajes electrónicos.

En cuanto a la privacidad de los correos electrónicos, tras reiterar la regla de publicidad y libre acceso, señala que la falta de un sistema de archivo y encriptación no puede ser suplida por la negativa de acceso a la información, pues ello es desconocer el artículo 8º de la Constitución y las prácticas de incorporación de nuevas tecnologías. Expone que en casos de dudas sobre la privacidad de correos electrónicos debe realizarse un examen de proporcionalidad ante el Consejo para la Transparencia.

Expone que las opiniones vertidas en mensajes de correo electrónico acerca de materias propias del cargo son parte del diálogo inter-autoridades y no dicen relación con la vida privada, sino que son institucionales y de interés público, pues quienes ejercen funciones de este tipo tienen una menor esfera de privacidad, según lo ha declarado este Tribunal en su sentencia Rol N° 1463.

Expresa que, de acogerse la inaplicabilidad, se afectaría la libertad de expresión del Alcalde de Melipilla, derecho que según la sentencia Rol N° 567 de este Tribunal es esencial para la sociedad democrática. Este derecho ha sido reconocido de manera expresa para los funcionarios públicos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso como un deber de crítica, que en este caso se ve cercenado.

Por todo lo anterior, solicita el rechazo de la acción.

A fojas 222, con fecha 27 de abril de 2012, compareció la Fundación Pro Bono, en calidad de *amicus curiae*, acompañando un informe de la Barra de Abogados de la Ciudad de Nueva York acerca del caso concreto sometido a examen, el cual da cuenta de la posición y relevancia del acceso a la información en poder de entes gubernamentales, aludiendo al desarrollo del tema en Estados Unidos, para señalar que en caso de duda prevalece el principio de apertura de la información. Da cuenta asimismo de algunos ejemplos de legislación estatal en la materia y de que tanto a ese nivel como en lo federal existe una presunción de acceso al correo electrónico, reconocida ya por los tribunales, reconociendo la diferencia que tiene con los archivos gubernamentales. Agrega que incluso los correos enviados desde casillas privadas pueden ser objeto de escrutinio si se refieren al ejercicio del cargo y que, como contrapartida, también hay causales de reserva para los correos electrónicos.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 30 de abril de 2012, el Consejo para la Transparencia acompañó un conjunto de documentos en abono de su tesis, entre ellos, una transcripción de un discurso del requirente, en el cual se refiere al asunto sub lite, dos Informes en Derecho, el Oficio 72/2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el cual se contiene una guía de criterios en materia de acceso a informaciones, reconociendo que el concepto de acto tiene un sentido amplio. Acompaña además guías sobre acceso a información y a correo electrónico del Comisionado de Información de Inglaterra, recomendaciones relativas a correos electrónicos del Instituto Federal de Acceso a la Información de México y copia de una reciente decisión del Consejo para la Transparencia referida a correos electrónicos.

Con fechas 30 de abril y 2 de mayo de 2012, la parte requerida y el tercero interesado acompañaron documentos en abono de sus tesis.

La vista de la causa se llevó a efecto el 3 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

La impugnación.

Primero. Que el Alcalde de Melipilla, señor Mario Gebauer B., pidió, en ejercicio del derecho que confiere la Ley N° 20.285, una serie de antecedentes a la Subsecretaría del Interior, vinculados a los gastos realizados por la Gobernación Provincial de Melipilla, con ocasión del terremoto de febrero de 2010.

Entre dichos antecedentes, se solicitaron los correos electrónicos institucionales remitidos por la mencionada Gobernación Provincial a la Subsecretaría del Interior o de ésta a aquélla.

La mencionada Subsecretaría entregó parcialmente dicha información. En efecto, entregó copia de las resoluciones, circulares, comprobantes de ingreso, informes mensuales de inversión. Pero no entregó los correos electrónicos.

El señor Gebauer recurrió, entonces, al Consejo para la Transparencia, quien por resolución N° C 406-11, de fecha 12 de agosto de 2011, acogió el reclamo, ordenando entregar copia de los correos

electrónicos que se refieran a los fondos transferidos, rendiciones de gastos referidos a estos fondos y a las órdenes de devolución respecto de los mismos fondos.

Contra esa decisión, la Subsecretaría del Interior presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Esta es la gestión pendiente en que se formula el presente requerimiento;

Segundo. Que la Subsecretaría del Interior pide la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285. Dicha disposición señala:

“Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”;

Tercero. Que la Subsecretaría funda su cuestionamiento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, no todo lo que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede ser considerado información pública. Los correos electrónicos están protegidos por las garantías constitucionales del artículo 19, N°s. 4° y 5°, de la Constitución. Sobre los correos electrónicos los funcionarios tienen una razonable expectativa de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones. La Constitución protege la comunicación privada, independientemente de si su contenido es público o privado, sea que se haga por correos institucionales o por correos privados. Los funcionarios no pueden ser discriminados por la no aplicación de dichos derechos constitucionales.

En segundo lugar, la Subsecretaría sostiene que los correos electrónicos no se enmarcan dentro del artículo 8° de la Constitución. Este no manda hacer público todo lo que sucede dentro de la Administración, sino sólo los actos o resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos asociados a ellos. Los correos electrónicos no se enmarcan en ninguna de estas categorías. Son sólo comunicaciones personales que facilitan la interlocución. El precepto impugnado, al hablar de información, excede lo dispuesto en la Carta Fundamental.

En tercer lugar, el Consejo para la Transparencia carece de atribuciones para interpretar que los correos de los funcionarios sean públicos. Además, no hay un procedimiento racional y justo para levantar el secreto de las comunicaciones involucrado en los correos;

Cuestiones de previo y especial pronunciamiento.

Cuarto. Que, antes de entrar al análisis del requerimiento formulado, resulta preciso despejar algunos asuntos. En primer lugar, el Consejo para la Transparencia sostiene que lo alegado por la Subsecretaría implica cuestionar la aplicación que se hizo de la normativa objetada. En tal sentido, se estaría efectuando un control de legalidad, al margen de las atribuciones de esta Magistratura.

No se comparte tal criterio, pues se cuestiona una norma legal que es decisiva para que la Corte de Apelaciones resuelva el reclamo de ilegalidad presentado por la Subsecretaría del Interior contra la resolución del Consejo. La impugnación de la decisión del Consejo está siendo discutida en la gestión pendiente. Mientras ahí se cuestiona una resolución administrativa, en el recurso de

inaplicabilidad se cuestionan preceptos legales. Hay una coincidencia de preceptos aplicables, pues el Consejo para la Transparencia fundó su decisión en el precepto cuestionado. Pero al Tribunal Constitucional se le ha solicitado resolver si esa norma legal se ajusta o no a la Constitución. Asimismo, no se pretende en esta sede examinar si la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar los correos involucrados en la gestión, excedió o no la ley. Ese es el conflicto en el reclamo de legalidad. El conflicto en el recurso de inaplicabilidad, en cambio, consiste en determinar si la aplicación de ciertos preceptos legales al asunto sub lite se ajusta o no a la Constitución. Se trata, en consecuencia, de dos conflictos distintos;

Quinto. Que, enseguida, si bien esta Magistratura ejerció el control de constitucionalidad preventivo del precepto legal impugnado, declarándolo orgánico y constitucional, no emitió ningún pronunciamiento respecto de los vicios alegados en el presente requerimiento. Por lo mismo, este Tribunal es competente para resolver el presente reclamo (artículos 51 y 84 N° 2, de la Ley Orgánica de esta Magistratura) (STC 1564/2010);

III. Precisiones preliminares

Sexto. Que, por otra parte, esta Magistratura debe precisar, en primer lugar, que no está conociendo de oficio este recurso. A ella le ha sido presentado un recurso de inaplicabilidad, por las personas y de acuerdo al procedimiento que el ordenamiento jurídico establece. El conflicto traído a esta sede consiste en resolver sobre si los correos electrónicos cursados entre dos funcionarios públicos están o no protegidos por el artículo 19, N°s. 4° y 5°, de la Carta Fundamental. Las normas impugnadas han sido invocadas por el requerimiento. Por lo mismo, este Tribunal no tiene otra alternativa que resolver el presente conflicto, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 3° de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura;

Séptimo. Que, en segundo lugar, no se considera que por la formulación del requerimiento se cuestione la institucionalidad de la Ley N° 20.285, como se planteó en estrados. Este Tribunal está llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de cierto precepto legal que puede ser relevante al momento de que una Corte de Apelaciones resuelva un reclamo de ilegalidad. Sin duda que la decisión impactará en la gestión pendiente. Para eso está diseñado el recurso de inaplicabilidad, para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido. Esa decisión no implica cuestionar la institucionalidad. Es velar por la supremacía constitucional que el Tribunal Constitucional, de modo especial y a través de distintos instrumentos, como el recurso de inaplicabilidad, debe resguardar. Aquí no está en juego el rol del Consejo para la Transparencia, sino una norma del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285, para un caso concreto. Porque, no está demás recordarlo, las sentencias de inaplicabilidad sólo producen efecto en el caso en que se dicten, sin perjuicio de que puedan ser consideradas como precedentes para otros casos futuros semejantes (STC 171/93, 1572/2010);

Octavo. Que, en tercer lugar, la decisión que se adopte, ha de basarse en nuestro marco constitucional. Si avanzamos o retrocedemos o permanecemos igual respecto de lo que sucede en otros países, en la materia debatida, no es algo que nos toque examinar a nosotros. Si juzgamos en base al estándar de lo que los otros países puedan considerar jurídicamente correcto, dejamos de ser un órgano encargado de velar por la supremacía de nuestra Constitución. Ésta es la que nos proporciona el parámetro de nuestro enjuiciamiento. Los marcos jurídicos de otros países pueden ilustrar (STC 1419/2009), proporcionar argumentos, transmitir experiencias, entregar metodologías de análisis, comparar los textos normativos (STC 346/2002). Como dice Zagrebelsky, el derecho constitucional extranjero es “un amigo con gran experiencia, que nos hace pensar mejor, devela energías potenciales latentes, extiende las perspectivas y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados. Este derecho sirve como un espejo,

que permite que cada país se observe y comprenda mejor” (Zagrebelky, Gustavo; Jueces constitucionales; en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie; año XXXIX, N° 117, septiembre-diciembre 2006, p. 1135-1151).

Sin embargo, las normas constitucionales de otros países no han pasado por los procedimientos de aprobación internos; tienen, por tanto, un déficit democrático respecto a nuestro país. Además, al no estar reglada su invocación, puede existir cierta arbitrariedad en su empleo. También puede romper el carácter integrador que algunas normas constitucionales juegan en una sociedad pluralista. Asimismo, puede ser disímil o contradictorio entre sí. No obstante, hay, sin duda, un derecho constitucional común (Häberle, Peter; Derecho constitucional común europeo; en Revista de Estudios Políticos N° 79, enero-marzo 93, pp. 7 y siguientes) o un “constitucionalismo global” (Ferrajoli, Luigi; Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global; en Isonomía N° 9, octubre 1998, p. 173 y siguientes). Hay normas que son universales, que tienen autoridad moral. Sin embargo, esta Magistratura no puede utilizar el derecho constitucional extranjero como parámetro para resolver un asunto sometido a su conocimiento. Como recién señalamos, sólo puede servir para ilustrar, proporcionar argumentos y transmitir experiencias, además de establecer comparaciones;

Noveno. Que, en cuarto lugar, no podemos resolver lo que nos parece óptimo, mejor o más conveniente. Una resolución en base a esas variables, está en el ámbito del legislador. Para eso, la ciudadanía elige a sus representantes: para que evalúen en base a dichas consideraciones la regulación que quieren que exista en un sector determinado. Nosotros no resolvemos en base al mérito de un asunto que nos es sometido a consideración. Lo hacemos en base a la contradicción entre un precepto legal y la Constitución (STC 1065/2008, 1295/2009, 1345/2009);

IV. Factores interpretativos que guiarán la decisión de este tribunal.

Décimo. Que, para resolver el presente requerimiento, queremos señalar cuatro elementos interpretativos que orientarán la decisión: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; que los correos electrónicos no son necesaria e inequívocamente actos administrativos, y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico;

Los funcionarios tienen derechos constitucionales.

Undécimo. Que los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria. El vínculo que une al funcionario con el Estado es una relación jurídica legal y de derecho público. Ello significa, por una parte, que encuentra su origen en la ley y no en un convenio entre la Administración y los funcionarios. Sus derechos, obligaciones, deberes, prohibiciones, están impuestos de modo general y unilateral por el ordenamiento jurídico. Por la otra, que en su establecimiento y regulación predomina el interés general por sobre el interés particular del funcionario (STC 12/1982);

Duodécimo. Que, sin embargo, ese régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en

huelga (artículo 19 N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos “esencialmente obedientes y no deliberantes” (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC 1990/2012) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC 640/2005);

Decimotercero. Que dicha concepción se ve reconocida por el legislador. Por una parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece excepcionales restricciones a los derechos constitucionales de los funcionarios públicos. Por ejemplo, mediante la declaración de intereses y de patrimonio (artículos 57 y siguientes) se afecta la vida privada; a través del establecimiento de ciertas inhabilidades (artículo 54), se afecta la libertad de trabajo. Lo mismo se observa en la restricción al ejercicio libre de cualquier profesión, industria, comercio u oficio, pues se permite sólo si ello es conciliable con la posición en la administración, no perturba el fiel y oportuno cumplimiento de los deberes funcionarios, se desarrolla fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados (artículo 56). Por la otra, el Estatuto General del Personal de la Administración (Ley N° 18.884) o los estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades, también establecen pocas restricciones. Por ejemplo, el Estatuto Administrativo General impide realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado (artículo 84, letra h)); y obliga a los funcionarios a “observar una vida social acorde con la dignidad del cargo” (artículo 61, letra i) o a “proporcionar, con fidelidad y precisión, los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos”. Incluso personal sometido a una intensa relación especial de sujeción, como el personal de las Fuerzas Armadas, puede ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, sujeto a ciertas condiciones: que ello sea conciliable con su posición en las Fuerzas Armadas, se efectúe fuera de la jornada habitual de trabajo, que no afecte el servicio y que no se contraponga con los intereses de las Fuerzas Armadas (artículo 211, D.F.L. N° 1/1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas). Otro ejemplo en esta línea tiene que ver con cargos de dedicación exclusiva, que llevan aparejadas asignaciones. No obstante, dicho personal puede percibir emolumentos que provengan de la administración de su patrimonio o del desempeño de la docencia (Ley N° 19.863).

Como se observa, las limitaciones tienen que ver con derechos muy específicos y están señaladas excepcional y determinadamente;

Decimocuarto. Que, por lo mismo, estas restricciones o limitaciones —que deben ser restrictivas— a los derechos de los funcionarios exigen, por de pronto, una expresa consagración normativa. Asimismo, que ellas se funden en las necesidades del servicio, o bien desarrollen o complementen preceptos constitucionales. También, que digan relación con el carácter “técnico–profesional” de la función pública. Finalmente, que dichas limitaciones deben ser precisas y determinadas;

El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos.

Decimoquinto. Que un segundo factor interpretativo que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución.

Para ello es necesario repasar lo que esta Magistratura ha señalado al respecto. En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007; 1732/2011; 1800/2011; y 1990/2012).

En segundo lugar, dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).

En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012).

En cuarto lugar, dicho derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011 y 1800/2012). La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece (STC 1990/2012) y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado (STC 1892/2011). Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad (STC 1990/2012).

En quinto lugar, la Ley N° 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas (STC 1990/2012). Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios (STC 1990/2012). La Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8° (STC 1990/2012; 2152/2012);

Decimosexto. Que, además, conforme a la Constitución, son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC 1990/2012);

Decimoséptimo. Que eso es consistente con la causal para eximir de publicidad aquellos actos, resoluciones, fundamentos o procedimientos que afecten el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración.

Esta expresión tiene algunos ejemplos en el artículo 21, N° 1, del artículo primero de la Ley N° 20.285. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

Dichas causales tienen que ver con que se menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito;

Decimotavo. Que esta razón es consistente con restricciones a la publicidad, tanto en el Congreso Nacional como en los tribunales colegiados.

En efecto, esta Magistratura legitimó que en la Ley Orgánica del Congreso (artículo 5° A) se hiciera un distingo respecto de la publicidad de ciertos antecedentes vinculados a la elaboración de la ley. Por una parte, las sesiones de las cámaras, los documentos y registros de las mismas, las actas de sus debates, la asistencia y las votaciones son públicas. Por la otra, no son públicos “los materiales

de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor”. Esta Magistratura consideró que ese precepto era constitucional; aunque le formuló una precisión: “en el entendido que sólo se refiere a los insumos necesarios para que tanto las comisiones como los comités parlamentarios puedan tomar las decisiones que les correspondan en ejercicio de sus funciones” (STC 1602/2010).

Lo mismo se observa en los tribunales colegiados. Éstos celebran sus acuerdos privadamente (artículo 81, Código Orgánico de Tribunales);

Decimonoveno. Que es un hecho que impone la realidad, que la naturaleza humana tiende a ser más prudente y recatada si sabe que sus actos serán conocidos. En general, esto puede ser positivo. Sin embargo, ello puede afectar la deliberación técnica, restando espontaneidad, franqueza, dureza, en los diálogos, consejos o asesorías dentro de los órganos llamados a tomar decisiones. Estos deben tener un margen para explorar alternativas con libertad, sin tener que saber que sus opiniones se harán públicas. Si la Administración debe obtener resultados, cumplir el mandato de actuar con eficacia (artículo 11, Ley N° 18.575), debe considerarse y respetarse un espacio para que la asesoría y el intercambio de opiniones sean los más amplios posibles. Y eso se obtiene con ciertos márgenes de reserva de esos diálogos.

Por lo demás, no todo lo que sucede en la Administración, ni aun con el artículo 8° constitucional y la Ley N° 20.285, puede ser público, pues hay conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales, entre los funcionarios, de los cuales no se lleva registro de ningún tipo. Y, por lo mismo, nunca serán públicos.

Lo que se incorpora a un expediente administrativo son, como dice la Ley N° 19.880, los documentos, las actuaciones, las resoluciones, los informes, las notificaciones y comunicaciones, los escritos, presentados por los órganos de la Administración, por los interesados, o por terceros (artículo 18). Todo ello permite un intercambio de información entre todos los involucrados en las decisiones públicas, que facilite que se adopte la mejor decisión posible. Entre más información tenga la autoridad llamada a resolver, más posibilidades tendrá de tomar una decisión adecuada al problema que pretende atender;

Vigésimo. Que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.

Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados.

Los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial “promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país” (artículo 3° de la Ley N° 18.575), lo cual debe llevar a cabo “con pleno respeto

a los derechos y garantías” que la Constitución establece (artículo 1º de la Constitución Política de la República). En este sentido, éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe “crear las condiciones sociales” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1º de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar.

Eso explica la causal de afectar “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos” que el artículo 8º establece como una excepción a la publicidad;

Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.

Vigesimoprimer. Que un tercer factor de interpretación es que los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos.

En efecto, el correo electrónico es, en primer lugar, una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, de redes o infraestructuras, de operadores de éstas, de programas informáticos, de protocolos de transferencia en la Internet. Hay de por medio un proceso de transmisión del mensaje o contenido.

En segundo lugar, el correo es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los bits (binary digits).

En tercer lugar, el correo electrónico se transmite por un canal cerrado, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros. En eso se distingue de la transmisión de radio o televisión. Recordemos que las concesiones radiales se denominan “servicios de telecomunicaciones de libre recepción”, porque las transmisiones que éstas emiten “están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general” (artículo 3º, letra a), de la Ley Nº 18.168). Y las concesiones de televisión se denominan “concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción” (artículo 15, Ley Nº 18.838).

Finalmente, el correo electrónico es una forma de comunicación que tiene ciertas características. Por de pronto, la virtualidad. El emisor y el receptor no están físicamente presentes. En este sentido, es una comunicación a distancia. Por eso, se habla de ciberespacio para designar la carretera por donde viaja la información. Enseguida, se encuentra la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real. A continuación, está la multidireccionalidad, dada porque pueden participar varios emisores y receptores, y cambiar en esos roles. Asimismo, se encuentra el carácter multimedial, pues a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos. Finalmente, está la ubicuidad. Esta consiste en que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello (Lambea Rueda, Ana; El correo electrónico; en Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre 2002, pp. 936-963; y Rodríguez S., Eduardo; El correo electrónico; en Revista Chilena de Derecho Informático, Nº 3);

Vigesimosegundo. Que el uso del correo electrónico en la Administración resulta particularmente atractivo por su interactividad, conectividad, informalidad e instantaneidad. Su uso acelera enormemente el flujo de información necesaria para que aquélla pueda tomar decisiones, acortando distancias, permitiendo que muchas personas puedan interactuar. Además, no tiene la ritualidad de las otras formas de comunicación formales e internas de la Administración, como el oficio y la

circular, que requieren firma, numeración, despacho formal. Ello facilita e incentiva su uso, pues permite un intercambio franco y directo de opiniones e información.

El uso de estas nuevas tecnologías ha llevado a que se hable de gobierno electrónico. Este es el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la Administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y eficacia en la gestión pública.

El gobierno electrónico, en consecuencia, forma parte del proceso de reforma y modernización del Estado. De éste son parte proyectos transversales, como la intranet del Estado, Chilecompra, el Sistema de Información para la Gestión Financiera del Estado, la Ventanilla Única, el Sistema Nacional de Información Territorial; y proyectos sectoriales, como la factura electrónica, la licencia médica electrónica, etc.

En la actualidad, prácticamente todos los órganos de la Administración tienen páginas web, donde las personas pueden consultar, informarse, realizar trámites, formular consultas. Incluso hay regulaciones administrativas de las comunicaciones electrónicas de las personas a los órganos de la Administración (D.S. N° 77, 2004, Minsepres);

Vigesimotercero. Que, en ese marco, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) permite que los procedimientos administrativos y los actos administrativos se expresen por escrito o por medios electrónicos (artículos 5°, 18 y 19). Sin embargo, los actos administrativos son “decisiones formales” (artículo 3°, inciso segundo). Dichas formalidades deben ser al menos “aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares” (artículo 13°);

Vigesimocuarto. Que, en este sentido, es importante considerar la Ley N° 19.799, que regula los documentos electrónicos y la firma electrónica. Esta ley da definiciones relevantes de considerar. Por una parte, define documento electrónico como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior” (artículo 2°, letra d). Por la otra, define firma electrónica como “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permita al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor” (artículo 2°, letra f).

Sin embargo, para que un documento electrónico sea válido, es necesario que se cumpla un requisito: que sea suscrito por firma electrónica. Así lo dispone su artículo 7°: “los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel” (artículo 7°);

Vigesimoquinto. Que, de este modo, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de dicha firma. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas;

Vigesimosexto. Que, por otra parte, la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce, en lo que aquí interesa, tres tipos de actos administrativos. En primer lugar, están aquellos que deciden. En este sentido, esta ley regula la resolución que pone término a un procedimiento (artículo 41). En segundo lugar, se encuentran los actos de constancia. Estos no resuelven nada, sino que se limitan a certificar la existencia de un hecho o de un acto (artículo 3°, inciso sexto). Finalmente, se encuentran los actos de juicio o de dictamen. Estos son aquellos en que un órgano administrativo

expresa “el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas” (artículo 38). Estos dictámenes pueden ser facultativos y, por tanto, pueden o no requerirse por el órgano llamado a resolver; o pueden ser obligatorios. En este caso, el órgano que resuelve debe solicitarlo, generándose un vicio en el procedimiento si se omite requerirlo (artículos 37 y 38). Ahora, estos informes deben ser analizados al momento que la Administración resuelva, “apreciándose en conciencia” (artículo 35);

Vigesimoséptimo. Que lo anterior tiene importancia, porque para que un informe o dictamen se entienda comprendido dentro del derecho de acceso a la información, debe cumplir dos condiciones.

En primer lugar, debe ser genuinamente un informe. Los informes se dictan en el marco de un procedimiento al cual acceden. La autoridad llamada a resolver debe pedirlos, por ser obligatorios, o puede pedirlos, por ser facultativos (artículos 37 y 38, Ley N° 19.880). La decisión se materializa en un acto trámite (artículo 24) y de ella se deja constancia en el expediente (artículo 18). La autoridad requerida para proporcionarlos, debe evacuarlos en un plazo que la ley establece (artículo 24). No obstante, su retraso no detiene el procedimiento (artículo 38). Una vez evacuado, se producen dos efectos. De un lado, deben incorporarse al expediente administrativo (artículo 18). Por esa incorporación, todos los interesados pueden acceder a él, por derecho de éstos (artículo 17, letra d)). Por el otro, deben ser ponderados en la resolución final, pues para eso se emiten (artículo 35). Esto es, para servir de base a la decisión. Los informes son ejercicio de competencias (artículos 3° y 38).

Distintas de los informes son las opiniones o puntos de vista que una autoridad puede pedir a otra o a un funcionario o a un asesor. Estas no se encuentran regladas. En tal sentido, no son ejercicio de competencias, no se registran y no producen efectos jurídicos.

En segundo lugar, debe tratarse de un acto propiamente tal o de un documento que sirva de complemento directo o complemento esencial del acto administrativo respectivo, tal como lo señala el inciso primero del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285.

A este respecto, el reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13, 2009, Minsegapres) señala que, de un lado, documento es “todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos”. Del otro, que un documento puede ser complemento directo o complemento esencial. Es complemento directo si cumple dos condiciones. Por una parte, se vincula necesariamente con el acto y, por la otra, si dicho acto se dictó precisa e inequívocamente sobre esa base (artículo 3°, letra g). Un documento es complemento esencial si ha sido indispensable para la elaboración y dictación del acto y es inseparable del mismo (artículo 3°, letra h).

De este modo, si un documento no se encuentra en alguno de estos supuestos, no está dentro de aquellos que pueden ser conocidos vía derecho de acceso a la información pública;

La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

Vigesimoctavo. Que, finalmente, no se nos escapa que debemos resolver un asunto donde están involucradas nuevas tecnologías, con normas constitucionales que no las tuvieron en cuenta, porque no existían cuando fueron formuladas. Por lo mismo, debemos realizar un proceso hermenéutico para interpretar dichos textos en el contexto de la sociedad tecnológica. Ello implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra Constitución recoge no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino también la libertad de prensa electrónica, la

libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Tenemos que ser jueces en la sociedad tecnológica (Frosini, Tommaso; Nuevas tecnologías y constitucionalismo; Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 124, abril-junio 2004, pp. 129-147).

Más todavía si hoy se habla de democracia electrónica, para aludir al voto electrónico, a la consulta y participación en línea de los ciudadanos, mediante peticiones y foros. Ello plantea el desafío de reducir el analfabetismo electrónico y garantizar el acceso a las redes (Petrauskas, Rimantas; Los principios y la implementación de la democracia electrónica, en Galindo, Fernando; Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos; Editorial Thomson Civitas; Madrid, 2006, pp. 85-113).

En este sentido, los correos electrónicos permiten acceder a la autoridad directamente, sin intermediarios. También permiten el flujo de información para que los encargados de decidir se inclinen por las mejores opciones posibles. Asimismo, aceleran la toma de decisiones.

Pero es un hecho que los correos electrónicos tienen pocas regulaciones, y no hay consenso sobre si las debe haber. Eso obliga a ser prudente en el examen de los conflictos que su uso plantea;

SE AFECTA NEGATIVAMENTE LA INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

La controversia.

Vigesimonoveno. Que ahora estamos en condiciones de entrar a examinar el fondo del requerimiento. Este plantea, en primer lugar, que los correos son comunicaciones y documentos privados, en el lenguaje del artículo 19 N° 5° de la Constitución. Por lo mismo, están protegidos por este derecho.

El Consejo para la Transparencia sostiene, en cambio, que el artículo 19 N° 5° debe interpretarse a la luz del artículo 8° de la Constitución. Además, las casillas electrónicas que proporciona la Administración, y que permiten el envío o recepción de correos electrónicos, son para el ejercicio de la función pública; por lo mismo, no pueden ser privados, por estar vinculados a decisiones institucionales. También afirma que la norma impugnada satisface los estándares del artículo 19 N° 5°, porque diseña un procedimiento para acceder a éstos;

El artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Trigésimo. Que para resolver adecuadamente la controversia, es necesario analizar el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Lo primero que cabe señalar es que, desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia (artículos XVI, 1812; 5°, 1822; 147, 1833; 10 N° 13, 1925).

Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de “papeles” (1812, 1818) o de “correspondencia” (1833, 1925), la de 1980 habla de “toda forma de comunicación privada”.

Con la expresión “toda” no se quiso excluir ninguna; las comprende, justamente, a todas. El vocablo “forma” subraya el hecho de que da lo mismo su formato.

El cambio no fue casual, pues se buscó cubrir toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos, por cualquier medio que se hiciera (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Santiago, 2006, p. 204).

Los autores están contestes en que la Constitución hizo bien en utilizar esta expresión, pues las comunicaciones no están sólo restringidas a la epistolar, telegráfica o telefónica. Éstas eran las que

mencionaba la Constitución del 25. El vocablo “comunicación” cubre las de todo tipo. Con esta expresión se evitó que la evolución de los procesos dejara obsoleto el derecho, como hubiera sido reiterar la expresión “correspondencia”. Entre esas comunicaciones, se menciona a las escritas, a las audiovisuales, a las telefónicas, al correo electrónico (Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno, tomo 2, 2a edición, Santiago, 2012, p. 217; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 1, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 538; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; Derecho constitucional, tomo 1, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 250).

Entonces, por la evolución de la norma, por su sentido y por su texto, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicaciones, incluido, por cierto, el correo electrónico;

Trigesimoprimer. Que, enseguida, nuestras constituciones han utilizado calificativos para graficar este derecho. Así, se ha hablado de “la seguridad de sus papeles” (1812); de que los papeles de cada individuo son “sagrados” (1818). La expresión “inviolabilidad” aparece en la Constitución de 1833, permaneciendo en la de 1925 y en la de 1980. Su raíz se remonta a la Asamblea Nacional Francesa, que el 10 de agosto de 1790 proclamaba que “el secreto de la correspondencia es inviolable”.

Con esta expresión (“inviolabilidad”) se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente.

Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allí “donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas” (Jiménez Campos, Javier; La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones; en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N° 20, mayo-agosto 1987, p. 51). Además, la comunicación debe circular libremente. De ahí que este derecho permita el desarrollo de varias libertades, como la de empresa, la ideológica y política, etc.

Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción iuris et de iure de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad (Nogueira, H., ob.cit., p. 540).

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;

Trigesimosegundo. Que la expresión que utiliza la Constitución es “comunicación privada”. La expresión “comunicación” es genérica. Comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico (Jiménez, J., ob. cit., p. 42). Por lo mismo, abarca incluso aquella que se hace con signos, en clave, con gráficos, cifras, de cualquier manera en que dos o más personas se transmitan mensajes (Cea, José Luis; ob. cit., p. 217).

Enseguida, la comunicación es un proceso de transmisión de un mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado. Por lo mismo, tiene un momento de inicio y uno de término; tiene un curso temporal determinado. Ello lleva a que sea necesario distinguir entre la comunicación en curso y la concluida. La Constitución garantiza, en el artículo 19 N° 5°, aquella que está desarrollándose. De ahí que cubra desde el momento en que el autor de dicha comunicación exterioriza su intención de hacer llegar el mensaje a una persona, hasta el momento en que el destinatario recibe y toma conocimiento del mensaje que se le ha enviado. Protege la circulación de la comunicación

en forma libre (Nogueira, H., ob. cit., p. 538). Lo que suceda antes o después, no está protegido por este derecho (Jiménez Campos, J., ob. cit., p. 35-82);

Trigesimotercero. Que, sin embargo, la Constitución también garantiza con la inviolabilidad “los documentos” que se empleen en el proceso comunicativo.

En el derecho comparado se garantiza “el secreto de las comunicaciones” (artículo 18, Constitución española); “el secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones” (artículo 10, Constitución alemana); el “secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación” (artículo 15, Constitución italiana); la inviolabilidad de “los papeles” (Enmienda 4, Constitución norteamericana). Sólo Perú (que garantiza, en su artículo 2º N° 10, “el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados”); y Argentina (que protege, en su artículo 18, “la correspondencia epistolar y los papeles privados”) tienen una protección semejante a la nacional.

Estos “documentos” son todos aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. El hecho de que la Constitución los califique como “documentos privados” no está en relación con que no sean instrumentos públicos. El término es utilizado como documento que ha sido empleado en una comunicación privada y que, por lo mismo, no es revelado ni accesible ni conocido por todos;

Trigesimocuarto. Que el hecho de que la Constitución garantice la comunicación y los documentos que se emplean en ella, tiene enorme importancia. En efecto, mientras la comunicación propiamente tal tiene un inicio y un término, los documentos exceden ese margen de temporalidad, porque subsisten aún después de terminada la comunicación. Ello no implica que se encuentren desprotegidos por la Constitución, dado el tenor y el sentido del artículo 19 N° 5º. La Constitución garantiza la inviolabilidad de la comunicación y de los documentos que la desarrollan;

Trigesimoquinto. Que, a continuación, hay que señalar que las comunicaciones que protege el artículo 19, N° 5º, tienen que ser, en primer lugar, directas, en el sentido de que tengan un origen y un destino definidos, sean presenciales o a distancia. La norma protege la comunicación entre ausentes como entre personas que estén reunidas. Es decir, protege las conversaciones que se lleven a efecto en forma material o virtual.

En segundo lugar, debe tratarse de comunicaciones privadas. Éstas son aquellas en que el emittente singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 205). El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público (Cea, José Luis; ob. cit., p. 205). Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público (Vivanco, Ángela; Curso de derecho constitucional; tomo 2, Editorial PUC, Santiago, 2006, p. 364). En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos. Las comunicaciones de éstos también están protegidas por la garantía que se analiza. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por ello, este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se extiende a los propios sujetos que intervienen en ellas. La impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores. Así, por ejemplo, si un tercero se entera de una comunicación privada y hace uso indebido de ella, se afecta el artículo 19 N° 5º (SCS Rol 2502/2012,

11.05.2012). Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados (Fernández Rodríguez, José; *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*; Editorial Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 98 y siguientes). No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad.

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33);

Trigesimosexto. Que, por otra parte, la Constitución establece que la inviolabilidad impide interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados. De ahí que aquella comunicación que no necesita interceptarse o abrirse porque es pública o abierta, no es comunicación privada, que esté protegida por esta garantía.

La Constitución utiliza tres expresiones. Con la primera (“interceptar”) se garantiza que no se suspenda o impida que las comunicaciones emitidas por alguien lleguen a destino. Con la expresión “abrir” se protege que los documentos o las comunicaciones privadas puedan ser abiertas por terceros. Finalmente, “registrar” es examinar minuciosamente la comunicación o los documentos para encontrar algo que pueda estar oculto.

A través de estos tres mecanismos, un tercero, distinto a los involucrados en la comunicación, se impone de su contenido, atropellando el carácter privado de la misma (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 207).

La norma no exige que después de interceptar, abrir o registrar, se revele o difunda aquello a lo cual se accedió ilícitamente. En todo caso, estas tres formas de vulnerar la inviolabilidad deben ser entendidas en forma amplia, abarcando cualquier acción que implique acceder a comunicaciones privadas. Así como la Constitución no quiso acotar el tipo de comunicaciones que protegía, designándolas genéricamente como “toda forma de comunicación privada”, para evitar la obsolescencia ante estos nuevos mecanismos, tampoco quiso explicitar estas fórmulas de vulneración. Por eso su enumeración abierta.

Consecuente con ello, la interceptación, la apertura o el registro se pueden hacer por cualquier medio tecnológico idóneo para el medio de comunicación empleado;

Trigesimoséptimo. Que el legislador, coherentemente con dicho mandato, ha establecido resguardos para las comunicaciones privadas. Así, la antigua Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos (D.S. N° 5037/1960, Interior) establece la prohibición de abrir o permitir que se abra ningún objeto o comunicación confiado a Correos (artículo 30). En materia de correos electrónicos, la Ley N° 18.168 establece que “los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red”.

La inviolabilidad también se expresa en materia penal, al establecer nuestro ordenamiento una serie de delitos. Así, se sanciona al que “maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones” (artículo 36 b, Ley N° 18.168). También el Código Penal sanciona al que “en lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado”. De igual modo, se sanciona a quien “difunda” las conversaciones o comunicaciones obtenidas de esa manera (artículo 161 A, Código Penal). Asimismo, la Ley N° 19.223 tipifica como delito al que con ánimo de “conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamien-

to de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él” (artículo 2º). La misma ley sanciona al que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información;

Trigesimoctavo. Que la Constitución también establece que la inviolabilidad puede romperse “en los casos y formas determinados por la ley”.

En esta expresión se contienen las garantías que la Constitución establece para que pueda levantarse la inviolabilidad.

En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. Esta norma es la única que permite la accesibilidad de las comunicaciones privadas. El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones.

En segundo lugar, la ley debe definir “los casos” en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones.

En tercer lugar, es necesario que la ley defina “las formas” en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

Finalmente, los casos y las formas deben estar “determinados”. Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.

La Constitución sólo hace excepción a este régimen cuando regula el Estado de Asamblea. Este procede en caso de guerra exterior (artículo 40). Y requiere la declaración del Presidente con acuerdo del Congreso Nacional (artículo 40). En este estado de excepción, la Constitución permite que el Presidente de la República pueda “interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones” (artículo 43);

Trigesimonoveno. Que, para ilustrar la sujeción del legislador a estas condiciones, cabe considerar lo establecido en materia investigativa y para los efectos de recaudar pruebas.

Así, en primer lugar, examinemos lo que se establece en materia procesal penal. En este ámbito, se establece la exigencia de la intervención del juez de garantía para que se pueda autorizar la interceptación, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y de correspondencia epistolar y telegráfica (artículo 14, Ley Nº 18.314; artículos 218 y 222, Código Procesal Penal). Dicha autorización está sujeta a requisitos muy estrictos, como la resolución fundada; la temporalidad de la medida; la obligación de los involucrados de guardar secreto, salvo que fueren citados como testigos; la obligación de destruir toda transcripción o copia que no fuere pertinente para la investigación.

En segundo lugar, cabe considerar lo que se establece respecto de la Fiscalía Nacional Económica. Ésta, cuando investiga conductas antimonopólicas, siempre que tenga antecedentes graves y calificados, previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y con la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones, puede ordenar a Carabineros o Investigaciones que pueda registrar e incautar objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, o autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella. Sin embargo, para otorgar la autorización, el Ministro de Corte de Apelaciones debe verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para

hacer uso de esta facultad. La autorización debe ser específica, singularizándose las medidas y el tiempo por el cual podrán ejercerse estas restricciones (D.L. N° 211, artículo 39, letra n)).

En tercer lugar, otro ámbito en que se observa un diseño semejante al legislador, es en materia de inteligencia militar, pues la ley permite (Ley N° 19.974) que cuando determinada información sea “estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Inteligencia del Estado y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas” (artículo 23), se podrán utilizar ciertos procedimientos especiales de obtención de información que se listan. Dichos procedimientos están limitados “exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico” (artículo 23). Tales procedimientos son los siguientes: “a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; b) La intervención de sistemas y redes informáticos; c) La escucha y grabación electrónica, incluyendo la audiovisual, y d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información” (artículo 24). Dichos procedimientos requieren autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones (artículo 25) y deben ser solicitados por los directores o jefes de los organismos de inteligencia o por el Director de la Agencia Nacional de Inteligencia (artículos 25 y 27). La resolución judicial que autorice la utilización de estos procedimientos debe incluir “la especificación de los medios que se emplearán, la individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida y el plazo por el cual se decreta, que no podrá ser superior a noventa días, prorrogable por una sola vez hasta por igual período” (artículo 28). Asimismo, el Director o Jefe del organismo de inteligencia que hubiera solicitado la autorización, debe “informar por escrito, en el más breve plazo, del término de la diligencia, al Ministro de la Corte de Apelaciones que la concedió” (artículo 29);

Cuadragésimo. Que el modelo diseñado por el legislador para interceptar, abrir o registrar las comunicaciones privadas y los documentos asociados a ellas, es coincidente con los estándares diseñados por esta Magistratura, que ha exigido habilitaciones restrictivas (STC 389/2003), con parámetros objetivos y precisos, no discrecionales (STC 198/95, 1894/2011), sujetas a control (STC 389/2003, 433/2005) y en que el afectado no padezca detrimentos excesivos (STC 1365/2009);

Cuadragésimoprimer. Que, de este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando no haya otra alternativa disponible; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos;

La manera en que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Cuadragésimosegundo. Que, luego de analizado el artículo 19 N° 5°, este Tribunal está en condiciones de responder al cuestionamiento formulado en estos autos. Consideramos que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, por las siguientes razones.

La primera razón es que consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión.

El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.

Así por lo demás lo ha interpretado la doctrina constitucional (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 204; Cea, José Luis; ob. cit., p. 217; Nogueira, H., ob. cit., p. 538) y la especializada en derecho informático (Álvarez Valenzuela, Daniel; Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, pp. 191-202; Arrieta Cortés, Raúl; Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 6, pp. 147-157). Y esta Magistratura, con anterioridad (STC 1894/2011), así también lo ha sostenido;

Cuadragesimotercero. Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues éstos no están exentos de esta protección.

En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.

En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.

En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Así sucede en la actualidad con el celular, el computador portátil, la casa fiscal. Estos bienes están destinados principalmente al cumplimiento de la función pública. Sin embargo, muchos de estos bienes borran fronteras que antes existían. Un celular permite que el funcionario esté permanentemente ubicable y disponible, esté o no cumpliendo su jornada laboral, esté en su casa o en un lugar de esparcimiento. Hay bienes que entrega el Estado que provocan interconexión permanente. Cuando un funcionario atiende asuntos personales, en forma prudente y razonable, durante su jornada laboral, no está contaminando la labor pública, está respondiendo a la realidad del mundo moderno de estar interconectado. A cambio de eso, la familia de ese funcionario debe aceptar llamadas o comunicaciones en horarios en que ya no labora. Lo que debe rechazarse es que se obtenga beneficio o provecho para fines ajenos a los institucionales, o se use en forma continua o permanente en esas tareas. Si un funcionario, en vez de ausentarse de su trabajo para ir a realizar un trámite bancario, lo puede realizar directamente desde su computador, el Estado gana y no pierde. Si a un padre lo llama su hijo para contarle de un problema, está usando un bien público; pero si logra solucionar ese problema, el funcionario estará tranquilo y concentrado en su labor. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsepgres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignados en la institución.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas.

La regla tiene sentido si se considera que la Administración está sujeta a un régimen “jerarquizado” (artículo 7°, Ley N° 18.575). Dicha jerarquía se expresa, por una parte, en el grado, es decir en la ubicación que tiene un funcionario o un órgano en la estructura piramidal de la Administración; y en la relación de jerarquía. Esta última entrega al superior una serie de potestades respecto del subordinado, dando origen a la relación jerárquica. Éstas son básicamente las de darle órdenes, revisar lo que hace, controlarlo y sancionar las infracciones a sus deberes, prohibiciones u obligaciones. Ahora, el control que deben ejercer las jefaturas es “permanente”, se extiende “a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”, y “a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos” (artículo 11, Ley N° 18.575). Por lo mismo, la autoridad tendría que controlar los correos de sus subordinados, si pudiera acceder a ellos. Además, afectaría claramente el debido cumplimiento de las funciones del servicio, porque la jefatura tendría que distraerse de su labor principal para lograr tal propósito, dada la cantidad de correos que tendría que fiscalizar;

Cuadragesimoscuarto. Que, además, la Contraloría General de la República ha establecido que no resulta procedente calificar la utilización de computadores institucionales como un uso indebido de bienes públicos, dado que el acceso a casillas de correo electrónico privadas, desde un terminal o equipo computacional institucional, no se encuentra prohibido (Dictamen 074351/2011). También ha establecido que pueden utilizarse casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la autoridad lo prohíba (Dictamen 038224/2009).

Lo que existe detrás es la regulación del uso del correo, sin poner en juego la garantía constitucional de la inviolabilidad de la comunicación privada.

En el mismo sentido, se ha resuelto en materia laboral, tanto por la Dirección del Trabajo (Dictamen 260/19, 24.01.2002) como por los Tribunales Laborales (en forma pionera, T-1-2008, JLT Copiapó, 15.09.2008);

Cuadragesimoquinto. Que tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Éstas han sido electas o designadas para que tomen buenas decisiones. Para eso están. Ello implica que deben apoyarse en la mejor información posible. Para lograr ese propósito necesitan tener cierta confidencialidad para lograr una adecuada, eficaz y pertinente deliberación técnica. Para tener en cuenta los distintos puntos de vista involucrados.

El correo electrónico tiene una enorme potencialidad para hacer fluir información. Todo lo que apunte a un uso intenso de este instrumento moderno debe incentivarse.

Pero una apertura indiscriminada de este tipo de comunicación puede despotenciarlo como un instrumento útil para la toma de decisiones.

Por lo demás, la Constitución no desprotege a las autoridades respecto de la garantía del artículo 19 N° 5°;

Cuadragesimosexto. Que la segunda razón para considerar que se vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución es que no compartimos lo afirmado por el Consejo para la Transparencia, al sostener que la Ley N° 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas.

No compartimos lo anterior, por las siguientes razones.

En primer lugar, nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).

En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento.

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

Cuadragesimoséptimo. Que una tercera razón para considerar la vulneración del artículo 19 N° 5° de la Constitución es que los actos a que se refiere el artículo 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los actos que dicha normativa comprende son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo;

Cuadragesimooctavo. Que, en efecto, uno de los derechos que otorga la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) a los interesados, es decir aquellos que promovieron el procedimiento como titulares de derechos o intereses, individuales o colectivos, o puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, se hayan o no apersonado en él (artículo 21), es el de “acceder a los actos administrativos y sus documentos” (artículo 17, letra d)). Otro de estos derechos es “obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente” (artículo 17, letra a)).

Como se observa, el interesado en un procedimiento administrativo no invoca la Ley N° 20.285 para acceder al expediente y a sus documentos. Su derecho de acceso se lo da la Ley N° 19.880, por el hecho de ser interesado y poder, en consecuencia, aducir alegaciones (artículos 10 y 17, letra f) para defender sus derechos e intereses.

Pero el interesado sólo puede acceder a lo que consta en el expediente. Es a éste al que tiene “acceso permanente” (artículo 18);

Cuadragesimonoveno. Que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7º, 19 Nº 3º y 63 Nº 18º), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento.

Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo;

Quincuagésimo. Que, en este caso, la Subsecretaría del Interior entregó las resoluciones, circulares, comprobantes de ingreso, informes mensuales de inversión. Las decisiones de la autoridad se entregaron. Se ha contribuido con ello significativamente al conocimiento público de las operaciones o actividades del Gobierno.

