

COMENTARIO:

RECURSO DE PROTECCION CONTRA ENTES CONSTITUCIONALES
AUTONOMOS: CRITICA A UNA ERRADA INTERPRETACION

Arturo Fermandois Vöhringer
Profesor de Derecho Constitucional,
Pontificia Universidad Católica de Chile
Master in Government, Universidad de Harvard

Es de tal magnitud relevante para la determinación del alcance del recurso de protección este Informe de la Comisión a la sala del Senado (aprobada posteriormente por esta), que hemos resuelto comentar en lenguaje sencillo las consideraciones desarrolladas por su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Así, pretendemos convidar a lectores de todos los ámbitos del derecho a compartir nuestra crítica frente a la resolución de esta contienda de competencia.

En virtud de los razonamientos y conclusión del Informe, que merece nuestra crítica, se consolida la doctrina de la improcedencia del recurso de protección en contra de los actos del Contralor en ejercicio de su función del control de la legalidad de los actos de la administración.

Creo que la forma en que el Senado resolvió esta contienda de competencia, junto con otros acontecimientos coetáneos, como la dictación del nue-

su resolución por la Cámara Alta según lo dispuesto por el N° 3 del artículo 49° de la Constitución.

MATERIAS: *Recurso de protección-Contienda de competencia – Contraloría General de la República – Alcance del recurso de protección – Toma de razón – Competencia de Corte de Apelaciones en recurso de protección – Principio de la exclusividad – Jurisdicción – Control de la constitucionalidad – Revisión judicial actos administrativos.*

DOCTRINA: *Los artículos 87 y 88 entregan a la Contraloría General de la República, entre otras, la función de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración”, señalando que en el ejercicio de tal función el Contralor “tomará razón de los decretos y resoluciones” que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por ese organismo “o representará la ilegalidad de que puedan adolecer”.*

El artículo 73 de la Ley Suprema, por su parte, preceptúa, en la primera parte de su inciso primero, 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”.

La esencia de los asuntos sometidos a la decisión del Senado es determinar si la Corte de Apelaciones de Santiago, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 20 de la Carta Fundamental, puede acoger a tramitación los recursos de protección roles N°s 4187-97 y 4322-97 interpuestos en contra del Contralor General de la República, por considerar que este, al tomar razón de un acto de la Administración o al representarlo, ha privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio de derechos o si, por el contrario, el mencionado tribunal carece de competencia para conocer de ellos;

Esta materia fue debatida extensamente en el seno de la Comisión de Es-

vo auto acordado de la Corte Suprema respecto del recurso de protección,¹ están dejando a esta formidable acción en una situación tremendamente desmedrada, casi en etapa de agonía constitucional.

No nos inquieta decir resueltamente que el Informe, si bien está elegantemente escrito y fundado, es débil, confuso y poco convincente. En alguna futura edición de la *Revista Chilena de Derecho* podrán analizarse en detalle las diversas tesis jurídicas que emergieron en la sala para su aprobación o parcial discrepancia. Por ahora, en este comentario intentaré demostrar con argumentos sencillos la equivocación constitucional que aquí se ha cometido.

1. *Equivocada aplicación del principio de autonomía e independencia de los órganos*

El fundamento central del Informe es el principio de la independencia, autonomía o exclusividad de competencia de los entes constitucionales. Se afirma que en virtud de ello, y fuera de las normales interacciones, ningún órgano constitucional podría inmiscuirse en las atribuciones de la Contraloría, por cuanto ello envuelve una actuación que rompería con la debida armonía y correspondencia de las normas constitucionales. Por tanto, se concluye, no cabría acoger ni siquiera tramitar recursos de protección contra el Contralor General de la República.

tudío de la Nueva Constitución, cabiéndole una destacada participación, entre otros, a los señores Alejandro Silva, Enrique Ortúzar, Gustavo Lorca y Enrique Evans.

En efecto, según lo consignado en actas, en la sesión número 214, de fecha 25 de mayo de 1976, el señor Silva Bascuñán expresa su preocupación en cuanto a estructurar adecuadamente esta nueva institución, haciendo presente que "la cuestión es crear algo que no desordene el resto del ordenamiento jurídico, no cree problemas de competencia entre los órganos, no termine con la independencia de unos y de otros y no impida que los demás sistemas del ordenamiento jurídico puedan desarrollar el objetivo para el cual están hechos".

El señor Ortúzar, a su vez, manifiesta su opinión en el sentido de que le parece conveniente "que la disposición sea amplia y no sólo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa, sino de cualquiera", añadiendo que