Ahora, si los correos fueran actos administrativos, debieron emitirse bajo firma electrónica, simple o avanzada. En el expediente tenido a la vista por esta Magistratura, no hay ningún antecedente en tal sentido.

Si, por su parte, los correos fueran actos de juicio, es decir, contuvieran una opinión en el marco de un procedimiento administrativo decisorio, debieron ser ponderados o debieron constar en los vistos de los actos entregados. Que no hayan estado, es un índice de que no eran documentos ni directos ni esenciales. Por de pronto, porque está en juego la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 3º, Ley Nº 19.880). Enseguida, porque nadie reclamó, ni ante la Contraloría ni ante los tribunales, respecto de esa ausencia de ponderación o constancia.

Además, hay que considerar que todos los antecedentes que se solicitaron por el Alcalde Gebauer en la gestión pendiente tienen que ver con recursos públicos. Se trata de fondos transferidos, rendiciones de gastos, devoluciones de fondos. Al haber recursos públicos, éstos están sujetos a la rendición de cuentas. Recordemos que, de acuerdo a la Constitución, corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco (artículo 98).

Dicha rendición implica acompañar los comprobantes de ingresos y egresos, los comprobantes de trasposos y la documentación auténtica que la respalde. La Contraloría General de la República permite que esa documentación auténtica se haga en soporte electrónico (Resolución Nº 759, D.O. 17.01.2004, que fija Normas de procedimientos en la rendición de cuentas). Sin embargo, se exige que la Contraloría haya autorizado el procedimiento y que el documento sea validado por firma electrónica. Expresamente la resolución recién citada señala que la autorización de la Contraloría tiene por objeto que las técnicas y los medios electrónicos sean compatibles con los que usa la Contraloría y que los sistemas automatizados tengan niveles de resguardo y seguridad para garantizar autenticidad, integridad y disponibilidad de la información.

No consta a esta Magistratura que la Contraloría General de la República haya permitido en el caso que se analiza que se hicieran rendiciones con documentos electrónicos.

Todo ello demuestra que no estamos en presencia ni ante actos administrativos decisorios ni ante informes;

Quincuagesimoprimer. Que una cuarta razón para considerar vulnerado el artículo 19 Nº 5º es que esta Magistratura no comparte lo afirmado por el Consejo para la Transparencia en el sentido de la subordinación que debe tener el artículo 19 Nº 5º al artículo 8º de la Constitución.

En primer lugar, porque este Tribunal ya descartó que por el hecho de que el artículo 8° se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, prime sobre todas las demás disposiciones de la Carta Fundamental, pues eso lleva a subordinar el capítulo III de la Constitución, que contiene el artículo 19, que establece el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).

En segundo lugar, el bien común exige “el pleno respeto a los derechos y garantías” que la Constitución establece (artículo 1°, Constitución). Ello implica que la actuación de los órganos del Estado debe llevarse a efecto con respeto, promoción y protección de estos derechos (STC 53/1988 y 943/2008).

En tercer lugar, porque cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación, lo ha dicho, como sucede con la función social del dominio (artículo 19 N° 24°, inciso segundo).

En cuarto lugar, porque la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino ésta a aquéllos. De ahí que el artículo 20 del artículo primero de la Ley N° 20.285 establezca que cuando se requiera una información que afecte derechos de terceros, éstos deben ser consultados por la autoridad requerida. Y si se oponen a la entrega, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados. La existencia de derechos involucrados, entonces, veta la publicidad.

Finalmente, hay que considerar que la publicidad no es el único bien jurídico que la Constitución establece. Hay otros que también requieren respeto y protección;

Quincuagesimosegundo. Que, en consecuencia, por todo lo anterior, consideramos que una primera razón para juzgar que el inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285 es inconstitucional, en el caso concreto que se analiza, es que vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución;

VI. El inciso segundo del artículo quinto de la ley N° 20.285 excede lo previsto en la Constitución
La controversia.

Quincuagesimotercero. Que la Subsecretaría del Interior sostiene también que el inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285 excede lo previsto en el artículo 8° de la Constitución. Mientras éste sólo habla de que son públicos los “actos y resoluciones”, “sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, el precepto incorpora dos nuevas categorías: “la información elaborada con presupuesto público” y “toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración”;

Quincuagesimocuarto. Que la doctrina también ha señalado que la información pública a la que se tiene acceso es de dos tipos. Una circunscrita a aquella que ha sido elaborada con presupuesto público; y otra más amplia, consistente en toda información que detenta la Administración o que esté en manos de ella (Camacho Cépeda, Gladys; Algunas precisiones sobre el concepto de información pública; en Letelier, Raúl, y Rajevic, Enrique; Transparencia en la administración pública; Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 52);

Quincuagesimoquinto. Que el Consejo para la Transparencia ha reconocido esta situación. En la decisión de amparo C1101-11 se sostiene que “el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución”. El fundamento para esa ampliación lo encuentra el Consejo en que el derecho de acceso a la información se encuentra en la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones;

Quincuagesimosexto. Que, como se observa, no se discute el que la Ley N° 20.285, específicamente el precepto impugnado, fue más allá de lo establecido por la Constitución en el artículo 8°. La discusión es si esto es legítimo o no;

Un criterio de análisis.

Quincuagesimoséptimo. Que, para responder a esta interrogante, debemos considerar que el carácter limitado de la información que debe ser pública en virtud de la disposición constitucional del inciso segundo del artículo 8°, también fluye de una interpretación sistemática de la Constitución. En efecto y tal como se ha expuesto en la primera parte de esta decisión, la aplicación del principio de publicidad contemplado en la Constitución tiene efectos potencialmente lesivos respecto de otros intereses protegidos por la Carta Fundamental. No resulta admisible considerar que casos semejantes deban ser decididos en favor de uno de los intereses en conflicto, como ocurriría de considerarse que toda información en poder de los órganos del Estado tiene el carácter de pública. Es necesario, entonces, buscar una solución que permita garantizar el contenido fundamental de todas las disposiciones involucradas;

La manera en que el precepto impugnado excede el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

Quincuagesimoctavo. Que, entonces, partamos por señalar que la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC 1990/2012), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N° 20.285 la utiliza en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10, inciso primero);

Quincuagesimonoveno. Que hay dos maneras de entender la información en la Ley N° 20.285. Por una parte, es la contenida en los actos, resoluciones y procedimientos (artículos 4°, 10, inciso segundo, 13, 14, 19, 20, 22, 23 y 26). Por la otra, es algo distinto a lo anterior y más amplio (artículos 5°, 10, inciso segundo, 11, letras a), b), c), d), e) y g), 12, letra b), 16 y 17);

Sexagésimo. Que mientras la Constitución habla de actos y resoluciones, el artículo impugnado habla de dos tipos de información. En primer lugar, la “elaborada con presupuesto público”. Con eso se permite el acceso no sólo a actos y resoluciones, a fundamentos o documentos vinculados a éstos, o a los procedimientos en que se dictaron, sino también a cualquier registro, de cualquier tipo, que haya sido financiado con dineros públicos. La norma exige tres requisitos para configurar la hipótesis que regula. El primero es que se trate de información. Esta expresión es comprensiva de documentos, archivos, folletos, datos que estén registrados. El segundo requisito es que la información haya sido elaborada por la Administración. Es decir, que haya sido hecha, que sea producto de un trabajo que la origine. El tercer requisito es que esa elaboración sea financiada con el presupuesto de la Nación.

En segundo lugar, el precepto habla de información “que obre en poder de los órganos de la administración”. Se trata, en consecuencia, de información que debe cumplir las siguientes condiciones. Desde luego, no tiene que ser hecha por la Administración, sino por otras entidades, privadas, internacionales, etc. Da lo mismo su procedencia. De lo contrario estaríamos en la información anterior. Enseguida, esa información tiene que estar “en poder” de los órganos de la Administración. Es decir, que esté bajo su cuidado, depósito o disposición;

Sexagesimoprimero. Que, entonces, el precepto impugnado amplía la información a que se tiene acceso, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título.

El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la administración;

Sexagesimosegundo. Que la pregunta que nos debemos formular es si eso es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley N° 20.285.

Existe abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285 que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes);

Sexagesimotercero. Que, además, si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos...”;

Sexagesimocuarto. Que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones.

En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso;

Sexagesimoquinto. Que tampoco puede sostenerse que los correos electrónicos que estén al margen de un procedimiento y sobre los que se discute en la presente gestión, estén insertos en alguna de las categorías que emplea el artículo 8° de la Constitución.

Por de pronto, no caben dentro de la expresión acto o resolución, por las razones que analizamos en el capítulo anterior.

Enseguida, tampoco se encuentran dentro de la expresión “fundamentos” que utiliza el artículo 8° de la Constitución. Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41). Pero para ello es esencial que estén en un expediente, es decir, que sean parte de un procedimiento administrativo. El dato externo no puede ser ni controvertido ni ponderado.

Además, no se ha proporcionado a esta Magistratura ningún antecedente que genere siquiera indicios para pensar que existe una conexión sustantiva o directa o esencial entre los correos y la rendición de cuentas a que se refieren los documentos que ya se entregaron por la Subsecretaría del Interior;

Sexagesimosexto. Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente el inciso segundo del artículo 5°, impugnado en estos autos, excede, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental.

La relevancia para el caso concreto de lo anterior es que se ha utilizado este precepto para incluir a los correos electrónicos en información que elabora la Administración.

Ello nos parece que pugna con la Carta Fundamental, pues excede lo previsto en ella, va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º y 19 N° 5º de la Constitución Política de la República; y artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1º Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, declarándose la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5º de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

2º Que se deja sin efecto la suspensión dispuesta a fojas 125, debiendo oficiarse al efecto.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes consideraciones:

I.- Conflicto constitucional: sujetos activos, pasivos y afectación de derechos en este proceso constitucional

1.- Que, en esta causa, el punto de partida inevitable es deslindar nítidamente el conflicto constitucional que debe resolver esta Magistratura. La parte requirente sitúa el dilema esencial de este proceso como un ejercicio de ponderación para realizar el juicio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos confrontados –acceso a la información pública y respeto a la vida privada–, con ocasión de la resolución del Consejo para la Transparencia disponiendo que la Subsecretaría del Interior le entregara los correos electrónicos que intercambiaron el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de la Provincia de Melipilla. Y, en estrados ante el Tribunal Constitucional, la parte requirente reiteró la necesidad de efectuar un juicio de proporcionalidad. A criterio de estos disidentes, es correcto el procedimiento planteado por la requirente y no transformar este proceso constitucional en un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la difusión de los correos electrónicos entre autoridades públicas;

2.- Que la gestión judicial pendiente es el reclamo de ilegalidad presentado por el Subsecretario del Interior contra la decisión del Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT) que acogió el amparo de información presentado por el Alcalde de Melipilla. La acción fue deducida ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6704/2011) respecto de la decisión de amparo informativo C406-11 del CPLT. En el proceso constitucional ante esta Magistratura, el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla se hizo parte a fs. 151. En síntesis, cabe constatar que el conflicto jurídico planteado en la especie involucra solamente a funcionarios pertenecientes a organismos públicos;

3.- Que los derechos invocados como afectados por el Subsecretario del Interior son el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), el derecho al debido proceso (artículo 19 N° 3), el derecho al respeto de la vida privada (artículo 19 N° 4), la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5) y el derecho al respeto del contenido esencial de los derechos del artículo 19 N° 26 de la Constitución. Asimismo, estima vulnerados los artículos 6º y 7º constitucionales, en relación con las atribuciones del CPLT para solicitar la exhibición de los correos electrónicos, conducta que se vincula con las reglas del debido proceso;

4.- Que la intervención que afectaría esos derechos consiste en la decisión del CPLT de acoger el amparo deducido por el Alcalde de Melipilla (Rol N° C406-11) y que obliga a entregar a la Municipalidad de Melipilla “copia de los correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla y desde la Gobernación Provincial de Melipilla al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría del Interior, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora Provincial Paula Gárate como del Subsecretario o del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, que versen sobre los fondos entregados y transferidos por dicho Ministerio a la Gobernación Provincial aludida, como consecuencia de la emergencia suscitada a raíz del terremoto del 27 de febrero de 2010, como también que se refieran a las rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación a dichos fondos, y a las eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos” [énfasis agregado];

5.- Que es imprescindible determinar que la información solicitada (que produce el asunto suscitado ante esta Magistratura) consiste única y exclusivamente en correspondencia electrónica entre autoridades públicas (Ministerio del Interior y Gobernación Provincial de Melipilla) sobre fondos entregados y transferidos, rendiciones de gastos sobre dichos fondos y eventuales órdenes de devolución sobre esos mismos fondos;

6.- Que se estima irrelevantes como potenciales vulneraciones alegadas aquellas referidas a la igualdad ante la ley, el debido proceso y la inviolabilidad de las comunicaciones, por las razones que se expondrán a continuación;

7.- Que la igualdad ante la ley reclamada por la requirente se sostiene en el potencial trato discriminatorio consistente en:

“privar a un grupo —específicamente a las autoridades y funcionarios públicos—, de manera arbitraria, del derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad de la correspondencia que tienen todas las personas o del resto de la información que obre en su poder, por el solo hecho de tratarse de servidores públicos usuarios de casillas electrónicas institucionales, estableciendo que en este caso no gozan de dicha protección constitucional, presumiéndose, por el contrario, la publicidad de sus comunicaciones” (fs. 66);

8.- Que, como lo expresa la requirente, ésta es una alegación esencialmente instrumental, puesto que depende del modo en que esta Magistratura defina los términos de la posible vulneración de otros derechos. Por tanto, el examen de fondo sobre el derecho al respeto de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones determina la concurrencia o no de la discriminación alegada;

9.- Que la vulneración del debido proceso, a juicio de la requirente, consiste en:

“(…) el acceso sin cortapisas y sin un debido proceso previo, a las comunicaciones que los servidores públicos mantengan entre ellos y con terceros, no resulta constitucionalmente admisible, en especial si se considera que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa, no resultando admisible dar por sentado, como pretende el Consejo, que puedan existir competencias no expresamente señaladas en la ley que permitan vulnerar la inviolabilidad de las comunicaciones” (fs. 60);

10.- Que la potencial afectación del debido proceso se resuelve constatando las competencias que tiene el CPLT para requerir la información alojada en los correos electrónicos de las autoridades aludidas. Sin embargo, resulta claro para esta Magistratura, sin distinción de mayoría o minoría, que la competencia del CPLT está fijada por los artículos 24 y siguientes, sobre el amparo al derecho a la información y sus procedimientos, así como por los artículos 32, 33, letras a), b), j) y m), y

34, todos de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. El CPLT tiene atribuciones para requerir información de los organismos públicos y, asimismo, si ellas importaran el manejo de datos personales, es su deber velar por su debida reserva y resguardo. Debe quedar sentado que el CPLT es el órgano competente para resolver, en caso de conflicto, qué es divulgable y qué no respecto del contenido de un correo electrónico cursado a través de casillas de instituciones públicas, toda vez que los artículos 24 y siguientes de la Ley N° 20.285 le confieren competencia para conocer y fallar los reclamos por denegación de información, sin perjuicio de que sus resoluciones sean impugnables ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. La ley establece este procedimiento que se ajusta a lo estipulado por la Constitución en lo referente al debido proceso y que esta Magistratura declaró orgánico y constitucional (STC 1051) en todas las normas impugnadas o referidas en este requerimiento;

11.- Que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, es una manifestación especial del derecho al respeto de la vida privada y de la libre comunicación. Por tanto, su contenido constitucionalmente está comprendido en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4, que es la regla general y residual, a la vez, de la protección de la privacidad. Cabe recordar que las comunicaciones privadas pueden “interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley” (artículo 19 N° 5 de la Constitución). Es así como la vulneración de la inviolabilidad de las comunicaciones se produce, solamente, por su “interceptación”, “registro” o “apertura”. Protege el proceso informativo mientras éste se desarrolla, cautelando la libre comunicación que impide “interceptar” los mensajes que se intercambian actualmente entre dos o más personas. En el caso planteado, los correos electrónicos ya habían sido enviados y el CPLT ha solicitado la divulgación pública de un hecho pasado, siendo imposible su “interceptación”;

12.- Que en el caso sub lite no se incurre en una vulneración de “registro” de las comunicaciones electrónicas, porque el deber de registro de los correos electrónicos lo ha establecido la ley y el propio Ministerio del Interior, al suscribir el contrato respectivo, ha consentido en que la empresa proveedora de su servicio de telecomunicaciones los registre temporalmente, recayendo sobre ésta el deber de seguridad respecto de la provisión del servicio sin interferencias y asumiendo los riesgos que la red transfiera a sus usuarios. Y esa relación jurídica entre la empresa proveedora de servicios de comunicación electrónica y la Subsecretaría del Interior no es parte de este proceso constitucional. Por ende, el dilema más bien se transforma en acreditar si la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece una atribución que obligue a entregar este tipo de información;

13.- Que, asimismo, no existe la hipótesis de la “apertura” del correo electrónico porque tal supuesto traslada mecánicamente garantías que no son susceptibles de existir en la especie. La apertura está históricamente asociada a cartas cuyo contenido privado se vulnera a través de la rotura no autorizada judicialmente de sellos, cuños o sobres. Aquí se confunde contenido con continente. En el caso de autos la ley autoriza al Consejo para la Transparencia para que, en cumplimiento de un amparo de información, ordene la disposición de determinados correos individualizados, los cuales deben ser simplemente entregados sin previa o posterior apertura;

II.- Determinación de la admisibilidad constitucional de la injerencia sobre el derecho afectado y acreditación de la razonabilidad de la limitación.

14.- Que la naturaleza de los derechos fundamentales obliga a identificar, a la luz de la Constitución, el límite permitido para intervenir o afectarlos, visto que por regla general no tienen un carácter absoluto. Aquí el límite está expresamente establecido en la Constitución. Es ella la que determina el bien jurídico que delimita el derecho potencialmente afectado. El inciso segundo del artículo 8° constitucional dispone claramente que:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Por su parte, esta Magistratura ha establecido en numerosos fallos que el respeto y protección de la vida privada de las personas también admite límites (STC N°s. 1732 y 1800), como ocurre, por regla general, respecto de todo derecho (ver STC N°s. 1463, 1683 y 1939, entre otras) y donde es fundamental identificar su colisión con otros derechos, bienes o principios;

15.- Que en el caso sub lite se plantea una eventual colisión entre el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4 y el acceso a la información pública. Este último derecho se funda en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, siendo que este Tribunal reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información pública que emanaría de este último precepto constitucional (STC 634-2007) y del artículo 4° de la Constitución, en virtud del cual Chile es una República democrática y sus decisiones son, evidentemente, res publica. El ejercicio de esta libertad se ve reafirmado por el bien jurídico de la transparencia, base de la institucionalidad, establecido en el inciso segundo del artículo 8° que establece como regla general la publicidad de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, salvo las excepciones señaladas en el mismo precepto;

16.- Que, adicionalmente, el derecho de acceso a la información pública tiene un desarrollo normativo en varios artículos de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. En particular, los artículos 5°, 10, 11, letra a), y 21 de dicha ley, según los siguientes contenidos:

“Artículo 5°. En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

“Artículo 10. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

“Artículo 11, letra a). Principio de relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

“Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente, (...)

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptados”;

17.- Que el requerimiento sólo ha planteado declarar inaplicable la siguiente parte del inciso segundo del artículo 5º de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública: “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, siendo que existen varios otros artículos de ese mismo cuerpo legal que establecen reglas análogas.

Desde esta perspectiva, el recurso sub lite es sólo parcial y, por lo mismo, lo que decida esta Magistratura tiene un efecto limitado en la resolución definitiva del proceso que deben adoptar los jueces del fondo, puesto que no han sido requeridos los artículos 10, 11, letra a), y 21 del mismo cuerpo legal, que establecen normas análogas;

18.- Que, sin perjuicio de lo anterior, a juicio de estos disidentes, el artículo 5º, inciso segundo, se ajusta a la Constitución Política, ya que ésta, al consagrar en su artículo 8º una directriz interpretativa de publicidad y transparencia, junto con el derecho fundamental de acceso a la información dispuesto, como se indicó, en el artículo 19 Nº 12 de la Carta Fundamental, establece un piso mínimo a partir del cual el legislador debe desarrollar tales principios, lo que efectivamente ocurre con la Ley Nº 20.285, como se desprende de la lectura de las normas transcritas. Esta propia Magistratura rechazó que se tratara de una norma interpretativa constitucional (ver prevención de los Ministros Venegas y Navarro en la STC 1051) sino que era un mandato de desarrollo del contenido constitucional como es lo habitual en la generalidad de las leyes. Además, como hemos señalado, esta Magistratura ha reconocido un derecho implícito de acceso a la información pública en consonancia con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre del año 2006 en el caso *Claude vs. Chile*. Este derecho es amplio y abarca toda información en poder del Estado, salvo las excepciones constitucionales indicadas en el artículo 8º;

19.- Que la legitimidad de la norma impugnada, que ha sido uno de los fundamentos de la resolución del Consejo para la Transparencia, debe sortear tres juicios de ponderación, respectivamente el de razonabilidad, el de proporcionalidad y el de respeto al contenido esencial de los derechos afectados;

III.- El juicio de razonabilidad.

20.- Que el juicio de razonabilidad admite diversas variables. Sin embargo, en el caso concreto, cualquiera de los conceptos que se utilice –razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad (STC roles N.ºs. 282, 465, 467, 788, 1452 y 1615, entre otras) o razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad (STC roles N.ºs. 1133, 1217, 1234, 1307, 1332, 1418 y 1580, entre otras)– se cumple en la especie. Es razonable la norma del artículo 5º, inciso segundo, de la Ley Nº 20.285, cuestionada en autos, porque está vinculada al cumplimiento de objetivos o finalidades constitucionales y legales legítimas, según lo prescribe el artículo 32 de la Ley Nº 20.285;

21.- Que en el caso sub lite es preciso tener en cuenta que la legitimidad de la intervención sobre los derechos supuestamente afectados, supone describir las razones admisibles para intervenir en función de las exigencias de una sociedad democrática, esto es, que se trate de límites previstos por la Constitución o el legislador, según ya lo vimos, y que se deriven de la reivindicación de “los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución);

22.- Que, en tal sentido, la aplicación del artículo 5º, inciso segundo, satisface plenamente el juicio de razonabilidad a la luz de tales exigencias, dada la dimensión pública de la información solicitada;

23.- Que la solicitud recae en un asunto de evidente interés público. El artículo 8º constitucional ratifica la naturaleza del planteamiento del Alcalde de Melipilla, quien, ejerciendo el derecho contemplado en el artículo 10 de la Ley Nº 20.285, demanda de la Subsecretaría del Interior una serie de respuestas relativas a la inversión y reembolso de fondos públicos relacionados con la mitigación de los efectos del terremoto del 27 de febrero de 2010 en su comuna. La propia respuesta de la Subsecretaría del Interior, casi integralmente positiva (fs. 3 a 5), revela que existe un reconocimiento del carácter público del asunto planteado, sin especificar, inicialmente, si lo protegido por la reserva o secreto era la reivindicación de un derecho fundamental, como el respeto a la vida privada, o el ejercicio de la facultad de decidir, de conformidad con el privilegio deliberativo;

24.- Que los procedimientos extraordinarios que se usan cuando ocurre una emergencia, exigen flexibilidad inicial para enfrentarla y traen consigo el reforzamiento de los controles posteriores, tanto de la Contraloría como de los ciudadanos mediante el acceso a la información pública. Este proceso constitucional tiene como telón de fondo el terremoto más devastador de los últimos 50 años y el cuarto de mayor magnitud en la historia de la humanidad. Este sismo y posterior maremoto afectó a seis regiones del país, implicó decretar el único estado de excepción constitucional de catástrofe dictado desde 1990 en tres regiones; se aplicó en todas las regiones afectadas la Ley Nº 16.282, de 1965, conocida como la Ley de Sismos, y se crearon programas públicos de emergencia para mitigar, recuperar y rehabilitar edificaciones públicas y privadas. Esos programas –para actuar con eficiencia, eficacia y oportunidad– fueron eximidos de algunos requisitos legales habituales, por ejemplo en lo referente a procesos de licitación, y permitieron aplicar mecanismos excepcionales de adquisición y reparto directo de materiales;

25.- Que la solicitud del Alcalde de Melipilla abarca la información contenida en los correos electrónicos sobre cuatro asuntos específicos: los fondos entregados y transferidos por el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial aludida. Segundo, casillas electrónicas de las personas indicadas, más el funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla. Tercero, las rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación al uso de esos fondos. Y, cuarto, las eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos;

26.- Que el Ministerio del Interior autorizó expresamente el uso de correos electrónicos como procedimiento excepcional de operación, regulando dicho uso para la emergencia mediante el Decreto Supremo Nº 355, de 29 de marzo de 2010, a cuyo efecto creó el Programa “Manos a la Obra”, que permitía retribuir, entre otros, los gastos de la Municipalidad de Melipilla erogados para mitigar los daños del terremoto en su comuna. En él se autorizan los pedidos que la Municipalidad debe hacer a cada proveedor mediante:

“vía telefónica, respaldado por el correspondiente correo electrónico al Ejecutivo de Cuenta que deberá ser remitido en un plazo no superior a 3 horas de efectuado el requerimiento telefónico. (...) En el evento de existir alguna discrepancia entre lo solicitado por vía telefónica y correo electrónico, primará esta última información” (cláusula tercera, letra c), del acuerdo). Para el despacho y entrega de materiales se rige el plazo por “el correo electrónico que contiene el pedido” (cláusula tercera, letra e)).

Con ello, el decreto estableció como procedimiento el uso del correo electrónico para las comunicaciones entre los proveedores y la Municipalidad respectiva y para establecer la certidumbre entre pedidos por la vía telefónica y su respaldo por correo electrónico y no hace sino cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que autoriza la utilización de medios electrónicos.

Asimismo, el Informe Final N° 141/2010 de Auditoría a la Subsecretaría del Interior, realizado por la Contraloría General de la República el 1° de marzo de 2011, acredita que hubo rendiciones de cuentas realizadas mediante correos electrónicos;

27.- Que, finalmente, la regla general es que todo lo que se refiera a gasto fiscal sea público. Para ello, se dispone en la Constitución de reglas especiales de aprobación del Presupuesto (artículo 67), de control de los decretos supremos que autorizan el gasto (artículo 99) por parte de la Contraloría, hasta su pago específico por la Tesorería General de la República, previa refrendación presupuestaria expedida por autoridad competente (artículo 100). Por ende, las solicitudes de acceso a la información referidas al gasto público y su destino definitivo en relación con compromisos previos, cumplen con la regla de referirse a un asunto nítidamente público;

28.- Que, en general, el acceso a la información pública no requiere invocar razones para fundar la petición. Sin embargo, a efectos del caso concreto materia de autos, las causas que motivan la solicitud permiten fijar una relación de prevalencia condicionada entre los derechos que se presentan como si fueran antinómicos. En este caso se solicita que se den a conocer determinados correos electrónicos porque no había decisión pública refrendada en un decreto ni las autoridades aludidas expresaban las razones de la decisión adoptada;

29.- Que, por tanto, el juicio de razonabilidad de la intervención que podría afectar los derechos de la parte requirente, específicamente de dos autoridades públicas, se encuentra plenamente justificado;

IV.- El juicio de proporcionalidad

30.- Que corresponde ahora realizar el juicio de proporcionalidad invocado en el requerimiento y reiterado por la requirente en la audiencia de la vista de la causa;

31.- Que el juicio de adecuación o idoneidad es el punto de partida de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia. La autorización del CPLT de la revisión de los correos electrónicos solicitados ¿es un mecanismo adecuado para satisfacer la necesidad de información invocada por el Alcalde de Melipilla a fin de poder controlar el gasto público y permitir la rendición de cuentas por parte de autoridades? Tal como lo estipuló el Decreto 355, de 29 de marzo de 2010, por parte de las dos autoridades vinculadas a la materia: el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla, ello es así. Asimismo, la solicitud abarca también los correos electrónicos del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla. Esta medida que afecta a un funcionario innominado pero existente, es igualmente idónea para conocer la ejecución del programa y el destino final de los recursos. Llama la atención que no se reivindique el derecho al respeto a la vida privada de este funcionario, debilitando así la argumentación de la requirente. Resulta indubitado que el acceso a los correos electrónicos mencionados es una medida idónea para obtener el resultado buscado;

32.- Que, en cuanto al juicio de necesidad de la medida, ¿hay otros medios alternativos para obtener la información sobre los recursos públicos pendientes para Melipilla? Tratándose de un asunto en donde las peticiones de recursos, la asignación de los mismos y las rendiciones de cuentas del Programa Manos a la Obra se realizaron mediante correos electrónicos, según quedó acreditado por el Informe Final de la Contraloría del 1° de marzo de 2011, el Alcalde de Melipilla opta por pedir el acceso a esos correos y, frente a la negativa, recurre ante el CPLT, conforme lo establece la Ley N° 20.285. Por tanto, resulta cumplido el juicio de necesidad, puesto que ésa es la vía fijada por la ley para obtener la información, recordando que la propia autoridad validó la información mediante correos electrónicos para la aplicación del Programa Manos a la Obra;

33.- Que el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación

con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público.

El test de proporcionalidad en sentido estricto se satisface por las siguientes razones:

a.- Porque la solicitud se refiere a un número definido de comunicaciones electrónicas, producidas entre el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla; la petición no es indeterminada, sino específica. Está acotada en el tiempo, por la materia y por la cantidad de correos que guardan relación con al asunto. El requerimiento de información no se extiende a toda la correspondencia digital realizada entre el Subsecretario y la Gobernadora, sino sólo a la que tenga relevancia pública referida a los fondos del Programa Manos a la Obra en lo relativo a la reconstrucción en la Comuna de Melipilla. Para cumplir con lo requerido bastaba con que el Subsecretario hubiera hecho una selección de la información según ese criterio, siguiendo los principios de la divisibilidad y de máxima divulgación (artículo 11 de la Ley N° 20.285) y, en caso de disconformidad por parte del Alcalde de Melipilla, entonces éste podría haber recurrido ante el CPLT poniendo en marcha el procedimiento de reclamo establecido por la propia Ley N° 20.285;

b.- Porque el principio de divisibilidad tiene la virtud de generar una especie de óptimo paretiano que busca garantizar la máxima efectividad de los derechos y bienes jurídicos involucrados;

c.- Porque esta ponderación, siguiendo lo dispuesto en la Ley N° 20.285, excluye cualquier referencia al soporte o formato de la información solicitada, como son los correos electrónicos. Lo que interesa es la naturaleza de la información misma, no su formato. En un ejercicio de ponderación entre el derecho al respeto y protección de la vida privada, artículo 19 N° 4, frente al derecho a la información del artículo 19 N° 12 de la Constitución, no cabe apelar a una consideración abstracta en que siempre la primacía la tenga el resguardo de la privacidad. Tal posición, que acepta la tesis de la jerarquía entre derechos, se aleja de la determinación fáctica del caso concreto, siendo contraria a la naturaleza del recurso de inaplicabilidad y no es coherente con la jurisprudencia de esta Magistratura;

d.- Que la autorización mediante decreto supremo por parte del Ministerio del Interior para utilizar correos electrónicos en este programa público, exige un juicio de ponderación, puesto que, de asumir lo contrario, jamás podría existir una decisión pública adoptada por un correo electrónico que pudiera ser conocida, con lo cual se vulneraría la Constitución. Los acuerdos y contratos para la entrega de materiales a todas las municipalidades del país afectadas por el terremoto incorporaron, como procedimiento y como respaldo de una decisión pública, el uso de los correos electrónicos. ¿Por qué, entonces, una solicitud del Alcalde de Melipilla que intenta conocer sobre lo que aconteció con recursos que estima adeudados a su comuna, no puede recurrir a esa vía para indagar por qué no se le reembolsaron los gastos efectuados?;

34.- Que, a nuestro entender, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido, consiste en diferenciar el tipo de información vertida en los correos electrónicos, toda vez que ellos pueden encerrar tanto información pública, como son los antecedentes solicitados en el asunto de fondo, en los términos del citado artículo 8° de la Constitución, cuanto noticias u opiniones de carácter meramente personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de una resolución, que estarían cubiertos por el así denominado “privilegio deliberativo”, a que alude el literal b) del artículo 21 de la Ley N° 20.285;

35.- Que, puestas así las cosas, queda de manifiesto que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate, es su contenido, es decir, la naturaleza de los datos que ella comprende, y no el medio material que le sirve de soporte o formato, en este caso, un correo electrónico emanado de las cuentas institucionales de las autoridades concernidas;

36.- Que, por lo mismo, no toda información envuelta en un correo electrónico personal es necesariamente reservada o confidencial, como tampoco es forzosamente pública toda información transmitida desde una casilla de correos de una entidad pública. Este es también el parecer que ha primado en la legislación comparada y en las decisiones de los tribunales internacionales, como queda de manifiesto en los informes en derecho de Ignacio Covarrubias y José Manuel Díaz de Valdés, por una parte, y de Tomás Vial, por otra, acompañados a estos autos;

37.- Que, sumado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentenciado que el “control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático”, agregando que “tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada” (Caso Palamara vs. Chile, párrafos 83 y 84). Esta disidencia reafirma esta directriz, tratándose, como sucede en el caso sub lite, de información sobre gasto público en circunstancias especialísimas derivadas del terremoto del 27 de febrero del año 2010;

38.- Que, a mayor abundamiento, el artículo 5º de la Ley N° 20.285 contempla en sus incisos primero y segundo, este último impugnado en autos, la alternativa de que la información pública tenga como soporte un correo electrónico, lo cual, como hemos visto en el considerando 26, es reafirmado por otras disposiciones de la misma ley. Ya nos referimos a la congruencia entre este precepto y el texto constitucional, habida consideración del reconocimiento que esta Magistratura hizo del derecho de acceso a la información pública (STC 634-2007);

V.- Vulneración del contenido esencial del derecho al respeto a la vida privada.

39.- Que, finalmente, corresponde realizar el examen del respeto al contenido esencial del derecho, tal como lo exige la Constitución en su artículo 19 N° 26, en relación con el derecho de respeto y protección de la vida privada. La ley le encomienda al CPLT fiscalizar el cumplimiento de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, respetando las causales de reserva y secreto establecidas en la Constitución y en la ley, y debiendo guardar sigilo sobre los documentos, actuaciones y resoluciones que caigan dentro de esa categoría (artículo 35 de la Ley N° 20.285). La divulgación de secretos personales califica dentro de los actos prohibidos, implícitamente, a los consejeros y directamente al personal del CPLT;

40.- Que los derechos son afectados en su esencia cuando se desnaturaliza su contenido constitucional, de tal manera que el derecho se vuelve irreconocible, o cuando se establecen límites de tal entidad que entran su ejercicio más allá de lo razonable y lo tornan irrealizable (STC Rol 43). Para determinar cuándo concurre, concretamente, la vulneración al contenido esencial, esta Magistratura ha adoptado un procedimiento: “la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación (STC 792, c. 13);

41.- Que, por otra parte, cabe tener presente que la Ley N° 20.285, en su artículo 21, N° 2, al ejemplificar la causal de reserva consistente en la afectación de los derechos de las personas, se refiere particularmente a “su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. La información solicitada por el Alcalde de Melipilla no cabe en ninguna

de esas categorías. No se trata, en efecto, de datos sensibles ni siquiera de datos personales a la luz de las definiciones contenidas en el artículo 2º literales f) y g) de la Ley N° 19.628. No se refieren, respectivamente, a “cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”, ni menos “a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”;

42.- Que, por lo tanto, no puede en ningún caso entenderse que el respeto y la protección a la vida privada del requirente puedan verse amenazados por la aplicación del artículo 5º, inciso segundo, reprochado en autos, en el proceso sub lite;

43.- Que, por todo lo razonado precedentemente, estos disidentes nos pronunciamos por el rechazo del presente requerimiento de inaplicabilidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2153-11-INA.

Se certifica que el Ministro señor Navarro concurrió al acuerdo, pero no firma por haber cesado en sus funciones.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

2.5. CONTROL

2.5.1. TOMA DE RAZÓN

MATERIA

TOMA DE RAZÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)*Rol:* 116*Fecha:* 27.12.1990*Resultado recurso:* Rechazado.*Ministros mayoría:* Luis Maldonado Boggiano, Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez.*Ministro redactor:* Eduardo Urzúa Merino y Manuel Jiménez Bulnes.*Requirentes:* Diputados Hugo Álamos Vásquez, Gustavo Alessandri Balmaceda, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Buchi, Francisco Bayo Veloso, Carlos Cantero Ojeda, María Angélica Cristi Marfil, Alberto Espina Otero, Miguel Ángel Fantuzzi Hernández, José Antonio Galilea Vidaurre, René García García, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Gerardo Hurtado Ruiz-Tagle, Carlos Kuschel Silva, Arturo Longton Guerrero, Evelyn Mathei Fornet, Federico Mekis Martínez, Jorge Morales Adriaola, Eugenio Munizaga Rodríguez, Luis Navarrete Carvacho, Juan Alberto Pérez Muñoz, Ramón Pérez Opazo, Marina Prochelle Aguilar, Baldo Prokuriza Prokuriza, Teodoro Ribera Neumann, Federico Ringeling Hunger, Claudio Rodríguez Cataldo, Andrés Sotomayor Mardones, Raúl Urrutia Ávila, Carlos Valcarce Medina y Carlos Vilches Guzmán.

DESCRIPTORES

Toma de Razón – Decreto Supremo – Supremacía Constitucional

PRINCIPIO LEGAL

La toma de razón es una simple presunción de legalidad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 82 N°s. 3, 5 y 6, 87 y 88 CPR.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD DE SOLICITA

Artículos 12 letra f) y 4 transitorio del Decreto Supremo 140/1990 Ministerio de Vivienda y Urbanismo que reglamentó los programas de viviendas progresivas. El primero establece que en caso de postulación colectiva, el postulante obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta el máximo de 50 puntos. El segundo permite reservar, previa autorización del Secretario Ministerial

del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio.

PREGUNTA JURÍDICA

¿La atribución del Tribunal Constitucional de conocer los reclamos que efectúe alguna de las Cámaras del Congreso o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, está subordinada a que la Contraloría curse sin observaciones (tome razón de) un decreto supremo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Mediante el D.S. N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo se reglamentaron los programas de viviendas progresivas. Este, permite que el postulante a tales beneficios opte por la inscripción individual o colectiva.

31 diputados impugnaron, ante el Tribunal Constitucional, dos normas de este reglamento por considerarlas contrarias a la Constitución.

El requerimiento se puso en conocimiento del Presidente de la República y del Contralor General de la República, en sus calidades de órganos constitucionales interesados. Además, ocho profesores de derecho público, en ejercicio del derecho de petición, hicieron una presentación ante el Tribunal Constitucional en la causa. Fue así como se planteó la posible incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de un decreto que no fue objeto de observaciones por parte de la Contraloría.

ALEGACIONES

La bonificación de puntaje que se otorga a la postulación colectiva constituye una discriminación arbitraria con respecto a los postulantes individuales que afecta además la libertad de asociación. Luego la disposición que permite que durante el año 1990, se pueda reservar, previa autorización del Secretario Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio, supone el otorgamiento de facultades discrecionales a la administración que pueden afectar los derechos de los que recurren al sistema normal de postulación.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Se debe resolver en el presente caso si el Tribunal Constitucional tiene o no la atribución que el N° 5 del artículo 82 de la CPR señala para pronunciarse sin limitaciones sobre los reclamos que se le formulen por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional que la Contraloría General de la República ha cursado sin representar su inconstitucionalidad (C. 2).

El cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la CPR le encargan a la Contraloría, tal como lo reconoce la doctrina, otorga una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva, ya que puede ser revisada por otras instancias legales (C. 3).

De las instancias que pueden revisar el control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República se incluyen las que puede realizar tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia. Dentro de las primeras, se encuentra el artículo 82 N° 5 de la CPR que prescribe: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5. Resolver los reclamos en caso de 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”. Esta atribución no puede quedar subordinada a que la Contraloría curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la CPR se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría en esta materia, lo que se concluye y comprueba, entre otras disposiciones, con lo que prescribe el artículo 82 N° 3 de la CPR en relación con el inciso séptimo del mismo, que dice textualmente: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”. “[...]En el caso del N° 3, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley”. Ello se repite en el artículo 82 N° 6 de la CPR en cuanto dispone: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88” (C. 4 a 6).

De aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser impugnados a posteriori, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades que el inciso undécimo del artículo 82 de la CPR reconoce a cualquiera de las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para que dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación o notificación de un decreto que se objete puedan recurrir al Tribunal Constitucional reclamando que se declare su inconstitucionalidad (C. 7).

Diferentes actas que contienen los debates que sobre la materia existieron en la Comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1980 también permiten suponer que el Tribunal Constitucional tiene la competencia en análisis. En la sesión 359, el señor Ortúzar señaló que “están preocupados de darle al Tribunal Constitucional la

facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no la de los decretos que signifiquen actos de administración”. A su vez, el señor Lorca estimó “extraordinariamente delicado que en este sistema no sea el Tribunal Constitucional el que garantice la supremacía constitucional”. El señor Ortúzar agregó que “bastaría que el Presidente de la República y el Contralor estuviesen de acuerdo para burlar al Parlamento” (C. 8).

Así, el Tribunal Constitucional tiene las atribuciones constitucionales suficientes para entrar a conocer y resolver el requerimiento sobre la inconstitucionalidad del D.S. N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (C. 10).

CONCLUSIÓN

La atribución del Tribunal Constitucional de conocer los reclamos que efectúen alguna de las Cámaras del Congreso o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional no está subordinada a que la Contraloría General curse sin observaciones (tome razón de) un decreto supremo, ya que del contexto armónico de los preceptos constitucionales respectivos se desprende en forma inequívoca que el Tribunal tiene supremacía constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría en la materia.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC establece en esta sentencia que la toma de razón de los decretos supremos no es suficiente indicio de legalidad que excluya su competencia para revisar su constitucionalidad, tanto de aspectos de forma de la dictación del decreto como aspectos del fondo del mismo. Esto explica, el carácter contencioso administrativo de estas atribuciones en manos del TC.

Tras la vuelta a la democracia este caso, conjuntamente con el de Colonia Dignidad, que veremos a continuación, anunciarán cómo el TC comenzará a actuar como árbitro institucional en las cuestiones regulatorias entregadas a la Administración.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa.

VISTOS:

Con fecha 21 de noviembre del presente año, 31 señores Diputados que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la respectiva Corporación, cuya nómina integran los señores Alamos Vásquez, Alessandri Balmaceda, Alvarez-Salamanea Buchi, Bayo Veloso, Cantero Ojeda, Cristi Marfil, Espina Otero, Fantuzzi Hernández, Galilea Vidaurre, García García, García Ruminot, Horvatli Kiss, Hurtado Ruíz- Tagle, Kuschel Silva, Longton Guerrero, Matthei Fornsc, Mekis Martínez, Morales Adriaola, Munizaga Rodríguez, Navarrete Carvacho, Pérez Muñoz, Pérez Opazo, Prochelle Aguilar, Prokuriza Prokuriza, Ribera Neumann, Ringeling Hunger, Rodríguez Cataldo, Sotomayor Mardones, Urrutia Avila, Valcarce Medina y Vilches Guzaian, ejerciendo la facultad que les confiere el inciso onceavo del artículo 82, de la Constitución Política de la República en relación al inciso primero, N° 5 de la misma Carta, todo ello de acuerdo con los artículos 48 y 38 a 45 de la Ley N° 17.997 de 1981, han deducido un reclamo ante este Tribunal

con el objeto de que se declare inconstitucional la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del Decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo por transgredir los N°s. 2º, 15º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El Decreto Supremo N° 140 de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de octubre de 1990, reglamenta los programas de viviendas progresivas. Su artículo 2º, bajo el concepto “Alternativas de postulación” distingue la posibilidad de que el postulante a este subsidio opte por la inscripción individual o colectiva. El artículo 12, letra f), establece que en caso de postulación colectiva, el postulante obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta el máximo de 50 puntos. Señalan los reclamantes que teniendo los grupos de postulación colectiva normalmente un mínimo superior a 50 integrantes, esta circunstancia otorgará a sus miembros un total de 50 puntos adicionales respecto de los postulantes individuales.

Agregan que, este trato diferente y arbitrario traerá en el hecho como consecuencia, que la postulación individual se verá decididamente perjudicada desplazada por la colectiva, lo que forzará a las personas a ingresar a los grupos a los cuales el decreto supremo les otorga privilegios injustos. Afirman que, sin establecer la obligatoriedad de la asociación como requisito de postulación, ella será indispensable para obtener el puntaje que permita acceder a una vivienda progresiva. Así, la bonificación en puntaje que se otorga a cada asociado por el hecho de ser parte de un grupo con personalidad jurídica, genera una discriminación arbitraria frente a los postulantes individuales.

Agregan los reclamantes que, por otro lado, el artículo 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y urbanismo señala que durante el año 1990, se podrá reservar, previa autorización del Secretario Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio. Esto a su entender significa que se sustraen del sistema de postulación la mitad de las viviendas progresivas que se construyan durante 1990 y se deja su entrega al arbitrio de la autoridad administrativa afectándose de esta forma los derechos de los que recurren al sistema normal de postulación. Lo que se pretende, según los reclamantes, es aumentar en términos inconstitucionales la facultad administrativa discrecional en la entrega de las viviendas progresivas.

Así, los artículos 12, letra f), y 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140 constituyen normas abiertamente inconstitucionales que violan la igualdad ante la ley, el derecho de las personas a recibir del Estado y sus organismos un trato no discriminatorio en materias económicas y la libertad de asociación.

Luego de analizar los N°s. 2º y 22º del artículo 19 de la Carta Fundamental, los reclamantes afirman que el principio de igualdad ante la ley consagrado en ellos se ve seriamente afectado por el artículo 12, letra f), del Decreto Supremo N° 140 al establecer sin causa racional y en forma arbitraria un sistema de beneficios para las personas que postulen a una solución habitacional en forma individual de aquellos que lo hagan colectivamente. No se trata de una bonificación por el hecho de prestar una contraprestación o por reunir ciertos postulantes características sobresalientes, sino que por pertenecer a un grupo organizado dotado de personalidad jurídica.

Por su parte, el artículo 4º transitorio del mismo reglamento, implica discriminar en iguales términos entre los que se someten al sistema de postulación y los que recurren a la vía de la discrecionalidad administrativa, encontrándose todos en similar situación. Este precepto facilitará la discrecionalidad arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus agentes en materia económica.

Los reclamantes sostienen que por lo tanto se está en presencia de una diferencia arbitraria a la que alude el artículo 19, N° 2º, como ante una discriminación de la misma naturaleza en el trato

económico, a que se refiere el artículo 19, N° 22°, de la Constitución Política, porque se afecta, sin fundamento racional alguno, las expectativas económicas de los postulantes individuales e incluso colectivos que buscan a través de una inscripción según el procedimiento normal un beneficio económico estatal.

Por otro lado, al consagrarse la postulación colectiva unida a una bonificación de puntaje se establece un sistema que lleva a ingresar a un grupo o a la constitución de otro, afectándose de esta manera la libertad de asociación consagrada en términos negativos en el artículo 19, N° 15°, de la Constitución, en el sentido de que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Si bien no existe una obligación legal de asociarse, el sistema de otorgamiento de puntaje concebido en favor de los postulantes que lo hacen en forma colectiva, determina que serán excluidos por falta de puntaje, aquellos que no lo realicen en dicha forma.

Finalmente, los reclamantes solicitan a este Tribunal tener por interpuesto este reclamo, acogerlo y declarar la inconstitucionalidad de las normas del Decreto-Supremo N° 140 de 1990, del Ministerio de Vivienda v Urbanismo, que han impugnado.

Los reclamantes acreditan su calidad de Diputados en ejercicio v designan al Diputado señor Ribera para que los represente ante este Tribunal.

Con fecha 29 de noviembre de mil novecientos noventa, 14 señores Diputados adhirieron al presente reclamo v designaron al Diputado señor Chadwick como representante ante este Tribunal, Con fecha 3 de diciembre de mil novecientos noventa, ocho profesores universitarios de Derecho Público, en ejercicio del derecho de petición hicieron una presentación solicitando que al conocer del reclamo, este Tribunal tomara en consideración diversas observaciones que formulan en torno a la interpretación que según ellos debe darse a la frase “o dicte un decreto inconstitucional” contenida, en el artículo 85, N° 5° de la Constitución Política de la República. En síntesis ellos afirman que la oración antes transcrita no se refiere a lo sustantivo del decreto dictado, sino al proceso de dictación del mismo. Es decir, cuando al “dictar” un decreto se viola la Constitución es invocable dicha norma, no cuando el producto de una dictación formalmente de acuerdo con la Constitución sea en su contenido inconstitucional. De esta manera, a la expresión “o dicte un decreto inconstitucional” debe dársele una interpretación restrictiva con un ámbito temporal de validez siempre anterior a la toma de razón aprobatoria del decreto por la Contraloría General de la República. El Tribunal la tuvo presente en la vista de la causa.

Con fecha 4 de diciembre de mil novecientos noventa, el Tribunal tuvo por formulado el requerimiento y ordenó ponerlo en conocimiento de S. E. el Presidente de la República y del señor Contralor General de la República, en sus calidades de órganos constitucionales interesados, acompañándoles copia del mismo. Esta resolución fue comunicada por oficio el día 5 de diciembre pasado.

Con fecha 10 de diciembre de mil novecientos noventa la abogada designada por S. E. el Presidente de la República señora Mirna Jugovic Mateljan contestó el reclamo motivo de esta sentencia.

En su contestación señala que la causa de pedir, como hecho constitutivo de la acción de los reclamantes, es el haber dictado el Presidente de la República un decreto inconstitucional, el Decreto Supremo N° 140, de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En razón de ello, se invoca el artículo 82, N° 5°, de la Constitución Política.

Sin embargo, el Presidente de la República ha dictado dicho decreto en estricta aplicación de las normas constitucionales y legales que rigen en Chile a los decretos supremos. No ha existido inconstitucionalidad de forma ni ilegalidad alguna de forma en la dictación de dicho decreto. El artículo 32, N° 5°, de la Constitución ha sido, entonces, mal invocado por los reclamantes. Tal

artículo trata de inconstitucionalidades de forma cometidas por el Presidente de la República y no subsanadas o subsanables por la Contraloría General de la República. Como conclusión, señala la contestación, que el Presidente de la República no ha dictado decreto inconstitucional alguno por lo que la pretensión de los reclamantes carece de causa de pedir y la invocación del artículo 82, N° 50, ha sido errónea.

En seguida señala que desde comienzos de siglo, en que la emigración del campo a la ciudad generó problemas de hacinamiento y de falta de viviendas, el Estado de Chile ha actuado en este campo para hacer frente a situaciones de emergencia social en pro de los sectores cultural y económicamente desposeídos.

Ello ha dado lugar a una configuración legal reglamentaria muy compleja que puede resumirse en la existencia de ocho sistemas orientados a familias de recursos bajos y medios. Uno de ellos es el Programa de Viviendas Progresivas regulado por el Decreto Supremo N° 140. Dicho programa está dirigido a dar solución habitacional a las familias de menores ingresos de la población. En una primera etapa otorga el terreno urbanizado y a lo menos un baño y cocina, donde las familias puedan establecerse, para que, en una segunda etapa, tengan la posibilidad de iniciar la edificación del resto de 1a. vivienda.

Muy a menudo estas personas se organizan, pues de esa manera no sólo pueden unidas hacer frente a la adversidad, sino que se facilita para ellas el acceso a la asistencia técnica y a las líneas de financiamiento. Para ayudar al mejor acceso a estos medios y al mejor empleo de sus habilidades y uso de recursos humanos y financieros, el Estado ha favorecido desde siempre el que las familias puedan hacerlo organizadas, aportando la colaboración solidaria de los vecinos bajo cualquier tipo de organización funcional con personalidad jurídica.

Señala el Presidente de la República que los ocho programas indicados anteriormente tienen dos características comunes a casi todos ellos a saber, que se permite la postulación individual y grupal y que se otorga a la autoridad pública discrecionalidades administrativas. En relación con la primera, luego de examinar diversos decretos reglamentarios, expresa que el Decreto Supremo N° 140 se inscribe en todo un sistema de acciones y programas de vivienda destinados a familias de recursos bajos y medios y que en dicho sistema es usual encontrar vías de postulación individual o grupal, características que comparte el decreto impugnado. En cuanto a la segunda, después de mencionar diversos programas, afirma que el Decreto Supremo H° 140, no presenta una anomalía cuando plantea discrecionalidades administrativas, las que son comunes a toda la normativa en materias sociales y que es razonable que así sea por la magnitud de los problemas abordados, necesidad de urgencia en las soluciones y diversidad de las contingencias que deben abordarse. En especial, la asignación directa de viviendas contenida en el artículo 4° transitorio no es un caso único o espúreo, sino que ello está autorizado para diversas autoridades públicas en diversas normas vigentes.

Mas adelante, la contestación expone en lo sustancial el contenido de los N°s. 2°, 22° y 15° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, para luego analizar las normas del Decreto Supremo N° 140, que se consideran violatorias de las disposiciones constitucionales mencionadas.

En relación con el artículo 12, letra f), señala que hay dos alternativas de postulación: individual y colectiva. Estos procesos de postulación no compiten entre sí, sino que son vías paralelas. Ello se deriva del artículo 7° del reglamento que transcribe.

En cuanto al artículo 4° transitorio expresan que es una norma que tiene dicho carácter y que se encuentra en extinción. Sólo podrá ejercerse hasta el 31 de diciembre del presente año y únicamente en relación con las soluciones habitacionales contratadas por los SERVIU para el solo efecto de un programa, el de Viviendas Progresivas, y no como intencionadamente se ha dicho en medios de comunicación del 50% de todas las viviendas de todos los programas indicados.

Expone la contestación que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 12, letra f). Este precepto establece claramente que las personas que opten por la alternativa de postulación individual sólo competirán con las demás personas que utilicen el mismo sistema de postulación, no siendo perjudicadas ni desplazadas por aquellas otras que opten por el sistema de postulación colectiva. Dentro de la postulación grupal se favorece la organización de 50 o más postulantes, pero debiendo contar con personalidad jurídica. Ello sería arbitrario si no fuera razonable. Responde a una razón técnica, porque grupos de alrededor de 50 o más postulantes representan una segmentación de la demanda que facilita su tramitación y el apoyo técnico y financiero. Grupos muy pequeños atomizan la postulación y grupos demasiado grandes la rigidizan. La necesaria obtención y vigencia de personalidad jurídica da asimismo al grupo postulante una cierta consolidación mínima exigida. Tampoco existe vicio de constitucionalidad en el artículo 4º transitorio. La asignación directa de viviendas no es ajeno a los sistemas destinados a enfrentar, sea una situación de urgencia social o una contingencia. El artículo 4º transitorio se refiere a la “atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional”. Además, responde a la imposibilidad de contar con la encuesta Ficha CAS II, necesaria para la selección de postulantes que contemplan las normas permanentes del reglamento antes de febrero de 1991.

Por otra parte, un amplio grado de discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, la palabra arbitrariedad implica el no sometimiento del acto al principio de juridicidad o el actuar por simple capricho o por mera voluntad. En cambio la discrecionalidad que tiene una autoridad pública sometida al Estado de Derecho, está controlada por el sistema jurídico, sistema que determina sus límites.

En la última parte de su contestación el Presidente de la República hace diversas observaciones adicionales al reclamo presentado.

Concluye solicitando se rechace en todas sus partes el reclamo de constitucionalidad y se declare que la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140 son constitucionales.

Con fecha 11 de diciembre de mil novecientos noventa el Contralor General de la República señor Osvaldo Iturriaga Ruiz contestó el reclamo.

En su contestación distingue dos situaciones. En la primera, señala que los reclamantes cuestionan la constitucionalidad de la norma contenida en la letra f), del artículo 12 del Decreto Supremo N° 140 y fundamentan su presentación, en síntesis, en que ella otorga un puntaje adicional y preferencial a los grupos organizados con personalidad jurídica, hasta un máximo de 50 puntos, que no se concede a los postulantes que lo hagan en forma individual. Agregan que este trato diferente y arbitrario traerá en el hecho como consecuencia que la postulación individual se verá decididamente perjudicada y desplazada por la postulación colectiva, lo que incidirá en forzar el ingreso a los grupos a los que el reglamento atribuye privilegios manifiestamente injustos, en términos tales, que sin establecer la obligatoriedad de la asociación como requisito de postulación, ésta será imprescindible para obtener la vivienda progresiva.

Además, todo ello trae consigo que la bonificación en puntaje que se otorga a cada asociado, por el solo hecho de ser parte de un grupo con personalidad jurídica, genera una discriminación arbitraria que prohíbe la Constitución en los N°s. 2º y 22º del artículo 19.

Señala el Contralor que, es dable poner de relieve que dicho artículo 12 comienza diciendo, en su inciso primero, que “en las selecciones correspondientes a las respectivas alternativas de postulación y modalidades de operación, el orden de prelación entre los postulantes se fijará atendiendo a los más altos puntajes obtenidos en los factores que se señalan a continuación, de acuerdo a las normas siguientes”.

Para fijar el puntaje que corresponde a los postulantes deben aplicarse las reglas que se contienen en el inciso penúltimo del mismo artículo 12, esto es, en la postulación individual, la suma de los factores de las letras a), b), c), d) y e), y en la postulación colectiva, la suma de los puntos de los factores a), b), c), d), e) y f), de todos los postulantes integrantes del grupo y el total así obtenido se dividirá por el número de ellos. El puntaje que resulte se considerará como el puntaje individual de cada postulante integrante del grupo.

De lo anterior fluye que se contempla una alternativa de postulación individual y otra colectiva en las cuales se efectúa una selección separada y que la letra f) de ese mismo artículo sólo se aplica en lo que corresponde a la inscripción colectiva que define el artículo 2º, letra c), del mismo cuerpo reglamentario.

El puntaje especial que contempla para los grupos organizados la letra f) del artículo 12, no afectará de manera alguna, a las personas que hayan elegido postular individualmente y sólo servirá para fijar el orden de relación entre los diferentes grupos concursantes.

Concluye el Contralor que no se ha dado en la especie un trato preferencial y discriminatorio a los grupos organizados, en detrimento y perjuicio de las personas que postulan individualmente, ni menos en los términos arbitrarios que prohíben los N.ºs. 2º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política. Por iguales razones considera que nadie se verá obligado a integrar, contra su voluntad, personas jurídicas, como único medio de acceder a los beneficios habitacionales que concede el reglamento, toda vez que siempre habrá una línea independiente, dotada de fondos propios, destinada sólo a favorecer a los postulantes individuales, que en las listas de prelación únicamente, competirán entre sí y no con los grupos organizados. Por tal motivo, no se advierte tampoco infracción al artículo 19, N.º 15º, inciso tercero, de la Carta Fundamental. En la segunda situación, expone que en el reclamo se objeta también la constitucionalidad del artículo 4º transitorio del tantas veces citado Decreto Supremo N.º 140, de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, al disponer que durante el año 1990 la reserva a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 podrá alcanzar hasta el 50%. Ello significa que durante dicho año, de cada programa SERVIU, estos Servicios pueden reservar hasta el 50% de las viviendas progresivas que se construyan, previa autorización del secretario Ministerial respectivo, para la atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional calificada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En primer término, señala el Contralor que, si bien dar solución a los problemas habitacionales es siempre un asunto de urgencia en nuestro país, no es posible ignorar tampoco que en numerosas situaciones, la urgencia puede alcanzar extremos tales que en algunas ocasiones ha llegado, incluso, a amenazar el orden público en el interior, que el Presidente de la República, por imperativo constitucional, tiene la obligación de cautelar.

Las razones antedichas han fundamentado tradicionalmente el uso de la reserva por parte de la Autoridad Administrativa, constituyendo la calificación y cuantificación de esta medida una cuestión de mérito u oportunidad entregada a dicha Autoridad y que a la Contraloría General no compete ponderar, limitándose a constatar sólo en forma objetiva la efectividad del hecho que en cada caso la motiva.

Las mismas razones han justificado también el establecimiento del artículo 10 permanente del texto reglamentario en análisis, que consagra igual facultad de la Administración, aunque en menor cantidad, con carácter indefinido que no ha sido objetada. A lucio de la Contraloría General una misma medida no puede aceptarse en un caso y rechazarse en otro, desde un punto de vista jurídico, teniendo como único fundamento el mayor o menor porcentaje, de viviendas que son afectadas por ella.

Por otro lado, si bien el porcentaje que se señala en la norma transitoria es varias veces mayor que el que autoriza la permanente, su trascendencia en el ámbito temporal es considerablemente inferior,

aun olvidando las fechas en que el decreto fue dictado, tomado razón y publicado, de manera que no se advierte que la primera sea ilógica, irracional o caprichosa cuando la última no es tachable de esos defectos.

Finalmente debe destacarse que como lo señala el artículo 10 permanente, al cual se remite el artículo 4º transitorio, la reserva de viviendas debe serlo para la atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional calificada previamente por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y con autorización también previa del Secretario Ministerial respectivo, lo que aleja la posibilidad de que pueda hacerse un uso arbitrario de esta medida discrecional.

Concluye señalando que, por las consideraciones expuestas, la Contraloría General tomó razón en su oportunidad del Decreto Supremo N° 140.

Con fecha 17 de diciembre de mil novecientos noventa, el Diputado señor Teodoro Ribera Neumann, en representación de los parlamentarios reclamantes, presentó un escrito de téngase presente formulando diversas observaciones en torno a la admisibilidad del reclamo y a la inconstitucionalidad de los artículos 12, letra f) y 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140.

Con fecha 19 de diciembre de mil novecientos noventa el Tribunal tuvo por contestado el reclamo por S. E. el Presidente de la República y por el señor Contralor General de la República y decretó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I. Atribuciones del tribunal Constitucional.

1º. Que en estos autos se ha sostenido que el Tribunal Constitucional carecería de las atribuciones necesarias para conocer y pronunciarse sobre el presente requerimiento. Los fundamentos que sirven de base para ello residen principalmente en la presunción de legalidad que generaría el hecho de la toma de razón por la Contraloría General de la República conforme a los artículos 87 y 88 de la Constitución Política del decreto impugnado por el reclamo.

Se afirma también que al Tribunal Constitucional no se le han otorgado atribuciones generales y amplias para conocer de toda clase de conflictos jurídicos constitucionales como otras Constituciones reconocen expresamente al citado Tribunal, y que en cambio el Tribunal Constitucional chileno sólo puede conocer de aquellas materias que el artículo 32 de la Constitución le señala. En el caso del N° 5º de este último artículo que reconoce al Tribunal Constitucional, en su parte final, la facultad de fallar los reclamos que se produzcan cuando el Presidente de la República “dicte un decreto inconstitucional”, se pretende que se refiere exclusivamente a la facultad de resolver sobre presuntos vicios de forma que puedan afectar al decreto respectivo. Para sostener este último punto se han citado algunas opiniones de comisionados que intervinieron en el estudio y elaboración del proyecto de la Constitución de 1980;

2º. Que en esencia la cuestión que se promueve y debate según lo dicho en el considerando anterior reside en resolver si el Tribunal Constitucional tiene o no la atribución que el N° 5º del artículo 82, de la Constitución Política le señala para pronunciarse sin limitaciones sobre los reclamos que se le formulen por cualesquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional que la Contraloría General de la República ha cursado sin representar su inconstitucionalidad;

3º. Que el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales;

4°. Que de las instancias que pueden revisar el control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República se incluyen las que puede realizar tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia;

5°. Que dentro de las primeras a que se refiere el considerando precedente se encuentra el número 5° del artículo 82 de la Carta Fundamental que textualmente prescribe lo siguiente: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

“5°. Resolver los reclamos en caso de 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”;

6°. Que esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la Constitución Política se desprende en forma Inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia.

Que la supremacía del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría General de la República se concluye y comprueba fehacientemente entre otras disposiciones con lo que prescribe el N° 3° del artículo 32 de la Constitución Política en relación con el inciso séptimo del mismo artículo, que dicen textualmente:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: “3° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

“En el caso del N° 3°, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley”.

Este mismo concepto de la supremacía del Tribunal Constitucional se repite en el número 6° del artículo 82 de la Constitución Política en relación al artículo 88 de la misma en cuanto el primero dispone:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88”;

7°. Que de aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser impugnados a posteriori, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades que el inciso undécimo del artículo 82 de la Constitución Política de la República reconoce a cualesquiera de las cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para que dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación o notificación de un decreto que se objete puedan recurrir al Tribunal Constitucional reclamando que se declare su inconstitucionalidad;

8° Que sirve también de antecedente que confirma la atribución del Tribunal Constitucional para conocer y fallar sobre la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República que sean estimados inconstitucionales por la mayoría de los órganos que la Constitución establece, diferen-

tes actas que contienen los debates que sobre la materia existieron en la Comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1980, en especial lo sostenido por los comisionados en las sesiones y en la forma que a continuación se indican:

En sesión 319, de 4 de septiembre de 1977, página 1659, el señor Bertelsen refiriéndose al control jurídico de la Contraloría explicaba:

“Es netamente de tipo fiscalizatorio. O sea, el organismo contralor vigila, está atento a que un decreto supremo cumpla las exigencias legales y constitucionales; si estima que no las cumple, lo representa. Ahora, quien decida en último término si ese decreto supremo se ajusta a derecho no debe ser la Contraloría. Es decir, ésta fiscaliza, pero, en definitiva, no controla. Quien vaya a controlar tendrá que ser la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional”.

Y más adelante agregaba: “Entonces, a la luz de esta distinción entre fiscalización, como sinónimo de vigilancia especial, y control, que en el fondo implica una decisión, enfocaría el diverso ámbito de acción de la Contraloría, que lo ve –en esto, naturalmente, no existe novedad alguna– como un control externo que opera sobre la administración, pero restringido a dos materias: el control jurídico y el control contable– financiero. El control jurídico únicamente en el aspecto de fiscalización; el contable-financiero, un control pleno”

En sesión 326, celebrada el miércoles 9 de noviembre de 1977, p. 1775, el señor Bertelsen al referirse a la facultad del Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, expresaba:

“En esa materia no había posibilidad de insistencia. Y, si el Contralor objetaba algo, el Presidente de la República podía recurrir al Tribunal Constitucional. O bien, si el Contralor aceptaba ese decreto con fuerza de ley, conforme a la autorización conferida para legislar, el Congreso o la minoría parlamentaria podía plantear el asunto al Tribunal Constitucional cuando el organismo contralor había dejado pasar el decreto con fuerza de ley no debiendo, a juicio de los parlamentarios, haberlo autorizado”.

En sesión 359, celebrada el 26 de abril de 1978, p. 2362, el señor Bertelsen explicó que podría “plantearse algún problema, en el caso hipotético, por ejemplo, de que el Presidente dictara un reglamento y éste fuera aceptado por la Contraloría. Pregunta si en esa eventualidad podría el Parlamento estimar que ese reglamento ha invadido indebidamente el campo de la potestad legislativa.

El señor Ortúzar (Presidente) expresa que se justificaría el rechazo porque, además, sería una infracción a la Constitución.

El señor Bertelsen indica que se trataría de un reglamento del cual ha tomado razón la Contraloría y del que el Congreso se ha enterado después de salir publicado. Por eso, piensa que hay que darle la posibilidad de intervenir al Parlamento”.

Si bien en esta misma sesión el señor Guzmán manifestó que comprendía que en esta materia “se está tratando de tomar el mayor resguardo, pero no le parece lógico que si hay una instancia que es la Contraloría, llamada a calificar la legalidad de los decretos y reglamentos, se recurra al Tribunal Constitucional por estimar que la Contraloría se equivocó y no debió tomar razón de un decreto, ya que en la práctica será el Tribunal Constitucional el que se pronunciaría sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos”. “Insiste en que recurrir al Tribunal Constitucional por cada decreto inutilizará la función de la Contraloría”.

Luego, sin embargo, en sesión 415, de 28 de septiembre de 1978, p. 3563, al revisar el anteproyecto definitivo de la Constitución, se produce el siguiente debate, en que el señor Guzmán aclara definitivamente su posición respecto a este tema:

El señor Ortúzar (Presidente) refiriéndose a las atribuciones del Tribunal Constitucional, artículo 91, –actual artículo 82– “indica que hubo una omisión frente a un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional.

Hace presente que al Presidente le caben dos posibilidades en tal caso: conformarse con el criterio de la Contraloría o recurrir al Tribunal Constitucional a para su resolución definitiva.

Agrega que, en tal circunstancia, se hace necesario incluir un nuevo inciso a continuación del N° 5.

El señor Guzmán hace constar que subraya el sentido que tiene el N° 5 en su parte final, cuando dice que corresponde al Tribunal Constitucional resolver los reclamos, entregándole a la Cámara de Diputados, o a la cuarta parte de ella, la facultad en cuanto a hacer el requerimiento correspondiente.

Por tal motivo, considera novedoso e importante la inclusión del nuevo inciso, a continuación del N° 5, en los términos expuestos, porque refuerza el carácter distinto que tiene la referencia que hace el número anterior a la dictación de un decreto inconstitucional.

El señor Lorca se muestra complacido con la inclusión del nuevo inciso, a continuación del N° 5, ya que, de acuerdo con su contenido, todo el régimen de la supremacía constitucional queda radicado en el Tribunal constitucional”.

Es por esta razón que la Comisión que estudió el anteproyecto constitucional aprobó en sesión 417, p. 3665, como atribuciones del Tribunal Constitucional en números separados las siguientes:

“N° 5.- Resolver los reclamos en caso de 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;

“N° 6.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 96” –actual artículo 88–.

Con anterioridad, en la sesión 359, página 2364, el señor Ortúzar, había dicho que “están preocupados de darle al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no la de los decretos que signifiquen actos de administración.

El señor Lorca, estima extraordinariamente delicado que en este sistema no sea el Tribunal Constitucional el que garantice la supremacía constitucional.

El señor Ortúzar dice que bastaría que el Presidente de la República y el Contralor estuviesen de acuerdo para burlar al Parlamento”.

Esta razón fue, sin duda, una de las que motivó el agregado al N° 5 del actual artículo 82 en cuanto facultó al Tribunal Constitucional para resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, 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 de la publicación del texto del decreto impugnado;

Que a mayor abundamiento este Tribunal tiene presente lo expuesto por el ex Presidente de él, señor Israel Bórguez Montero en el discurso que pronunció en la Universidad Católica de Valparaíso en octubre de 1982 y que contó con la aprobación de la totalidad de los miembros de dicho Tribunal señores José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Correa Labra, Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi izquierdo y José Vergara Vicuña y que en la

parte pertinente de su discurso, al analizar la facultad del Tribunal Constitucional para declarar un decreto supremo inconstitucional, sostuvo lo que sigue:

“Si se tratare de un decreto que el Tribunal declare inconstitucional, dicho decreto quedará sin efecto de pleno derecho, sólo con el mérito de la sentencia que así, lo resuelva.

“Por último, es importante destacar que la nueva Constitución amplió considerablemente la competencia del Tribunal en estas materias, con respecto a la que le otorgaba la Carta de 1925, ya que incluyó como norma que puede ser objeto tanto de control preventivo como represivo, los decretos que el Presidente de la República dicte en el ejercicio de su Potestad Reglamentaria. La innovación es profunda, pues ahora corresponde también al Tribunal, velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado”;

10°. Por todo lo anteriormente expuesto este Tribunal considera y declara en uso de sus facultades exclusivas que tiene las atribuciones constitucionales suficientes para entrar a conocer y resolver el requerimiento sobre la inconstitucionalidad del decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo publicado en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1990.

II. Inconstitucionalidades promovidas en el reclamo.-

11°. Que el requerimiento impugna el decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo publicado en el Diario Oficial de 22 de octubre de 1990 por haber violado la Constitución en sus artículos 12, letra f) y 4° transitorio que textualmente señalan lo siguiente;

“Artículo 12.- En las selecciones correspondientes a las respectivas alternativas de postulación y modalidades de operación, el orden de prelación entre los postulantes se fijará atendiendo a los más altos puntajes obtenidos en los factores que se señalan a continuación, de acuerdo a las normas siguientes;

“f) Postulación colectiva: Obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta un máximo de cincuenta puntos para cada postulante.

“El puntaje total de cada postulante corresponderá a la suma de los factores a), b), c) d) y e). En caso de postulación colectiva se sumarán los puntos de los factores a), b), c), d), e) y f) de todos los postulantes integrantes del grupo, y el total así obtenido se dividirá por el número de integrantes del grupo. El puntaje que resulte se considerará como el puntaje individual de cada postulante integrante del grupo”.

“Artículo 4° transitorio.- Durante el año 1990 la reserva a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de este reglamento podrá alcanzar hasta el 50%”;

12°. Que respecto de la primera disposición objetada los recurrentes fundamentan su presentación en síntesis en que ella otorga un puntaje adicional y preferencial a las postulaciones que se presenten en grupos con personalidad jurídica hasta un máximo de 50 puntos, puntaje que no se concede a los postulantes que lo hagan en forma individual;

13°. Que los recurrentes hacen residir la infracción en el hecho que este puntaje adicional que se otorga a cada asociado miembro de un grupo con personalidad jurídica que postula colectivamente, representa un trato diferente y arbitrario al que reciben los postulantes individuales que se verán perjudicados y desplazados por la postulación colectiva la que a su vez forzará el ingreso preferencial a este tipo de postulaciones. Sostienen que todo ello genera una discriminación que sería abiertamente contraria a lo dispuesto en la Constitución Política en su artículo 19, N°s. 2°, 15° y 22°;

14°. Que del estudio del decreto impugnado, se desprende fehacientemente que los recurrentes incurrían en un error al pretender sostener que la postulación colectiva genera discriminación con

relación a la de los postulantes individuales, pues del citado reglamento se concluye que la postulación individual y sus puntajes son totalmente independientes de lo que en definitiva obtiene un postulante colectivo, es decir, existen dos sistemas de postulación: uno individual y otro colectivo y el mayor puntaje que puedan obtener los postulantes colectivos en mérito de la letra f) del artículo 12 en ningún caso perjudica al postulante individual, cuya postulación se deriva del análisis armónico de diversas disposiciones del decreto reglamentario en análisis, entre otros en la letra b) del artículo 2º, en la letra f) del artículo 6º, en el artículo 7º, en el artículo 8º y en el inciso primero del citado artículo 12;

15º. Que el hecho de la existencia de dos alternativas de postulación permite a los postulantes escoger libremente la manera como solicitarán su beneficio habitacional; no puede haber discriminación en el hecho que un postulante lo haga individual o colectivamente pues los factores que dan puntaje son idénticos para ambas alternativas, excepto para el postulante colectivo que tendrá un punto más por cada integrante del grupo, pero todo ello dentro de su respectiva postulación y no en relación a la que efectúen por su cuenta los postulantes individuales. Es por ello que no existe un trato preferencial y discriminatorio a los grupos organizados en detrimento y perjuicio de las personas que postulen individualmente;

16º. Que también sobre la materia debe tenerse presente que, ningún postulante se verá obligado a integrar contra su voluntad grupos colectivos con personalidad jurídica como único medio de acceder a los beneficios habitacionales que contempla el decreto reglamentario toda vez que siempre habrá una línea independiente con fondos propios destinado a favorecer a los postulantes individuales que en las listas de prelación únicamente competirán entre sí y no con los grupos organizados;

17º. Que por último este Tribunal tiene en consideración para en definitiva rechazar la inconstitucionalidad alegada, que la misma letra f) del artículo 12 impugnado, en su inciso segundo contempla el puntaje que recibirá cada postulante tanto individual como colectivo, prescribiendo que para este último la suma total del puntaje de cada uno de sus miembros se dividirá por si número de integrantes del grupo, con lo cual se genera una igualdad de puntaje entre todos ellos lo que no sucede con el postulante individual cuyo puntaje será el que resulte del cumplimiento de los factores que este mismo inciso contempla. Si el postulante individual o colectivo resulta perjudicado con el puntaje que obtiene en su respectiva alternativa, tiene la facultad según lo señala el inciso final del artículo 8º del decreto reglamentario impugnado para cambiarse indistintamente de modalidad de postulación, con lo cual, en ningún caso podrá verse perjudicado pues su elección será inspirada por la postulación o alternativa en que obtenga mayor puntaje. Dicho inciso dispone al efecto:

“El postulante podrá en cualquier momento cambiar su opción por la alternativa de postulación o modalidad de operación elegida al inscribirse; renunciar al grupo organizado a través del cual se inscribió, para postular a través de otro grupo organizado o individualmente, o incorporarse a un grupo organizado si hubiere postulado individualmente cumpliendo en cada caso con los requisitos correspondientes a la nueva alternativa o modalidad elegida”;

18º. Que en lo relativo a la inconstitucionalidad del artículo 4º transitorio del decreto reglamentario en análisis, los recurrentes manifiestan que dicha disposición sustrae del sistema de postulación la mitad de las viviendas progresivas que se construyan durante 1990, y se deja su entrega al arbitrio y discrecionalidad de la autoridad administrativa, afectándose a su juicio seriamente los derechos de las personas que recurren al sistema normal de postulación.

La infracción constitucional la hacen residir en la vulneración de las mismas disposiciones constitucionales que sirven de fundamento para impugnar la letra f) del artículo 12 del citado decreto,

esto es los números 2º y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental que en esencia contemplan la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria;

19º. Que este Tribunal debe considerar que la discrecionalidad impugnada, también se contempla en un porcentaje inferior en el artículo 10 del mismo decreto, situación que no es reclamada por los recurrentes. Por el contrario en su presentación de fecha 17 de diciembre pasado, el apoderado de los reclamantes acepta expresamente la discrecionalidad de la autoridad administrativa en estas materias por ser de pequeña cantidad;

20º. Que por otra parte el porcentaje de viviendas progresivas afectas a la discrecionalidad que objetan los reclamantes en el artículo 4º transitorio del decreto en estudio no podrá tener una expresión real, pues se trata de una disposición transitoria con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1990 y además el porcentaje que contempla relacionado con el tiempo de aplicación del decreto a partir de su publicación en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1990 representa un porcentaje menor que el autorizado en la disposición permanente no impugnada a que se refiere el considerando anterior;

21º. Que de todo lo expuesto en los considerandos precedentes este Tribunal concluye que la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del decreto N° 140 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo no quebrantan los números 2º, 15º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19, N°s. 2, 15 y 22, 82 N° 5, 87 y 88 de la Constitución Política de la República y en los artículos 2 letra b), 6 letra f), 7, 8, y 12 incisos primero y segundo y letra f), del decreto supremo N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y en los artículos 38 a 45 y 48 de la ley N° 17.997 de 19 de mayo de 1981, SE DECLARA:

1º.- Que el Tribunal Constitucional, de acuerdo al N° 5 del artículo 82, de la Constitución Política de la República, 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, y

2º.- Que se rechaza el reclamo de fs. 1 formulado por los señores Diputados individualizados en lo expositivo de este fallo y que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados y en el cual solicitan que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los artículos 12, letra f) y 4º transitorio del decreto supremo N° 140, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 22 de octubre de 1990.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Eduardo Urzúa Merino y Manuel Jiménez Bulnes.

Comuníquese, regístrese y archívese. Rol 116. Pronunciado por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente señor Luis Maldonado Boggiano, y los Ministros señores Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, señora Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

Santiago, diciembre 27 de 1990.

MATERIA

TOMA DE RAZÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 47.272*Fecha:* 09.10.2008

DESCRPTORES

Toma de Razón – Derecho de Petición – Oportunidad.

PRINCIPIO JURÍDICO.

La toma de razón es un trámite constitucional en donde es posible formular observaciones al acto.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 14 CPR.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Qué exigencia impone a la Contraloría la intervención de terceros en el trámite de toma de razón?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La empresa Eléctrica Guacolda S.A. se dirigió a la Contraloría solicitando se abstuviera de tomar razón del decreto 291 de 2007 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La toma de razón es una función que la Constitución y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General. En el ejercicio de esa función ni la CPR ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino sólo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de CPR. En tales circunstancias, el deber de la Contraloría de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta a que la Contraloría, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón.

Puntualizado lo anterior, es útil anotar que el citado decreto N° 291 fue ingresado por primera vez a esta Contraloría General el 13 de noviembre de 2007. La recurrente sólo presentó su solicitud de no dar curso al decreto el 17 de julio de 2008.

La Empresa Eléctrica Guacolda S.A. dispuso de varios meses para ejercer su derecho de petición, sin que a la Contraloría le corresponda responsabilidad respecto de presentaciones efectuadas sin la adecuada oportunidad. Sin perjuicio, la Contraloría frente a la presentación de la recurrente, efectuó la ponderación del caso y determinó despachar el decreto debidamente tomado razón.

CONCLUSIÓN

La toma de razón es una función privativa de la Contraloría, sin que la Constitución o la ley prevean la intervención de terceros. El deber de Contraloría de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo lo es con entera prescindencia de si terceros, haciendo uso de su derecho a petición, han formulado objeciones al acto.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión refleja la tensión que está en la toma de razón. Este es un trámite constitucional de carácter privativo y excluyente (ver decisiones del Senado en las contiendas de competencia), al cual el órgano de control le ha dado en ocasiones la condición de procedimiento contencioso informal, al admitir objeciones de particulares amparadas en el derecho de petición, pero reservándose la ponderación en su contenido.

TEXTO COMPLETO

N° 47.272 Fecha: 9-X-2008

Mediante su presentación la Empresa Eléctrica Guacolda S.A., representada por su gerente general señor Sergio del Campo Fayet, se ha dirigido a esta Contraloría General formulando diversas consideraciones acerca del trámite de toma de razón del decreto N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y de la presentación formulada por esa sociedad a su respecto,

Sobre la materia, resulta imperativo hacer notar, primeramente, que la toma de razón es una función que la Constitución Política de la República y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General.

Asimismo, que en el ejercicio de esa función ni la Constitución ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría General a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino sólo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de la Carta Suprema.

En tales circunstancias, el deber de la Contraloría General de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta, desde luego, a que la Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia

de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría General de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón.

Puntualizado lo anterior, es útil anotar que el citado decreto N° 291 fue ingresado por primera vez a esta Contraloría General el 13 de noviembre de 2007, siendo retirado de trámite, reingresado, devuelto sin tramitar por oficio N° 23.067, de 16 de mayo de 2008, por merecer las observaciones que dicho documento indica, nuevamente reingresado y finalmente tomado razón con fecha 17 de julio del presente año.

Cabe agregar que durante el proceso de estudio del decreto aludido, las empresas IBENER S. A. y Chilectra S. A., efectuaron sendas presentaciones con fecha 18 y 29 de enero de 2008, respectivamente, solicitando que esta Entidad de Fiscalización se abstuviera de cursar el mencionado acto administrativo.

Asimismo procede consignar que, por su parte, la recurrente sólo presentó su solicitud, ingreso N° 60.140, el 17 de julio de 2008, a través de la cual pidió que esta Entidad de Control no diera curso al referido decreto N° 291, de 2007.

Ahora bien, en la situación de la especie, y como puede apreciarse, la Empresa Eléctrica Guacolda S.A. dispuso de varios meses para ejercer su derecho de petición, sin que a la Contraloría General le corresponda responsabilidad respecto de presentaciones efectuadas sin la adecuada oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y de que la autoridad había subsanado las observaciones formuladas a través del oficio N° 23.067, de 2008, ya citado, esta Contraloría General frente a la presentación de la recurrente, efectuó la ponderación del caso y determinó despachar el decreto debidamente tomado razón.

Finalmente, cabe consignar que todo lo precedentemente expuesto fue debidamente explicado al abogado que concurrió a esta Entidad de Control en representación de esa sociedad.

2.5.2. FACULTADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

MATERIA

FACULTAD DE CONTRALORÍA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA APLICACIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 31.356

Fecha: 16.06.2009

DESCRIPTORES

Autonomía Municipal – Efectos Sentencia Tribunal Constitucional – Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud – Principio de Legalidad

PRINCIPIO JURÍDICO

Las sentencias del TC son fuente del Derecho para la Administración.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º y 118 CPR; Art. 2º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 1º y 4º letra b) Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 56 Ley Nº 19.378 Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal; D.F.L. Nº 1/2005 Ministerio de Salud; D.S. Nº 48/2007 Ministerio de Salud, Aprueba Texto que Establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Tiene competencia la Contraloría para pronunciarse sobre la aplicación de una sentencia del Tribunal Constitucional?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Asociación Chilena de Municipalidades solicitó a la Contraloría General un pronunciamiento acerca de la posibilidad de que las Municipalidades, al amparo del artículo 56 de la Ley Nº 19.378 y teniendo en cuenta su autonomía, implementaran nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales en los casos en que no exista política pública ministerial en la materia. En particular la Asociación buscaba pronunciamiento sobre la procedencia de la entrega de la píldora del día después por las Municipalidades, luego de la dictación de la sentencia 740 de 2007 del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del D.S. Nº 48 de 2008 del Ministerio de Salud que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Las disposiciones declaradas inconstitucionales eran las referentes a la distribución por los servicios de salud de anticoncepción hormonal de emergencia.

37 abogados y profesores de derecho solicitaron igualmente pronunciamiento de la Contraloría sobre el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Corresponde a la Contraloría velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta entidad.

Lo declarado en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, según se verifica del solo tenor del numeral 4 del D.S. N° 48, de 2007. Luego el D.F.L. N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que “la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población”.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la CPR y 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Luego, el artículo 56, inciso primero de la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de “la píldora del día después”, sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe –en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1, inciso segundo, y 4, letra b), de la Ley N° 18.695–, previene que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”.

Los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6º y 7º de la CPR y 2º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Considerando lo ya asentado por el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario. Se encuentran en la misma situación los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

En cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se requiere, por una parte, que la Contraloría declare que, como consecuencia del fallo, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el D.S. Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta 527, de 2004, y el decreto supremo 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado –el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de “la píldora del día después” a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto.

A su vez, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como “píldora del día después”.

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados –situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos–, considerando que se trata de una controversia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

CONCLUSIÓN

La Contraloría, en cumplimiento de su función de velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, puede pronunciarse sobre la aplicación de lo dispuesto por una sentencia del Tribunal Constitucional. La sentencia de inconstitucionalidad constituye una peculiar fuente del derecho por cuanto la eliminación de la norma viciada por inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión, basándose en la manera de entender su poder dictaminador con alcance general y obligatorio en la Administración, la CGR avanzó en ser una institución integradora de Derecho público, pues se transformó en un órgano que terminó por definir la ejecución de una sentencia del TC al interior de la Administración del Estado, sólo por la vía del dictamen, lo que da cuenta de la profundidad y expansión a la cual han llegado sus atribuciones.

TEXTO COMPLETO

N° 31.356 Fecha: 16-VI-2009

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Asociación Chilena de Municipalidades, solicitando un pronunciamiento que determine si procede que las municipalidades, al amparo del artículo

56 de la ley N° 19.378, implementen nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público, establecida a nivel constitucional y legal, y las funciones que en dicho ámbito les encomienda la ley N° 18.695.

Asimismo, el señor Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Excmo. Tribunal Constitucional, causa rol N° 740-2007, relativo a la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, solicita que, para los fines de la atención de la consulta precedente, se tenga presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas, contenidas en dicho decreto y, por otro, que la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental, respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Por su parte, la Municipalidad de Los Ángeles por el oficio N° 271, de 2008 –remitido por la Contraloría Regional del Bío-Bío mediante el oficio N° 6.894, de 2008–, solicita se determine la legalidad de lo expresado por la Asociación Chilena de Municipalidades respecto de la sentencia recaída en el aludido proceso, en el informe jurídico de esa Asociación que se acompaña, referido al fármaco Levonorgestrel 0,75 mg., denominado la “píldora del día después”.

En dicho informe se expresa, en síntesis, que el aludido fallo en causa Rol N° 740-2007, acogió la inconstitucionalidad de una parte del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en lo relativo a la utilización de ese medicamento en los planes de control de fertilidad, pero no se pronunció sobre su utilización en otras normas y su incorporación al registro sanitario nacional del Instituto de Salud Pública, autorizando su venta y distribución; que en atención a la autonomía de las municipalidades y a la facultad de éstas de implementar otras prestaciones más allá de las dispuestas por la autoridad sanitaria, existirían diversas alternativas para los efectos de distribuir dicha píldora que podrían tener sustento legal; y, que a fin de velar por el principio de legalidad de las actuaciones municipales, sería conveniente obtener un pronunciamiento de la Contraloría General, sin perjuicio que el Ministerio de Salud pueda solicitar una aclaración al Tribunal Constitucional acerca del alcance de la sentencia.

Por último, 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss, tras un extenso análisis jurídico de la normativa atinente a la materia, solicitan un pronunciamiento de esta Contraloría General sobre las materias que indican, vinculadas con el alcance que tendría la declaración de inconstitucionalidad de parte del citado decreto supremo N° 48, de 2007.

El Ministerio de Salud, requerido al efecto, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198, de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y en las leyes N°s. 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

Sobre el particular, cabe tener presente que el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, aprobó el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a cuyo cumplimiento se encuentran obligados, según lo dispone su numeral 4°, “los organismos,

instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933”.

Menester es considerar enseguida que el Excmo. Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 93, N° 16, de la Constitución Política, de resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, y ante el requerimiento de treinta y seis diputados en ejercicio –que representan más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados–, en virtud de la legitimación activa prevista en el citado artículo 93, inciso décimo noveno, en sentencia dictada el 18 de abril de 2008 en causa Rol N° 740-2007, resolvió “Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales”.

La Sección C, acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, señala en su párrafo tercero “Regímenes usados” que “Como anticoncepción hormonal de emergencia se usan píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinilestradiol y levonorgestrel, En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido: Régimen de levonorgestrel. Se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) La modalidad más conveniente para las usuarias es tomar, lo antes posible, una dosis única de 1.500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en dos pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas. b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después. Si no están disponibles los productos registrados, se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después. Estas píldoras de levonorgestrel en minidosis se emplean como anticonceptivo durante la lactancia y hay tres presentaciones disponibles en Chile. Hasta hace poco se recomendaba iniciar el uso dentro de 72 horas de la relación no protegida. Un estudio de la OMS mostró que el levonorgestrel, usado en una o en dos dosis, también puede prevenir embarazos si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación no protegida, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas. Régimen combinado (régimen de Yuzpe) Se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida. En Chile no están disponibles productos dedicados para este fin que contengan la dosis exacta. Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 30 mcg de etinil-estradiol y 0,15 mg, de levonorgestrel, las que están disponibles como anovulatorios con baja dosis de estrógenos. También se pueden prevenir embarazos con este régimen si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas y menor que el del levonorgestrel”.

Por su parte, la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, señala en la parte que se refiere a la “Anticoncepción de emergencia: la AE, ya sea en píldoras de progestágeno solo o píldoras combinadas, es una buena opción para casos de emergencia, como cuando la adolescente tuvo relaciones sexuales y no se usó un método anticonceptivo, cuando el método anticonceptivo usado falló (se rompió el condón o se olvidaron las pastillas) y en caso de violación. Este método no protege de las infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA,”

A continuación, cabe tener en cuenta que el artículo 94, inciso tercero, de la Carta Fundamental, ordena que en el caso del aludido N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X –artículos 98 a 100– de la Constitución Política y la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos – como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución–, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

En este sentido, es posible puntualizar que en la especie es manifiesto que lo declarado en el ya mencionado pronunciamiento del Excmo. Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, según se verifica del solo tenor del numeral 4° del decreto supremo N° 48, de 2007, acto administrativo normativo sobre el cual aquél recae.

Al efecto, el artículo 2°, inciso segundo, del citado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, señala que constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud “Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe”.

Procede a continuación considerar que el artículo 17, inciso primero, del mismo decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que “la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los estableci-

mientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2º de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población”.

Luego, el artículo 18 del referido texto legal, regula la Red Asistencial de cada Servicio de Salud, estableciendo, en lo que interesa, que se organizará con un primer nivel de atención primaria y que los establecimientos de esta especie, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de servicios de salud o tengan convenios con éstos, deben atender en el territorio del Servicio respectivo, la población a su cargo. Añade este precepto legal, que estos establecimientos, tanto públicos como privados, estarán supeditados a las mismas reglas técnicas y aportes financieros por tipo de población, de servicios brindados y calidad de éstos, y serán supervisados y coordinados por el Servicio de Salud respectivo, prestando con los recursos físicos y humanos de que dispongan, la atención de salud programada y de urgencia, además de las acciones de apoyo y docencia cuando correspondiera.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la Constitución Política y 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

A continuación, el artículo 4º, letra b), de la ley N° 18.695, previene que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública. En armonía con lo expresado, el artículo 23 de este texto legal, señala, en lo pertinente, que la unidad de servicios de salud tendrá la función de asesorar al alcalde en la elaboración de las políticas concernientes a esta materia, para cuyo fin elaborará y ejecutará los programas relacionados con la salud pública y administrará los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para ello.

Enseguida, debe recordarse que en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9º y 10 de la referida ley N° 18.695, las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad y en coordinación con el resto de los organismos de la Administración del Estado, lo que deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.

Luego, el artículo 56, inciso primero de la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de “la píldora del día después”, sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe –en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1º, inciso segundo, y 4º, letra b), de la ley N° 18.695, ya citados–, previene que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”.

Por su parte, el artículo 58 de la aludida ley N° 19.378, regula el procedimiento a que debe someterse, para su aprobación, el proyecto de programa de salud municipal, el cual es formulado por la entidad administradora de salud municipal y debe “enmarcarse dentro de las normas técnicas del Ministerio de Salud”, las que deben ser comunicadas por éste, a través de los respectivos Servicios de Salud, a las entidades administradoras de salud municipal, a más tardar, el día 10 de septiembre del año anterior a su ejecución.

Cabe añadir, que de conformidad al artículo 2º de la misma ley N° 19.378, las dependencias a través de las cuales los municipios realizan las acciones de salud, son, a) “Establecimientos munici-

pales de atención primaria de salud: los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas”; y, b) “Entidades administradoras de salud municipal: las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, en conformidad con el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 13.063, del Ministerio del Interior, de 1980”.

Como es posible advertir de las disposiciones citadas, lo que por lo demás ha sido reconocido por esta Entidad de Control en el dictamen N° 28.768, de 2000, los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa Rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario,

De igual modo, cabe hacer presente que, de conformidad con la normativa antes comentada —en especial la contenida en los artículos 2°, inciso segundo, 3°, 17, inciso primero y 18 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud y 2° de la ley N° 19.378—, se encuentran en la misma situación antes descrita, los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

Enseguida, en cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se requiere, por una parte, que este Organismo Contralor declare que, como consecuencia del fallo de la especie, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta N° 527, de 2004, y el decreto supremo N° 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado —el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de “la píldora del día después” a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto—.

A su vez, e igualmente, fundamentados en la misma sentencia, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como “píldora del día después”.

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Es necesario destacar que tratándose de un fallo del Tribunal Constitucional, la referida imposibilidad de efectuar una calificación en los términos solicitados, está en concordancia con lo previsto en el artículo 94, inciso primero, de la Carta Fundamental, en cuya virtud contra las resoluciones de dicho órgano no procede recurso alguno, salvo la rectificación de errores de hecho que realice el mismo Tribunal conforme a la ley, precepto que apunta a mantener inalterado y dar cabal cumplimiento a lo resuelto por éste.

En igual sentido, la Constitución Política en el inciso tercero del mismo artículo, ha consagrado el efecto directo –sin ninguna mediación o alteración de lo resuelto– de la declaración acerca de la inconstitucionalidad de un decreto, atribución que ha sido ejercida en este caso.

De esta manera, es la propia Carta Suprema, la que otorga una competencia exclusiva al Tribunal Constitucional en cuanto a la decisión e interpretación de las materias que abarca su ámbito de atribuciones.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados –situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos–, considerando que se trata de una controversia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

MATERIA

PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE DICTAMEN

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 24.841

Fecha: 10.04.1974

DESCRPTORES

Solicitud de Dictámenes – Dictámenes – Jurisprudencia Administrativa

PRINCIPIO JURÍDICO

Las solicitudes de dictámenes deben cumplir requisitos formales.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuáles son los requisitos para solicitar un dictamen a la Contraloría?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La CGR decidió dictar una circular general a los distintos Ministerios y servicios con el objeto de instruir sobre el modo de solicitar a ella pronunciamientos constitutivos de jurisprudencia administrativa.

Dicha circular fue dictada de oficio dada la gran cantidad de solicitudes anuales que recibía el ente contralor de parte de organismos administrativos, así como de particulares.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Para realizar presentaciones a Contraloría se deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Toda consulta debe ser dirigida por el jefe superior del servicio o del organismo de que se trate y no por los Jefes de Departamento u de otras dependencias del organismo respectivo.
- 2) Toda consulta que se formule a Contraloría debe venir acompañada de un informe jurídico fundado de la correspondiente Fiscalía o Asesoría Jurídica.
- 3) El subdepartamento de coordinación atenderá las consultas de los abogados de los servicios públicos sobre la jurisprudencia de la Contraloría.
- 4) La Contraloría sólo se pronunciará sobre presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se referan a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa habiéndola requerido el interesado.
- 5) Los informes que la Contraloría requiera para pronunciarse deberán ser preparados con la intervención de las asesorías jurídicas de las distintas reparticiones.

CONCLUSIÓN

Las solicitudes de dictaminación a la Contraloría deben cumplir requisitos formales en el caso de los organismos públicos y en el caso de los particulares sólo podrán recurrir cuando les denieguen o retrasen una resolución.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este dictamen es determinante en la manera como la CGR funciona el día de hoy. Con la dictación de esta instrucción progresivamente la CGR se ha ido transformando en un organismo de justicia administrativa de facto, dada las características de sus potestades interpretativas.

Con estas instrucciones, ordenó la solicitud de dictámenes y ha permitido que se transforme en el principal instrumento de uniformidad normativa para la Administración pública chilena

Estas instrucciones están vigentes hasta el día de hoy y son regularmente citadas como instrumento de legitimación de la intervención de CGR.

TEXTO COMPLETO

Nº 24.841 Fecha: 10-IV-1974

Con el objeto de alcanzar una mayor eficiencia en el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras y de asesoría jurídica que le comete la ley, el Contralor General, en uso de las facultades que le confieren los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 19º de la Ley Nº 10.336, de 1964, ha creído oportuno despachar la presente Circular, relativa a la formulación de consultas sobre la interpretación de las leyes y reglamentos que rigen a los Servicios Públicos y a la aplicación de los dictámenes que emite este Organismo en asuntos de su competencia y que viene a actualizar anteriores instrucciones emitidas en la materia.

Efectivamente, existe un elevado número de consultas que se dirigen a la Contraloría General solicitando informes que ya han sido objeto de reiterados pronunciamientos y que se promueven en muchos casos sin ninguna intervención o conocimiento de las Fiscalías, Departamentos Legales o Asesorías Jurídicas de los Servicios que las formulan. Asimismo, esta Contraloría General recibe con frecuencia peticiones de dictámenes de Jefes subalternos o simples funcionarios que carecen de potestades decisorias para resolver sobre el asunto que motiva la consulta y que en algunas ocasiones se envían sin conocimiento de la Jefatura Superior del respectivo Servicio.

Por otra parte, esta Contraloría General recibe también presentaciones de empleados públicos o de particulares que reclaman de la falta de resolución de las peticiones que han elevado a las autoridades administrativas o de la demora en la tramitación de estas solicitudes, derivada de la necesidad de dilucidar algún problema de aplicación o interpretación de las normas que rigen esos asuntos.

Considerando estas circunstancias, que en la práctica importan un recargo en las labores que debe cumplir este Organismo y que determinan que sus pronunciamientos no puedan emitirse en algunos casos con la oportunidad que lo requieran las necesidades de los Servicios Públicos, es que el Contralor General ha estimado conveniente reiterar las instrucciones que siguen, en la certeza de que su aplicación redundará en una mayor eficiencia en el ejercicio de las funciones del Organismo a su cargo, y, por lo tanto, en una más expedita solución de los problemas que plantea a las autoridades y Servicios Públicos la interpretación de las normas jurídicas y reglamentarias que los rigen:

1º Toda consulta que se dirija a la Contraloría General deberá emanar del respectivo Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación o de la Jefatura Superior del Servicio. Por excepción, si la urgencia del problema lo demanda, las consultas podrán ser formuladas por los jefes de Departamento u otras dependencias, o por los Jefes Regionales o Zonales de los Servicios Públicos, siempre que por disposición de la ley o por delegación del jefe Superior, en su caso, tengan atribuciones para resolver en la materia a que se refiere la consulta.

2º Toda consulta que se formule a la Contraloría General deberá ser acompañada de un informe de la Fiscalía, Departamento Legal o Asesoría Jurídica del respectivo Servicio, a menos que la urgencia del problema planteado obligue a prescindir de ese antecedente, lo que deberá expresarse en la consulta.

3º El Subdepartamento de Coordinación e Información Jurídica atenderá las consultas que le formulen los Abogados de los Servicios Públicos sobre la jurisprudencia de la Contraloría General y dará a esos funcionarios las facilidades necesarias para que se impongan de los dictámenes que la integran, sin perjuicio de las demás medidas que se adopten para propender a un amplio y experto conocimiento de esos informes.

4º La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado.

5º Los informes que este Organismo solicite a los Servicios Públicos en uso de sus facultades legales deberán enviarse a la mayor brevedad posible y ser preparados con intervención de las Asesorías Jurídicas de esas Reparticiones, a menos que el asunto planteado sea ajeno a la aplicación o interpretación de normas jurídicas o reglamentarias.

Esta Contraloría General se permite encarecer que se dé una amplia difusión a las instrucciones anteriores, ya que procederá a ponerlas de inmediato en ejecución.

MATERIA

NATURALEZA JURÍDICA DE DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 65.058

Fecha: 07.09.1964

DESCRIPTORES

Interpretación de la Ley – Obligatoriedad de Dictámenes – Variación de Doctrina

PRINCIPIO JURÍDICO.

Los dictámenes emitidos por la CGR son obligatorios para la Administración.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 34.673/1962, 44.925/1962, 67.927/1963.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los dictámenes de la Contraloría?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Contraloría reconoció a funcionario militar el derecho a obtener el pago de diferencias de rentas derivadas de un reajuste establecido en la Ley N° 13.305. Con posterioridad Contraloría cambio interpretación de la ley que permitía dichos pago, impidiendo recibir la diferencia de remuneraciones reconocida originalmente.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Los dictámenes que emite Contraloría en ejercicio de facultades que le otorga la Ley N° 10.336, no tienen el mismo contenido y alcance que los actos que emanan de la administración activa y circunscribiéndose a una labor interpretativa de la ley. Pero en cuanto ellos fijan sentido de disposiciones interpretadas, constituyen, en un momento determinado, un todo obligatorio para la autoridad y para las personas que se acogen a ellos.

Por ello también, se plantean respecto de los dictámenes, problemas de cambio de criterio, de variaciones de la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos que afectan a peticionarios que se hallan en análoga situación a la que ya fuera resuelta. En estos casos Contraloría debe atender a las consideraciones generales y el espíritu que animó la declaración primera y ver su posible aplicación para situaciones posteriores.

CONCLUSIÓN

Los dictámenes que emite Contraloría en ejercicio de las facultades que le otorga la Ley N° 10.336, fijan el sentido de una disposición legislativa y obligan a la autoridad y las personas a quienes se aplican.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Como se puede apreciar de antiguo la CGR ha razonado, sobre la base de los arts. 6° y 19 de su ley orgánica constitucional, que sus dictámenes son obligatorios para la Administración y sus destinatarios. Esa ha sido la manera implícita de dar soluciones de justicia administrativa por vía informal.

TEXTO COMPLETO

N° 65.058 Fecha: 7 set 1964

MATERIA: Si las remuneraciones devengadas durante el periodo en que el señor Aníbal Salvatierra Lindsay se desempeñó como militar comisionado en el extranjero debieron cancelarse tomando en consideración los aumentos de renta consultados por la Ley N° 13.305.

ANTECEDENTES: Por las presentaciones de la referencia, el señor Salvatierra Lindsay viene en pedir al Contralor General infrascrito que “tenga a bien disponer se dé la solución que estime del caso a la solicitud de reconsideración” que planteara en la primera de esas presentaciones, ya que en su concepto, y por las razones que indica, no se encontraría ajustado a derecho lo resuelto por este Organismo en oficio N° 57.369, de 19 de octubre de 1962.

Según este dictamen, el ocurrente no estaría en condiciones de recabar el pago de diferencias de renta derivadas del reajuste que consultara la Ley N° 13.305, mientras estuvo en comisión de servicio en el extranjero, porque si bien este beneficio le fue reconocido por la Contraloría General en el dictamen N° 34.673, de 6 de julio de 1962, que aplicó, a su vez, la doctrina contenida en el anterior N° 40.416 de 1960, no fue menos verídico, asimismo, que un mes después de este pronunciamiento el oficio N° 44.925, de 22 de agosto de 1962, impartiendo instrucciones sobre “la forma de aplicación del artículo 76 de la ley N° 13.305”, varió la doctrina sentada por esos dictámenes, alcanzando, por consiguiente, al oficio N° 34.673 de 1962, que manifestaba un criterio favorable a las pretensiones del interesado, el que a raíz de esa determinación no pudo percibir aquellas diferencias de remuneración.

Efectivamente, el oficio N° 57.369 de 1962, sostuvo que “el dictamen N° 44.925 de 1962, al dejar sin efecto la jurisprudencia anterior, derogó también el dictamen N° 34.673”, y “el Ministerio de Defensa Nacional –en consecuencia– está obligado a resolver los asuntos que pendan de su conocimiento atendándose a las instrucciones generales impartidas” por medio del oficio N° 44.925 de ese mismo año 1962.

El señor Salvatierra Lindsay, discrepando de las conclusiones de este dictamen, expresa que a su juicio ellas no se compadecen con los principios doctrinarios que gobiernan la interpretación de los actos administrativos que afectan a anteriores determinaciones, o a sus consecuencias en el tiempo, ni están de acuerdo tampoco con los verdaderos presupuestos de hecho en que descansarán las normas de la Ley N° 13.305 que sirven de base a su derecho.

De esta manera, expresa el ocurrente en sus escritos, entre otras razones, las siguientes:

1) Que el dictamen N° 34.673 de 1962, no puede ser dejado sin efecto, porque fue un acto administrativo creador de derechos patrimoniales en su favor, irrevocabilidad ésta, que confirma el examen de la doctrina y jurisprudencia administrativa.

2) Porque aun admitiéndose que dicho oficio pudiera revocarse, los efectos del acto que así lo dispusieran regirán sólo para el futuro, no pudiendo afectar, entonces, los posibles derechos adquiridos bajo su amparo por los administrados de buena fe, a quienes favorecen la presunción de legalidad que emanó del acto que les reconociera el derecho.

En este caso, el reconocimiento de las diferencias de renta que solicitó, se hizo efectivo en virtud de un acto administrativo (dictamen particular de la Contraloría General de la República), y tal derecho no pudo extinguirse por la revocación posterior (instrucciones generales dictadas por este mismo Servicio), la que sólo ha debido regir para el futuro.

3) Por otra parte, agrega, y analizando el problema desde otro ángulo de observación, existiría exceso o desviación de poder que autorizaría se dejara sin efecto el dictamen N° 57.369 de 1962, pues esa conducta antijurídica de la Administración del Estado tiene lugar “cuando el mismo organismo que dicta el acto administrativo impugnado había manifestado con anterioridad una voluntad completamente distinta sobre el mismo tema contradicho”.

4) También habría habido exceso de poder que vicia el acto, ya que el dictamen revocatorio se fundamenta en un error de hecho. En efecto, allí se da por establecido que la Ley N° 13.305 pretendió aliviar exclusivamente los problemas económicos de los funcionarios que viven en Chile, quienes han sido los directamente afectados con la desvalorización monetaria, en circunstancias que los funcionarios que viven en el extranjero y son pagados en moneda corriente han sufrido también el impacto de esa desvalorización.

5) Por último, se habría producido una desviación de poder que implica la nulidad del oficio N° 57.369 de 1962, porque: a) Se dio carácter de acto general al dictamen N° 34.673 de 1962, el que fue sólo de alcance particular; b) Ha existido en la especie un tratamiento desigual para los administrados, y c) Hubo prisa excepcional para tomar y ejecutar la decisión revocatoria del dictamen que lo favorecía.

Invocando estos argumentos, en lo substancial, pide que se reconsidere el oficio N° 57.369 de 1962, reconociéndosele el derecho que cree asistirle para que sus remuneraciones en el exterior, mientras estuvo comisionado, se calculen sobre la base de las rentas fijadas por la Ley N° 13.305, en los términos del dictamen N° 34.673, de 6 de julio de 1962.

CONSIDERACIONES: La jurisprudencia sentada por esta Contraloría General ha reconocido en diversas oportunidades que la Administración activa tiene potestades suficientes para reaccionar por medio de actos de contrario imperio frente a aquellas determinaciones suyas que se ajusten a la Constitución o a la ley, ya que en un Régimen de Derecho como el nuestro es deber de los Organismos Públicos ceñirse a las normas que condicionan sus posibilidades de acción, salvo en cuanto dichas medidas estén limitadas en sus naturales consecuencias por principios doctrinarios o por preceptos legales que impidan su plena eficacia hacia el pasado.

Por ello, y aunque los dictámenes que pueda emitir esta Contraloría General en ejercicio de las facultades que le otorga su Ley Orgánica, N° 10.336, no tienen el mismo contenido y alcance de los actos que emanan de la Administración activa, y en tal carácter están sujetos a un régimen especial de derecho que los circunscribe a una labor interpretativa de la Ley, lo cierto es que en cuanto ellos fijan el sentido de las disposiciones interpretadas, constituyen en un momento determinado un todo obligatorio para la autoridad y para las personas que se acogen a ellos.

De aquí, entonces, que también se plantee respecto de estas expresiones de razonamiento que son los dictámenes, problemas de cambios de criterio, de variaciones de doctrina, que afectan a los peticionarios o interesados que se hallaban en análoga situación a la que ya fuera resuelta por un oficio que más tarde se reconsidere dejándolo sin valor.

Han sido justamente estos problemas los que han llevado a este Organismo de Control a examinar, por dictamen N° 67.927, de 22 de octubre de 1963, cuales son los “efectos que producen los dictámenes... cuando varían la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos”, y si bien sus conclusiones se refieren de modo específico a los casos que se presentan ante el personal de las clases pasivas, las consideraciones generales que en él se contienen y el espíritu que anima la formulación de los principios en que ellas descansan, permiten sostener que el criterio que se siguiera para abordar los efectos de los cambios de doctrina en materia jubilatoria, es también aplicable, en cuanto sea procedente, a las dificultades que se presenten en relación con el personal en servicio activo, cuando entre un primitivo pronunciamiento y otro posterior hubiese oposición, contraria a los intereses de las personas que se hubiesen acogido al primero de dichos pareceres.

Se dijo en ese dictamen que cuando las modificaciones de doctrinas incidieran en un derecho fundamental ya reconocido, el nuevo oficio regiría “sólo para el futuro y afectará sólo a quienes no presentaron solicitudes en tiempo oportuno”, y que en aquellas ocasiones en que ellas versaran sobre un derecho de segundo orden, “la nueva interpretación les afectará en su integridad, respetándoles solamente el derecho ya alcanzado en virtud de derechos tramitados”.

Como en la especie, la solicitud elevada por el señor Salvatierra Lindsay incide, precisamente, en un conflicto que encuentra su origen en un cambio de la doctrina que guiara a los dictámenes N°s. 40.416 de 1960, y 34.673 de 1962, situación análoga, en sí, a la que resolviera aquel oficio N° 67.927 de 1963, ya que el interesado, luego de reconocido su derecho por dictamen expreso, se vio afectado por un oficio posterior –N° 44.925 de 1962– que contenía un criterio diverso, cabe concluir, entonces, que son aplicables a su caso, y es procedente solucionar su situación, de acuerdo con las directivas y pautas que se señalaran con motivo de los problemas que venía suscitando el cambio de doctrina en materia jubilatoria.

Luego, y como el dictamen N° 34.673 de 1962 concluyó que “en estas condiciones y teniendo presente que en el caso del recurrente, este fue comisionado al extranjero por decreto N° 88, de 26 de marzo de 1959, y que esta comisión por su naturaleza sólo comentó el 9 de agosto de ese año, gozando el interesado hasta esa fecha de los aumentos otorgados por la Ley N° 13.305, tuvo derecho a que sus remuneraciones en el extranjero se calcularan sobre la base de la renta fijada por dicha ley, de acuerdo con lo manifestado por esta Contraloría General en el dictamen N° 40.416, anteriormente citado”, esto es, reconoció al señor Salvatierra el poder continuar gozando de las remuneraciones de que ya disfrutaba en el país por aplicación de la Ley N° 13.305, estima el Contralor General infrascrito que dicho Mayor del Ejército en retiro tiene derecho a percibir las diferencias de renta que solicita, más aún si se considera, como expresara en el dictamen N° 67.927 de 1963, que hay “razones... que no puede desatender”, como es el hecho “que una interpretación rígida, en el sentido de no afectar con el nuevo criterio sino a los decretos ya tramitados, lesiona gravemente –los intereses de las personas afectadas–, pues la mayor o menor demora en la tramitación de sus solicitudes en el tiempo intermedio –la que en ningún caso les puede ser imputable–, determina el derecho de unos y la negativa del mismo derecho para otros que han estado en idéntica situación”.

Conclusión: Con el mérito de las razones expuestas, el Contralor General infrascrito acoge la solicitud de reconsideración elevada por don Aníbal Salvatierra Lindsay respecto del dictamen N° 57.369 de 1962, declarando que a dicho Mayor de Ejército en retiro le asiste el derecho para percibir las diferencias de sueldo que no se le cancelaron durante su desempeño en el extranjero, en los términos en que aquel derecho fuera reconocido por oficio N° 34.673, de 6 de julio de 1962.

Transcríbase al Ministerio de Defensa Nacional y al Subdepartamento de Registro.

MATERIA

FUERZA OBLIGATORIA DE LOS DICTÁMENES DE CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 34.053

Fecha: 16.09.1999

DESCRIPTORES

Jurisprudencia Administrativa – Obligatoriedad de Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

Los dictámenes de Contraloría son obligatorios para el caso concreto y a toda otra situación que se asemeje.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Capítulo IX CPR.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 24.234/84, 31.516/84, 31.702/84, 20.407/97, 45.234/70, 42.638/75, 18.959/86, 30.276/86, 16.164/94, 14.199/96, 25.051/97, 28.643/98, 42.613/98, 9.902/99, 19.523/99.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuál es la fuente de la fuerza obligatoria de los dictámenes de Contraloría?

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Dictámenes de Contraloría resultan obligatorios para los organismos sometidos a su fiscalización. Ello porque un dictamen es la opinión jurídica o juicio que emite o se forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo la Contraloría, a la que el Capítulo IX de la Constitución y en general el ordenamiento legal, encomiendan el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo la emisión de pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria. Su carácter imperativo emana, en definitiva, del precepto interpretado y de las disposiciones legales y constitucionales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento que el órgano de control nada agrega a la norma pertinente, limitándose a evacuar un juicio declarativo al respecto. Tales pronunciamientos no solamente resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también en todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

CONCLUSIÓN

La fuerza obligatoria de los dictámenes emana de las disposiciones legales y constitucionales que establecen las atribuciones de la Contraloría y del precepto legal interpretado, toda vez que Contraloría nada agrega a dicha norma, limitándose a evacuar un juicio declarativo. Por lo anterior tales pronunciamientos no solamente resultan

obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también en todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Contraloría además de fundamentar la obligatoriedad de sus dictámenes, en esta decisión dio un paso adicional al establecer que lo resuelto en un dictamen también se aplica a todas las situaciones semejantes, lo que transforma a esas decisiones en actos de contenido normativo.

TEXTO COMPLETO

Nº 34.053. Fecha 16-09-1999

La entidad individualizada en el rubro, se ha dirigido a esta Contraloría General, solicitando reconsideración de los dictámenes 28.643, 42.613, ambos de 1998; 9.902 y 19.523, de 1999, en los cuales se concluyó que debe dejarse sin efecto la declaración de vacancia del cargo servido en esa Casa de Estudios Superiores por don Carlos Urrejola Silva, y que, por ende, procedí reincorporarlo a esa institución y pagarle las remuneraciones correspondientes al período en que aquél estuvo alejado del cargo por motivos ajenos a su voluntad.

A su vez, el interesado, hace presente que la referida institución no ha dado cumplimiento a los dictámenes emitidos por esta Entidad Fiscalizadora a su respecto requiriendo se adopte una resolución definitiva en su caso.

Sobre el particular, cabe manifestar que las diversas alegaciones formuladas por la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, han sido debidamente analizadas, ponderadas y atendidas al momento de emitir los dictámenes: cuya reconsideración se solicita, sin que en esta oportunidad se aporte ningún antecedente nuevo que permita variar o alterar lo expresado en dichos pronunciamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el solo objeto de aclarar la posible contradicción que existiría entre la jurisprudencia administrativa a que alude la citada Casa de Estudios, y lo expresado en los mencionados oficios, resulta forzoso anotar que, según aquélla, un nuevo pronunciamiento de la autoridad médica en orden a declarar recuperable la salud de un funcionario, sólo tendría como consecuencia la reincorporación del mismo, en la medida en que esta nueva decisión se hubiere emitido antes de que la declaración de vacancia produjere sus efectos.

No obstante lo expuesto, a través del dictamen 28.643, de 1998, se estableció que la invalidación de la declaración de salud irrecuperable efectuada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, por instrucciones de la Superintendencia de Seguridad Social, opera con efecto retroactivo, sin que resulte determinante para ello la data en que aquélla se haya producido.

Ahora bien, la emisión de este último dictamen no significó un cambio de jurisprudencia, ya que, con anterioridad, diversos pronunciamientos habían concluido que la invalidación de la declaración de salud irrecuperable, opera con efecto retroactivo, debiendo dejarse sin efecto, en su caso, la declaración de vacancia, dado que los presupuestos en que ella se fundamenta eran erróneos, pudiendo mencionarse entre estos, los dictámenes 24.234, 31.516 y 31.702, todos de 1984, criterio que, por lo demás, fuera reiterado en el oficio 20.407, de 1997.

Como puede advertirse, entonces, el oficio 28.643, de 1998, que se refiere expresamente a la situación del señor Urrejola Silva, así como también los dictámenes 42.613 de 1998, 9.902 y 19.523, ambos de 1999, que lo ratificaron, uniformaron la jurisprudencia en tal sentido, por lo que todos los pronunciamientos contrarios a ella deben entenderse que han quedado sin efecto.

En armonía con lo expuesto, procede desestimar la petición de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, toda vez que el criterio que corresponde aplicar es el que actualmente se encuentra vigente, con arreglo al cual la invalidación, en la materia que nos ocupa, opera con efecto retroactivo cualquiera sea la época en que ella se produzca y cuya principal consecuencia es la de conferir al respectivo servidor el derecho a ser reincorporado a su empleo.

Enseguida, resulta útil recordar que, los informes jurídicos emitidos por este Organismo de Control son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

En efecto, el incumplimiento de sus pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la administración, incluidas las universidades, implica transgredir lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 87 y 88 de la Constitución Política; 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; y 1º, 5º, 6º, 9º y 19 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de esta Contraloría General.

Un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a esta Entidad Autónoma a la que, el Capítulo IX de la Carta Fundamental y, en general, el ordenamiento normativo nacional, han encomendado ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo el emitir pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante. Por lo tanto, la obligatoriedad de los dictámenes emana, en último término, de la norma interpretada y de los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento en que este Organismo Contralor nada agrega a la disposición pertinente, limitándose a evacuar un juicio declarativo al respecto.

En este contexto, entonces, conforme al principio de juridicidad, es un deber ineludible de los Organos del Estado el respetar el ordenamiento jurídico vigente, y a esta Contraloría General, en el ejercicio de su función de control de legalidad y constitucionalidad, corresponde informar en derecho los asuntos que sean sometidos a su conocimiento y que se encuentren dentro de su competencia, en términos tales que por constituir la jurisprudencia administrativa que tienen que observar todos los abogados, fiscales y asesores jurídicos de las distintas entidades sometidas al control de este Organismo Fiscalizados sus pronunciamientos no sólo resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que además para todos aquellos que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

Finalmente, cabe agregar que lo precedentemente expuesto es concordante con lo dictaminado uniformemente por esta Entidad de Control, mediante los oficios 45.234 de 1970, 42.638 de 1975, 18.959 de 1986, 30.276 de 1986, 16.164 de 1994, 14.199 de 1996, y 25.051 de 1997, entre otros.

En consecuencia, cumple esta Contraloría General con manifestar que, en virtud de las consideraciones precedentes, se ratifica lo informado mediante dictámenes 28.643, 42.613, ambos de 1998, 9.902 y 19.523, de 1999, correspondiendo que la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación adopte, a la brevedad, las medidas conducentes a dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en tales pronunciamientos.

Déjanse sin efecto los dictámenes 2.875, de 1968, 19.806, de 1969, 10.836, de 1981, y toda jurisprudencia contraria a lo expresado en el presente dictamen.

Transcríbese a don Carlos Urrejola Silva, y a las Divisiones de Auditoría Administrativa y de Toma de Razón y Registro.

MATERIA

FUERZA OBLIGATORIA DE LOS DICTÁMENES DE CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

Dictamen: 39.777

Fecha: 12.09.2003

DESCRIPTORES

Atribuciones Constitucionales y Legales de Contraloría – Jurisprudencia Administrativa – Potestad Dictaminadora – Incumplimiento Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

No cumplir con los dictámenes de la CGR implica incurrir en responsabilidad disciplinaria por ser estos de acatamiento obligatorio.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 87 y 88 CPR; Art. 2º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 Ley Nº 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Art. 154 Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo; Art. 2º Ley Nº 19.198 Establece Normas sobre Concursos para Cargos de Profesionales Funcionarios Regidos por la Ley Nº 15.076; Art. 5º D.S. Nº 811/1995 Ministerio de Salud, Aprueba Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos de Profesionales en los Servicios de Salud.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 30.276/1986, 14.199/1996, 30.777/1996, 25.051/1997, 24.313/2001.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de los dictámenes emitidos por Contraloría por parte de los órganos de la Administración?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Mediante dictamen 30.777 de 1996, Contraloría ordenó retrotraer el concurso para el cargo de médico cirujano 22-28 horas semanales del Instituto Nacional del Tórax, hasta el momento en que se produjo el vicio, es decir, en este caso concreto, a la etapa de evaluación por la respectiva Comisión de Concursos.

En virtud del memorándum 310 de 2003, de la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, se concluyó que determinado funcionario no tenía la calidad de postulante actualmente vigente al concurso en cuestión, razón por la que no se le consideró.

Mediante dictamen 24.313 de 2001, Contraloría determinó que el desistimiento del referido profesional funcionario a la renuncia al concurso en comento era plenamente

te válida y, por ende, debía ser considerado como postulante a dicho certamen; ello, por cuanto el Servicio de Salud Metropolitano Oriente no resolvió el citado concurso entre la fecha de presentación por el interesado de su renuncia a la calidad de postulante al mismo y la data de su desistimiento de ésta última, ni tampoco se le aceptó formalmente dicha dimisión, sin que además el interesado retirara los antecedentes de su postulación o éstos le fueran devueltos.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 5° de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, dispone que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefatura de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6°, inciso final de la misma ley, “serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” en las materias de competencia de Contraloría.

Por su parte, el artículo 19 del citado texto legal establece que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”.

De lo expuesto, se desprende que los informes jurídicos emitidos por Contraloría, que contienen una opinión y un juicio declarativo sobre la correcta aplicación de un cuerpo normativo, son obligatorios y vinculantes tanto para los servicios sometidos a su fiscalización como para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de esas reparticiones, obligatoriedad que emana, en último término, tanto de la norma interpretada como de los preceptos legales y constitucionales que sustentan esa opinión jurídica, pues la Contraloría General de la República es el organismo administrativo al que la CPR y la legislación han encomendado la función de ejercer el control de la juridicidad de los actos de la Administración y la de emitir pronunciamientos en derecho, entre otras atribuciones (aplica dictámenes 30.276 de 1986, 14.199 de 1996 y 25.051 de 1997, entre otros).

En atención a lo anterior, la opinión emitida por la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, en contravención a lo señalado por Contraloría en el dictamen 24.313, de 2001, importa una transgresión a la preceptiva reseñada, que no puede ser considerada como un antecedente válido para que el referido servicio incumpla lo ordenado en el aludido pronunciamiento.

En este contexto, conviene insistir en que, la obligatoriedad de los dictámenes emitidos por Contraloría respecto de los concursos que se originan en los Servicios de Salud, encuentra su fundamento en los artículos 6°, 7°, 87 y 88, inciso final de la CPR; 2 de la LOCBGAE; 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; 154 del Estatuto Administrativo y, especialmente, en los artículos 2° de la Ley N° 19.198 y 5° del

Decreto 811 de 1995, del Ministerio de Salud, aprobatorio del Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos de Profesionales Funcionarios en los Servicios de Salud, por lo que el incumplimiento de dichos pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la Administración significa tanto el no cumplimiento de la norma interpretada como la inobservancia de los preceptos antes citados, además del incumplimiento de deberes funcionarios que comprometen la responsabilidad administrativa del respectivo servidor público.

Por las razones anteriormente expuestas, procede que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente adopte todas aquellas medidas necesarias tendientes a retrotraer el concurso en comento para el cargo reclamado con el objeto de que la Comisión de Apelaciones proceda a corregir los errores indicados.

CONCLUSIÓN

El incumplimiento de los dictámenes emitidos por Contraloría por parte de los órganos o funcionarios de la Administración tiene como consecuencia el no cumplimiento de la norma que dichos pronunciamientos interpretan así como la inobservancia de las Constitución, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y del Estatuto Administrativo, cuerpos normativos que consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia contenida en dichos oficios.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión expone de un modo pedagógico las razones por las cuales los funcionarios de la Administración deben dar cumplimiento obligatorio a los dictámenes de CGR, pues de no hacerlo implica una infracción al principio de legalidad.

Este criterio ha sido sistemáticamente señalado, así en dictámenes 42.678/1970, 18.959/1986, 30.276/1986, 14.448/1988, 49/1991, 30.031/1991, 21.106/1995, 10.077/1992, 26.928/1992, 27.303/1992, 21.877/2002.

TEXTO COMPLETO

Nº 39.777 Fecha: 12-IX-2003

Se han dirigido a esta Contraloría General los señores CP, CM y AO, solicitando se ordene al Servicio de Salud Metropolitano Oriente dar cumplimiento a lo resuelto en los dictámenes N°s. 48.726, de 2001 y 18.359, de 2002, entre otros, que inciden en el llamado a concurso para proveer en calidad de titular los cargos de Jefes de Servicios Clínicos, efectuado por el referido Servicio de Salud.

Además, ha ingresado a este órgano de control, para su toma de razón, la resolución N° 2.255, de 2003, del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, que designa a don CD, en calidad de titular, como médico cirujano 22 horas semanales y como médico cirujano 28 horas semanales, en el Instituto Nacional del Tórax.

En relación con la materia planteada por los ocurrentes, cabe recordar que, mediante dictamen N° 15.798, de 2001, reiterado por medio de los dictámenes N°s. 48.726, de 2001 y 18.359, de 2002, se resolvió por este Organismo de Control que la facultad del Servicio de Salud Metropolitano Oriente de crear, modificar, subdividir o fusionar servicios clínicos, no obsta a la obligación

del referido Servicio de Salud de dar pleno cumplimiento a los pronunciamientos de esta Contraloría General, toda vez que los concursos públicos, por tratarse de procedimientos reglados, originan un vínculo jurídico en virtud del cual nace el derecho de los postulantes a ser seleccionados al término de ellos y, por ende, el indicado Servicio de Salud se encuentra en el imperativo de resolver el certamen a que se había llamado para proveer la plaza de Jefe de Servicio Clínico de Cirugía de Tórax.

Se agregó, además, que no resulta factible nombrar a alguno de los interesados en el referido cargo, por haberse extinguido dicha unidad mediante su fusión con otra, por lo que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente deberá asignar, a quien corresponda, una plaza de la misma naturaleza y jerarquía del cargo al que postularon.

Al respecto, es menester señalar, nuevamente, que los interesados han interpuesto, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, un recurso de protección en contra del tantas veces citado Servicio de Salud Metropolitano Oriente por los hechos referidos en los indicados dictámenes, que dicen relación con el incumplimiento de regularizar un concurso convocado, el año 1995, por la Dirección del aludido Servicio de Salud, para proveer en calidad de titular cargos directivos y clínicos afectos a la ley N° 15.076.

En estas circunstancias, este Organismo de Control debe forzosamente abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre el particular, toda vez que el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional y de Atribuciones de esta Entidad Fiscalizadora, dispone imperativamente que la “Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Respecto, ahora, a la situación que afecta al profesional funcionario señor CP –materia que no ha sido sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia–, se debe recordar, en primer término, que mediante dictamen N° 30.777, de 1996, esta Entidad de Control dispuso, en virtud de las facultades que le permiten pronunciarse sobre las irregularidades que se comprueben en un procedimiento de concurso o sobre infracciones que se produzcan en la aplicación de normas que fijan puntajes que deben asignarse a ciertos antecedentes de los oponentes, retrotraer el concurso para el cargo de médico cirujano 22-28 horas semanales del Instituto Nacional del Tórax, hasta el momento en que se produjo el vicio, esto es, a la etapa de evaluación por la respectiva Comisión de Concursos.

Puntualizado lo anterior, cabe consignar, ahora, que de los antecedentes tenidos a la vista, en particular del Acta N° 3 de la emisión de Apelaciones aparece que, en virtud del memorándum N° 310, de 2003, de la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente emitido entre la solicitud de la Directora del referido Servicio en orden a pedir un pronunciamiento a esta Entidad de Control que determine la situación del profesional funcionario CP, concluye, luego de una serie de antecedentes y consideraciones, que el aludido funcionario no tiene la calidad de postulante actualmente vigente al concurso en cuestión, razón por la cual esa emisión no considerará en su revisión y evaluación al citado profesional.

Al respecto, es necesario recordar que, mediante dictamen N° 24.313, de 2001, este Organismo de Control concluyó que el desistimiento del referido profesional funcionario a la renuncia al concurso en comento es plenamente válida y, por ende, debe ser considerado como postulante a dicho certamen; ello, por cuanto el Servicio de Salud Metropolitano Oriente no resolvió el citado concurso entre la fecha de presentación por el interesado de su renuncia a la calidad de postulante al mismo y la data de su desistimiento de ésta última, ni tampoco se le aceptó formalmente dicha dimisión, sin que además el interesado retirara los antecedentes de su postulación o éstos le fueran devueltos.

Sobre el particular, se debe expresar que el artículo 5º de la ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional y de Atribuciones de esta Contraloría General, dispone que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefatura de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º, inciso final de la citada ley Nº 10.336, “serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” en las materias de competencia de esta Entidad Fiscalizadora.

Enseguida, y en este mismo orden de consideraciones, es dable indicar que el artículo 19 del citado texto legal establece que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”.

De lo expuesto, se desprende que los informes jurídicos emitidos por este Organismo de Control, que contienen una opinión y un juicio declarativo sobre la correcta aplicación de un cuerpo normativo, son obligatorios y vinculantes tanto para los servicios sometidos a su fiscalización como para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de esas reparticiones, obligatoriedad que emana, en último término, tanto de la norma interpretada como de los preceptos legales y constitucionales que sustentan esa opinión jurídica, pues la Contraloría General de la República es el organismo administrativo al que la Constitución Política y la legislación han encomendado la función de ejercer el control de la juridicidad de los actos de la Administración y la de emitir pronunciamientos en derecho, entre otras atribuciones. (Aplica dictámenes N.ºs. 30.276, de 1986, 14.199, de 1996 y 25.051, de 1997, entre otros).

En atención a lo anterior, la opinión emitida por la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, en contravención a lo señalado por esta Entidad Fiscalizadora en el dictamen Nº 24.313, de 2001, importa una transgresión a la preceptiva reseñada, que no puede ser considerada como un antecedente válido para que el referido servicio incumpla lo ordenado en el aludido pronunciamiento.

En este contexto, conviene insistir en que, la obligatoriedad de los dictámenes emitidos por esta Contraloría General respecto en los concursos que se originan en los Servicios de Salud, encuentra su fundamento en los artículos 6º, 7º, 87 y 88, inciso final de la Constitución Política; 2º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 de la ley Nº 10.336, Orgánica, Constitucional de la Contraloría General; 154 de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo y, especialmente, en los artículos 2º de la ley Nº 19.198 y 5º del Decreto Nº 811, de 1995, del Ministerio de Salud, aprobatorio del Reglamento de Concursos para la provisión de cargos de profesionales funcionarios en los Servicios de Salud, por lo que el incumplimiento de dichos pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la Administración significa tanto el no cumplimiento de la norma interpretada como la inobservancia de los preceptos antes citados, además del incumplimiento de deberes funcionarios que comprometen la responsabilidad administrativa del respectivo servidor público.

Precisado todo lo anterior y, en otro orden de consideraciones, cabe señalar, ahora, que de los mismos antecedentes –Acta Nº 3– se desprende que la Comisión de Apelaciones determinó mantener al postulante señor CD, el puntaje asignado por la Comisión “Concursos, en el concepto “Cargos Desempeñados”, en circunstancias que en dicho rubro, especialmente en el subfactor “puntaje adicional”, no procede otorgarle puntaje como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, pues la normativa legal que permitía efectuar dicho reconocimiento se encuentra derogada.

En este punto, es oportuno recordar que, por dictamen Nº 37.079, de 1998, se determinó que la Comisión de Concursos incurrió en un error manifiesto al reconocer 4 años como Médico General de Zona al postulante señor CD “de acuerdo a la normativa legal vigente que establece que el fun-

cionario contratado en la Armada, para los efectos legales, se entenderá como General de Zona”, pues los artículos 7º y 8º del D.F.L. (G) N° 5, de 1968, en virtud de los cuales se le efectuó dicho reconocimiento, fueron derogados expresamente por el artículo único del decreto ley N° 2.155, de 1978, lo cual impedía, entonces, otorgarle puntaje adicional como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, como erróneamente se hizo, razón por la cual, el Servicio de Salud Metropolitano Oriente debía retrotraer el concurso para el cargo reclamado, pues existían vicios de juridicidad que lo invalidaban, los que debían ser corregidos por la Comisión de Apelaciones.

En este contexto, es menester anotar que si bien la Comisión de Concursos tiene amplias facultades para fijar criterios de evaluación y puntajes, apreciar los antecedentes de los postulantes y llegar a la convicción de que poseen las condiciones requeridas para el respectivo cargo, decisión privativa no puede ser arbitraria ni antojadiza, sino que debe tener fundamentos objetivos, basados en la documentación acompañada, en los términos establecidos en los artículos 29 y siguientes del decreto N° 811, de 1995, del Ministerio de Salud.

Por su parte, las atribuciones de la Comisión de relaciones son limitadas, toda vez que el artículo 45 del texto reglamentario antes citado sólo le otorga facultades para revisar los antecedentes y puntajes de los apelantes como de otros concursantes afectados por la reclamación y, en tal virtud, puede corregir de oficio los errores manifiestos que constate en la calificación de los rubros efectuada por la Comisión de Concursos, aún respecto de los concursantes que no hayan apelado. (Aplica dictamen N° 33.254, de 1996).

De esta manera, entonces, la Comisión de relaciones al no rebajar al postulante señor CD el puntaje adicional asignado por la Comisión de Concursos, como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, infringió abiertamente el artículo 45 del decreto 811, de 1995, del Ministerio de Salud, ya citado.

Por las razones anteriormente expuestas, procede que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente adopte todas aquellas medidas necesarias tendientes a retrotraer el concurso en comento para el cargo reclamado con el objeto de que la Comisión de Apelaciones proceda a corregir los errores a que se ha hecho referencia en el presente oficio.

En consecuencia, atendido que el concurso en comento no se ha llevado a cabo conforme a derecho, pues en el mismo existen vicios de juridicidad que lo afectan y que deben ser subsanados, esta Contraloría General devuelve, sin tramitar, la resolución N° 2.255, de 2003, del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, que designa al señor CD, en calidad de titular, en los cargos de médico cirujano 22 horas semanales y médico cirujano 28 horas semanales, en el Instituto Nacional del Tórax.

MATERIA

OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Apelación Protección

Rol: 2246-2012

Fecha: 03.07.2012

Resultado recurso: Rechazado

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briónes, María Eugenia Sandoval Gouët y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.

Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.

Partes: Ilustre Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso.

DESCRIPTORES

Contraloría General de la República, Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

La jurisprudencia judicial es fuente del derecho administrativo y forma parte del bloque de legalidad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 24 CPR; Art. 6° Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Art. 3° Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; Arts. 23 y 24 D.L. N° 3.063/1979 Ley de Rentas Municipales.

PREGUNTA JURÍDICA

En caso de que exista discordia entre los criterios jurisprudenciales de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, ¿cuál de ellos debe primar?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El año 2010, Contraloría General de la República emitió el dictamen 27.677/2010, en cual indicó, entre otras cosas, que la inversión pasiva, esto es la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica del inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no es una actividad que esté sujeta al pago de patente municipal, ya que no configura el hecho gravado señalado en el artículo 23 del D.L. N° 3.063 de 1979 Ley de Rentas Municipales (el cual está constituido por las actividades secundarias, terciarias, y las primarias que indica específicamente la norma).

En virtud de dicho dictamen, la Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. hizo una presentación ante Contraloría Regional de Valparaíso en contra de la Municipalidad de Zapallar, requiriendo que se pronunciara sobre la procedencia del cobro de patente municipal a su respecto. Contraloría Regional, mediante el oficio ordinario 648

de 11 de enero de 2012, señaló que, no habiendo acreditado la Municipalidad que la sociedad realizaba, efectivamente, actividades gravadas con patente municipal, no resultó procedente el cobro por tal concepto, y ordenó su devolución y que se dejaran sin efecto las multas cursadas.

En contra del oficio ordinario de Contraloría, la Municipalidad de Zapallar interpuso un recurso de protección, por la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley, a la igual repartición de las cargas públicas, y a su derecho de propiedad, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Posterior a ello, se dedujo apelación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones por parte de la Contraloría (representado por el Consejo de Defensa del Estado).

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido sosteniendo en forma uniforme y reiterada, que para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal es indispensable precisar si la actividad que ésta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. En el presente caso, el objeto social especificado en los estatutos de Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. comprende la inversión y explotación de bienes inmuebles agrícolas y no agrícolas, pudiendo lotearlos, dividirlos, administrarlos, etc; adquirir bienes raíces urbanos y rurales a fin de explotarlos mediante el arrendamiento o en otra forma; adquirir toda clase de bienes muebles, derechos, acciones y valores mobiliarios con fines de inversión y renta; y efectuar operaciones de importaciones y exportaciones. Por lo tanto, es claro que por tratarse de actividades lucrativas, configuran hechos gravados de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales. Este último precepto, en lo pertinente, sujeta a una contribución de patente municipal “El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria”. La misma jurisprudencia señalada ha sostenido que no es acertado estimar que si no hay ejercicio efectivo de tales actividades no se debe pagar patente municipal, ya que este gravamen es semestral y habilita para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 23 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales, sin que se requiera el ejercicio efectivo. De acogerse la tesis contraria resultaría que procedería pagar una patente proporcional a la época en que se realizó alguna actividad, lo que por cierto es insostenible. Todo lo anterior ha sido dicho en numerosos fallos de manera uniforme, constituyendo de esta manera la jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre el tema (C. 4).

CGR sostiene un parecer distinto al de la Corte Suprema sobre la misma materia, manifestado a través de sus dictámenes, que en virtud de lo dispuesto en la LOCCGR, son obligatorios para los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las Municipalidades. Si bien la Contraloría puede sostener opiniones que no concuerden con los fallos de los tribunales superiores de justicia, es necesario distinguir entre diversos tipos de dictámenes, como lo ha hecho la Corte Suprema al

conocer de la apelación de un recurso de protección en la causa Rol 10.499-2011. En dicho fallo, esta ha señalado que, “con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de ‘decisiones’, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo 3º inciso 6 está referida, cuando habla de ‘dictámenes o declaraciones de juicio’, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”. El Dictamen 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal (C. 5 y 6).

La Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan. Siendo la materia que se discute un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6º inciso final de la LOCCGR. Dado lo anterior, siendo ilegal el Dictamen 648 de 11 de enero de 2012 emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, por

contravenir lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales interpretados en la forma que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema y vulnerar el derecho de propiedad que sobre los tributos y multas que debidamente la Municipalidad recurrente ya había percibido, el recurso de protección debe ser acogido, por lo que se rechaza la apelación (C. 7 y 8).

CONCLUSIÓN

En caso de que exista discordia entre los criterios de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, debe primar lo establecido por esta última, ya que, siendo la jurisprudencia judicial (especialmente cuando es uniforme y permanente en el tiempo) fuente del derecho administrativo, integra el bloque de legalidad, siendo vinculante para la Contraloría.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Como se ha visto la tesis de la Corte Suprema descansa en una de las cuestiones estructurales del derecho administrativo. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho Administrativo? La respuesta es positiva, si se trata de la jurisprudencia administrativa. La pregunta es si tiene la misma condición la jurisprudencia judicial.

La tesis de Contraloría es que las sentencias judiciales, con indiferencia de la recurrencia de su opinión sólo tienen efectos relativos. El argumento del órgano contralor se centra en el más clásico de todos, el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil.

La pretensión de Contraloría se enfrenta, sin embargo, con lo que había sido la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema cuando se producía conflicto entre la interpretación administrativa con la judicial. En efecto, la Corte ya había señalado con anterioridad que la interpretación administrativa estaba limitada por la exclusividad jurisdiccional que le corresponde constitucionalmente a los tribunales de justicia¹, indicando además tradicionalmente que la interpretación administrativa puede verse limitada por la “afianzada” jurisprudencia judicial. La Corte ha dicho explícitamente que “por jurisprudencia se entiende la doctrina afianzada, producto de numerosos fallos emanados de los Tribunales Superiores y en particular de nuestra Corte Suprema”².

Esto explica la advertencia de la Corte en el caso de la Municipalidad de Zapallar, cuando señala:

(...) debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por

¹ SCS, 10.05.2005, rol 1285-2005.

² SCS, 22.11.2007, rol 4498-2007.

cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (...)³.

Sin embargo, la advertencia de la Corte encuentra tres limitaciones estructurales que no es posible pasar por alto: (a) la primera, es que la Corte olvida que este es un conflicto entre órganos constitucionales, uno destinado a resolver los conflictos de relevancia jurídica mediante el proceso y otro con facultades constitucionales de control de legalidad de los actos de la administración, lo que implica enfrentarse a un tipo de jurisprudencia de un organismo cualificado en el sistema institucional; (b) la segunda, es que la condición de “jurisprudencia” de la dictaminación de Contraloría es una decisión legislativa o no necesariamente una autoatribución de competencias y (c) por último, porque no puede constituir “jurisprudencia judicial”, cualquier tipo de sentencias pronunciadas por la Corte, sobre todo cuando el debate se produce a consecuencia del ejercicio de una potestad jurisdiccional en el recurso de protección, una acción de cautelar, de urgencia y que no tiene forma de juicio.

Dicho de otro modo, la afirmación de la Corte olvida las cuestiones estructurales del modelo institucional chileno y en especial de los roles asignados por la Constitución a ambos organismos. Por eso no es evidente que la “inclinación” sea institucionalmente correcta.

TEXTO COMPLETO

Santiago, tres de julio del año dos mil doce.

Vistos:

Se eliminan los considerandos noveno a duodécimo de la sentencia en alzada.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que en la especie la acción de cautela de derechos constitucionales la dedujo el abogado don Juan Buzeta Novoa por la Municipalidad de Zapallar, representada por su Alcalde don Nicolás Cox Urrejola, en contra de la Contraloría Regional de Valparaíso por haber emitido el Oficio Ordinario N° 648 de 11 de enero de 2012 mediante el cual dictaminó que, en atención a que esa entidad edilicia no había acreditado que la sociedad “Compañía de Inversiones Los Nogales S.A.” realizaba actividades gravadas con patente municipal, no resultaba procedente el cobro de dicho gravamen por el período comprendido entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011, ordenando además devolver los fondos que se hubieren percibido indebidamente por tal concepto y dejando sin efecto las multas cursadas; acto que a su juicio es conculcatorio de las garantías fundamentales establecidas en los N° 2, 20 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Segundo: Que el acto impugnado por el presente recurso se pronuncia sobre la pertinencia del cobro de patente municipal, rechazando que la “Compañía de Inversiones Los Nogales S.A.” se encuentre afectada al pago de patente por realizar únicamente inversiones de carácter pasivo. En el pronunciamiento recurrido se señaló que la jurisprudencia administrativa ha precisado que los

³ SCS, c. 7°.

supuestos que hacen procedente el cobro de patente municipal son: a) que la actividad esté gravada con ese tributo; b) que ésta sea efectivamente ejercida por el contribuyente; y c) que la misma se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosko o lugar determinado.

En relación a la primera exigencia, el dictamen hace notar que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General “ha sostenido que la inversión pasiva que en general consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del citado Decreto Ley N° 3.063 de 1979”.

En seguida, con respecto al requisito vinculado al desarrollo efectivo de una actividad gravada, la resolución del órgano contralor consigna que viene en reiterar que “no resulta suficiente para dar por comprobada esa circunstancia la sola consideración del objeto social especificado en los estatutos respectivos, sino que se requiere que tal ejercicio se encuentre acreditado, debiendo la entidad edilicia para tal fin, ponderar los antecedentes aportados por el interesado y los que recabe por sus propios procedimientos de inspección”. Agrega el ente fiscalizador que en este caso la Municipalidad de Zapallar “se ha limitado a fundamentar el cobro que ha efectuado a la sociedad reclamante en su objeto social (...) sin que en los documentos tenidos a la vista se advierta que haya constatado fehacientemente que aquélla realiza de manera efectiva actividades afectas a patente municipal”.

Finalmente concluye que “en la medida que no se ha acreditado que la sociedad reclamante realiza actividades gravadas con patente municipal –lo que debe verificarse por la municipalidad en los términos referidos en la citada jurisprudencia administrativa– no ha procedido el cobro efectuado por dicho municipio, por lo que éste deberá proceder a devolver los fondos que hubiere percibido indebidamente y dejar sin efecto las multas cursadas en su caso, informando a la brevedad de lo anterior a este ente fiscalizador”.

Tercero: Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado.

Cuarto: Que en cuanto al fondo de lo debatido, esta Corte Suprema ha venido sosteniendo en forma uniforme y reiterada en decenas de fallos sobre la misma materia, que para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal es indispensable precisar si la actividad que ésta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. En el presente caso, el objeto social especificado en los estatutos de Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. comprende la inversión y explotación de bienes inmuebles agrícolas y no agrícolas, pudiendo lotearlos, dividirlos, administrarlos, etc; adquirir bienes raíces urbanos y rurales a fin de explotarlos mediante el arrendamiento o en otra forma; adquirir toda clase de bienes muebles, derechos, acciones y valores mobiliarios con fines de inversión y renta; y efectuar operaciones de importaciones y exportaciones. Por lo tanto, es claro que por tratarse de actividades lucrativas, configuran hechos gravados de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales.

En efecto, este último precepto, en lo pertinente, sujeta a una contribución de patente municipal “El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria”. Luego, atento a lo establecido en el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 484 que constituye el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley Nº 3.063, actividades terciarias son todas aquellas que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias; concepto amplio y residual de la actividad terciaria que se corresponde con el sentido y espíritu que la ley le ha dado a esta regulación a través de una separación clásica de las actividades económicas, dentro de las cuales se comprenden las actividades lucrativas realizadas por las sociedades de inversión.

Por otra parte, este Tribunal ha sostenido que no es acertado estimar que si no hay ejercicio efectivo de tales actividades no se debe pagar patente municipal, desde que este gravamen es semestral y habilita para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 23 del Decreto Ley Nº 3.063, sin que se requiera el ejercicio efectivo. De acogerse la tesis contraria resultaría que procedería pagar una patente proporcional a la época en que se realizó alguna actividad, lo que por cierto es insostenible.

Todo lo anterior ha sido dicho en numerosos fallos de manera uniforme, constituyendo de esta manera la jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre el tema.

Quinto: Que la Contraloría General de la República sostiene, por su parte, un parecer distinto al de la Corte Suprema sobre la misma materia manifestado a través de sus dictámenes, que en virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República son obligatorios para los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las Municipalidades.

Sexto: Que si bien la Contraloría puede sostener opiniones que no concuerden con los fallos de los tribunales superiores de justicia, es necesario distinguir entre diversos tipos de dictámenes, como lo ha hecho esta Corte Suprema en sentencia de fecha 12 de enero de 2012 en recurso de protección Rol Nº 10.499-2011, en cuyos considerandos quinto y sexto se expresó: “Que la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la Contraloría General de la República. Al respecto necesario es señalar que en principio no puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador, sin perjuicio de formular algunas distinciones y precisiones en cuanto al control que en esta vía puede ejercerse. En efecto, a través del tiempo se han interpuesto recursos de protección en contra de las siguientes actuaciones de la Contraloría General de la República: dictámenes, resoluciones recaídas en sumarios administrativos sustanciados por órganos de la Administración o por la propia Contraloría, para obtener que se tome razón de un acto o cuestionando la toma de razón realizada, y por último del trámite de registro, existiendo muy pocos casos que se refieran a otras materias”.

“Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a ver-

daderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.

Séptimo: Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6° inciso final de su Ley Orgánica.

Octavo: Que de acuerdo a lo expuesto, siendo ilegal el Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012 emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, por contravenir lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3.063 sobre Rentas Municipales interpretados en la forma que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema y vulnerar el derecho de propiedad que sobre los tributos y multas que debidamente la Municipalidad recurrente ya había percibido, el presente recurso deberá ser acogido.

Noveno: Que, por último, es necesario dejar establecido que la prohibición contenida en el artículo 6° inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de intervenir o informar en asuntos “que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia,” no afecta a la situación materia del presente recurso de protección, por cuanto dicha prohibición debe entenderse necesariamente que se refiere sólo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado y a aquellas en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales, como por ejemplo en materia de reclamo del monto provisional de una expropiación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley N° 2.186 que entrega a los tribunales la determinación definitiva del monto y en que la Contraloría no podría informar frente a un reclamo de un expropiado, por ser un asunto “propiamente de carácter litigioso”, sin perjuicio incluso en este caso de las facultades de fiscalización que no corresponden a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría; interpretación que se aviene con el estado actual del contencioso administrativo en que los tribunales de justicia se han reconocido amplia jurisdicción para el conocimiento de todo asunto de esta naturaleza, a diferencia de la situación al momento de establecerse la prohibición.

Una interpretación contraria pondría en contradicción la norma señalada del artículo sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de diecinueve de marzo de dos mil doce, escrita a fojas 46.

Se previene que el Abogado Integrante señor Gorziglia concurre al acuerdo teniendo únicamente presente que en caso sub lite el giro del contribuyente expresado en su objeto social importa una actividad lucrativa de carácter comercial como son, entre otras, las operaciones de importaciones y de exportaciones. Por tanto, no se trata en la especie de una sociedad de inversiones meramente pasiva cuyo tratamiento tributario, a juicio de quien previene, es diferente tanto frente a la tributación fiscal interna como a la de la Ley de Rentas Municipales.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry y de la prevención, su autor.

Rol N° 2791-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 03 de julio de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a tres de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

2.5.3. CONTROL POLÍTICO

MATERIA

IMPOSICIÓN DE EXIGENCIAS DE INFORMACIÓN AL EJECUTIVO EN LEY DE PRESUPUESTO

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Proyecto de Ley (art. 93 N° 3 CPR)

Rol: 1867

Fecha: 30.12.2010

Resultado recurso: Acogido en relación a la glosa 9 impugnada y rechazado en relación a las glosas 5 y 6.

Ministros mayoría: Raúl Bertelsen Repetto, Enrique Navarro, Iván Acróstica Maldonado, José Antonio Viera-Gallo, Marcelo Venegas Palacio, Mario Fernández Baeza sólo respecto a la glosa 9, Marisol Peña Torres, Carlos Carmona Santander, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes respecto a las glosas 5 y 6.

Ministros minoría: Marcelo Venegas Palacio y Mario Fernández Baeza quienes estuvieron por acoger el requerimiento en su totalidad.

Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander en relación a lo resuelto respecto de la glosa 9.

Ministro redactor: Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Requirentes: Senadores Jovino Novoa Vásquez, Andrés Chadwick Piñera, Juan Antonio Coloma Correa, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Hernán Larraín Fernández, Pablo Longueira Montes, Evelyn Matthei Fornet, Jaime Orpis Bouchon y Víctor Pérez Varela.

DESCRIPTORES

Ley de Presupuestos – Idea Matriz, Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República, Régimen Presidencial – Administración Financiera del Estado – Compromiso Presidencial, Deberes de Información – Principio de la Transparencia – Preparación del Presupuesto.

PRINCIPIO JURÍDICO

En la Ley de Presupuestos se pueden imponer deberes de información al Presidente de la República ante el Congreso.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 8°, 19 N° 21, 24, 32 N° 20 y 65 CPR; Art. 24 Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; Ley N° 18.918 que modifica LOC Congreso Nacional con el objeto de dar carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto; Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; Art. 6° D.L. N° 1.263/1975 Orgánico de Administración Financiera del Estado.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Glosa 5, 6 y 9 del proyecto de ley de presupuestos del Sector Público para el año 2011. La glosa 9 dispuso que la distribución de fondos de seguridad ciudadana a las comunas se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por cada una de éstas en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el INP en el año inmediatamente anterior.

Las glosas 5 y 6 establecen que a más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar al Congreso sobre el cumplimiento de los compromisos presidenciales de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto y de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede el Congreso Nacional imponer en la ley de presupuestos exigencias de información al Ejecutivo sobre el cumplimiento de compromisos presidenciales?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Diez senadores interpusieron un requerimiento solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las glosas 5, 6 y 9 contenidas en el proyecto de ley de presupuesto del Sector Público para el año 2011.

Dichas glosas fueron incorporadas por indicación de diputados durante la tramitación del proyecto.

ALEGACIONES

Los requirentes sostuvieron que las glosas 5, 6 y 9 serían inconstitucionales al haber sido incorporadas al proyecto de ley de presupuesto por indicaciones, vulnerándose de esta forma la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y que además el contenido de estas glosas excedería la idea matriz del mismo proyecto que consiste en regular el cálculo e ingresos y la autorización financiera del Estado.

En sus observaciones al requerimiento el Presidente de la República solicitó acoger la acción, agregando a lo ya señalado por los parlamentarios que lo establecido en las glosas supone una extralimitación de las atribuciones del Congreso, lo que alteraría el régimen presidencial y el sistema de frenos y contrapesos entre las distintas funciones del Estado que se contemplan en la Constitución. Refiriéndose específicamente a la inconstitucionalidad de la glosa 9 señaló que esta vulnera los principios de eficiencia, eficacia y probidad que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado, debido a que el Instituto Nacional de Estadísticas no tendría las competencias específicas para ejercer la función atribuida en la glosa, además de que se estaría autorizando al Estado a realizar actividades económicas sin los resguardos previstos en el artículo 19 N° 21.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La CPR establece que ciertas materias legislativas únicamente pueden ser de iniciativa del Presidente de la República, las cuales son enumeradas fundamentalmente en el

artículo 65. Entre ellas se encuentra la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos (C. 7).

El artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional dispone que “En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento”. De ahí que las materias de iniciativa exclusiva no sólo importen la imposibilidad de que los parlamentarios ingresen proyectos de ley sobre tales materias, sino también la imposibilidad de que éstos presenten indicaciones que incidan en ellas (C. 14).

El D.L. N° 1.263, de 1975, sirve para precisar el concepto de administración financiera o presupuestaria del Estado usado por la Constitución, el cual va más allá de lo monetario y cambiario. Su artículo 6° establece que: “Se entiende por administración de fondos, para los efectos de este decreto ley, el proceso consistente en la obtención y manejo de los recursos financieros del Sector Público y de su posterior distribución y control, de acuerdo a las necesidades de las obligaciones públicas, determinadas en el presupuesto” (C. 16).

La glosa 9 de la Ley de Presupuestos para 2011, aprobada por el Congreso Nacional, corresponde a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República toda vez que se refiere a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (C. 17 y 18).

En cuanto a la impugnación de las glosas 5 y 6 debe precisarse que éstas establecen una obligación para la Subsecretaría de Energía que consiste solamente en informar. Dicha información no es vinculante ni para el Ejecutivo ni para el Congreso. Las glosas reconocen expresamente que tanto la extensión del descanso de maternidad como la eliminación del 7% no son obligaciones, sino un “compromiso presidencial”. Los proyectos de ley que su ejecución pueda conllevar, son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo (C. 25).

También es necesario realizar algunas precisiones sobre el presupuesto. Se trata de una ley especial que constituye uno de los principales instrumentos de política económica de un gobierno. Como consecuencia de que al Presidente se le encarga el gobierno y la administración del Estado, el Ejecutivo goza de enormes poderes respecto a la Ley de Presupuesto. Por otro lado, la aprobación de esta ley es un ejercicio de negociación política que tiene dos etapas, una se lleva a cabo antes de su envío al Congreso donde la Dirección de Presupuesto juega un rol central, y una segunda etapa que se lleva a cabo entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Ahora bien, respecto a esta segunda etapa, producto de este ejercicio de negociación y a pesar de las enormes potestades del Ejecutivo, el Congreso Nacional ha logrado avanzar en materia de información del gasto público. En efecto, progresivamente nuestro ordenamiento jurídico ha es-

tablecido mayores deberes de información a favor del Congreso Nacional en materia presupuestaria (C. 26 a 28).

De esta forma junto a los clásicos principios que regulan el presupuesto (legalidad, equilibrio presupuestario, preponderancia del Ejecutivo, anualidad, unidad, universalidad y especialidad) existe ahora el de transparencia, que obliga al Ejecutivo entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional. Que dicho principio ha sido instaurado paulatinamente, en las sucesivas leyes de presupuesto o en modificaciones legales específicas, siendo ejemplos de ello la incorporación permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, hecha por la Ley N° 19.875; o la remisión al Congreso Nacional de los informes de evaluación de programas sociales, de fomento productivo y desarrollo institucional que se determinen año a año, contemplada por la Ley N° 19.896. Este principio revela una tendencia que se enmarca dentro del giro que significó la reforma constitucional del 2005 para los órganos del Estado, con la instauración del artículo 8°. Esto obliga a la publicidad de sus actuaciones. Complementando dicha regulación, la Ley N° 20.285 configuró un derecho de acceso a la información pública, que puede invocar cualquier persona. Si bien este derecho es configurado por el legislador respecto a la relación que deben tener con las personas los órganos del Estado, ello no obsta a que la publicidad y la transparencia también sean predicables respecto de las relaciones entre órganos del Estado. Que, además, dicha instauración revela un proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo extremadamente delicado que el Tribunal, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos (C. 30 a 32).

Precisado lo anterior y en relación a la primera objeción que se formula en el requerimiento respecto a que las glosas excederían la idea matriz del presupuesto, debe atenderse a que ambos compromisos contemplados en las glosas implican, de materializarse, proyectos de ley. Esto supone estudios, informes, destinación de personal a su elaboración, es decir, implican gastos. Gastos e ingresos son parte de la idea matriz del presupuesto. Además la propia Ley de Presupuestos contiene un artículo (el 15) que obliga a la Dirección de Presupuestos a proporcionar una serie de informes y documentos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. La obligación de entregar información está incorporada, entonces, en la idea matriz del presupuesto (C. 35 y 36).

En segundo lugar, tampoco las glosas impugnadas afectan la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, porque el deber de información que se establecen en estas no es radicalmente distinto del establecido a favor de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, la que puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria”. En este sentido, no es una atribución innovativa, que modifique radicalmente el ordenamiento jurídico vigente. La solicitud de

información del Congreso Nacional al Ejecutivo no es un asunto materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Además estos deberes de información no implican una intervención en la administración de las finanzas públicas que le corresponde al Presidente de la República (artículos 24 y 32 N° 20). No obligan a nada distinto que no sea transferir dichos antecedentes, ni siquiera dicha información vincula al Congreso o al Ejecutivo (C. 40 y 41).

En tercer lugar las glosas impugnadas no quebrantan el régimen presidencial toda vez que este régimen es configurado a nivel constitucional, no a nivel presupuestario. Los elementos centrales del régimen presidencial permanecen incólumes, las glosas sólo obligan a informar sobre ciertos compromisos programáticos, no obligan a materializarlos o a llevarlos a cabo dentro del año presupuestario. Además existen peticiones de información en materia presupuestaria en la Constitución y distintas leyes que no desvirtúan el régimen presidencial y que han sido validados por el Tribunal (C. 46 y 47).

CONCLUSIÓN

El Congreso puede imponer exigencias de información al Ejecutivo en la ley de presupuesto en relación al cumplimiento de compromisos presidenciales toda vez que se ha instaurado en nuestro sistema como principio que regula el presupuesto el de transparencia. Este principio ha sido el resultado de un delicado proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo que el Tribunal, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos.

No se excede la idea matriz del proyecto de ley de presupuesto porque los compromisos presidenciales necesariamente implicarán gastos, además que la idea de entregar información al Congreso en la ejecución de la ley de presupuesto está incorporada en el proyecto. Tampoco se afecta la iniciativa exclusiva o el régimen presidencial establecido en la Constitución toda vez que las disposiciones impugnadas sólo imponen obligaciones de informar.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia el TC profundiza la idea de legitimidad de la Ley de Presupuestos como entidad de contenido regulatorio independiente y propio que ya había señalado en el caso Rol 254 (incorporado en el presente libro).

En esta sentencia el TC explícita el rol que tiene la Ley de Presupuestos como mecanismo de control del Gobierno, lo que ha dado origen a la denominada “batalla por el gasto público”.

Como se podrá ver la Ley de Presupuestos ha dejado de ser sólo un instrumento de asignación de ingresos y gastos, y se ha transformado en la más importante de las leyes que se discuten anualmente en el Congreso, donde está en juego el control y la rendición de cuentas del Gobierno.

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

Mediante presentación de fecha 30 de noviembre de 2010, complementada por la ingresada el día 7 de diciembre del mismo año, un grupo de 10 senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, han deducido ante esta Magistratura un requerimiento para que se declaren inconstitucionales “la Glosa 09, introducida por la Cámara de Diputados y aprobada por el Senado, mediante la indicación N° 8 a la Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), denominada “Encuesta INE” y “las Glosas N° 05 y 06, introducidas mediante indicación N° 29 A y 29 B, respectivamente, en la Cámara y aprobadas por el Senado, a la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), Capítulo 01, Programa 01; denominadas compromisos sobre ampliación del postnatal y eliminación de la cotización de salud del 7% de los pensionados”, todas ellas contenidas en el proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011 (Boletín 7226-05).

La nómina de senadores requirentes es la siguiente: Jovino Novoa Vásquez (designado como representante), Andrés Chadwick Piñera, Juan Antonio Coloma Correa, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Hernán Larraín Fernández, Pablo Longueira Montes, Evelyn Matthei Fonet, Jaime Orpis Bouchon y Víctor Pérez Varela.

A fojas 295 de los autos consta que el día 30 de noviembre de 2010 el Tribunal puso en conocimiento de S.E. el Presidente de la República la acción deducida.

Las glosas cuya constitucionalidad se cuestiona en este proceso disponen:

“09. La encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas.

La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”...

“05. A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales, que estén dentro del marco de sus competencias, relacionados con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”.

“06. A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales, que estén dentro del marco de sus competencias, relacionados con el cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”.

Los requirentes expresamente señalan que la eventual inconstitucionalidad de las aludidas glosas se fundamenta en el hecho de que fueron incorporadas al proyecto de ley de que se trata, en el primer trámite constitucional, por indicaciones de los diputados que se mencionan y no por la vía idónea prevista en la Ley Fundamental, vulnerándose, de esta forma, la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República y excediéndose, además, la idea matriz del mismo proyecto de ley, ambas cuestiones reguladas constitucionalmente.

Antes de entrar al fondo de la cuestión de constitucionalidad que se somete al conocimiento y resolución de este Tribunal, y como consideraciones de carácter general los requirentes se refieren en detalle a la tramitación legislativa de las reglas cuestionadas y a la oportunidad y forma en que diversos senadores formularon reserva de inconstitucionalidad a su respecto. Desarrollan también las características y principios básicos del régimen presupuestario indicando, en síntesis, que la Ley de Presupuestos sería una norma de carácter “temporal” y “sui generis” que tiene un contenido preciso y específico definido en la Constitución Política –en el artículo 67– y en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Se hace alusión, asimismo, al contenido del Mensaje con el que se inició la tramitación de este proyecto de ley, que contiene 24 artículos que, siguiendo las ideas matrices de esta clase de legislación, regulan el cálculo de ingresos y la autorización de gastos relativa a la ejecución del presupuesto y a la administración financiera del Estado. En este punto, recuerdan los requirentes que esta Magistratura Constitucional ha declarado que las expresadas constituyen las ideas matrices del proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, en su sentencia Rol 1005, de 2007 (considerando 12º).

Luego hacen hincapié en que como prioridades del correspondiente ejercicio presupuestario, el Mensaje definió las siguientes: a) Poner acento en el gasto social; b) Reforzar la seguridad ciudadana; c) Fortalecer a las regiones, y d) Poner un especial énfasis en la inversión.

Refiriéndose al deber de información que pesa sobre la Administración del Estado hacia el Congreso Nacional en materia presupuestaria y financiera, los requirentes, a su vez, aducen que “mediante glosas específicas, insertas en las distintas partidas de la ley de Presupuestos, se exigen (sic) a los diferentes ministerios entregar periódicamente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos (en su mayoría en forma trimestral) información respecto de los beneficiarios de diferentes programas, criterios de elección de éstos, monto de recursos asignados y la modalidad de asignación, individualización de proyectos beneficiados y de personas o entidades ejecutoras, y la distribución a nivel regional y comunal de los recursos ejecutados”. De esta forma, indican, lo que se le exige a la Administración es informar en materias ligadas exclusivamente con “el grado y forma de ejecución del gasto estimado en la respectiva ley”, lo que excluiría otro tipo de aspectos, como podrían ser las “promesas” o los “compromisos” de carácter político, que son adquiridos por “las autoridades del Ejecutivo”, pero que no tienen expresión o carácter normativo y que incluso pueden contemplar asuntos ajenos a la idea matriz y a la naturaleza de la ejecución presupuestaria.

Entrando al fondo de la cuestión que se plantea en el requerimiento de autos, los senadores requirentes plantean que las glosas impugnadas presentan los siguientes vicios de inconstitucionalidad de forma:

En primer lugar, se afirma que aquéllas excederían la idea matriz del proyecto de ley de que se trata, incumpléndose así lo dispuesto en el artículo 69 de la Carta Fundamental.

En esta parte del requerimiento se efectúa una síntesis de los pronunciamientos que esta Magistratura Constitucional ha emitido en torno al concepto de idea matriz del proyecto de ley de presupuestos, partiendo con la referencia a la sentencia de 19 de enero de 1972 y continuando con la más reciente dictada en el Rol 1005, de 24 de diciembre de 2007. Acuden, también, a la cita de doctrina especializada y de normas atinentes contenidas en el Decreto Ley N° 1.263, de 1975 (artículo 9º, entre otros).

Tomando esos antecedentes como base, señalan que el Presupuesto del Sector Público constituye “un cálculo anticipado de los ingresos y gastos de la nación” para el período de un año y que ésa, además, sería la idea matriz del proyecto de ley por medio del cual aquél se debe aprobar. Añaden que esa idea matriz o fundamental, a diferencia de la de otra clase de legislación, no es de libre determinación, sino que se encuentra fijada y circunscrita por la Constitución, en su artículo 67.

En razón de lo anterior concluyen que las glosas 05 y 06 impugnadas infringen la idea matriz de la Ley de Presupuestos prevista en la Constitución, pues no se encuentran referidas directamente a los ingresos o gastos públicos, sino que consagran un deber de informar relacionado con el cumplimiento de normas que tampoco tienen el carácter de disposiciones legales concretas y que se refieren a ciertos compromisos o metas programáticas asumidas por el Jefe de Estado para ser cumplidas durante su mandato, como son el de extender el descanso maternal hasta 6 meses después del parto y la eliminación del 7% de la cotización de salud para los pensionados. De esta forma, a juicio de los requirentes, se estaría utilizando indebidamente el proyecto de ley en examen como instrumento de control del cumplimiento de promesas asumidas por las autoridades políticas del país.

Se aduce asimismo que siendo el de Presupuestos un proyecto de ley que da origen a una ley anual, conforme a lo dispuesto en la Constitución, las glosas cuestionadas no debieran regular materias relacionadas con políticas públicas que se encuentran recogidas en otros cuerpos legales de carácter permanente, como efectivamente lo hacen. Se pone de relieve, en este aspecto, que cualquier iniciativa legislativa que diga relación con el permiso post natal, al que alude la glosa N° 05 impugnada, debiera verificarse en el ámbito del Código del Trabajo y del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo, de 1978, que establece el cálculo de subsidios, topes, requisitos de afiliación y cotización. Y, a su vez, cualquier proyecto de ley referido al 7% de cotización de salud debiera abordarse dentro de la regulación contenida en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en relación con el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005.

El segundo vicio de inconstitucionalidad de forma que denuncian los senadores requirentes consiste en que, al haber tenido origen en indicaciones parlamentarias que inciden en la administración financiera del Estado, en la modificación de normas de seguridad social y en la determinación de nuevos deberes y potestades para ciertos órganos públicos, las glosas impugnadas invadirían el ámbito de materias de iniciativa legislativa exclusiva presidencial, previsto en el inciso tercero y en los numerales 2° y 6° del inciso cuarto del artículo 65 de la Carta Fundamental.

Consta en autos que el requerimiento en examen fue admitido a tramitación por el Tribunal mediante resolución dictada el 9 de diciembre de 2010. Con fecha 7 de diciembre de 2010 ingresó al Tribunal una presentación suscrita por un grupo de 9 diputados en la que se solicitó al Tribunal declarar inadmisibles el requerimiento, argumentando su extemporaneidad.

Teniendo presente las consideraciones hechas valer en dicho escrito y examinada la acción deducida conforme a las exigencias constitucionales y legales pertinentes, por resolución fechada el 14 de diciembre pasado, el Tribunal declaró admisible el requerimiento formulado en autos y dispuso ponerlo en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados para que, dentro del plazo previsto en el artículo 67, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, hicieran llegar sus observaciones y los antecedentes que estimaren necesarios.

El Presidente de la República, en escrito de 19 de diciembre de 2010, suscrito, además, por el señor Ministro Secretario General de la Presidencia, formuló observaciones y acompañó antecedentes solicitando acoger la acción planteada. A su vez, como consta a fojas 899, el Tribunal ordenó tener presente las consideraciones que hizo valer la Cámara de Diputados, representada por su Presidenta, en escrito ingresado el día 20 de diciembre del año en curso, con el objeto de fundar la petición de que el requerimiento en examen sea rechazado en definitiva.

OBSERVACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA A FAVOR DEL REQUERIMIENTO MATERIA DE ESTE PROCESO CONSTITUCIONAL.

En su presentación el Jefe de Estado, básicamente, apoya la argumentación que han hecho valer los honorables senadores requirentes para justificar las inconstitucionalidades de forma que afectarían

a las glosas del proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011 que se han impugnado en el libelo y agrega que, a su juicio, también se configurarían vicios de inconstitucionalidad de fondo.

En concreto, en cuanto a las Glosas 05 y 06, denominadas ampliación del postnatal y supresión del 7% de salud de los pensionados, respectivamente, el Jefe del Estado sostiene que el deber de información que ellas establecen configura una extralimitación de atribuciones por parte del Congreso Nacional, en cuanto se entromete en las funciones que son propias del Presidente de la República en su calidad de “más poderoso colegislador” y de Jefe del Gobierno y de la Administración del Estado. En este sentido, se denuncia que las referidas glosas admiten que el Congreso Nacional intervenga en la formulación y en el diseño de políticas públicas, lo que sólo compete al Presidente de la República con la colaboración de sus Ministros de Estado, conforme a lo establecido en los artículos 24 y 33 constitucionales. Con ello se alteraría, asimismo, el régimen presidencial y el sistema de frenos y contrapesos entre las distintas funciones del Estado que se contemplan por la Carta Fundamental.

En segundo lugar, el Ejecutivo plantea que estas glosas “se han saltado” la etapa de formulación y discusión que es propia del procedimiento que ha de seguir el Presupuesto de la Nación y que se encuentra a cargo de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

En cuanto concierne a la Glosa 09, que ordena, como ya se ha señalado, que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana que el Ministerio del Interior debe practicar para determinar el nivel de victimización de los habitantes de cada comuna, para efectos de la asignación de recursos prevista en el respectivo programa, deba efectuarse por el Instituto Nacional de Estadísticas, el Presidente de la República denuncia que su inconstitucionalidad obedece a que, por una parte, vulnera los principios de eficiencia y eficacia que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 3º, 5º y 62, Nº 8º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con el inciso primero del artículo 8º de la Ley Fundamental, que consagra el principio de probidad.

Lo anterior, ya que el mencionado organismo público no tendría las “competencias específicas” para ejercer esa función, si se atiende a lo normado en el artículo 2º de su Ley Orgánica, contenida en la Ley Nº 17.374, y, además, denuncia que la ejecución de dicha tarea distraería recursos públicos, humanos y materiales, siempre escasos. En este punto, se pide considerar que durante la tramitación del proyecto de ley de que se trata, el Ejecutivo, sin éxito, tuvo la intención de incorporar una norma que establecía la externalización del desarrollo de esta encuesta, a antes privados previa competencia verificada dentro de un proceso de licitación, lo que, precisamente, perseguía optimizar el uso de los recursos públicos.

Por otra parte, se plantea que la Glosa 09 estaría viciada de inconstitucionalidad, toda vez que autorizaría al Estado para la realización de una actividad económica, pero sin los resguardos previstos en el artículo 19, Nº 21º, de la Carta Fundamental; en concreto, sin que esta materia se regule por ley aprobada con quórum calificado.

OBSERVACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN CONTRA DEL REQUERIMIENTO DEDUCIDO EN ESTOS AUTOS:

En su presentación, la Cámara de Diputados se refiere, en términos generales, a los caracteres del Presupuesto de la Nación como instrumento de planificación y programación, al carácter estimativo del presupuesto que converge en la flexibilidad en su ejecución y, también, a la Ley de Presupuestos propiamente tal, haciendo hincapié en su naturaleza especialísima, por su contenido y por las reglas que determinan su tramitación.

Alude también esa Corporación al concepto de “idea matriz” de un proyecto de ley, el cual, indica, se extrae del Texto Constitucional, de los “requisitos técnicos materiales que debe cumplir el acto legislativo para asegurar su eficacia y conveniencia”, como también de la jurisprudencia emanada de esta Magistratura Constitucional (STC de 19 de enero de 1972 y roles N.ºs. 254, 410 y 768).

En síntesis, expresa que la idea matriz o fundamental se incorporó al ordenamiento constitucional por la reforma aprobada en el año 1970, como una forma de evitar las llamadas “leyes misceláneas” y, en cuanto a su concepto, éste sería de carácter amplio y comprensivo de la representación intelectual del asunto que se quiere abordar o problema que se desea resolver con el proyecto de ley; por ende, la idea matriz, a juicio de la Cámara de Diputados, debe estar contenida en el Mensaje o Moción, respectivos. A su vez, argumenta que si las adiciones o indicaciones que se formulen durante la tramitación del proyecto de ley deben relacionarse y ajustarse a esta idea matriz en la forma de una “relación causal sincera”, ellas también han de considerarse para determinar cuál es la idea matriz propia del proyecto de ley de que se trate. Se agrega que para la determinación de la idea matriz de un proyecto de ley también habrá que acudir a la discusión general del mismo proyecto en que se apruebe la idea de legislar en la respectiva Cámara o al fundamento del veto presidencial si existiere y, en fin, a todo antecedente legislativo en que ella se deduzca.

La Cámara de Diputados también se refiere a la obligación de entrega de información que pesa sobre los órganos de la Administración del Estado, que se contiene en las leyes de presupuestos, la cual sería una concreción legal del principio constitucional de publicidad de las actuaciones públicas consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Ley Suprema.

Refiriéndose al fondo de la cuestión debatida en este proceso, el organismo afirma que las tres glosas del proyecto de ley de Presupuestos que se impugnan por los honorables senadores que suscriben el requerimiento se inscriben dentro del referido principio de publicidad e inciden directamente en dos de las cuatro prioridades que tiene el mismo proyecto, según el Mensaje que inició su tramitación legislativa: la seguridad ciudadana y la salud y, por consiguiente, no serían contrarias a la Carta Fundamental.

En particular, respecto de la Glosa 09 sobre seguridad pública, se señala que la realización de la encuesta de que se trata por parte del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) no fija una atribución o función a este organismo público ni tampoco interferiría en la disposición del gasto público, por cuanto el deber y la facultad de realizar encuestas ya se encuentran radicados en el mismo ente administrativo por disposición legal precisa contenida en la letra d) del artículo 2º de la Ley N.º 17.374 –orgánica de la entidad–. También se sostiene que esta Glosa debe ser analizada en conjunto con la signada con el N.º 8, que hace expresa mención a la victimización de los habitantes de la comuna, según datos que refleje la encuesta en cuestión realizada por el mismo Instituto.

Sobre las glosas 05 y 06, de la Partida 08 Ministerio de Hacienda, también cuestionadas en este proceso, la Cámara de Diputados expresa que éstas no hacen más que determinar la entrega de información, por parte de los entes públicos competentes, sobre dos materias que han estado presentes tanto en el programa del actual gobierno como en la exposición sobre el estado de la Nación que el Presidente de la República realizó ante el Congreso Nacional el pasado 21 de mayo. También tratan temas prioritarios del proyecto de ley de Presupuestos, conforme se declaró en su Mensaje. Por ello, no vulnerarían las ideas matrices o fundamentales del proyecto. El deber de información que establecen tales disposiciones que, como se ha señalado, responden a compromisos presidenciales, se inscribiría dentro de las normas sobre acceso a la información pública que buscan una mejor ejecución de los gastos y de la administración financiera del Estado; por lo tanto, la Cámara informante entiende que tales glosas no imponen, ni regulan y tampoco generan una iniciativa de gasto. Tampoco incidirían en materias de seguridad social, sino que lo que han

hecho los parlamentarios al formular la respectiva indicación al proyecto de ley es una “adición” conforme a la facultad que se les reconoce en el artículo 69 constitucional.

Se estima igualmente constitucional que el Congreso Nacional solicite información a la Administración del Estado, dentro del ejercicio presupuestario, ya que el acceso a la información pública tiene como objetivo el control de los gastos y, en particular, permite a ese organismo ejercer su rol como ente fiscalizador de los actos del gobierno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Carta Fundamental.

Finalmente, el Órgano Legislativo pide a esta Magistratura tener presente que para el año 2011 el Presupuesto de la Nación contempla, en la Partida Tesoro Público, los recursos necesarios para financiar tanto proyectos de ley que se encuentran en actual tramitación legislativa como también los que se requieran para los proyectos que el Ejecutivo contempla tramitar durante el referido año. Y que las glosas impugnadas, justamente, buscan precisar si el Ejecutivo financiará con cargo a dichos recursos tanto el término del 7% de cotización de salud para los pensionados como el aumento a 6 meses del post natal, o lo hará con otras fuentes de financiamiento. Se aduce que estas mismas glosas fueron incorporadas en otras partidas del mismo proyecto de ley, siendo aprobadas por amplias mayorías, como aparece en la sesión 100ª, páginas 152 y 173, cuya acta se acompaña a la presentación.

VISTA DE LA CAUSA:

Habiéndose traído los autos en relación y, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal a fojas 378, el día veintitrés de diciembre de dos mil diez se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y, previo anuncio escrito, los alegatos de la abogada Olga Feliú Segovia, por los senadores requirentes.

PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR SENTENCIA EN ESTE PROCESO CONSTITUCIONAL:

Por resolución fundada expedida el 23 de diciembre de 2010, el Tribunal amplió en diez días el plazo previsto en el inciso quinto del artículo 93 de la Constitución.

CONSIDERANDO:

I. Consideración previa:

Primero. Que, previamente, es preciso señalar que resulta innecesario entrar a dilucidar la naturaleza jurídica de las glosas de la Ley de Presupuestos, teniendo en cuenta su carácter complejo, dados los guarismos, partidas, ítems y demás clasificaciones presupuestarias que la conforman, por lo cual, para los efectos de resolver el presente conflicto constitucional, esta Magistratura estimará que las glosas forman parte de dicha ley y, por tanto, pueden ser objeto de requerimiento de inconstitucionalidad en los términos previstos en el N° 3° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución. Así se desprende, por lo demás, del fallo Rol 1005, de 2007, de este Tribunal, que señala en su considerando decimosegundo: “Que, como se aprecia, no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuestos se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado”; este mismo Tribunal ha precisado que “la voz indicación, referida a un proyecto de ley, comprende, para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación”. (Sentencias roles 259 y 271). Las glosas impugnadas fueron introducidas como indicaciones parlamentarias y fueron tratadas como tales por el Congreso Nacional y por el Poder Ejecutivo;

II. Respecto de la impugnación planteada en contra de la glosa 09, partida 05 (ministerio del interior), capítulo 01, programa 05 (seguridad y participación ciudadana):

Segundo. Que, en primer lugar, este Tribunal resolverá el requerimiento respecto de lo planteado sobre la Glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (Seguridad y Participación Ciudadana);

Tercero. Que, como ya se indicó en la parte expositiva de esta sentencia, la Glosa 09 impugnada dispone:

“La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas.

La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”;

Cuarto. Que, como consta en las actas de sesiones de la Cámara de Diputados, dicha Glosa 09 fue introducida por indicación N° 8 de los diputados señores Burgos, Harboe, Ortiz y Montes y de las diputadas señoras Sepúlveda y Pacheco, presentada en la Sala de la Cámara de Diputados, en Sesión N° 100. Asimismo, consta que dicha glosa, aprobada en la Cámara de Diputados luego de rechazarse la declaración de inadmisibilidad que había formulado la Presidenta de esa Corporación, dio origen a una indicación sustitutiva del Ejecutivo en el Senado, que fue rechazada. Al debatir la glosa 09 varios senadores hicieron expresa reserva de constitucionalidad;

Quinto. Que del análisis de la glosa impugnada se desprende que ella regula las siguientes materias: en primer lugar, establece quién deberá realizar la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana, ordenando que dicha tarea corresponderá al Instituto Nacional de Estadísticas; en segundo lugar, dispone la forma en que deberá efectuarse la distribución de los recursos de la Dirección de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, según el nivel de victimización de las comunas que arroje la encuesta del año anterior;

Sexto. Que, conforme al artículo 65 de la Constitución, las leyes pueden originarse por mensaje de Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores. Carecen de iniciativa legislativa todos los demás órganos del Estado. Los órganos facultados para dar inicio a la discusión de un proyecto de ley pueden, por regla general, hacerlo respecto de la generalidad de las materias propias de ley;

Séptimo. Que, sin perjuicio de la regla general enunciada en el considerando anterior, la Constitución establece que ciertas materias legislativas únicamente pueden ser de iniciativa del Presidente de la República, las cuales son enumeradas fundamentalmente en el artículo 65. Entre ellas se encuentra la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos;

Octavo. Que las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos, por lo que, como reglas de excepción de derecho estricto, deben ser interpretadas restrictivamente;

Noveno. Que la Constitución de 1925 consagraba la iniciativa exclusiva del Presidente de la República especialmente respecto de suplementos a partidas o ítems de la Ley General de Presupuestos. Al analizar los fundamentos de esta limitación a la iniciativa legislativa, la doctrina señala: “A poco andar el sistema legislativo diseñado por el constituyente de 1925, se advirtió que los parlamentarios no eran capaces de sustentar o apoyar una conducción económica pública unitaria. En efecto,

los intereses de cada congresal movían a promover iniciativas legales con impacto económico siguiendo las necesidades particulares de cada clientela política. Para un Poder Ejecutivo deseoso de invertir recursos fiscales en programas de desarrollo técnicamente planificados, este casuismo económico representaba el creciente alejamiento de la posibilidad de llevar adelante una gestión de gobierno exitosa. De allí que ya a mediados de los años treinta el Presidente comience a reclamar la aprobación de una reforma constitucional que acabe con la iniciativa económica de los parlamentarios”. (ALDUNATE L., EDUARDO; BRONFMAN V., ALAN, CORDERO Q., EDUARDO: Informe Final del Estudio “Actualización de Normas y Prácticas Parlamentarias”, encargado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2009);

Décimo. Que la iniciativa exclusiva del Presidente de la República fue fortalecida en las reformas constitucionales de 1943, durante el mandato del Presidente Juan Antonio Ríos, que agregó a las materias de iniciativa exclusiva: 1) la alteración de la división política o administrativa del país; 2) la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados; y 3) la concesión o aumento de sueldos y gratificaciones al personal de la administración pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

El Presidente Jorge Alessandri intentó ampliar su radio de acción, lo que sólo se logró por insistencia del Presidente Eduardo Frei Montalva en el año 1970, aprobándose una reforma constitucional en que las nuevas materias reservadas correspondían a: 1) suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; 2) fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada; 3) fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; 4) establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; 5) conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios económicos; y 6) condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia;

Decimoprimer. Que la Constitución de 1980 mantuvo, con algunos ajustes, las materias de iniciativa exclusiva. A ellas agregó las siguientes: 1) todos los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos; 2) contratar empréstitos o celebrar otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos; 3) establecer modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; 4) fijar normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión; 5) fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él;

Decimosegundo. Que, como se aprecia de la evolución constitucional reseñada, ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado;

Decimotercero. Que las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar,

asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que “el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo ‘el gobierno y la administración del Estado’, quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24)”. (FERMANDOIS V., ARTURO Y GARCÍA G., JOSÉ: “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297). Este punto adquiere particular relevancia tratándose de la Ley de Presupuestos, que contiene una estimación de los ingresos y gastos del sector público en un año determinado. La historia política y constitucional del país demuestra la importancia que tiene la discusión parlamentaria de esa ley al entrar en juego las atribuciones de ambos poderes colegisladores;

Decimocuarto. Que, por otra parte, las normas sobre iniciativa exclusiva previstas en la Constitución son hechas operativas por el artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que en sus incisos segundo y tercero señala: “No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos.

En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República”.

De ahí que las materias de iniciativa exclusiva no sólo importen la imposibilidad de que los parlamentarios ingresen proyectos de ley sobre tales materias, sino también la imposibilidad de que éstos presenten indicaciones que incidan en ellas;

Decimoquinto. Que, concordante con las disposiciones citadas, el artículo 46 de la Constitución prescribe que ambas ramas del Congreso Nacional “concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución”, lo que resulta especialmente relevante para los trámites de aprobación de la Ley de Presupuestos, pues ella presenta características especiales. Como ha señalado este Tribunal, “la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República” (C. 21°, STC Rol 254), según se puede desprender del artículo 67 de la Constitución;

Decimosexto. Que las materias sobre administración financiera o presupuestaria del Estado son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, conforme lo prescribe el inciso tercero del artículo 65 de la Constitución. Tal como lo recuerda Alejandro Silva Bascuñán, la Constitución actual no estableció explícitamente la necesidad de que se dictara una ley orgánica para fijar las bases del régimen presupuestario. Al hacerlo tuvo en cuenta la existencia del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, el cual ha sido modificado en dos oportunidades posteriores a 1990.

El Decreto Ley N° 1.263, de 1975, sirve para precisar el concepto de administración financiera o presupuestaria del Estado usado por la Constitución, el cual va más allá de lo monetario y cambiario. En su artículo 5° establece que: “El sistema presupuestario estará constituido por un programa financiero de mediano plazo y por presupuestos anuales debidamente coordinados entre sí.

Tanto en el programa financiero como en el presupuesto se establecerán las prioridades y se asignarán recursos globales a sectores, sin perjuicio de la planificación interna y de los presupuestos que corresponda cobrar a los servicios integrantes”.

Luego, su artículo 6° establece que: “Se entiende por administración de fondos, para los efectos de este decreto ley, el proceso consistente en la obtención y manejo de los recursos financieros del Sector Público y de su posterior distribución y control, de acuerdo a las necesidades de las obligaciones públicas, determinadas en el presupuesto.

El sistema antes citado operará sobre la base de recaudaciones y de asignaciones globales de recursos, las que se efectuarán a través de la Cuenta Única Fiscal, abierta en el Banco del Estado de Chile, formada por la cuenta principal y las subsidiarias.

La cuenta principal se destinará al ingreso de las recaudaciones y al egreso de los giros globales. Estos últimos deberán depositarse en las cuentas subsidiarias pertenecientes a los respectivos servicios”;

Decimoséptimo. Que corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que la Glosa 09 de la Ley de Presupuestos para 2011, aprobada por el Congreso Nacional, corresponde a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no obstante lo cual fue incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria;

Decimoctavo. Que lo anterior es evidente, toda vez que la Glosa 09 impugnada se refiere a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana.

Decimonoveno. Que, de esta manera, la referida glosa es una norma destinada a regular la administración de fondos en los términos previstos por el artículo 6° del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado;

Vigésimo. Que, en consecuencia, la Glosa 09 impugnada por el requerimiento es inconstitucional y así se declarará;

Vigesimoprimer. Que, resuelto el conflicto constitucional sometido a este Tribunal de la manera señalada, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto de vicios distintos a aquellos que se han mencionado en los considerandos anteriores y que fueron alegados en autos, como una eventual vulneración a los principios de eficacia y eficiencia de la Administración Pública en relación con el de probidad establecido en el artículo 8° de la Constitución, así como una hipotética vulneración del artículo 19, N° 21°, de la misma Carta;

III. Respecto de la impugnación planteada en contra de las glosas 05 y 06 de la partida 08 (Ministerio de Hacienda):

A. La impugnación.

Vigesimosegundo. Que el requerimiento también impugna dos glosas, contenidas en la partida del Ministerio de Hacienda (Partida 08), en el Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 01 (Secretaría y Administración General), signadas con los números 05 y 06.

La glosa 05 señala lo siguiente:

“05. A más tardar el día 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”.

La glosa 06, por su parte, dispone lo siguiente:

“06. A más tardar el día 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”;

Vigesimotercero. Que la impugnación respecto de ambas glosas radica, en primer lugar, en que se excede la idea matriz del presupuesto. La idea matriz, se sostiene, es la que sustenta o en la que se apoyan las ideas secundarias o derivadas. Tratándose de la Ley de Presupuestos, la idea matriz está fijada por la Constitución y se refiere a ingresos y gastos. No obstante, puede haber materias relativas a la administración financiera del Estado, en la medida que tengan relación directa con dicha idea. Sin embargo, estas glosas no regulan ni gastos ni ingresos. Se refieren a compromisos que no tienen expresión normativa; son planes; compromisos futuros, hipotéticos o eventuales. Además, dichas glosas obligan a informar sobre compromisos cuya concreción es propia de leyes permanentes, no de una ley anual como la de Presupuesto.

En segundo lugar, se dice que dichas glosas invaden la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia presupuestaria, pues fueron presentadas por diputados durante la tramitación de la Ley de Presupuestos. Dicha invasión se produce, por una parte, porque se consagra un nuevo deber de informar, no reconocido en nuestro sistema. Por la otra, inciden en deberes de seguridad social, pues tienen que ver con el descanso de la maternidad y la supresión de la cotización del 7% para los pensionados del país;

Vigesimocuarto. Que el Presidente de la República, a pesar de no haber requerido, en sus observaciones de fecha 19 de diciembre en curso, que rolan a fojas 386 y siguientes, también sostiene la inconstitucionalidad de estas glosas. En primer lugar, porque se excede con ellas la idea matriz del presupuesto, toda vez que los compromisos programáticos del Presidente de la República no son parte de esta ley. La Ley de Presupuestos no es la vía idónea para controlar estos compromisos. Además, abordan materias propias de leyes permanentes.

En segundo lugar, el Presidente sostiene que se afecta su iniciativa exclusiva porque se establece una nueva función o atribución para el Ministerio de Hacienda, en el sentido de informar compromisos de carácter político, futuros, hipotéticos o eventuales. El Ejecutivo, durante la tramitación de la respectiva ley, buscó suprimir estas glosas, incorporadas en la Cámara, presentando las respectivas indicaciones en el Senado. Sin embargo, éstas fueron rechazadas.

En tercer lugar, a juicio del Ejecutivo, hay otros instrumentos más idóneos para canalizar los deberes de información, que no desvirtúan la Ley de Presupuestos. En este sentido se orientan el Mensaje a la Nación del 21 de mayo de cada año (artículo 24 de la Constitución); las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos de los respectivos Ministerios (artículo 37 constitucional); las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados (artículo 52 de la Ley Fundamental); la solicitud de información a los órganos de la administración (Ley N° 18.918, artículos 9° y siguientes).

En cuarto lugar, el Presidente sostiene que se quebranta el régimen presidencial con estas glosas, de un lado, porque el Congreso Nacional pasa a intervenir en la formulación, estudio o elaboración de políticas públicas, rol que de acuerdo al mandato del artículo 24 de la Constitución le corresponde únicamente al Presidente de la República. Del otro, porque se obliga a informar sobre compromisos presidenciales incluidos en su agenda programática, que aún no se manifiestan en medidas concretas.

Finalmente, el Ejecutivo afirma que mediante las glosas se afecta el proceso de elaboración presupuestaria, pues ellas se saltaron la etapa de formulación y discusión;

B. Examen de las glosas impugnadas

Vigesimoquinto. Que, para hacernos cargo de dichas objeciones, partiremos por analizar las glosas cuestionadas.

En primer lugar, éstas establecen una obligación. Ella está definida por los siguientes elementos. Por de pronto, establece un sujeto pasivo, pues quien debe informar es la Subsecretaría de Hacienda. Enseguida, se establece un sujeto activo, ya que la información debe ser remitida a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, no a la Cámara ni al Senado ni a las Comisiones de Hacienda de dichas corporaciones. A continuación, se establece un plazo: la obligación de informar debe hacerse a más tardar el 31 de marzo de 2011. Nada impide que se haga antes. Se trata de un acto único, en el sentido de que, entregada la información, se entiende cumplida la obligación.

En segundo lugar, estas glosas establecen un deber de informar. Este deber está acotado a través de distintas variables. Desde luego, es un mero deber de informar. La glosa no establece que la Subsecretaría de Hacienda deba comprometerse a algo más que comunicar. Por lo mismo, cabe perfectamente que sostenga que no tiene contemplado avanzar en esta materia durante el año 2011. Los proyectos de ley que su ejecución pueda conllevar, son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Asimismo, la información que debe proporcionar la Subsecretaría es sólo respecto de lo que esté “dentro del marco de sus competencias”. Es decir, lo que tenga que ver con compromisos financieros. Recordemos que la Dirección de Presupuestos, como organismo técnico encargado de proponer la asignación de recursos financieros del Estado (artículo 15 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975), se inserta orgánicamente como un servicio dependiente de esta Subsecretaría (D.S. N° 4727/1957, Hacienda, artículo 6°). También la glosa obliga a informar respecto de lo realizado (“líneas de acción desarrolladas”), de un itinerario posible para materializar el compromiso (“cronograma de implementación”), y la manera en que se tiene pensado llevar a cabo el compromiso (“aspectos técnicos generales”). Sin embargo, dicha información no es vinculante ni para el Ejecutivo ni para el Congreso. Ello implica, por una parte, que el Ejecutivo puede cambiar dicho cronograma y la modalidad de materializarlo. Por la otra, la glosa no establece un deber de materializar los compromisos, ni de llevarlos a cabo. Finalmente, este deber se acota por el área de cada glosa. En una (la 05), el deber de informar se relaciona “con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto”. En la otra (la 06), se refiere al “cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país”.

En tercer lugar, las glosas no establecen una manera específica de materializar este deber de información. Por ejemplo, no se exige la concurrencia personal del Subsecretario. Por lo mismo, puede cumplirse por un mero oficio.

En cuarto lugar, las glosas reconocen expresamente que tanto la extensión del descanso de maternidad como la eliminación del 7% no son obligaciones, sino que un “compromiso presidencial”. Es decir, palabra dada durante la campaña presidencial;

C. Consideraciones sobre el presupuesto.

Vigesimosexto. Que, antes de entrar a analizar las objeciones formuladas en el requerimiento, es necesario realizar algunas precisiones sobre el presupuesto.

En primer lugar, el presupuesto es una ley; una ley especial; pero es mucho más que una ley. Es uno de los principales instrumentos de política económica que tiene un gobierno. Por de pronto, porque en él se delinean los ingresos y gastos de los órganos del Estado para un año calendario. Ello revela un programa de acción y orienta conductas económicas. Enseguida, porque es una enorme cantidad de recursos, que en la actualidad supera los 50 mil millones de dólares; ello equivale a

prácticamente un cuarto del PGB del país. Además, el gasto público implica materializar obras (hospitales, caminos, cárceles, viviendas sociales); realizar prestaciones en salud, educación; pagar subsidios, subvenciones, remuneraciones, devolución de impuestos, etc. Esta Magistratura ha señalado que es una herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas (STC 254/97). Asimismo, es un complejo mecanismo que armoniza la recaudación y el gasto, es decir, el retiro de dinero de la economía (los ingresos que lo componen) y la reinserción del mismo vía gasto público.

En segundo lugar, esta Magistratura ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la Ley de Presupuestos, destacando que ésta requiere una interpretación flexible, racional y lógica, a fin de que su operatividad no se vea congelada. Por ello validó que la legalidad presupuestaria fuera atenuada y flexible, entregando al Ejecutivo todas las potestades indispensables para que pudiera llevarla a cabo (STC Rol 254/1997).

En tercer lugar, como consecuencia de que al Presidente se le encarga el gobierno y la administración del Estado (artículo 24, Constitución), el Ejecutivo goza de enormes poderes respecto de la Ley de Presupuestos. Por de pronto, a él le corresponde prepararlo y ejecutarlo. El Congreso sólo interviene en su aprobación. Enseguida, dicha fase de aprobación es restringida, por una parte, porque hay asuntos que ni siquiera van a discusión al Congreso, como la estimación del rendimiento de los recursos. Por la otra, porque el Congreso no puede más que aceptar, disminuir o rechazar lo que el Presidente le proponga. Y no puede reducir los gastos establecidos en leyes permanentes. Asimismo, si el Congreso aprueba un gasto desfinanciado, al promulgar la ley el Presidente puede reducir proporcionalmente los gastos que no cuenten con el debido financiamiento.

Finalmente, el Congreso tiene un plazo limitado para su análisis: sesenta días desde su presentación.

No obstante lo anterior, estas potestades del Ejecutivo no pueden interpretarse sin considerar el rol del Congreso Nacional. Desde luego, porque al Congreso Nacional le corresponde aprobar el presupuesto. Ésta no es una función menor ni carente de significado. Ambas Cámaras, con las mayorías respectivas, deben pronunciarse favorablemente para que haya un presupuesto aprobado formalmente y no por silencio. Enseguida, el Congreso dispone de la potestad de disminuir o rechazar los gastos. Al ejercerla, obliga al Ejecutivo a iniciar conversaciones para reponer lo rebajado y atender los requerimientos parlamentarios que fundan dicha rebaja;

Vigesimoséptimo. Que, en cuarto lugar, para nadie es un misterio que la aprobación de la Ley de Presupuestos es un ejercicio de negociación política que tiene dos etapas. Una se lleva a cabo antes de su envío. Todos los organismos del sector público tienen que presentar sus propuestas de ingresos y gastos a la Dirección de Presupuestos, de acuerdo al calendario que ésta determine (artículo 13 del D.L. N° 1.263). Esta repartición, en conjunto con el Ministro de Hacienda, el Ministro sectorial respectivo y el Presidente de la República, definen los gastos que en definitiva serán propuestos para cada órgano al Congreso Nacional, de acuerdo a los recursos disponibles y a los objetivos, metas y prioridades de cada gobierno. La segunda etapa se lleva a cabo entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. El presupuesto es aprobado luego de conversaciones y diálogos formales e informales, en que se llega a acuerdos, transacciones y compromisos, que se reflejan en indicaciones y protocolos complementarios a la ley. Dicha negociación no tiene nada de malo o espúreo; es la consecuencia de que la facultad de aprobación radica en un órgano plural y representativo de la sociedad. Además, dicha negociación se realiza de un modo transparente, en que sus avances y retrocesos, si bien pueden escapar al ciudadano común, no escapan a la atenta mirada de un observador avezado. A fin de que esta negociación no se dilate, existe el plazo de sesenta días para que el Congreso despache el presupuesto.

Como consecuencia de lo anterior, las potestades con que la Constitución dota al Ejecutivo no pueden interpretarse estáticamente y descontextualizadas de la realidad en que operan. Es más,

considerarlas de manera binaria, es decir, que el rol del Congreso se limite a aceptar o rechazar, puede llevar a rigidizar el proceso de negociación de esta importantísima ley;

Vigésimoctavo. Que, en quinto lugar, producto de este ejercicio de negociación y a pesar de las enormes potestades del Ejecutivo, el Congreso Nacional ha logrado avanzar en materia de información del gasto público.

En efecto, progresivamente nuestro ordenamiento jurídico ha establecido mayores deberes de información a favor del Congreso Nacional en materia presupuestaria. Ello se refleja de varias maneras.

Primeramente, en la propia Ley de Presupuestos. Si se analizan las leyes de presupuestos desde el año 1990 en adelante, se observa que el actual artículo 15, que obliga a entregar una serie de informes al Congreso, recién aparece en el presupuesto del año 1995. Los presupuestos de los años 91 (Ley N° 19.012), 92 (Ley N° 19.103), 93 (Ley N° 19.182) y 94 (Ley N° 19.259) no contemplaban una normativa de esta naturaleza. Dichos deberes de información, sin embargo, fueron tímidos al principio. El artículo respectivo, cuya numeración varía de ley en ley, no tenía en un principio más que cuatro incisos. Entre el presupuesto del año 1995 (Ley N° 19.356) y el presupuesto del año 2002 (Ley N° 19.774), estos cuatro incisos permanecen estables. Es a partir del presupuesto del 2003 (artículo 18, Ley N° 19.842) que los incisos comienzan a aparecer más intensamente: cinco en el presupuesto del 2003; ocho en el del 2004 (artículo 14, Ley N° 19.915), 2005 (artículo 14, Ley N° 19.986) y 2006 (artículo 16, Ley N° 20.083); once en el presupuesto del 2007 (artículo 15, Ley N° 20.141); doce en el presupuesto del 2008 (artículo 15, Ley N° 20.232); trece en el 2009 (artículo 15, Ley N° 20.314); quince en el de 2010 (artículo 15, Ley N° 20.481). Cada inciso o numeral equivale a una obligación específica de informar al Congreso Nacional.

Enseguida, estos mayores deberes de información se reflejan en el carácter permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto, que le dio la Ley N° 19.875, el año 2003. Con anterioridad a esta normativa, dicha Comisión agotaba su trabajo informando a la Cámara y al Senado, para efectos de su aprobación, el contenido del proyecto de ley anual de presupuestos. A contar de la Ley N° 19.875, esta Comisión se hizo permanente, en el sentido de que sigue funcionando después de despachado el presupuesto. Además, se le dio un propósito: “realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario”. Para tal efecto, puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria proporcionada por el Ejecutivo”.

Asimismo, estos mayores deberes de información se expresan en que por modificaciones introducidas a la Ley de Administración Financiera del Estado, el año 2003, por la Ley N° 19.896, el Ministerio de Hacienda está obligado a enviar al Congreso Nacional los resultados de los informes que se emitan por aplicación de las evaluaciones que empresas auditoras realicen de los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo institucional que año a año se definan en la Ley de Presupuestos (artículo 52, D.L. N° 1.263).

A continuación, estos mayores deberes de información del Ejecutivo al Congreso Nacional se trasuntan en las glosas de la Ley de Presupuestos. Éstas también establecen deberes de información asociados a ciertos gastos. De hecho, en la Ley de Presupuestos del año 2011 se contemplan varias glosas equivalentes a las impugnadas. Así, en el Ministerio de Educación, se contempla la de informar sobre la forma de resolver el problema de la deuda histórica con el Magisterio (Partida 09, Capítulo 01, Programa 01, Glosa 16); en el de Salud, se obliga a informar las metas de reducción de las listas de espera (Partida 16, Capítulo 09, Programa 01, Glosa 16). Dichas glosas no fueron objetadas en el presente requerimiento. Y en cada Partida de la Ley de Presupuestos se

observan glosas destinadas a que órganos de la administración informen al Congreso sobre el gasto autorizado;

Vigesimonoveno. Que estos deberes de información que el legislador diseña a propósito de la ejecución presupuestaria, son distintos y separados del resto de las obligaciones de información que regula nuestro sistema, como la que se enmarca dentro de las facultades fiscalizadoras de la Cámara (artículo 52, N° 1, letra a), inciso segundo, así como letras b) y c)); de las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para “informarse sobre asuntos que, perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes secretarías de Estado, acuerden tratar” (artículo 37) o de los informes y antecedentes específicos que los parlamentarios o las comisiones pueden solicitar a los órganos de la administración del Estado, en virtud de los artículos 9° y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Ley N° 18.918). En ello, el legislador sigue la lógica de la Constitución, de diseñar instrumentos específicos para la Ley de Presupuestos.

Sin embargo, estos instrumentos tienen elementos comunes. Por una parte, los que se encuentran en la Constitución (artículos 37 y 52) fueron incorporados por la reforma constitucional del 2005. Por la otra, todos tienen que ver con información que el Ejecutivo debe entregar al Congreso. En efecto, las sesiones especiales son para que las Cámaras puedan “informarse” sobre lo que están realizando los distintos ministerios (artículo 37). En materia de fiscalizaciones, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, “podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno” (artículo 52 N° 1, letra a)). La interpelación es para “formularle preguntas” a un Ministro de Estado en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo, estando obligado éste a asistir y “responder las preguntas y consultas que motiven su citación” (artículo 52, N° 1, letra b)). Y las comisiones investigadoras son para “reunir informaciones relativas a determinados actos del gobierno”. Y los funcionarios que sean citados a ellas deben “suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten” (artículo 52, N° 1, letra c)).

Incluso en un ámbito tan exclusivo para el Presidente de la República como es conducir las relaciones internacionales, la reforma del 2005 obliga a éste a que cuando someta a aprobación del Congreso los tratados, informe a éste “sobre el contenido y alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle” (artículo 54 N° 1).

La información, por tanto, ha sido considerada por el constituyente como un elemento indispensable para que el Congreso pueda cumplir su tarea;

Trigésimo. Que no es extraño, entonces, que estos deberes de información permitan afirmar que se ha configurado un nuevo principio que regula al presupuesto. Además de los clásicos de legalidad (no se puede gastar sin autorización previa), equilibrio presupuestario (los gastos deben corresponder a los ingresos, sin que pueda haber gastos desfinanciados), preponderancia del Ejecutivo (iniciativa exclusiva, reducidas potestades del Congreso, exclusividad en la ejecución), anualidad (presupuesto dura un año), unidad (un solo presupuesto para todo el sector público), universalidad (todos los ingresos y todos los gastos que efectúa el Estado se reflejan en el presupuesto; por excepción cabe el tributo de afectación) y especialidad (fecha de presentación y de despacho definidas, tramitación distinta al resto de las leyes, publicación en el Diario Oficial de sólo un resumen de ella, modificación vía potestad reglamentaria), existe ahora el de transparencia. Éste obliga al Ejecutivo a entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional;

Trigesimoprimer. Que dicho principio ha sido instaurado paulatinamente, en las sucesivas leyes de presupuesto o en modificaciones legales específicas, como la incorporación permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, hecha por la Ley N° 19.875; o la remisión al Congreso Nacional de los informes de evaluación de programas sociales, de fomento productivo y desarrollo institucional que se determinen año a año, contemplada por la Ley N° 19.896.

Este principio revela una tendencia que se enmarca dentro del giro que significó la reforma constitucional del 2005 para los órganos del Estado, con la instauración del artículo 8°. Esto obliga a la publicidad de sus actuaciones. Complementando dicha regulación, la ley (Ley N° 20.285) configuró un derecho de acceso a la información pública, que puede invocar cualquier persona. Si bien este derecho es configurado por el legislador respecto a la relación que deben tener con las personas los órganos del Estado, ello no obsta a que la publicidad y la transparencia también sean predicables respecto de las relaciones entre órganos del Estado;

Trigesimosegundo. Que, además, dicha instauración revela un proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo, extremadamente delicado, que esta Magistratura, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos.

Las normas que han ido estructurando este principio fueron el resultado de iniciativas del Ejecutivo concordadas con el Congreso o de iniciativas parlamentarias que contaron con el asentimiento del Ejecutivo;

Trigesimotercero. Que la consolidación de este principio sólo es comparable con las sucesivas restricciones que distintas leyes de presupuesto fueron incorporando a la posibilidad del Ejecutivo de modificar la Ley de Presupuestos por decreto. Regulada esta posibilidad en los artículos 26 y 26 bis del D.L. N° 1.263, en los artículos 4° de los presupuestos, a partir del año 1994, con la Ley N° 19.259, las leyes de presupuestos fueron restringiendo esa facultad general, agregando nuevas prohibiciones;

D. Las glosas impugnadas no exceden la idea matriz del presupuesto

Trigesimocuarto. Que, luego de efectuadas las precisiones anteriores, estamos en condiciones de analizar la primera objeción que se formula en el requerimiento a estas glosas, es decir, que excederían la idea matriz del presupuesto. Estas, se sostiene, no cabrían en la idea que sustenta esta ley especial;

Trigesimoquinto. Que esta Magistratura no comparte dicha argumentación. En primer lugar, porque ambos compromisos implican, de materializarse, proyectos de ley. Su elaboración supone estudios, informes, destinación de personal a su elaboración. Es decir, implican gastos. Gastos e ingresos son parte de la idea matriz del presupuesto tal y como se desprende del artículo 67 de la Constitución y de lo afirmado por este Tribunal en sentencia Rol 1005.

Si, por el contrario, el Ejecutivo informa que no tiene contemplado durante el año 2011 avanzar en estos compromisos, se entiende que no usará recursos presupuestarios destinados a tal efecto;

Trigesimosexto. Que, en segundo lugar, la propia Ley de Presupuestos contiene un artículo (el 15) que obliga a la Dirección de Presupuestos a proporcionar una serie de informes y documentos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. La obligación de entregar información está incorporada, entonces, en la idea matriz del presupuesto. De hecho, este artículo era parte del Mensaje con que el Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el proyecto de ley de presupuestos. Incluso, en el mismo Mensaje, se indicaba que el proyecto “refleja una nueva forma de gobernar, caracterizada por la responsabilidad y transparencia en el uso de los recursos de todos los chilenos”.

Mal puede afirmarse, entonces, que estas glosas excedan la idea matriz del Presupuesto;

E. Las glosas impugnadas no afectan la iniciativa exclusiva del presidente de la república

Trigesimoséptimo. Que la segunda objeción que se formula a las glosas es que éstas invadirían la iniciativa exclusiva en materias de ley del Presidente de la República, al establecer un deber de información a la Subsecretaría de Hacienda, es decir, se estaría estableciendo una potestad pública;

Trigesimoctavo. Que tampoco comparte esta Magistratura dicha argumentación. En primer lugar, porque el deber de información que establecen las glosas no es radicalmente distinto del establecido a favor de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, la que, como ya se indicó, puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria”. En este sentido, no es una atribución innovativa, que modifique radicalmente el ordenamiento jurídico vigente;

Trigesimonoveno. Que, en segundo lugar, es importante señalar que la Ley N° 19.875, que incorporó la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, de modo permanente en el funcionamiento del Congreso Nacional, fue producto de una moción parlamentaria de los entonces senadores E. Boeninger, A. Foxley, C. Ominami y del actual senador J. García y de la senadora E. Matthei (Boletín N° 3051-07).

Cuando esta Magistratura ejerció el control de constitucionalidad de dicha iniciativa, mediante la sentencia Rol 372/2003, no formuló reproche alguno sobre el hecho de que se haya generado mediante iniciativa parlamentaria, declarando expresamente que sus disposiciones no eran contrarias a la Carta Fundamental.

Ello se ve ratificado en el examen de constitucionalidad realizado por esta Magistratura con ocasión de la modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional (STC Rol 1602/2010), en que las solicitudes de información que pueden formular las comisiones o los parlamentarios a los órganos de la administración, de acuerdo a los artículos 9° y siguientes, fueron producto de indicaciones del Ejecutivo adicionales o modificadas por los parlamentarios, o de indicaciones parlamentarias. Tampoco en esta oportunidad se formuló reproche.

En este sentido, este Tribunal tiene un criterio en orden a que la solicitud de información del Congreso Nacional al Ejecutivo no es un asunto materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

Cuadragésimo. Que, en tercer lugar, estos deberes de información equilibran adecuadamente las enormes potestades del Ejecutivo en materia de gastos, sin ponerlas en entredicho, con las limitadas potestades del Congreso.

En efecto, por de pronto, estos deberes de información no implican una intervención en la administración de las finanzas públicas que le corresponde al Presidente de la República (artículos 24 y 32, N° 20). Por una parte, porque no obligan a nada distinto que no sea transferir dichos antecedentes. Ni siquiera dicha información vincula al Congreso o al Ejecutivo. Ella sólo busca que el Congreso pueda conocer la forma en que el Ejecutivo está ejecutando el gasto y asegurarse de que esa ejecución sea concordante con lo que aprobó en su momento. Distinto es que esa información pueda servir para que el Congreso haga uso de otras potestades, en el caso de que considere que dicha ejecución no supera sus expectativas. Por la otra, porque no afecta el proceso de ejecución del gasto. Dicha entrega no afecta la recaudación, la inversión, el ritmo del gasto, el manejo de los recursos financieros del sector público ni su distribución y control (artículo 6°, D.L. N° 1.263). Tampoco implica inmiscuirse en la elaboración del presupuesto. Eso sigue siendo resorte del Ejecutivo. Ni significa, finalmente, un aumento o un nuevo gasto;

Cuadragésimoprimer. Que, enseguida, la propia legislación actual establece que solicitar, recibir, sistematizar y examinar información relativa a la ejecución presupuestaria no puede implicar “ejercicio de funciones ejecutivas, o afectar las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, o realizar actos de fiscalización” (artículo 19, inciso final, Ley Orgánica del Congreso Nacional);

Cuadragésimosegundo. Que, asimismo, tampoco produce esa interferencia el hecho de que un ciudadano cualquiera solicite a la Administración, en ejercicio de su derecho de acceso a la in-

formación, copia de ciertos actos o resoluciones que ésta haya emitido. Mal puede, entonces, considerarse que la obligación de entregar cierta información por el Ejecutivo al Congreso produzca dicha distorsión. El Congreso Nacional representa al pueblo (artículo 5º, inciso primero, de la Constitución) en la democracia representativa diseñada por ésta (artículos 4º, 47 y 49). No puede, por tanto, tener un status desfavorable en relación al simple ciudadano, al momento de acceder a la información del Estado;

Cuadragesimotercero. Que, además, no hay que olvidar que aquí estamos analizando una glosa que establece una potestad en favor del Congreso Nacional y no de un órgano de la administración del Estado. En este último caso, esto es, si la atribución fuese asignada a un órgano administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 65, inciso cuarto, N° 2º, de la Constitución, regiría la iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

Cuadragesimosuarto. Que, de este modo, la entrega de información relativa al gasto público es un mecanismo adecuado y proporcional a favor del Congreso, frente a las enormes potestades que el Ejecutivo tiene en materia presupuestaria, que articula una sana relación entre dichos órganos. Dicha entrega no implica ni interferir, ni entorpecer, ni entrometerse en la administración financiera del Estado. Es decir, no desnaturaliza la relación entre ambos órganos del Estado. Respeta, por tanto, el principio de interpretación de corrección funcional;

F. Las glosas impugnadas no quebrantan el régimen presidencial

Cuadragesimoquinto. Que un tercer reproche que se formula a las glosas se refiere a que quebrantarían el régimen presidencial porque juridifican compromisos presidenciales e intervienen en la formulación, estudio o elaboración de políticas públicas.

Tampoco comparte esta Magistratura dicha afirmación. En primer lugar, porque el régimen presidencial es configurado a nivel constitucional, no a nivel presupuestario. Los elementos centrales del régimen presidencial permanecen incólumes, pues el Presidente es electo por la ciudadanía, no por el Congreso, y dura un período fijo (artículos 26 y 30); los Ministros son de la exclusiva confianza del Presidente (artículos 32, N° 7, 52, 57, N° 1, y 59); el Presidente de la República no puede disolver la Cámara ni el Senado (artículos 47 y 49);

Cuadragesimosexto. Que, en segundo lugar y como ya se indicó, las glosas impugnadas sólo obligan a informar sobre ciertos compromisos programáticos. No obligan a materializarlos o a llevarlos a cabo dentro del año presupuestario. La forma en que ello se materialice en determinada política pública y el itinerario de su implementación es algo que sigue siendo de resorte exclusivo del Ejecutivo. En su momento, el Ejecutivo enviará, si así lo estima pertinente, los respectivos proyectos de ley y el Congreso se pronunciará sobre ellos.

El hecho de que se obligue al Ejecutivo a informar sobre estos compromisos programáticos en la Ley de Presupuestos obedece, como ya se indicó, a que éstos pueden implicar gastos, tanto en su etapa de formulación (estudios, informes) como en su etapa de ejecución. Dichos compromisos no son algo que interese únicamente al Ejecutivo, ni son algo respecto a lo cual el Congreso no tenga nada que decir;

Cuadragesimoséptimo. Que, en tercer lugar, existen peticiones de información especiales en materia presupuestaria (artículo 19, Ley N° 18.918; artículo 15, Ley N° 20.481) y de fiscalización (artículo 52 de la Constitución) y de informes y antecedentes que se pueden pedir a los órganos de la administración (artículos 9º y siguientes de la Ley N° 18.918), que no desvirtúan el régimen presidencial y que han sido validados por esta Magistratura (STC roles 372/2003; 1602/2010). Más todavía, si las glosas objetadas establecen menos obligaciones que las consagradas en dichas normas. Además, estas otras normas ni siquiera se detienen frente al secreto o reserva de la información solicitada (artículo 9º, incisos segundo y tercero, de la Ley N° 18.918);

Cuadragesimoctavo. Que, en cuarto lugar, cabe tener presente que el Congreso Nacional despachó una ley, impulsada por el Ejecutivo, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (boletín 3562-06), la que se encuentra para control preventivo de esta Magistratura. Esta iniciativa obliga a los órganos de la administración del Estado a “poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Dicha información se publicará en medios electrónicos u otros”, como consecuencia de reconocer a las personas “el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones”. Dicho proyecto no fue vetado por el Ejecutivo.

Sin que implique adelantar juicios sobre el fondo de dicho proyecto, cabe señalar que si el ciudadano común puede, a juicio del Congreso, tener acceso a esta información, no se ven razones para que el Congreso Nacional se vea marginado de ella. Un poder del Estado no puede quedar en peor pie para que pueda cumplir adecuadamente su función de fiscalizar y legislar;

Cuadragesimonoveno. Que, finalmente, si estuviera en juego el régimen presidencial, no se entiende que el Ejecutivo no haya vetado la normativa que no compartía. Tampoco, que no haya requerido él directamente, ni que haya aceptado o tolerado glosas de igual sentido y alcance que las objetadas;

G. Las glosas impugnadas no violentan la formulación presupuestaria.

Quincuagésimo. Que, por último, el Presidente de la República, en sus observaciones, añade a las objeciones analizadas que las glosas impugnadas violentan la formulación presupuestaria, toda vez que no se sujetaron a las etapas que regulan dicha elaboración;

Quincuagesimoprimer. Que, a pesar de que esta Magistratura no está obligada a hacerse cargo de ella, pues implica una ampliación del requerimiento, sólo por deferencia hacia quien la formula, emitirá un pronunciamiento. Pero la rechazará;

Quincuagesimosegundo. Que, para ello, es necesario señalar que el ciclo presupuestario son las fases por las cuales atraviesa el presupuesto. Este tiene, en nuestro sistema jurídico, tres etapas: la de preparación, la de aprobación y la de ejecución;

Quincuagesimotercero. Que la etapa de preparación o confección es el conjunto de actos que ocurren dentro del Ejecutivo, destinados a elaborar el proyecto de ley de presupuestos. En este proceso juega un rol clave la Dirección de Presupuestos, organismo dependiente del Ministerio de Hacienda. Esta tiene por misión “proponer la asignación de los recursos financieros del Estado” (artículo 15, D.L. N° 1.263). Esta etapa concluye con el envío al Congreso, “con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir” (artículo 67 constitucional), del proyecto de ley de Presupuestos.

La etapa de aprobación o de discusión es aquella que ocurre en el Congreso Nacional. El presupuesto es una ley; sólo que una ley especial. Esta etapa comienza con el ingreso a la Cámara de Diputados del proyecto y termina cuando el Congreso lo despacha, con aprobación formal o con silencio positivo por no haberlo despachado “dentro de los sesenta días contados desde su presentación” (artículo 67 aludido).

La etapa de ejecución es aquella que comienza con la publicación en el Diario Oficial de “un resumen de la Ley de Presupuestos” (artículo 20, D.L. N° 1.263). Ésta consiste en la percepción o recaudación de los ingresos y en la materialización del gasto previsto en ella;

Quincuagesimocuarto. Que la Constitución regula dos de estas etapas. Por una parte, lo hace respecto de la aprobación, en los artículos 65 y 67. Por la otra, lo hace respecto de la ejecución. Así señala que le corresponde al Presidente de la República decretar la inversión de las rentas públicas con arreglo a la ley (artículo 32, N° 20); que la Contraloría “en ningún caso dará curso a los decre-

tos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución” (artículo 99); que “las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto” (artículo 100).

Dicha regulación es complementada por normas legales. Por ejemplo, en materia de aprobación, la Ley Orgánica del Congreso Nacional se refiere a ello (artículo 19, Ley N° 18.918). Y, en lo que se refiere a la ejecución, el D.L. N° 1.263 establece que “el ejercicio presupuestario coincidirá con el año calendario. Las cuentas del ejercicio presupuestario quedarán cerradas al 31 de diciembre de cada año” (artículo 12). La misma normativa agrega que la Dirección de Presupuestos debe proponer al Ministerio de Hacienda “un programa de ejecución del presupuesto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Asimismo, confeccionará programas de gastos, denominados Programas de Caja, donde fijará el nivel y prioridad de los mismos” (artículo 22). De acuerdo a dicho programa de ejecución, “se pondrán fondos a disposición de cada servicio por cuotas periódicas. Estas cuotas se autorizarán mediante el Programa de Caja Mensual (artículo 23). Asimismo, dicha normativa establece la rendición de cuentas por quienes manejan recursos públicos (artículos 57 a 59, D.L. N° 1.263); lo mismo regula, con mayor detalle, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (artículos 85 y siguientes);

Quincuagesimoquinto. Que nada dice la Constitución respecto de la preparación del presupuesto. La elaboración del presupuesto y su calendario respectivo de preparación no es un asunto constitucional, pues no hay normas de la Constitución que expresamente se refieran a ella. En cambio, esto lo aborda la ley; específicamente el D.L. N° 1.263. Su artículo 13 señala que “el Ministerio de Hacienda tendrá la responsabilidad de especificar dicho calendario”. Ello es complementado por el artículo 15, que dispone que a la Dirección de Presupuestos le corresponde “orientar y regular el proceso de formulación presupuestaria”.

De este modo, la formulación presupuestaria es un asunto que ni siquiera está regulado legalmente, menos aún en la Constitución. Mal puede, entonces, producirse una infracción constitucional en la materia;

Quincuagesimosexto. Que, además, las indicaciones que se presentan durante la discusión del presupuesto, no siguen este procedimiento. Éste está diseñado para regir en la elaboración del presupuesto y así tenerlo a tiempo para ser presentado en la oportunidad que exige la Constitución, esto es “a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir” (artículo 67). Las indicaciones que presentan el Ejecutivo o los parlamentarios, durante la etapa de aprobación del presupuesto en el Congreso, no están sujetas a estos trámites que lleva a cabo la Dirección de Presupuestos. Este calendario opera antes de enviar el proyecto al Congreso; pero no una vez en trámite el proyecto de ley. Nuestro ordenamiento lo que exige es que los proyectos de ley que impliquen gastos deben contar con informe financiero (artículo 14, Ley N° 18.918). Es decir, con un documento que explique los gastos de la regulación que se propone, la fuente de los recursos que la iniciativa demande y la estimación de su posible monto;

Quincuagesimoséptimo. Que, por todas estas razones, esta Magistratura considera que debe rechazar las objeciones a las glosas 05 y 06, ya individualizadas, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito, entre otros, en los artículos 8°, 19, N° 21°, 32, 54, 67, 69 y 93, inciso primero, N° 3°, e inciso cuarto, de la Constitución Política de la República y en los artículos 61 a 71 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del año 2010,

SE DECLARA:

1) Que se acoge el requerimiento, sólo en cuanto se declara inconstitucional la Glosa 09 de la Partida 05 (Ministerio del Interior), contenida en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011, la que, en consecuencia, deberá eliminarse de la Ley N° 20.481 –Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011–, publicada en el Diario Oficial en su edición de 18 de diciembre de 2010.

2) Que se rechaza el requerimiento interpuesto en cuanto impugna la constitucionalidad de las glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda) del mismo proyecto de ley referido.

Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurre a lo razonado en los considerandos *Decimoctavo* y *Decimonoveno* del fallo y a lo declarado en el punto resolutivo N° 1, sin perjuicio de lo señalado en el voto disidente que ha formulado respecto del punto resolutivo N° 2.

Se previene que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán no comparen lo expresado en el considerando *Cuadragesimoctavo* del fallo.

Acordado el Capítulo III (considerandos *Vigesimosegundo* a *Quincuagesimoséptimo*) y la resolución segunda de la sentencia, que rechazan el requerimiento en lo relativo a las glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, quien estuvo por acoger el requerimiento en su totalidad, por estimar que si bien las indicaciones parlamentarias que dieron origen a las referidas glosas fueron constitucionalmente admisibles en lo relativo a su iniciativa, ya que únicamente establecen una exigencia de información propia de la iniciativa parlamentaria, resultan, en cambio, inconstitucionales por infringir el artículo 69 de la Carta Política, al ser ajenas a las ideas matrices o fundamentales del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2011 propuesto por el Presidente de la República al Congreso Nacional. Tiene presente para ello los motivos siguientes:

1°. Que las glosas impugnadas vienen a imponer al Poder Ejecutivo, en la ley de presupuestos, una obligación de informar sobre el “compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto” (Glosa 05) y sobre el “compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país” (Glosa 06), materias ambas que precisan, para su realización, de la aprobación de reformas legislativas previas que aún no han sido propuestas al Congreso Nacional por el Presidente de la República, único constitucionalmente habilitado para hacerlo –o no– durante cualquiera de los cuatro años que dura su mandato, pues se trata de materias de su iniciativa exclusiva por incidir en la seguridad social.

2°. Que, en efecto, es el propio Presidente de la República, a quien –como se dijo– corresponde la iniciativa legislativa exclusiva en la materia, quien expresa a fojas 418, en su escrito de observaciones al requerimiento, que “dichos compromisos aún no se encuentran previstos en la ley de presupuestos ni en ninguna otra norma legal sino que se trata de propósitos de llevar a cabo en el futuro, metas programáticas asumidas por el Jefe de Estado, para cumplir durante su mandato presidencial, pero que aún no poseen expresión normativa, mientras no se concreten en los respectivos proyectos de ley que establezcan los aspectos regulatorios y presupuestarios necesarios para su concreción”.

3°. Que corolario de lo expresado en los motivos precedentes es que, no formando parte, ni indirectamente, de la autorización de gastos prevista por el Mensaje del proyecto de Ley de Presupuestos 2011 lo relativo a los denominados “compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto” y “compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país”, las indicaciones que dieron origen a las cuestionadas glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), introdujeron en di-

cho proyecto de ley materias claramente ajenas a sus ideas matrices, en abierta contravención del artículo 69 de la Constitución, por lo que las aludidas glosas debieron, a juicio de este disidente, ser declaradas inconstitucionales por esta Magistratura Constitucional y eliminadas del texto de la Ley de Presupuestos de 2011.

Acordado el punto resolutivo N° 2 de la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza, quien estuvo por declarar inconstitucionales las tres glosas contenidas en el proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2011 sometidas al examen de esta Magistratura y, en consecuencia, resolver la cuestión de constitucionalidad formulada al cobijo del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, acogiendo el requerimiento de autos, sustentado en los argumentos que a continuación se exponen:

1°. Que las atribuciones que la Constitución Política de la República entrega al Presidente de la República y al Congreso Nacional se encuentran nítidamente establecidas en sus Capítulos IV y V, respectivamente.

2°. Que de tales atribuciones se deriva que el régimen político de Chile es presidencial, definido por la doctrina como la “amplia separación del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo; poder ejecutivo unitario, elección popular del presidente, imposibilidad de revocar el puesto del ejecutivo durante su gestión, imposibilidad de disolución del parlamento por parte del presidente”. (Eckhard Jesse/Dieter Nohlen: “Presidencialismo/Sistema presidencial”, en: Dieter Nohlen (Editor): *Diccionario de Ciencia Política*, Porrúa, México, 2006, tomo II).

3°. Que el régimen presidencial presenta manifestaciones muy diversas en América Latina, que lo distinguen del modelo clásico norteamericano. Dos de ellas, observables en Chile, son “la primacía del Ejecutivo y la inexistencia de federalismo, es decir, las carencias en la separación y equilibrio horizontal y vertical del poder” (Dieter Nohlen / Mario Fernández Baeza: “El Presidencialismo Latinoamericano: evolución y perspectiva”, en: Dieter Nohlen y Mario Fernández Baeza (editores): *El Presidencialismo Renovado. Instituciones y Cambio Político en América Latina*, Ediciones Nueva Sociedad, Caracas, 1998, pp. 116-117).

4°. Que el artículo 24 de la Constitución dispone en su inciso primero: “El gobierno y la administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”. Ambas funciones, verificadas copulativamente, son el fundamento del régimen presidencial chileno.

5°. Que, sobre el sustento anotado, el presidencialismo chileno ha sido descrito por el tratadista Alejandro Silva Bascuñán después de analizar las atribuciones especiales del Presidente de la República dispuestas en el artículo 32 de la Constitución: “Tan vastísima acumulación de atribuciones, comprendidas en la esfera del poder estatal confiado al Presidente de la República configuran, como analizaremos más adelante, un fuerte presidencialismo, que se muestra aún más vigoroso al proyectarse en un Estado unitario. Así, pues, al Presidente corresponde tal grado de suprema potencialidad que llega a abarcar de un modo notablemente extenso e intenso, una buena porción de lo que pudiera entenderse –más allá de la simple titularidad del Poder Ejecutivo– con la dirección general de la vida política. Por lo demás, si el Presidente no puede cumplir por sí mismo todas las tareas, las cumple a través de personeros designados por él, de su exclusiva confianza, mantenidos mientras cuenten con la suya y removidos desde que son privados de ella, como son los Ministros de Estado y subsecretarios, los intendentes regionales, los gobernadores, etc. El gobierno se realiza, pues, por el Presidente, en la intensidad de su potestad, colocado en una culminación de jerarquía que subraya el vigor con que puede ejercerse”. (Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo V, 2000, p. 85-86).

6°. Que, refiriéndose a la función de “administración” dispuesta en el inciso primero del artículo 24, ya citado, el mismo autor señala, citando el articulado de la Constitución con la numeración

vigente en el año 2000, fecha de la publicación: “Al confiarle la administración, la Carta le entrega al Presidente la responsabilidad de su mejor organización y funcionamiento y para ello le concede iniciativa exclusiva en numerosas materias de esa índole (art. 62, incisos 3º y 4º), la facultad de nombramiento de multitud de funcionarios (art. 32, N°s. 6, 9, 10, 11, 12, 14 y 18), la de cuidar la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión (art. 32, N° 22), el manejo tributario, financiero y presupuestario (art. 64)”. (Alejandro Silva Bascuñán: ob. cit., p. 86).

7º. Que, aun dotado constitucionalmente de una tramitación especial, el proyecto de Ley de Presupuestos no sólo está inserto en el funcionamiento del régimen presidencial señalado, sino que lo determina considerablemente. La combinación del inciso cuarto del artículo 65 con el artículo 67, especialmente sus incisos tercero y cuarto, configura de un modo concreto la primacía que el Presidente de la República dispone sobre el Parlamento y la claridad con que el texto constitucional le entrega la exclusividad de su iniciativa formal y de la fijación sustantiva de su contenido.

8º. Que, en efecto, el inciso cuarto del artículo 65 dispone: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política y administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63”. A su vez, el inciso tercero del artículo 67 señala: “La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos”, agregándose en el inciso siguiente: “No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto”.

9º. Que las tres glosas incorporadas al proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2011 sometidas a la consideración de esta Magistratura en sede de inconstitucionalidad, vulneran directamente las normas arriba expuestas y con ello la estructura del régimen político presidencial que la Carta establece. Ni la Cámara de Diputados ni el Congreso a través de la Comisión Mixta de Presupuestos están facultados para ejercer la iniciativa verificada a través de las indicaciones N° 8 a la Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (glosa 09)); y N° 29A y 29B a la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), Capítulo 01, Programa 01 (glosas 05 y 06). Todas ellas importan un involucramiento en la administración financiera y presupuestaria del Estado y en la estimación del rendimiento de los recursos consultados en la Ley de Presupuestos.

10º. Que el tenor de las citadas glosas es el siguiente: a) Glosa 09: “La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas. La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”, b) Glosa 05: “A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que están dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”, c) Glosa 06: “A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de su implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”.

11º. Que, junto a la evidente contrariedad de estas glosas con las atribuciones constitucionales del Presidente de la República en materia presupuestaria, que fluyen de su sola lectura, debe agregarse

una vulneración constitucional adicional, tan sustantiva como la descrita. Las glosas impugnadas no sólo lesionan la atribución presidencial de administración del Estado, sino también la muy esencial de su gobierno.

12°. Que, en efecto, los denominados “compromisos presidenciales” mencionados en las glosas 05 y 06 corresponden a los programas que el gobierno conducido por el Presidente se propone realizar durante su período. Esos “compromisos” no constituyen una obligación jurídica, sino una obligación política contraída entre el Presidente y el pueblo que lo elige, derivada de dos preceptos jurídico-constitucionales, radicados en el inciso primero del artículo 5° y en el primer apartado del inciso primero del artículo 26 de la Constitución. El primero señala: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. El segundo precepto mencionado dispone: “El Presidente de la República será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos”.

13°. Que, según las disposiciones constitucionales referidas, es el pueblo, no el Congreso, el llamado a requerir del Presidente el cumplimiento de su programa o de los compromisos que adopte públicamente para su cumplimiento. Este carácter político y no jurídico, tampoco se altera si esos compromisos han sido formulados durante la cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso pleno, dispuesta en el último inciso del artículo 24 de la Constitución, la que también es objeto de una valoración política y en ningún caso jurídica, como es de público conocimiento año tras año después del 21 de mayo.

14°. Que no procede confundir la obligación de dar cuenta del avance de un programa de gobierno como la establecida en las glosas bajo examen, con la de informar acerca de los actos y resoluciones de los órganos del Estado dispuesta en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta, como tampoco con aquellas materias objeto de fiscalización parlamentaria debidamente descritas en el número 1) del artículo 52 de la Constitución Política de la República.

15°. Que, en consecuencia, otorgar conformidad constitucional al carácter legal que tendrían las obligaciones establecidas en las glosas impugnadas, significa distorsionar el deber de informar a cuyo cumplimiento se deben los órganos públicos, exceder los límites de la fiscalización de la Cámara de Diputados y arrebatarse al pueblo una dimensión del derecho a ejercer la soberanía a través de las elecciones que la Constitución le otorga. Todo lo anterior en desmedro de la función de gobernar que le cabe al Presidente de la República y que no le compete al Parlamento en un régimen presidencial como el que rige en Chile.

16°. Que, en suma, por las consideraciones expuestas, el requerimiento de autos debe ser acogido en todas sus partes y las glosas impugnadas eliminadas del proyecto de Ley de Presupuestos en el que se han incorporado.

Acordada la decisión de declarar inconstitucional la glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), contenida en el punto resolutivo N° 1 de la sentencia, con el voto en contra de los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes fundamentan su disidencia en las siguientes consideraciones:

1°. Que, para la mayoría, la glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), adolece de dos inconstitucionalidades. Por una parte, excede la idea matriz del proyecto de Ley de Presupuestos. Por la otra, afecta la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pues establece una obligación para un órgano de la administración del Estado, y afecta la administración

financiera del Estado, porque se entromete en la distribución de recursos, habiendo sido producto de una indicación parlamentaria.

I. La glosa impugnada

2°. Que, para un adecuado análisis de estas objeciones, es necesario examinar previamente la glosa que se impugna.

Ésta tiene dos partes. En la primera, se señala que una encuesta (“la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana”) debe realizarse “anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas”. En la segunda, se indica que para la distribución de fondos de seguridad ciudadana entre las comunas del país, se debe tener en consideración “al nivel de victimización exhibido por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”.

3°. Que cabe señalar que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) y el hecho de que la haga el INE no son una creación de la glosa que se impugna. En primer lugar, porque tal encuesta se viene realizando desde hace seis años mediante un convenio entre el INE y el Ministerio del Interior. De ello da cuenta el informe sobre la ENUSC 2009, que se acompaña al escrito de observaciones que hizo llegar la Presidenta de la Cámara de Diputados con ocasión del presente requerimiento, el que rola a fojas 867 y siguientes.

4°. Que, en segundo lugar, esta encuesta se enmarca dentro del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana del Ministerio del Interior, que año a año regula la Ley de Presupuestos. Este programa tiene su reglamento en el D.S. N° 382, de Interior, del año 2006. En esta normativa se contemplan “estudios para el seguimiento y apoyo del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana, con una asignación de recursos destinados al financiamiento de encuestas y otros estudios orientados a apoyar científicamente la intervención social y la elaboración de diagnósticos y Planes Comunales de Seguridad Pública” (artículo 3°).

5°. Que, en tercer lugar, a esta encuesta se refiere la Glosa 08 de la misma Partida 05, en que se inserta la glosa impugnada. No es, por tanto, atribuible a la glosa impugnada su existencia.

6°. Que, por otra parte, la segunda parte de la glosa establece un criterio orientador para la distribución de los recursos entre las comunas. No establece un mandato. Señala que la distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas “se hará en consideración al nivel de victimización exhibido por dicha encuesta... en el año inmediatamente anterior”.

II. La glosa no excede la idea matriz.

7°. Que el primer reproche que se formula a la glosa es que excede la idea matriz. Estos disidentes no comparten esa afirmación. En primer lugar, porque en el propio mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de Ley de Presupuestos al Congreso Nacional, se pone como una de sus prioridades “la seguridad ciudadana” (pág. 1); agregando más adelante que “con este proyecto de presupuesto vamos a fortalecer el piso de las seguridades de nuestras familias” (pág. 2). En uno de los apartados del proyecto, titulado “Un proyecto de presupuesto para una sociedad de seguridades”, se indica que “en materia de combate a la delincuencia y al narcotráfico, el proyecto de ley de presupuestos de Carabineros de Chile permite tener durante el próximo año más de 4.000 nuevos efectivos policiales, de los 10.000 que comprometimos para nuestro período” (pág. 3).

8°. Que, en segundo lugar, no hay que olvidar que la glosa se incorpora en el Programa 05 del Capítulo 01 de la Partida 05, titulado justamente “Programa de Seguridad y Participación Ciudadana”. No se advierte cómo, entonces, puede estar fuera de la idea matriz una glosa inserta dentro de dicho programa.

9°. Que, en tercer lugar, existen ocho glosas que anteceden a la impugnada, que tienen que ver con el Programa de Seguridad y Participación Ciudadana. En todas ellas se detallan obligaciones de distinta naturaleza para el Ministerio del Interior. En nada difieren estas obligaciones de las que establece la glosa.

10°. Que, en cuarto lugar, durante la discusión parlamentaria el Ejecutivo, en el Senado, formuló una indicación (la 190), que reemplazaba la glosa impugnada y que fue rechazada. Había dos diferencias básicas entre esta propuesta y la glosa impugnada. Por una parte, señalaba que la encuesta la debía realizar una empresa o institución externa vía licitación. Por la otra, establecía la distribución de los recursos de seguridad ciudadana mediante una serie de indicadores.

Para el Ejecutivo, entonces, la idea de la encuesta y de los criterios de distribución no estaba ajena a la idea matriz. No se explica de otro modo que haya presentado una indicación en tal sentido.

III. La glosa no afecta la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República

11°. Que, para el voto de mayoría, la glosa invadió en un doble sentido la facultad exclusiva del Presidente en materia de ley. De un lado, al establecer una nueva atribución para el INE en orden a realizar anualmente una encuesta. Del otro, al inmiscuirse en la administración de fondos, estableciendo un mecanismo de distribución.

a. No establece una nueva obligación.

12°. Que, para estos disidentes, tal objeción no es admisible. En primer lugar, debemos reiterar que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana no es una creación de la glosa. Ésta se viene realizando hace seis años por el INE, mediante convenios con el Ministerio del Interior. Además, la glosa anterior a la impugnada se refiere expresamente a ella, al establecer un criterio para la distribución de fondos del programa Barrio en Paz.

13°. Que, en segundo lugar, la glosa tampoco entrega al INE la facultad para hacer encuestas. Este servicio público tiene, en el artículo 2°, letra d), de la Ley N° 17.374, la facultad de “efectuar periódicamente encuestas destinadas a actualizar las bases de los diferentes índices, en especial los del costo de vida”. No es la glosa la que confiere la facultad de realizar una encuesta.

14°. Que, en tercer lugar, tampoco la glosa impugnada establece la obligación de realizar esta encuesta anualmente, pues esto lo hace la glosa 08 ya referida, al establecer la victimización de los habitantes como criterio objetivo y público del Programa Barrios en Paz, en base a los resultados de la ENUSC “del año inmediatamente anterior”.

Esta glosa fue incorporada como indicación del Ejecutivo (la 189) durante la tramitación de la Ley de Presupuestos en el Senado.

b. No implica inmiscuirse en la administración financiera.

15°. Que tampoco para estos disidentes la glosa 09 implica inmiscuirse en la administración financiera del Estado.

En primer lugar, porque no establece una distribución de fondos. Sólo consagra un criterio para hacerlo. La glosa dice “la distribución... se hará en consideración”. La expresión “consideración” es, en su sentido natural y obvio, la acción de “estimar”, “ponderar”, “evaluar con atención y cuidado”. La facultad de distribución de los fondos sigue siendo resorte del Ejecutivo.

16°. Que, en segundo lugar, el criterio que se establece no es el único que puede considerar el Ejecutivo; éste puede ponderar otros. En ninguna parte la glosa emplea expresiones como “exclusivamente”, “únicamente”, que connotarían la idea de criterio único. Además, esta interpretación

es consistente con el reglamento del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana (D.S. N° 382/2006, Interior), el que establece que la determinación de las comunas del Programa se realizará tomando en cuenta otros criterios. Su artículo 4° señala que ello se hará “evaluando las características sociales y delictuales de las comunas, conforme a un Índice de Vulnerabilidad Social Delictual elaborado por el Ministerio del Interior, el que considerará variables e indicadores relacionados con factores de riesgos presentes en cada comuna y será ponderado con criterios relativos a población comunal, tasa de denuncias por delitos de mayor connotación social y, según corresponda, tasa de victimización”.

Como se observa, la “victimización” no es un criterio innovador, pues se encontraba presente en esta regulación reglamentaria.

17°. Que, en tercer lugar, la glosa presupuestaria no modifica la facultad que establece el artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que expresamente entrega a los ministerios la facultad de “asignar recursos”. Por lo mismo, el Ministerio del Interior sigue conservando esta potestad.

18°. Que, en cuarto lugar, lo anterior es consecuente con lo establecido en el mismo Reglamento recién señalado, el cual deja a salvo la facultad de administración financiera del Ministerio del Interior, es decir, del Ejecutivo.

En efecto, por una parte, porque establece que la selección y ejecución de los proyectos financiados por los recursos del Programa “deberán ajustarse a las orientaciones técnicas y administrativas que serán elaboradas y aprobadas por el Ministerio del Interior”.

Por la otra, porque establece que los fondos que asigne la Ley de Presupuestos “podrán ser invertidos año a año, en las áreas o subprogramas señalados en el artículo 3° del presente decreto, en los porcentajes y montos que determine el Ministerio del Interior”. Dichas áreas o subprogramas son el pago de honorarios de los secretarios técnicos comunales de seguridad pública; el apoyo a los municipios para asignar recursos para la calidad de la gestión municipal en materia de seguridad pública; la capacitación y difusión de planes de capacitación; gastos de administración; el fondo destinado a apoyar la estrategia de seguridad pública en materia de prevención social y situacional, rehabilitación y asistencia a víctimas.

IV. La glosa impugnada no afecta los principios de eficiencia y eficacia. Tampoco el artículo 19 N° 21 de la Constitución

19°. Que el Presidente de la República, en su escrito de observaciones, agrega dos nuevas objeciones a la glosa en examen. Por una parte, afirma que se afecta el principio de eficiencia y eficacia como parte de la probidad administrativa. Por la otra, sostiene que entregar esta encuesta al INE afecta el artículo 19 N° 21 de la Constitución, porque permite al INE desarrollar una actividad económica privada, ajena a su actual función.

20°. Que no compartimos la primera objeción, pues, en primer lugar, los principios de eficacia y eficiencia sólo tienen consagración legal (artículos 3°, 11 y 62, N° 8, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). La Constitución utiliza otros parámetros para evaluar la gestión administrativa. Así, considera la legalidad (artículos 7°, 20; 27; 52, N° 2, letras a) y b); 98), la arbitrariedad (artículos 19, N°s. 2°, 20° y 22°), el respeto a los derechos (artículos 5°; 20; 38), la conveniencia u oportunidad de una decisión (artículo 52, N° 1). Pero no consagra dichos principios. En este sentido, una eventual vulneración de ellos es un problema de legalidad, no de constitucionalidad.

En segundo lugar, controlar la eficacia y la eficiencia implica evaluar si se han obtenido resultados o se han empleado óptimamente los recursos asignados. Ello es propio de un control de mérito, ajeno

a las atribuciones de esta Magistratura. Dicho control incluso es ajeno a las atribuciones de la Contraloría (artículo 21 b), Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República) y recae más bien en los órganos internos de la propia administración, vía control jerárquico (artículo 11, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) o vía verificación y evaluación del cumplimiento de fines y la obtención de metas (artículo 52, D.L. N° 1.263).

En el presupuesto es esencial distinguir el control de legalidad de su ejecución del control de la política económica que se pretende llevar a cabo con los recursos que involucra el presupuesto. Este último es un control que escapa a los organismos de control diseñados por nuestro sistema.

21°. Que, en relación a la eventual vulneración del artículo 19 N° 21°, tampoco la compartimos. En primer lugar, porque, como ya hemos señalado, el INE tiene la atribución otorgada por ley para realizar encuestas. De acuerdo a la Constitución, ése es el principal parámetro para evaluar si la actuación de un órgano de la administración del Estado es o no legítima (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, y artículo 7°). En segundo lugar, la realización de encuestas no es un monopolio privado ni público. Por lo mismo, el legislador puede perfectamente autorizar a un servicio para realizar encuestas. En tercer lugar, los servicios pueden cumplir sus tareas con sus propios medios o recursos, o recurrir a los privados. En tal sentido, el INE puede encargar, mediante un contrato a una empresa privada, la realización de una encuesta. De este modo, la oposición tajante entre la actividad estatal y la privada, tal como es formulada en el escrito del Presidente, no es tal.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Carlos Carmona Santander (el Capítulo III) y José Antonio Viera-Gallo Quesney (los capítulos I y II). Las prevenciones y disidencias fueron redactadas por los Ministros que las suscriben.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol 1867-2010-CPT.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

2.5.4. CONTROL JUDICIAL

MATERIA

ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Contienda de competencia.

Rol: s/i

Fecha: 1964

Resultado recurso: Acogido

Ministros: Pedro Silva Fernández, Osvaldo Illanes Benítez, Manuel Montero Molina, Espinosa, Ciro Salazar Monroy, Ramiro Méndez Brañas, José María Eyzaguirre Echeverría, Víctor Ortiz Castro, Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez Montero.

Ministro redactor: Israel Bórquez Montero.

Partes: Socotransco Limitada con Fisco.

DESCRIPTORES

Contencioso Administrativo – Contienda de Competencia – Tribunales Ordinarios, Actos de la Administración – Actos de Autoridad

PRINCIPIO JURÍDICO

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 60, 71, 72 N° 11 y 87 de la CPR de 1925.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Bajo la Constitución de 1925 son competentes los tribunales ordinarios para conocer sobre la legalidad de los actos de autoridad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada (Socotransco) interpuso acción en juicio ordinario contra el fisco por la dictación del Decreto Supremo 571, de 1962, del Ministerio de Economía, mediante la cual disuelve la sociedad mencionada y nombra una comisión liquidadora.

En opinión de los demandantes dicho decreto es ilegal, de modo que la sociedad se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos.

El juez civil acogió a tramitación la demanda. El Presidente de la República interpuso contienda de competencia por falta de jurisdicción del tribunal ordinario, pues la competencia ejercida es privativa del Presidente, de manera que no puede el poder judicial involucrarse en ella pues implicaría la sustitución del acto administrativo por el judicial.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Al ejercerse esta acción se ha puesto el tribunal ordinario en la obligación de pronunciarse sobre la ilegalidad o legalidad de un acto administrativo, lo que excede el ámbito de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia y que importaría una invasión a las facultades de otro poder público, como quiera que la facultad para conceder o cancelar la personalidad jurídica de personas sin fines de lucro es privativa del Presidente de la República, facultad que al ser ejercida por el jefe de Estado a través de Decreto supremo constituye un acto de autoridad (y no de gestión) cuya resolución no puede ser revisada por la justicia ordinaria por disposición expresa del artículo 4º del COT, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos (C. 3).

Si bien el Presidente de la República está obligado a someterse a las leyes en la ejecución de sus actos, de este solo principio constitucional no es dable colegir la facultad correlativa de los tribunales ordinarios para rever su legalidad y pronunciarse acerca de sus efectos, toda vez que la jurisdicción y competencia son instituciones de derecho público cuyo reconocimiento requiere de una ley expresa que la establezca y en esta materia no sólo existe ley sobre el particular, sino que, por el contrario, el ya citado precepto del artículo 4º del COT, prohíbe dicha intervención (C. 4).

Si un particular se siente lesionado en sus derechos por el acto de la autoridad y reclama formalmente ante el tribunal con jurisdicción propia para conocer el reclamo, nace de inmediato la instancia de carácter contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 87 de la Constitución (1925). Esta norma dispone que la organización y atribuciones de aquellos tribunales so materia de ley, y como es de público y notorio que aún no han sido creados por el legislador, ha ocurrido que este, en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos de carácter contencioso administrativo que por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción (C. 5).

Finalmente, si bien es cierto que generalmente en los asuntos contencioso-administrativos existe un problema de carácter patrimonial (lo que podría transformarlo en actos de gestión), que induce al particular afectado a reclamar el acto de autoridad, este efecto de la resolución no puede alterar la naturaleza intrínseca del acto, ni sustraerlo de las normas de derecho público que gobiernan su ejercicio.

CONCLUSIÓN

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer de la impugnación de legalidad en contra de los actos de autoridad, pues esta es una atribución propia de los tribunales contencioso administrativos.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El caso Socotransco da cuenta del criterio de incompetencia que manejaba nuestra jurisprudencia bajo la CPR de 1925 para conocer de las demandas en contra de la legalidad de los actos de la administración. Esto generó dos efectos: (a) el primero, es que los tribunales comenzaran con la reconocida distinción francesa de acto de autoridad-acto de gestión, para declararse competentes sobre estas últimas materias (consecuencias patrimoniales), que de alguna manera será una distinción que reconocerá hasta hoy; (b) la segunda, es que bajo este criterios los particulares comenzaron a buscar solución a sus controversias de derecho público en la Contraloría, cuestión que se expandirá progresivamente desde finales de los años 60.

Si bien la tesis de Socotransco hoy no tiene respaldo, es evidente que esa decisión marcó un hito en la jurisprudencia del Derecho administrativo chileno.

TEXTO COMPLETO

VISTOS:

En esta causa el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago dio tramitación a la demanda de foja uno, por la cual los señores Benito Muñoz Vilches, Carlos Arriagada Vargas, Leonardo Cartagena Lillo, Juan González Cádima y Eugenio Fringe Barow, en el carácter de componentes del Consejo de Administración de la Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada, "Socotransco Limitada" y en su representación, deducen acción en juicio ordinario en contra del Fisco para que en definitiva se declare: 1o.- Que el Decreto N° 571 de 5 de abril de 1962, del Ministerio de Economía, ha sido ilegalmente dictado por lo que no se ha producido efecto jurídico alguno y que, por consiguiente, la Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada, "Socotransco Ltda.", no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica; 2o.- Que la Comisión Liquidadora nombrada en el referido Decreto N° 571 no puede hacerse cargo de la liquidación del activo y pasivo de la Cooperativa "Socotransco Ltda."; 3o.- En subsidio de la petición primera, declarar, sin tomar en cuenta, en consideración el ilegal Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962, que la Sociedad Cooperativa "Socotransco Ltda." se encuentra en pleno goce de todos sus derechos, y 4o.- Que se condene en costas al Fisco.

Contestando la demanda el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, a fs. 43, pidió se negara lugar a ella en todas sus partes, con costas, sosteniendo, en síntesis, que los Tribunales de Justicia carecen de jurisdicción para conocer de este asunto, toda vez que lo que se intenta obtener en el pleito es que por la vía judicial se revisen y desconozcan resoluciones del Poder Ejecutivo, como lo es el Decreto Supremo N° 571, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones propias, y por lo cual dispuso la disolución o cancelación de la personalidad jurídica de la Sociedad Cooperativa demandante, acto de autoridad que ejecutó en uso de las facultades privativas y soberanas que le confieren los artículos 60, 71 y 72 de la Constitución Política del Estado, como Jefe Supremo de la Nación, a quien está confiada la administración y gobierno del Estado.

Se evacuaron los trámites de la réplica y de la dúplica, arguyendo los demandantes que la justicia ordinaria es competente para conocer del juicio e insistiendo la defensa del Fisco en su predicamento de que aquella carece de jurisdicción por tratarse de materias que importan atribuciones exclusivas del Presidente de la República, en que a los Tribunales Ordinarios de Justicia les está vedado pronunciarse, en un sentido general, sobre la legalidad o ilegalidad de un decreto supremo, porque ni la Constitución ni las leyes les han entregado una vía revisora de los actos del Poder Ejecutivo, cumplidos en ejercicio de sus atribuciones propias.

Planteada así la controversia y en circunstancias que el juez de la causa había ordenado se le trajeran los autos para los efectos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y pendiente la resolución de una incidencia formulada a fs. 113, se presenta a fs. 122 S.E. el Presidente de la República, don Jorge Alessandri Rodríguez y su Ministro de Justicia don Enrique Ortúzar Escobar, promoviendo cuestión de competencia que se fundamenta en la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer el negocio que se le propone, por tratarse de un asunto que es de la competencia exclusiva del Presidente de la República en cuanto Supremo Administrador del Estado y en cuanto Poder Público encargado privativamente de conceder personalidad jurídica a las corporaciones privadas y de disolverlas, de conformidad con lo prevenido por los artículos 60, 71 y 72 N° 11 de la Constitución Política. Después de transcribir esos preceptos, expresa que tales atribuciones, a la vez que son exclusivas del Presidente de la República, son excluyentes, pues no se concibe que aquello que corresponde privativamente a un Poder del Estado pueda también ser de la competencia de otro, o quedar sujeto a su revisión, modificación o anulación, por prohibirlo expresamente los artículos 4° de la Constitución Política y 4° del Código Orgánico de Tribunales y que sostener lo contrario llevaría en último término a la sustitución del acto administrativo por el judicial y haría prevalecer la autoridad de los Tribunales de Justicia sobre la autoridad del Poder Ejecutivo en asuntos que son de la exclusiva incumbencia de éste.

A continuación hace presente el Primer Mandatario que dentro del mecanismo constitucional, el control de la legalidad o constitucionalidad de los actos de un Poder Público por otro Poder se encuentra estrictamente reglamentado en la Constitución Política. Así a la Corte Suprema le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en conformidad al artículo 86 de la Carta Fundamental. A su vez, las altas autoridades del Poder Judicial están sujetas, lo mismo que el Ejecutivo, al control del Congreso Nacional, en cuanto incurran las primeras, en notable abandono de sus deberes, o en cuanto el segundo, por intermedio del Presidente de la República, comprometa gravemente el honor y la seguridad del Estado o infrinja abiertamente la Constitución o las leyes, o por intermedio de los Ministros del despacho, incurra en traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, haber dejado éstas sin ejecución o haber comprometido gravemente la seguridad y el honor de la Nación; todo ello conforme a los artículos 39 N° 1, letras a), b) y c), 42 N° 1 y 76 de la Constitución Política, pudiendo cualquier individuo particular presentar ante el Senado acusación contra los Ministros de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido por algún acto de abuso de poder de éstos, según lo establece el artículo 42 N° 2 del mismo Estatuto.

Termina el Jefe del Estado representando en su libelo que la sola circunstancia de que haya podido ser admitida a discusión y se controvierta ante los Tribunales Ordinarios de Justicia la cuestión relativa a la disolución de una corporación de derecho privado que no tiene fines de lucro y cuyo objeto esencial es la ayuda mutua, impugnándose para tal efecto la legalidad del Decreto Supremo N° 571, de 5 de abril de 1962, que así lo dispuso con relación a la Sociedad Cooperativa "Socotransco Ltda.", sienta un precedente funesto que lo obliga, en su calidad de Jefe Supremo de la Nación, a tomar las medidas del caso a fin de resguardar la potestad soberana que al respecto le corresponde al Poder Ejecutivo, tanto más si se considera que tratándose de tales entidades la ley dispone que existen y se disuelven en virtud del correspondiente Decreto Supremo del Ministerio de Economía (Art. 14 del D.F.L. N° 326, de 6 de abril de 1960, hoy Art. 14 del texto refundido, fijado por Decreto N° 20 de 23 de febrero de 1963). Que, en consecuencia, —agrega— el Juzgado que tramita la causa carece de jurisdicción para conocer de este pleito, y si lo hiciera, incurriría en invasión de las facultades de otro Poder Público, transgrediendo las disposiciones de los artículos 4° de la Constitución y 4° del Código Orgánico de Tribunales, por todo lo cual pide a dicho tribunal se abstenga de seguir tramitando el negocio.

Para el caso de negativa solicita al tribunal tenga por planteada la correspondiente contienda de jurisdicción y eleve los antecedentes originales a la Corte Suprema para los efectos previstos en los artículos 86 inciso 3º de la Carta Fundamental y 96 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales.

El Juez del Tercer Juzgado Civil de este Departamento, por la resolución de 2 de octubre último, escrita a fs. 128, insistió en su competencia para seguir conociendo del asunto, tuvo por trabada la contienda de jurisdicción y ordenó elevar los autos a este Tribunal.

Se oyó al Fiscal, quien dictaminó a fs. 132, trayéndose los autos en relación.

TENIENDO PRESENTE:

1º.- Que para la acertada resolución de la cuestión propuesta, cuya decisión le encomienda a esta Corte el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política del Estado, es conveniente hacer constar de que no existe divergencia entre las partes acerca de los hechos que sirven de base a la litis, ni sobre el objeto y alcance de las peticiones que por la demanda se someten a la decisión del tribunal que actualmente tramita la causa.

En efecto, la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.”, cuya existencia como persona jurídica de derecho privado se autorizó por Decreto Supremo N° 779 de 29 de octubre de 1958, a través del Ministerio de Economía, entidad que no persigue fines de lucro y cuyo objeto esencial es la ayuda mutua entre los asociados, fue posteriormente declarada disuelta por el Presidente de la República por medio del Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962, de ese mismo Ministerio, publicado en el Diario Oficial de fecha 17 del referido mes, designándose una comisión de tres miembros, los cuales, en el carácter de mandatarios de la mencionada cooperativa, tendrán a su cargo la liquidación del activo y pasivo de ésta, fijándoseles el plazo de 120 días para cumplir su cometido a contar desde aquella publicación.

En la demanda de foja uno, como se expresa en lo expositivo de este fallo, se pretende obtener se declare que el Decreto Supremo N° 571 ha sido legalmente dictado por lo que no ha producido efecto jurídico alguno y que, por consiguiente, la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.” no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica; que la Comisión Liquidadora nombrada por ese decreto no puede hacerse cargo de la liquidación del activo y pasivo de la Cooperativa “Socotransco Ltda.”; y en subsidio de la primera petición se solicita se declare, sin tomar en cuenta o en consideración el ilegal Decreto N° 571, que la mencionada Cooperativa se encuentra en pleno goce de todos sus derechos. Vale decir, que la demanda persigue directamente la declaración de ilegalidad del aludido decreto supremo y como consecuencia de ella que no ha producido efecto jurídico alguno, pudiendo por tanto continuar la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.”, funcionando normalmente a virtud del primitivo Decreto Supremo N° 779 de 29 de octubre de 1958 que le dio existencia legal. Por lo demás, así lo confirman los actores en el primer párrafo de la foja 63 del escrito de réplica, al rebatir argumentaciones del Fisco, cuando expresan:

“Sin embargo, no es así, porque se pide en la demanda que el Decreto del Ministerio de Economía N° 571 de 5 de abril de 1962, sea declarado ilegal por haberse dictado contraviniendo lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley de Cooperativas, o sea, del D.F.L. N° 326 de 6 de abril de 1960”;

2º – Que como lo representa el Jefe de la Nación a fs. 122, al plantear la falta de jurisdicción e incompetencia absoluta de los tribunales ordinarios de justicia para conocerle este juicio, el artículo 72 N° 11 de la Constitución Política del Estado dispone que es atribución especial del Presidente de la República “conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, y cancelarlas; aprobar los estatutos por que deban registrarse, rechazarlos y aceptar modificaciones”;

3º.- Que al pretenderse en la demanda –como se ha visto– que se declare ilegal el Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962 y se decida que no ha producido efecto jurídico alguno, con

lo cual la sentencia que pudiera recaer en esta litis podría reconocer que la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.” no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica y que la Comisión que por dicho decreto se nombra no puede hacerse cargo de la liquidación de su activo y pasivo, o declarar en subsidio que la mencionada Cooperativa se encuentra en pleno goce de todos sus derechos, sin tomar en cuenta o prescindiendo de aplicar el aludido Decreto N° 571 por ser ilegal, se coloca evidentemente al tribunal ordinario que tramita la causa en la obligación de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de ese decreto, materia que en el caso de autos excede el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios de justicia y que importaría una invasión de las facultades de otro poder público, como quiera que la atribución de conceder o cancelar personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, es una facultad especial y privativa del representante del Poder Ejecutivo, facultad que al ser ejercitada por el Presidente de la República, mediante el correspondiente acto de autoridad a través de un decreto supremo, su resolución no puede ser revisada por la justicia ordinaria, por disposición expresa del artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos.

Como se advierte en forma inconcusa, no se trata aquí de precisar la naturaleza y alcance de los efectos jurídicos de un acto de gestión proveniente de un contrato o de una convención en que hubiere intervenido el Gobernante Supremo como Jefe de la Administración Pública del Estado, obrando como cualquier particular, en cuyo evento pueden los tribunales ordinarios de justicia dejar de aplicar disposiciones reglamentarias o administrativas emanadas del Poder Ejecutivo, cuando exceden o contravienen los preceptos de una ley, pero ello no es admisible, en razón de una incompetencia absoluta, que el Poder Judicial se pueda inmiscuir en la calificación de legalidad o ilegalidad de aquellos actos en los cuales la Administración del Estado, ejercida por el Presidente de la República, obra en virtud de su poder de mando. Tales actos, de poder público o de autoridad, quedan fuera del derecho común;

4°.- Que si bien el Presidente de la República está obligado a someterse a las leyes en la ejecución de tales actos, de este solo principio constitucional no es dable colegir la facultad correlativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia para rever su legalidad y pronunciarse acerca de sus efectos, toda vez que la jurisdicción y competencia son instituciones de derecho público cuyo reconocimiento requiere una ley expresa que las establezca y en esta materia no sólo existe ley sobre el particular, sino que, por el contrario, el ya citado precepto del artículo 4° del Código Orgánico del ramo, prohíbe dicha intervención;

5°.- Que si un particular se siente lesionado en sus derechos por el acto de la autoridad y reclama formalmente ante el tribunal con jurisdicción propia para conocer del reclamo, nace de inmediato la instancia de carácter contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 87 de la Constitución Política, que ordenó el establecimiento de Tribunales Administrativos especiales, para que resuelvan dichas reclamaciones contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Dispone asimismo ese precepto que la organización y atribuciones de aquellos Tribunales son materia de ley, y como es público y notorio que aún no han sido creados por el legislador, ha ocurrido que éste, en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado, excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos de carácter contencioso-administrativo que, por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción, como sucede, por ejemplo, en las reclamaciones sobre ilegalidad de ciertos actos administrativos regidos por leyes especiales, como el Código Sanitario, la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades y el Código Tributario, entre otras;

6º.- Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que el propio texto constitucional contempla el juicio político para hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad que pueda afectar al Presidente de la República por actos de su administración en que haya infringido la Constitución o las leyes, en el ejercicio de sus facultades propias, cuyo conocimiento radica la Carta Fundamental en el Senado de la República.

7º.- Que es inaceptable admitir, como lo han sostenido durante el juicio los demandantes, que de la disposición del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales se desprenda la competencia ilimitada de la Justicia Ordinaria para conocer de materias contencioso-administrativas como la que se ha promovido en esta causa, de conformidad con la cual estará sujeto a los tribunales que establezca dicho Código el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, salvo las excepciones que el mismo precepto determina en forma taxativa, y ello porque el legislador no empleó el concepto “orden temporal” como sinónimo de “orden patrimonial”, sino en el sentido propio que le atribuye el léxico, esto es, de “secular” o “profano”, en oposición a “religioso”, vale decir, lo civil o temporal, en contraposición a la jurisdicción espiritual de la Iglesia, alcance que resulta corroborado por la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según aparece del Mensaje con que el Presidente de la República envió al Congreso Nacional el proyecto de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, en las actas de la Comisión Revisora del proyecto y en la discusión a que éste dio lugar en los cuerpos legislativos que le prestaron su aprobación;

8º.- Que si bien es cierto que generalmente en los asuntos contencioso-administrativos existe un problema de carácter patrimonial, que induce al particular afectado a reclamar del acto de autoridad, este efecto de la resolución administrativa no puede alterar la naturaleza intrínseca del acto, ni sustraerlo de las normas de derecho público que gobiernan su ejercicio;

9º.- Que, como corolario de todo lo expuesto, fuerza es concluir que si no existe ley expresa que otorgue jurisdicción a los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de esta controversia jurídica de estricto carácter contencioso-administrativo a que ha dado origen la demanda de fs. 1, encaminada a obtener la declaración de ilegalidad del Decreto Supremo N° 571 que canceló la personalidad jurídica de la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.” y desconocer sus efectos, que fue expedido por el Presidente de la República en uso de facultades privativas suyas, el Juez del Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago ha carecido en absoluto de competencia para conocer de este litigio;

10º.- Que carece de asidero legal y lógico sostener que no correspondería por ahora dictar resolución sobre la cuestión promovida por el Presidente de la República a fs. 122, por no constituir ella una contienda de competencia propiamente tal, desde que se fundamenta en la ausencia de jurisdicción o competencia del Juzgado que conoce de la causa y de los Tribunales Ordinarios de Justicia y haberse planteado igual cosa como cuestión previa, pero de fondo, por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, al contestar la demanda a fs. 43, por lo cual dicho Juzgado sería competente para continuar conociendo de la causa, sin perjuicio de lo que pudiera resolver ulteriormente en la sentencia definitiva, y ello, por las siguientes razones:

a) Porque la cuestión promovida por el Presidente de la República constituye específicamente un conflicto de jurisdicción, por el cual se representa la falta absoluta de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer y decidir el asunto contencioso-administrativo planteado en la demanda, cuestión que si bien no encuadra en ninguno de los casos que sobre esta materia reglamenta el Título XI del Código de Procedimiento Civil, como lo señala acertadamente el Fiscal, no puede sostenerse que ella no sea una contienda de competencia de aquellas que pueden suscitarse entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia, a que se refiere el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política de la República; y

b) Porque al no establecer la Carta Fundamental normas de procedimiento que señalen la tramitación y oportunidad en que deban promoverse y decidirse estas “contendidas de competencia”, resulta evidente, por el solo principio de la economía procesal, la necesidad de que la Corte Suprema se pronuncie desde luego sobre la cuestión promovida por el Jefe del Poder Ejecutivo, ya que sería inconveniente y contrario a una expedita y recta administración de justicia retardar tal pronunciamiento, exponiendo a las partes a las contingencias de un largo y engorroso litigio, con los gastos consiguientes, en circunstancias que como ha quedado en claro en este fallo la incompetencia absoluta de la Justicia Ordinaria para conocer de esta controversia es manifiesta, sin que obste a dicha conclusión el hecho de que en las etapas formales del juicio sobre el fondo de la acción o acciones instauradas en el pleito, se hubieran formulado por vía de excepción o defensa los mismos argumentos en que se fundamenta el conflicto de jurisdicción en examen.

En mérito de lo expuesto y de los preceptos de ley y Constitucionales citados en el cuerpo de esta resolución, se declara que ha lugar a lo pedido por el Presidente de la República en su solicitud de fs. 122, y, en consecuencia, deberá el Juez del Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago abstenerse de seguir tramitando la presente causa y archivarla, por ser incompetente, en forma absoluta, los Tribunales Ordinarios de Justicia, para conocer y decidir el asunto planteado en la demanda de foja uno.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales.

Regístrese y devuélvanse.

Pleno de la Corte Suprema (Sres. Silva, Illanes, Montero, Espinosa, Salazar, Méndez, Eyzaguirre, Ortiz Castro, Ortiz Sandoval y Bórquez).

Redacción del Ministro don Israel Bórquez.

MATERIA

ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Contienda de competencia.

Rol: s/i

Fecha: 1967

Resultado recurso: Acogido

Ministros mayoría: Manuel Montero Molina, Ramiro Méndez Brañas, Eduardo Varas Videla, Enrique Urrutia Manzano, Israel Bórquez Montero.

Ministros minoría: Osvaldo Illanes Benítez, Eduardo Ortiz Sandoval, Ricardo Martín Díaz, Luis Retamal y Juan Pomés García.

Ministro redactor: Israel Bórquez Montero.

Partes: Presidente de la República con Juez de Melipilla.

DESCRIPTORES

Contencioso Administrativo – Contienda de Competencia – Tribunales Ordinarios – Actos de la Administración – Actos de Autoridad

PRINCIPIO JURÍDICO

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 87 CPR de 1925; Art. 38 Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Pueden los tribunales ordinarios conocer de la legalidad de un Decreto Supremo a consecuencia de un interdicto posesorio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Presidente de la República, de conformidad a lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 12.927, había dictado el Decreto Supremo 931/1967, mediante el cual ordenaba la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la comuna de El Monto, designando interventor.

El afectado interpuso un interdicto posesorio ante el juez de Melipilla, quien lo acogió a tramitación.

El Presidente de la República interpuso contienda de competencias, pues en su opinión no puede ninguna otra autoridad calificar la legalidad o constitucionalidad de una medida, pues el Jefe de Estado estaría ejerciendo potestades en tanto “autoridad suprema de la nación”.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Si la acción posesoria persigue que no se perturbe o embarace una posesión, resulta, como conclusión ineludible que esa querrela es de la exclusiva competencia de los tribunales de Justicia, porque el objeto que con ella se persigue, el bien jurídico que se pretende proteger, es simplemente la tutela legal al hecho de la posesión (C. 6).

Que existe uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia de esta Corte en reconocer que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para resolver la legalidad o ilegalidad de un decreto supremo, se encuentra plenamente facultados para desconocer la eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un juicio cuyo conocimiento les corresponde. Esto es lo que sucede en el presente caso: es el tribunal ante quien se entabló a querrela de amparo quien debe resolver si el decreto objetado y los actos del interventor designado importan o no un acto de turbación o embaraço a la posesión; y a la parte litigante que se considera agraviada con el fallo que se pronuncie, deducir los recursos que le franquea la ley para obtener la enmienda o invalidación de la resolución. Ese es el camino que señala la ley (C. 8).

Sobre todos los razonamientos de orden meramente legal ya enunciados existe en juego en este asunto un problema del más alto interés y de la mayor trascendencia para el normal funcionamiento del orden jurídico dentro del Estado de derecho cual es la garantía del ciudadano frente al poder público. Se pretende que la anterior conclusión se opondría al ya histórico principio de la división de poderes del Estado, porque significaría una preponderancia del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, pero, antes, y por el contrario, esa conclusión, no es sino la expresión del postulado hoy en día universalmente aceptado en el mundo libre: el control recíproco de los Poderes del Estado, reconocido expresamente en la CPR, como único medio eficaz y oportuno para salvaguardar los derechos de la persona humana (C. 9).

CONCLUSIÓN

Los tribunales ordinarios sí son competentes para conocer de un asunto en el que esté involucrado un Decreto Supremo, si la acción ejercida es de aquellas que la ley les reconoce expresamente, sin que por ello se afecte a la Constitución, sino que por el contrario implica su reforzamiento.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El caso juez de Melipilla implica el inicio del camino a la tesis de la Corte de la plena competencia para conocer los asuntos contencioso administrativos, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas.

Este caso toca además una cuestión especialmente sensible por aquellos años y será la objeción de los Decretos de reanudación de faenas. Tras esta sentencia, la CGR se va a transformar en la principal institución que objetará la legalidad de algunos de estos decretos desde 1968 hasta septiembre de 1973 (ver en este sentido los dictámenes Nros. 60.058/1962; 81.916/1968; 43.315/1971; 58.371/1971; 87.708/1971; 18.447/1972; 1.638/1973).

TEXTO COMPLETO

1º Que en esta causa, S. E. el Presidente de la República sostiene que la facultad de dictar decretos en uso de atribuciones privativas y exclusivas que la Constitución y una ley expresa le otorgan, la ejercita en virtud del poder público de que está investido como suprema autoridad de la Nación, y por lo mismo no correspondería a ninguna otra autoridad ni a ningún otro funcionario calificar su legalidad o constitucionalidad, ni aun cuando con ellos afectare intereses de un particular. Y precisamente por eso, el Juez de Melipilla carecería de jurisdicción para conocer y fallar un interdicto posesorio en el cual el embarazo a la posesión del actor estaría constituido por la dictación del Decreto Supremo 931 de 9 de noviembre último, expedido en uso de aquellas facultades exclusivas. En cuanto el juez se arrogaría una competencia que no tiene, se estaría frente a una contienda de competencia. Sostiene, además, como fundamento para afirmar la falta de jurisdicción del Juzgado de Letras de Melipilla y la existencia de la contienda de competencia con el mismo, que el Decreto Supremo 931 que ordena la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la Comuna de El Monte y designa interventor, es perfectamente legal. En efecto, dice: “La facultad de ordenar la reanudación de faenas en caso de producirse huelgas en determinadas actividades nacionales y la facultad de calificar las circunstancias que aconsejan la adopción de tal medida, son privativas del Presidente de la República como se desprende del inciso 1º del artículo 38 de la Ley Nº 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado que expresa: “En caso de paralización de Industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transporte, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública, el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas con intervención de las autoridades civiles o militares”. Resulta de este precepto, agrega el señor Presidente, que el Decreto 931 fue dictado en uso de facultades privativas y exclusivas que la Constitución en sus artículos 60, 71 y 72, Nº 2, y una ley expresa otorgan al Presidente de la República. Afirmer que los Tribunales de Justicia pueden impedir la ejecución y cumplimiento de un decreto que el Presidente de la República dicta como Jefe de Estado, realizando un acto de Gobierno relativo al mantenimiento del orden público, político o económico, entrando a calificar y dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad de ese decreto, mediante el cual se ejercitan atribuciones exclusivas y privativas de la primera autoridad del país, equivaldría a sostener la prioridad de las decisiones de un tribunal ordinario de justicia sobre las adoptadas por el Poder Ejecutivo en asuntos que son de su exclusiva incumbencia. Sostiene también que dentro de nuestro sistema jurídico, el control de la legalidad o constitucionalidad de los actos de un Poder Público por otro, se encuentra específicamente reglamentado por preceptos expresos. Así, a la Corte Suprema le corresponde pronunciarse acerca de la inaplicabilidad de normas legales en juicios, en los casos señalados por el artículo 86 de la Constitución. A la Corte de Apelaciones respectiva, pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones u omisiones de las municipalidades y de los alcaldes (artículo 115 de la Ley de Municipalidades). Excepcionalmente a la justicia ordinaria, resolver sobre determinados actos o resoluciones de autoridades administrativas, como ocurre en el Código Tributario, en el Código Sanitario y en determinadas leyes especiales. A su vez, los tribunales superiores de justicia, lo mismo que el Poder Ejecutivo, se encuentran sujetos al control político del Congreso Nacional, en los casos a que se refieren los artículos 39, Nº 1, letras a), b) y c), 42, Nº 1, y 76 de la Constitución Política del Estado. No existe, agrega, en cambio, ningún precepto de nuestra legislación que encargue a los tribunales de justicia, el control de la legalidad o constitucionalidad de los Decretos del Presidente de la República. Nuestros autores y nuestra jurisprudencia tienen establecida la doctrina de que “no pueden los tribunales pronunciarse en un sentido general acerca de la ilegalidad o inconstitucionalidad de un Decreto Supremo. Al contrario, el artículo 4º de su Código Orgánico les prohíbe a los tribunales de justicia mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos. En la especie, continúa, no se trata de un decreto supremo dictado como expresión de un acto de gestión relacionado con contratos o convenciones en que el Presidente de la República interviene como jefe de la administración pública y representando los

intereses patrimoniales del Estado, caso en que los efectos jurídicos del acto pueden ser apreciados por los tribunales. Éstos pueden, en tal evento, dejar de aplicar disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo si consideran que exceden o contravienen preceptos de una Ley. Tampoco se trata de la interpretación del derecho legal de un particular ya reconocido por Decreto Supremo, en que no se discute la facultad privativa del Presidente de la República para otorgarlo, sino el alcance o extensión que le atribuyen determinados funcionarios de la administración pública. Que no se trata de un caso en que exista controversia entre partes relativas a intereses patrimoniales o pecuniarios, entregada al conocimiento y decisión de un tribunal, caso en el cual éste tiene que resolverla conforme a la Ley, prescindiendo, si es necesario, de preceptos reglamentarios reñidos con el mandato del legislador. Que se trataría, en este caso de una acción judicial tendiente a obtener directamente o como fundamento de la decisión judicial, la declaración de ilegalidad de un Decreto Supremo que expresa un mandato de la autoridad suprema del Estado; de una acción judicial tendiente a impedir la ejecución de una orden del Jefe del Estado, de una decisión del Gobierno, que el Presidente de la República impartió actuando como autoridad pública; impidiéndolo, precisamente, fundándose en que esa orden o mandato sería ilegal. Que es evidente, continúa, que el Decreto Supremo 931, del Ministerio del Trabajo, que ordenó reanudar las faenas interrumpidas por una huelga en el fundo Paico Alto, constituye un acto de autoridad, un acto de Gobierno, destinado a restablecer el orden en un lugar determinado de nuestro territorio; sin que exista ninguna duda acerca de que el Jefe del Estado lo dictó en el legítimo ejercicio de facultades privativas y exclusivas que le corresponden como autoridad. Que es manifiesto, por lo mismo, que los tribunales de justicia no pueden calificar ese acto del Poder Ejecutivo, del Gobierno; ni pueden dictar resoluciones que impidan su cumplimiento, basándose en que se trata de una orden o mandato ilegal. Son otros los caminos o recursos que la Constitución y las leyes franquean a quienes estiman lesionados sus derechos o se sienten perjudicados por los actos de un poder público. Y afirma, también, que la indicada querrela posesoria no tiene otro objeto que el de impedir que el interventor designado asuma las funciones que le corresponden, dejando sin aplicación el indicado Decreto Supremo por virtud de una resolución judicial. El principal fundamento de la demanda, en efecto, es la ilegalidad de ese decreto; a juicio del querellante, el Presidente de la República habría incurrido en un vicio de forma en la dictación del decreto, fuera de que no habría tenido facultad para dictarlo, por no existir en el predio Paico Alto las situaciones de hecho que se tuvieron presentes al ordenar la reanudación de faenas suspendidas por una huelga;

2º Que conferido traslado de esa petición, el actor ha expresado que para establecer a quien corresponde la competencia para conocer de una determinada materia, lo primero es precisar con claridad cuál es la materia sobre la cual debe resolverse; y continúa señalando: “la acción interpuesta ante V. S., según consta de autos, es una querrela posesoria de amparo fundada en las disposiciones del Código Civil y concretamente en el artículo 921 de dicho Código. No se ha demandado ante V. S., la nulidad o ilegalidad de un Decreto Supremo dictado por su Excelencia el Presidente de la República y para demostrarlo, basta leer el petitorio de la demanda en el que sólo se solicita el amparo en la posesión que tiene mi parte sobre el predio de su dominio denominado Fundo El Paico. A nuestro entender, la competencia de V.S. para conocer de esta querrela de amparo, no puede ser siquiera discutida ya que ella emana de claras disposiciones legales como son los artículos 45, Nº 2, letra f) y 143 del Código Orgánico de Tribunales. Especialmente este último precepto, que establece que los interdictos posesorios se reputan de mayor cuantía, cualquiera que sea el valor de los bienes a que se refiere y sólo es competente para conocer de ellos, el juez letrado del departamento en que estuvieren situados dichos bienes. V.S., no sólo es competente para conocer de la querrela posesoria interpuesta por mi parte, sino que además, tiene obligación de fallarla de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. Sostiene el oficio de Su Excelencia el Presidente de la República con el objeto de afirmar su argumentación en cuanto a la falta de jurisdicción que alega, que V. S. no podía dictar sentencia

respecto de la querella posesoria interpuesta por mi parte, sin declarar ilegal el Decreto Supremo 931 del Ministerio del Trabajo. No es exacta esta afirmación, ya que bien pudiera ocurrir que V. S. estimase que la querella posesoria debe ser rechazada, para lo cual lógicamente no haría declaración alguna de ilegalidad; pero aun en el caso de acogerse la querella, V. S. no tendría por qué declarar la ilegalidad del Decreto 931 ya citado, sino que simplemente al considerar las diversas disposiciones legales y reglamentarias que concurren en el caso sometido a su jurisdicción, podrá prescindir del referido decreto. Queda entonces en claro, a la luz de las disposiciones legales que he invocado, que V. S. es plenamente competente para conocer de la querella posesoria de amparo planteada por mi parte. En todo caso, y en manera alguna dicha competencia puede corresponderle al Presidente de la República, puesto que el artículo 80 de la Constitución Política del Estado establece que la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la Ley y en seguida dispone que ni el Presidente de la República ni el Congreso, pueden en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos. Nadie ha pretendido desconocer en estos autos las facultades de Su Excelencia, para dictar Decretos Supremos ni sus prerrogativas constitucionales en esta materia. Pero esta facultad no es omnipotente e ilimitada, puesto que debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con la Constitución y las leyes. Así lo dispone en forma expresa la parte final del artículo 71 de la Constitución Política del Estado. Dicho precepto señala el principio universalmente aceptado de la legalidad de los actos administrativos. Ahora bien, si el Presidente de la República se sale del marco de la Ley, sus actos son nulos y como tales carecen de todo valor y efecto”. Y ha agregado en seguida el actor: “Debemos analizar ahora cuál es la actitud que debe asumir un particular que se ve afectado en su persona o en sus bienes por un decreto ilegal. Evidentemente en la actualidad, no puede demandar derechamente la ilegalidad del Decreto o acto administrativo puesto que no se han creado los tribunales administrativos destinados a conocer de estas ilegalidades. Pero ello no significa que el particular debe quedar a merced de los actos ilegales del Poder Ejecutivo, puesto que ello es contrario a toda norma de justicia y al sistema de Gobierno que se denomina un Estado de Derecho. Es por ello que la unanimidad de los autores que se ocupan de esta materia establecen que si bien no existe un recurso para obtener derechamente la ilegalidad de un Decreto, los particulares que se ven afectados por decretos o actos ilegales del Poder Ejecutivo pueden plantear a los tribunales ordinarios, acciones de carácter civil o criminal que sean de su competencia, y dichos tribunales al conocer de esa causa deben dejar de aplicar el decreto que estimen ilegal. Esto es precisamente lo que ha hecho mi parte ante V. S. Afectado don Vicente Álamos por un Decreto ilegal del Presidente de la República debidamente representado por la Contraloría, en virtud del cual se le priva de la posesión material del Fundo El Paico que legalmente le corresponde, ha interpuesto una querella de amparo, acción netamente civil y de la competencia de los tribunales ordinarios según ya hemos visto. V. S. podrá, si lo estima conforme a derecho prescindir de ese decreto ilegal”. Y, por último, ha dicho el actor: “En resumen, ha quedado claramente establecido: a) Que V. S. es plenamente competente para conocer de la querella posesoria de amparo que ha sido planteada por mi parte en estos autos, y b) Que V. S. no está invadiendo atribuciones del Presidente de la República sino que por el contrario está conociendo de una materia que es de su competencia privativa y que jamás podría ser del conocimiento del Ejecutivo. En cuanto a la petición subsidiaria del oficio del Presidente de la República, considero que V. S. no está invadiendo atribuciones de nadie y que jamás puede existir contienda de competencia alguna, ya que el Presidente de la República, como ha quedado dicho, no puede avocarse al conocimiento de juicio alguno puesto que ello es atribución privativa del Poder Judicial”. Y termina el actor: “en todo caso, estimo que al plantear la contienda de competencia, el Presidente de la República está haciendo uso de un derecho que le confieren la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales por lo que no tengo inconveniente alguno para que la Excelentísima Corte Suprema se pronuncie acerca de la petición de Su Excelencia”;

3º Que conviene consignar, que no se está en el presente caso frente a una contienda de competencia como son las reglamentadas en el Código de Procedimiento Civil, como lo señala el señor Fis-

cal en su dictamen de fojas 43, pero si ante lo que se ha llamado conflicto de jurisdicción en cuanto el Presidente de la República representa a los tribunales su absoluta falta de competencia para conocer y decidir el conflicto planteado en la demanda por el actor. En este sentido resulta que este conflicto de autoridades constituye una de aquellas “contiendas de competencia que se suscitan entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado”, como lo establece el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política del Estado;

4° Que el artículo 916 del Código Civil que inicia el Título XIII del libro segundo, señala el objeto que las acciones posesorias tienen. Conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Si tal es el objeto de esas acciones, su razón de ser sin duda alguna, se encuentra en la paz social. De aquí resulta que tales acciones pretenden impedir que los particulares se hagan justicia por sí mismos alterando situaciones de hecho relacionadas con bienes inmuebles. Atendido lo expuesto, es obvio que esas acciones tienen por causa de pedir la posesión y por objeto pedido la conservación, la entrega o la restitución según el caso, de dicha posesión que se invoca;

5° Que como latamente se consigna en los considerandos que preceden, la única cuestión sometida a la decisión de esta Corte Suprema es el conflicto de jurisdicción promovido por S. E. el Presidente de la República al Juez Letrado de Melipilla en la querrela posesoria de amparo deducida ante ese tribunal por don Vicente Álamos y que se funda en los hechos y alegaciones que se reproducen en el acápite 1o. Para decidir tal conflicto es suficiente dar aplicación a principios de derecho que, a la vez de ser claros y precisos, son determinantes para ese objeto;

6° Que, en efecto, si se comienza por señalar que en la acción posesoria instaurada se persigue –dentro de la normativa de esa acción– que no se perturbe o embarace una posesión, resulta, como conclusión ineludible que esa querrela es de la exclusiva competencia de los tribunales de Justicia, porque el objeto que con ella se persigue, el bien jurídico que se pretende proteger, es simplemente la tutela legal al hecho de la posesión.

Obvio, es, entonces, que no es necesario demostrar que con una acción de esta naturaleza, no se pretende obtener una declaración acerca de la validez o nulidad de un decreto supremo.

Es cierto –y mucho caudal se ha hecho– de que ésta sería una acción posesoria aparente, y que en fondo, se pretendería el anterior pronunciamiento, para lo cual carecen de jurisdicción los tribunales de justicia.

Pero este razonamiento es inaceptable en derecho, porque a la autoridad que debe resolver una contienda de esta especie no le es dable entrar a fallar en única instancia y en cualquier estado procesal en que se encuentre el litigio que la origina. Su misión no puede ser otra y sin trastocar principios elementales de una sana administración de justicia, que decidir, a la luz de los antecedentes que proporcionan los autos para definir la materia o cuestión que debe resolverse, cuál será el tribunal competente para ello;

7° Que existe tal uniformidad en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de esta Corte en reconocer que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para resolver la legalidad o ilegalidad de un Decreto Supremo, se encuentran plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un juicio cuyo conocimiento les corresponde, que resultaría innecesario y excesivo abundar en tales conceptos, que no se discuten.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso en examen: es el tribunal ante quien se entabló la querrela de amparo quien debe resolver sí el decreto objetado y los actos del interventor designado importan o no un acto constitutivo de turbación o embarazo a la posesión; y a la parte litigante

que se considera agraviada con el fallo que se pronuncie, deducir los recursos que le franquea la ley para obtener la enmienda o invalidación de la resolución. Ese es el camino que señala la ley;

8º Que se ha sostenido en estrados que una razón de “economía procesal” justificaría un pronunciamiento sobre el fondo de la acción deducida ante el competente tribunal, pero la economía procesal es un concepto teórico, sin basamento legal expreso pero que, con toda razón, se acepta y aplica en el sentido de acelerar la sustanciación de los juicios, evitando trámites inútiles, carentes de eficacia efectiva en la decisión final; sin embargo, no es posible exagerar la aplicación del principio hasta prescindir en absoluto de la normativa procesal establecida por la ley como garantía de una correcta administración de justicia, porque entonces la economía se convertiría en arbitrariedad.

Si se pidiera derechamente a un tribunal la declaración de ilegalidad de un decreto supremo, para lo cual es manifiesto que carece de jurisdicción, en razón de texto expreso, la aplicación lógica de la economía procesal, justificaría esa declaración, pero distinto es el caso, como ocurre en este proceso, en que en un litigio en que también es manifiesto que el juzgado es absolutamente competente para conocer de él, se promueve por los contendientes, entre otros, un problema de legalidad que el juez es el único llamado a resolver; y que por igual motivo, no resulta aceptable que la autoridad administrativa plantee el mismo problema a título de un conflicto jurisdiccional, para privar al tribunal de la obligación que le impone la ley de conocer y fallar los negocios que son de su competencia.

Esta misma consideración impide anticipar un pronunciamiento sobre la materia por ser ajena al problema objeto de esta decisión, y

9º Que por sobre todos los razonamientos de orden meramente legal ya enunciados existe en juego en este asunto un problema del más alto interés y de la mayor trascendencia para el normal funcionamiento del orden jurídico dentro del Estado de Derecho cual es la garantía del ciudadano frente al Poder Público.

Se pretende que la anterior conclusión se opondría al ya histórico principio de la división de los Poderes del Estado, porque significaría una preponderancia del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, pero, antes, y por el contrario, esa conclusión, no es sino la expresión del postulado hoy en día universalmente aceptado en el mundo libre: el control recíproco de los Poderes del Estado, reconocido expresamente en la Constitución Política de la República, como único medio eficaz y oportuno de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana.

Esa es una de las funciones que el artículo 3º del Código Institucional confía a los Tribunales de Justicia: facultades conservadoras para proteger el ejercicio de los derechos que consagra la Carta Fundamental: y si la Corte Suprema puede declarar inaplicable, en cada caso, un precepto legal por estimarlo contrario a la Constitución, con igual razón el tribunal que conoce de una causa, puede aplicar o dejar de aplicar un decreto supremo, según lo considere o no ajustado a las normas por las cuales debe regirse el ejercicio de la autoridad pública.

Este es, como ya se expresó, el medio más eficaz de protección, porque los otros recursos que contempla la Constitución obedecen a una finalidad diferente de la que es posible obtener de los órganos jurisdiccionales a los cuales pueden recurrir las personas que se sienten lesionadas en sus derechos, ejercitando las múltiples y variadas acciones judiciales que al efecto contemplan las leyes, sin obligarlos a esperar las contingencias propias de un juicio político.

Así es posible obtener un justo equilibrio de poderes, base inamovible de un verdadero ordenamiento jurídico en que todo derecho está respaldado por la correspondiente acción que se dirige al órgano público al cual le corresponde el ejercicio de este aspecto de la Soberanía Nacional.

Como conclusión de todo lo anterior, resulta que no procede dar acogida al conflicto de jurisdicción de que se ha hecho mérito, y

Atendido lo expuesto, se declara que el Juez Letrado de Melipilla es competente para seguir conociendo de la querrela posesoria de amparo interpuesta por don Vicente Álamos.

Se previene que el Ministro señor Varas tuvo, además, en consideración:

1º Que es indudable que los Tribunales ordinarios de Justicia son competentes para conocer de una querrela posesoria de amparo fundada en las disposiciones pertinentes del Código Civil y especialmente en el artículo 921 de dicho Código, pues así lo establecen los artículos 45, inciso 2o, letra f), y 143 del Código Orgánico de Tribunales. En caso alguno Su Excelencia el Presidente de la República podría avocarse el conocimiento de una querrela posesoria cuyo fallo es obligatorio para los Tribunales de acuerdo con lo prevenido por el artículo 10, inciso 2o, del Código citado, y el Poder Ejecutivo está inhibido para ejercer funciones judiciales conforme al artículo 80 de la Constitución Política.

2º Tampoco es posible desconocer las facultades de Su Excelencia el Presidente de la República para dictar decretos supremos y para ejecutarlos. Pero esta facultad no es ilimitada puesto que debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con la Constitución y las leyes según lo dispone el artículo 71 de la Constitución Política.

Si estos decretos exceden sus atribuciones o contrarían la Constitución o las leyes deber ser representados por la Contraloría General de la República como ocurrió en el caso en estudio y si el Ejecutivo dicta un decreto de insistencia, suscrito por el Jefe del Estado y todos sus Ministros, dicho decreto se cumple sin perjuicio de su responsabilidad política por la cual puede ser acusado por la Cámara de Diputados y juzgado por el Senado en la forma que determina nuestra Carta Fundamental.

3º Ello no significa que los particulares afectados por el decreto ilegal en su persona, en su libertad o en su patrimonio, queden privados de todo apoyo legal y solo puedan instar por la acusación constitucional.

Los ciudadanos afectados disponen de las acciones y recursos que las leyes les franquean, ya sea del recurso de amparo o de las acciones criminales o civiles que establece la Ley y si la acción ejercitada es jurídicamente procedente, debe ser conocida por los tribunales ordinarios de justicia, los cuales tienen atribuciones para dar aplicación preferente a la Constitución Política y a las leyes de la República y no aplicar aquellos decretos supremos, reglamentos u ordenanzas que vulneran dichos cuerpos legales.

Como todavía no se han creado los tribunales administrativos, carecen de atribuciones para declarar nulos dichos decretos ilegales pero pueden desconocer su eficacia dentro del orden jurídico de prelación que la Constitución establece.

4º Negar a los tribunales el derecho para conocer de las querrelas posesorias o de dominio o de los recursos de amparo que los afectados interpongan cuando sus derechos esenciales son amagados por un decreto ilegal o por un acto de autoridad abusivo, sería desconocer la obligación primordial que el Poder Judicial tiene de hacer justicia y de hacer respetar los derechos de los habitantes que la ley somete a su protección y cuidado.

5º Esta doctrina ha sido reconocida unánimemente por todos los profesores de Derecho Administrativo.

En efecto, el Profesor don Patricio Aylwin sostiene que los tribunales, en los asuntos civiles y criminales propios de su competencia, tienen facultad suficiente para interpretar el alcance de los

actos administrativos y aun calificar su legalidad y si bien en este último caso la jurisprudencia ha resuelto que los tribunales ordinarios no pueden anular un acto administrativo ilegal, han admitido en cambio que en los casos particulares de que conocen pueden prescindir de aplicar tales actos.

Don Guillermo Varas manifiesta “En general todo decreto debe ser cumplido pero en el orden civil los tribunales de justicia llamados a apreciar la legalidad o ilegalidad de un decreto pueden negar sus efectos al decreto que estiman ilegal, cualquiera que sea el mérito que pueda corresponderle en el orden administrativo o público”.

Don Enrique Silva Cimma expresa “Corresponde no obstante a la justicia ordinaria apreciar la fuerza obligatoria de los preceptos de la ley y los decretos que deben aplicarse en las contiendas sometidas a su decisión puesto que si se privara a los jueces de esta libre apreciación, quedarían impedidos de ejercer cumplidamente sus funciones”.

Don Alejandro Silva Bascuñán expresa que los tribunales no están facultados para dejar sin efecto los decretos ilegales, porque reconocerlo importaría aceptar que pueden entrometerse en las funciones encomendadas al Presidente de la República.

Sin embargo, tal conclusión no puede significar que los particulares afectados por un decreto o reglamento no tengan medio alguno para defenderse de las consecuencias que en su persona o bienes emanan de sus disposiciones.

Los tribunales están facultados para resolver las causas que se presentan a su decisión y al hacerlo deben atenerse a la jerarquía de las normas jurídicas dentro de cuya graduación, las disposiciones del Poder Ejecutivo tienen menor valor jurídico que las contenidas en la Carta Fundamental, como en las leyes ordinarias de modo que en cuanto exceden o contrarían estos superiores marcos, los decretos y reglamentos no pueden ser aplicados en la resolución de una causa que se somete a la decisión de los magistrados;

6º Que en el presente caso S.E. el Presidente de la República dictó un decreto supremo que ordenaba la reanudación de faenas en algunos fundos y los sometía a intervención.

La Contraloría General de la República objetó la legalidad de dicho Decreto teniendo como principales fundamentos:

a) Que el artículo 38 de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado faculta al Presidente de la República para decretar la reanudación de faenas con intervención de autoridades civiles o militares en casos de paralización de industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transportes, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública.

La agricultura no quedó incluida en dicha disposición de acuerdo con la interpretación gramatical del precepto o dentro del tratamiento que le concede la legislación chilena.

b) Cuando en los predios agrícolas se produce un conflicto colectivo, se rige por las disposiciones del Título V del Libro III del Código del Trabajo y no rigen para ellos las disposiciones del Título II del Libro IV quedando los conflictos agrícolas al margen de las disposiciones existentes para los conflictos que se producen en la industria y el comercio.

c) La Ley de Seguridad Interior del Estado tampoco considera dentro de sus posibilidades ordenar la reanudación de faenas en los conflictos colectivos de la agricultura, porque la disposición del artículo 626 del Código del Trabajo es inaplicable a la agricultura por la exclusión hecha por el artículo 469 de dicho Código.

d) El artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado establece que el personal en conflicto debe volver al trabajo en las condiciones que determina la Junta Permanente de Conciliación y ello no puede aplicarse a los conflictos colectivos de la agricultura porque la Junta Permanente de Conciliación no tiene intervención alguna en tales conflictos pues existe una Junta Especial de Conciliación y Arbitraje Agrícola y nace y se extingue el conflicto y no tiene carácter permanente, todo lo cual demuestra que el artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado no puede aplicarse a los conflictos de la agricultura.

7° Que habiéndose rechazado por ilegal el Decreto de reanudación de faenas por la Contraloría General de la República por las razones dadas en el fundamento anterior, se dictó un decreto de insistencia que ordenó la intervención y el hecho de que el fundo del señor Álamos fuera ocupado por el interventor, motivó la querrela posesoria de amparo iniciada por el señor Álamos y de que conoce el juzgado de Letras de Melipilla, en la cual se pretende que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 916, 918, 920, 921, 922, 924 y 925 del Código Civil que protegen la posesión, y son los tribunales de la instancia los que deben tramitar y decidir la acción deducida y analizar si el decreto supremo cuestionado debe prevalecer o no sobre las disposiciones de la Constitución Política y del Código Civil que amparan el dominio y la posesión de los predios y este problema jurídico no puede ser decidido de inmediato por esta Corte, sin forma de juicio al resolver esta contienda, privando al particular afectado de una acción cuyo conocimiento la Constitución y la ley entregan al juzgamiento de los tribunales ordinarios de justicia.

Acordada contra la opinión de los Ministros señores, Miañes, Ortiz Sandoval, Martín, Retamal y Pomés, quienes estuvieron por acoger lo pedido por el Presidente de la República en su solicitud de fojas 28 y declarar, en consecuencia, que el Juez Letrado de Melipilla debe abstenerse de seguir tramitando esta causa y ordenar su archivo, en mérito de las siguientes consideraciones:

Aceptan los fundamentos primero, segundo, tercero y cuarto del fallo, y no los demás y tienen presente:

1° Que el artículo 72, N° 2, de la Constitución Política del Estado confiere al Presidente de la República la facultad de dictar los decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. El artículo 38 de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado, transcrito en el primer fundamento de este fallo, autoriza al Presidente de la República para decretar, la reanudación de faenas en los casos que el mismo precepto señala. Resulta así que la conveniencia de dictar el respectivo decreto es un facultad constitucional del señor Presidente y a él le corresponde calificar la conveniencia del decreto, sin perjuicio de su responsabilidad política de acuerdo con el artículo 39, N° 1, letra a), de la Carta Fundamental por “infringir abiertamente la Constitución o las leyes”.

El Poder Judicial por su parte, tiene, según el artículo 80 de la misma Carta, la facultad de juzgar las causas civiles y criminales.

Ha ocurrido en el caso de autos que un decreto del Presidente de la República ha amagado el interés particular, suscitándose el problema de que, por una parte el Presidente de la República para poner en ejecución el artículo 38 de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado ha hecho uso de su facultad constitucional de dictar un decreto de reanudación de faenas, y por otra, la autoridad judicial podría impedir el ejercicio de tal facultad del Poder Ejecutivo.

Si la facultad presidencial no puede ser inhibida por la judicatura, el particular afectado quedaría sin recursos judiciales para enervar la acción presidencial aunque tendría el de la acusación constitucional para hacer efectiva la responsabilidad política del Presidente. También podría responsabilizar a los Ministros firmantes del Decreto conforme al artículo 76 de la misma Carta.

Si, en cambio, la judicatura puede intervenir en el asunto, como en cualquier otro del orden temporal, y hasta decretar, como sucedió en el caso de autos, una medida precautoria destinada a

impedir el cumplimiento del decreto del Ejecutivo, el Presidente de la República estaría inhibido para ejercer el derecho constitucional de dictar los decretos que crea convenientes para la ejecución de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado.

Hay, pues, un antagonismo aparente de autoridad en que una de ellas ha de tener primacía y capacidad legal para impedir a la otra el ejercicio de su aparente facultad constitucional.

Y es aparente, porque en el legislador no caben jurídicamente contradicciones capaces de romper la división de Poderes, o su armonía, o de paralizar la acción del que tenga derecho a actuar.

Pues bien, el acto político en cuanto tal, está fuera del control del Poder Judicial. No puede, este Poder revisar la validez de los actos del Poder Ejecutivo en el plano administrativo. Podría sólo intervenir en los efectos perjudiciales que tales actos pudieran producir en el patrimonio particular, sin pretender la inhibición del Ejecutivo en la ejecución o cumplimiento de sus decisiones, para determinar si la disminución patrimonial producida constituye o no perjuicio indemnizable.

A esto habría que agregar que el acto de autoridad o de poder emanado de los artículos 60 y 71 de la Constitución tiene por fin principal velar por el orden público y la seguridad del Estado que especialmente corresponde—según esos preceptos— al Presidente de la República y no puede, por tanto, tal acto ser paralizado por la interposición de un juicio posesorio porque de ser esto posible, el acto de Gobierno podría ser anulado en cualquier caso en que se ejercitara una acción de esa especie.

Las facultades que a él se le otorgan en el artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado, tienen como objetivo esencial asegurar la paz social y el bienestar económico de la Nación y, por ende, el orden público, cuando se producen conflictos que afectan a industrias vitales o a empresas productoras que abastecen a la colectividad, que pueden engendrar graves trastornos a la estabilidad institucional.

Hay, es cierto, leyes especiales que en determinados casos confieren a la autoridad judicial la facultad de juzgamiento, por medio del recurso de reclamación, respecto de actos de las autoridades políticas o administrativas; pero el Poder Judicial no puede intervenir en la gestación o cumplimiento del acto político o administrativo sino cuando la ley expresamente lo ha establecido, y sólo, como regla general, puede calificar su legalidad cuando tales actos han producido daño o perjuicio a los particulares y éstos demandan la indemnización competente, ya cumplido el acto de autoridad;

2º Que la tesis que se viene sustentando es la misma que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido ya respecto a los derechos de los particulares que se sientan afectados en su patrimonio o personas por decretos del Poder Ejecutivo que estimen ilegales en el sentido de que puedan ocurrir a los tribunales de justicia planteando las acciones civiles o criminales que sean de su competencia, y en tales casos, conociendo de esas acciones, pueden prescindir de aplicar al caso concreto que les ha sido sometido por la acción que les daba aquella competencia, el decreto ilegal, aplicando las normas jurídicas correspondientes dentro de su natural jerarquía.

Pero esto no implica que el Poder Judicial pueda transformarse, como ya se ha dicho, en un Poder contralor del Ejecutivo y pronunciarse sobre la validez y juridicidad de sus resoluciones en el ámbito de la administración y es por eso que ya se ha resuelto que aquel Poder Público no puede declarar en sentido general la ilegalidad o inconstitucionalidad de un Decreto Supremo emanado de S.E. el Presidente de la República. Otra conclusión sería obviamente equivocada ya que iría contra la letra y el espíritu de la Constitución Política que establece la separación de los Poderes Públicos según la fórmula clásica de los tres poderes, que ejercen sus funciones de un modo independiente, pero en una labor coordinada y respetuosa de sus respectivas atribuciones, sin que a ninguno de ellos le sea permitido, invadir las facultades del otro, dentro de sus correspondientes

esferas. Es decir, no es aceptable según esa fórmula que alguno tenga preeminencia sobre los otros. Sólo de esta manera se conserva el equilibrio.

Y, por último, hay otras bases de esa estructura jurídica, constituidas por las diversas ramas del Derecho, entre las que sobresale en los tiempos contemporáneos el derecho socio-económico, inspirado por diversos factores científicos y técnicos.

En suma, el Estado de Derecho es una concepción esencialmente dinámica. Sigue el camino de la constante evolución del hombre para lograr su perfeccionamiento espiritual, moral y material;

3º Que precisado el alcance de la contienda de competencia en la forma establecida en el considerando tercero de la sentencia y lo expuesto en los dos fundamentos que preceden, corresponde a esta Corte pronunciarse sobre la validez de las afirmaciones de Su Excelencia el Presidente de la República referidos en el motivo primero del fallo. Si fuere efectiva la tesis que sustenta, el Juzgado de Melipilla carecería de jurisdicción en definitiva para declarar como constitutiva de embarazo a la posesión y como fundamento para acoger la acción posesoria interpuesta, la dictación del Decreto de reanudación de faenas y de nombramiento de interventor, ya que no podría un acto de autoridad legítima importar el embarazo a la posesión que la ley pretende evitar tutelándola;

4º Que no parece oportuno retardar un pronunciamiento sobre la validez de la afirmación presidencial referida anteriormente tanto porque ello pugnaría con una recta administración de justicia ya que de ser efectiva sería clara la falta de jurisdicción del juzgado de Letras de Melipilla para conocer de esta controversia, cuanto porque el principio de la economía procesal así lo aconsejaría.

Es efectivo que este último es un principio teórico sin basamento legal, pero no que su aplicación sea sólo restringida al aceleramiento de la substanciación de los juicios. Se ha dicho por los autores que este principio tiende al máximo de resultados en el proceso con el mínimo de actividad jurisdiccional del Estado, esto es, se encamina al logro de la brevedad en los procedimientos eliminando las situaciones innecesarias que postergan la solución de los litigios con perjuicio de los que actúan en ellos que soportan las deficiencias de una justicia tardía, y con menoscabo de la autoridad judicial que se desprestigia con el retardo injustificado de un fallo constituyendo su verdadero fin la abstención de la declaración de un derecho con el menor esfuerzo de actividad frente al órgano jurisdiccional. Y es este el sentido con que ha sido aplicado antes por la Corte;

5º Que a este respecto es necesario consignar los siguientes hechos: a) En la querrela posesoria deducida por el señor Vicente Álamos, a foja 1 se expresa que mediante la dictación del Decreto 931 de 9 de noviembre último, se ha ordenado la reanudación de faenas en el fundo "Paico Alto" del que es usufructuario y se ha designado interventor al señor Luis Pizarra; que "el Decreto 931 que S.E. el Presidente de la República ha dictado excede sus atribuciones constitucionales o legales"; que "si S.E. ha dictado un Decreto de reanudación de faenas basado precisamente en el artículo 38 de la Ley N° 12.927, la que no es aplicable a los conflictos de la agricultura como se ha expresado, se ha salido de la esfera de sus atribuciones y el acto administrativo que ha dictado carece de todo valor por aplicación del artículo 4º de la Constitución Política del Estado; que "ante la ilegalidad que para él reviste el decreto de reanudación de faenas, se ha negado a aceptarlo"; que "la personería del señor Pizarra emana de un decreto absolutamente ilegal"; que "resulta claro que la intervención ilegítima de un funcionario, cuyas instrucciones se me dice debo acatar, y en caso de no hacerlo así, que él tomará la administración de mi fundo, constituye una amenaza y una turbación de mi posesión"; que "con la sola dictación y publicación de este decreto existe una amenaza de turbación o molestia en mi posesión y la presencia física del interventor en mi fundo el día 28 de noviembre pasado, oportunidad en que concurrió con el fin de hacerse cargo de su función y en caso de que yo me negase a aceptarlo a tomar sobre sí la administración del fundo constituye un hecho concreto de turbación, embarazo o molestia en mi posesión"; que "como la

amenaza de turbación ocurrió con la publicación del Decreto, esto es el día 25 de noviembre y el acto de turbación o molestia ocurrió el día 28, está en plazo para ejercer la querrela de amparo”, que “ante la dictación de un Decreto absolutamente ilegal, y careciendo nuestro país de tribunales administrativos que puedan resolver este problema, sólo tiene a su alcance el recurso de deducir esta querrela posesoria pidiendo se le ampare por los tribunales su posesión amenazada injustamente por un decreto de autoridad ilegítima”; que “si U.S. no está llamado específicamente a pronunciarse acerca de la legalidad o ilegalidad de este decreto emanado del Poder Ejecutivo, tiene frente a S.S. un derecho anterior como es mi derecho de usufructo y un hecho como es la posesión tranquila que estoy ejerciendo desde hace más de un año la que se encuentra injustamente amenazada. Ante esta alternativa, la doctrina unánime y la jurisprudencia de los tribunales han resuelto la competencia de éstos para conocer en este caso de un juicio propio o de su competencia en el cual está accionando contra los efectos de un acto ilegítimo cuyo cumplimiento me está turbando en mi posesión”; y que “como mientras esté vigente el Decreto 931 del Ministerio del Trabajo, me siento amenazado en mi posesión, pues en cualquier momento el señor interventor podría entrar al fundo con ayuda de la fuerza pública y pretender administrar el fundo, junto con pedir el amparo en mi posesión solicito seguridades contra el daño que me amenaza”; y b) En el petitorio de la aludida querrela posesoria el actor señor Vicente Álamos solicita se disponga “a) que el señor Luis Pizarra Contador no puede perturbar o embarazar la posesión que tengo sobre el fundo ‘Paico Alto’ de la Comuna de El Monte, de este departamento, como usufructuario que soy, y b) que como medida de seguridad de que mi posesión no será turbada, se prohíba al señor Luis Pizarra Contador ejercer la intervención y tomar la administración del fundo ‘Paico Alto’, para lo cual incluso se dará la fuerza pública si fuere necesario, y bajo el apercibimiento de multas o arrestos en caso de contravención, que serán reguladas prudencialmente por S.S.”;

6º Que la petición del actor para que se declare que el interventor demandado no puede perturbar o embarazar su posesión y que como medida de seguridad de la misma, se prohíba al señor Pizarra ejercer la intervención, sólo puede racionalmente ser acogida declarando la ilegalidad e impidiendo el cumplimiento del ya nombrado Decreto 931. En efecto, si bien el actor ha accionado invocando la posesión, no ha sido su conservación, reconocimiento o restitución lo que ha perseguido, esto es, no se está en presencia de una acción posesoria en su verdadero sentido jurídico, si no sólo de una acción formalmente denominada y entablada como tal. Es bien sabido que las acciones como institutos jurídicos que son, corresponden a una determinada especie o categoría según los elementos esenciales que las integran relacionados con los fundamentos que se invocan y lo que substancialmente se pide, y no según la denominación que se les dé a la forma en que se presenten en los tribunales.

No cabe duda, por lo que se ha expresado sobre los fundamentos de la acción deducida y las peticiones en ella formuladas, que tiende a la inhibición de la acción política del Ejecutivo, como lo demuestra la medida precautoria pedida y decretada para impedir que el interventor designado obre como lo manda el decreto del Poder Ejecutivo, puesto que tales medidas sólo pueden tender a asegurar el resultado de la acción instaurada, y si el demandante y el juez entendieron que la acción se aseguraba mediante la prohibición de actuar por parte del interventor, es obvio que tal inteligencia emana de que estimaron que la acción tiende precisamente a impedir la ejecución del decreto gubernativo por estimarlo ilegal.

Confirma, además, lo dicho, la circunstancia de que la demanda fuera deducida precisamente contra don Luis Pizarra Contador en su calidad de interventor en el fundo “Paico Alto”, designado por el mencionado decreto N° 931 del Ministerio del Trabajo, y es obvio entonces que la pretensión del actor va encaminada exclusivamente a impedir el cumplimiento de aquel acto de Gobierno.

A este mismo respecto y en relación con la materia de que aquí se trata, es necesario por último agregar que no puede la tutela de la posesión proyectada en el ejercicio de una acción posesoria traducirse en la inhibición de derechos constitucionales legítimamente ejercitados;

1º Que de todo lo dicho y como su natural consecuencia, se puede afirmar que en autos lo que realmente se ha pedido es la declaración de ilegalidad del citado Decreto, petición esta formalmente indirecta, pero racionalmente indispensable ya que se formula mediante el procedimiento de solicitar una declaración que es necesariamente consecencial de la de nulidad del referido Decreto, materia esta ya tratada en las consideraciones primera y segunda que preceden;

8º Que en las condiciones que han quedado señaladas y dando aplicación a los principios indicados en el fundamento cuarto de los disidentes, obvio es concluir que el Juzgado de Letras de Melipilla es incompetente en forma absoluta para conocer y decidir la materia planteada en la demanda de foja 1, de la manera como ha sido deducida.

Transcríbase a S.E. el Presidente de la República.

Osvaldo Illanes B. – Manuel Montero M. – Ramiro Méndez B. – Eduardo Varas V. – Enrique Urrutia M. – Eduardo Ortiz S. – Israel Bórquez M. – Ricardo Martín D. – Luis Maldonado B. – Juan Pomés G.

MATERIA

SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS DE SALUD

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

Tipo de recurso: Apelación Protección

Rol: 4396-2010

Fecha: 21.09.2010

Resultado recurso: Acogida Apelación del recurrido, rechazada Protección.

Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz, Rosa Egnem Saldías y Roberto Jacob Chocair.

Ministro redactor: Sonia Araneda Briones.

Partes: Eriko Gastón Contreras Solís con Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benavente y Otros.

DESCRIPTORES

Derecho a la Salud – Derecho a la Vida – Integridad Física y Psíquica – FONASA – Políticas Públicas – Ministerio de Salud

PRINCIPIO JURÍDICO

Los jueces no pueden adoptar medidas que impliquen decisiones de política pública.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 20 CPR; Arts. 140 y 141 D.F.L. N° 1/2005 Ministerio de Salud.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todas las prestaciones posibles para una enfermedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La actora, hospitalizada en el Hospital Regional de Concepción desde el mes de enero de 2008, ha experimentado sucesivas necrosis intestinales, las cuales le produjeron síndrome de intestino corto complicado y obligaron a que se le extirpara una gran parte del intestino delgado.

Los organismos públicos de salud financiaron el traslado de la reclamante al Hospital Clínico de la Universidad Católica en la ciudad de Santiago para ser evaluada por médicos de ese centro asistencial, quienes descartaron un trasplante de intestino al no cumplir la paciente los requisitos para someterse a una cirugía de tal envergadura. No obstante, indicaron la posibilidad de efectuar una cirugía distinta en el Hospital Regional, la cual tiene un costo superior a los treinta y dos millones de pesos y que permitiría a la paciente una adecuada calidad de vida.

El recurrente interpuso acción de protección ante la Corte de Apelaciones, la cual fue acogida. El recurrido apeló dicha sentencia para ante la Corte Suprema, al igual que el recurrente.

ALEGACIONES

El derecho a la vida e integridad física y psíquica de la actora se encuentran amenazados en razón de los graves descuidos en que han incurrido el Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant, el Servicio de Salud de Concepción, el Ministerio de Salud y la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío. Para subsanar la afectación, es necesario que la paciente sea trasladada a la Clínica Las Condes o al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para ser operada o trasplantada.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 141 del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, dispone que las prestaciones se otorgarán por FONASA a través de los establecimientos de salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud. Agrega dicho precepto que las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el FONASA con otros organismos públicos o privados. A su vez, el artículo 140 señala que se incluyen entre las prestaciones médicas que proporciona el Régimen General de Garantías de Salud “aquellas acciones de promoción, protección y otras relativas a las personas o al ambiente, que se determinen en los programas, en la forma y modalidades establecidas en las disposiciones que rigen a los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, a quienes corresponderá la ejecución de tales acciones” (C. 7).

Por consiguiente, no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso se pretenden. Esto se fundamenta en que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, tales como el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello (C. 8).

Por otra parte, los organismos recurridos han brindado a la actora todas las atenciones que han estado a su alcance para su recuperación, incluso la de explorar la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica de alto costo en un centro privado de salud acudiendo a un mecanismo de financiamiento excepcional contemplado en la normativa sectorial (C. 9).

Por consiguiente, la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela (C. 10).

CONCLUSIÓN

No es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todas las prestaciones posibles para una enfermedad, por cuanto ello incide

en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este es un interesante caso de hasta donde pueden llegar los tribunales cuando deben resolver la extensión de derechos de los ciudadanos, frente a recursos limitados por parte del Estado.

La tesis de la Corte es que la distribución de los fondos públicos es un problema de política pública en el cual los jueces no se pueden involucrar, pues si lo hicieran alterarían la regla de distribución de competencias constitucionales.

El criterio establecido en esta decisión la Corte ya lo había enunciado en el caso denominado “enfermos de SIDA” (Rol 3599-2001).

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, pero se elimina desde su fundamento duodécimo a décimo octavo, inclusive.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que la acción cautelar instituida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República protege el legítimo ejercicio de determinadas garantías fundamentales, mediante la adopción de medidas de amparo por parte del órgano jurisdiccional competente en uso de sus facultades conservadoras, frente a acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que las afecten bajo las modalidades de privación, perturbación o amenaza.

Segundo: Que la procedencia de esta institución de cautela supone la existencia de una conducta antijurídica, expresada en las formas de ilegalidad, esto es, en contravención a la ley, o de arbitrariedad, carente de respaldo en una fundamentación lógica y racional.

Tercero: Que en el caso promovido en estos antecedentes se solicita amparo a favor de doña Magaly Ruiz Garcés, cuyo derecho a la vida e integridad física y s íquica se encontraría amenazado en razón de los graves descuidos en que habrían incurrido el Hospital Regional de Concepción “Guillermo Grant”, el Servicio de Salud de Concepción, el Ministerio de Salud y la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío.

Se solicita que la paciente sea trasladada a la Clínica Las Condes o al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, únicos establecimientos de salud “según estima el cónyuge de la recurrente— aptos para efectuar una intervención quirúrgica de mayor complejidad, o evaluar un trasplante de intestino, cuyo financiamiento deberá ser asumido por las autoridades sanitarias correspondientes.

Cuarto: Que según aparece de los antecedentes allegados a la causa, la actora se encuentra hospitalizada en el Hospital Regional de Concepción desde el mes de enero de 2008 al haber experimentado sucesivas necrosis intestinales que han motivado que en la actualidad sufra de síndrome de intestino corto complicado. Se le debió extirpar, producto de sus patologías, una gran parte del intestino delgado, lo que conlleva un claro deterioro en su calidad de vida y condición física.

Asimismo, consta que los organismos públicos de salud financiaron el traslado de la reclamante al Hospital Clínico de la Universidad Católica en la ciudad de Santiago para ser evaluada por médicos de ese centro asistencial, quienes habrían descartado un trasplante de intestino al no cumplir la paciente los requisitos para someterse a una cirugía de tal envergadura, pero sí indicaron la posibilidad de efectuar una cirugía distinta “no precisada en estos antecedentes–, la cual tiene un costo superior a los treinta y dos millones de pesos. En relación a este último procedimiento se señala que se están estudiando las vías para cubrir el alto costo que él tiene.

Quinto: Que en lo referente a la solicitud de que la recurrente sea trasladada a la Clínica Las Condes o a la Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para ser operada o trasplantada, de acuerdo a lo informado por el Jefe del Servicio de Cirugía, Dr. Ricardo Durán, la opinión del equipo médico tratante es intentar una segunda anastomosis “esto es, extraer parte del intestino delgado y unirlo al intestino grueso- la que puede practicarse en el Hospital Regional “Guillermo Grant” y que permitiría a la paciente una adecuada calidad de vida. Sin embargo, su cónyuge, añade el recurrido, se ha negado terminantemente a realizar esta intervención.

Sexto: Que planteadas en los términos expuestos las principales facetas que presenta la situación médica de la paciente, procede ahora situar el análisis en el ámbito de lo jurídico, en consideración a cuyas regulaciones cabe dilucidar la controversia inserta en la presente acción de amparo constitucional.

Séptimo: Que el artículo 141 del Libro II “que Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud– del D.F.L. N° 1 de 2005, dispone que las prestaciones se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud a través de los establecimientos de salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud. Agrega dicho precepto que las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados.

A su vez, el artículo 140 del mismo texto normativo preceptúa que se incluyen entre las prestaciones médicas que proporciona el Régimen General de Garantías de Salud “aquellas acciones de promoción, protección y otras relativas a las personas o al ambiente, que se determinen en los programas, en la forma y modalidades establecidas en las disposiciones que rigen a los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, a quienes corresponderá la ejecución de tales acciones”.

Octavo: Que de las referidas disposiciones se colige que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello.

Noveno: Que, por otra parte, del análisis de los informes emitidos por los organismos recurridos se desprende en forma clara que éstos, dentro de sus competencias, han brindado a la actora todas las atenciones que han estado a su alcance para su recuperación, incluso la de explorar la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica de alto costo en un centro privado de salud acudiendo a un mecanismo de financiamiento excepcional contemplado en la normativa sectorial.

Décimo: Que, por consiguiente, la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, según los antecedentes acompañados en estos autos consta que el estado actual de salud de la paciente es satisfactorio atendida su enfermedad. Con ello queda en evidencia que el asunto debatido a través de esta acción excede sus márgenes, porque el objeto de este recurso es dar una urgente y eficaz solución al quebrantamiento del legítimo ejercicio de derechos preestablecidos y no el de dirimir la controversia promovida por la reclamante en relación a si le corresponde a las entidades recurridas procurar los tratamientos que aquélla estima indispensables para su recuperación. Una determinación de esa clase es ajena a esta acción cautelar;

Duodécimo: Que las reflexiones precedentemente desarrolladas conducen necesariamente a desestimar la acción de protección deducida en estos autos por no existir una actuación arbitraria o ilegal que enmendar a través de este arbitrio, sin perjuicio de otros derechos que puedan asistir a la recurrente.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de mayo último, que se lee a fojas 87, y se declara que se rechaza el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 14.

Se previene que la Ministra Sra. Egnem concurre al rechazo del recurso teniendo únicamente presente que de los antecedentes allegados se desprende que la entidad recurrida ha prestado a la paciente, doña Magaly Ruiz Garcés, la atención médica de que ha podido disponer y ello, a partir del año 2008, circunstancia que a la vez permite concluir que no se está en presencia de una situación de inminente peligro para la vida o integridad de la persona por quien se recurre que amerite un procedimiento de urgencia como el utilizado por esta vía, todo ello sin perjuicio de otros derechos que puedan asistirle.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Araneda y de la prevención, su autora.

Rol N° 4396-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y Sr. Roberto Jacob. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Bito por estar en comisión de servicios. Santiago, 21 de septiembre de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Eguzquiza.

En Santiago, a veintiuno de septiembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.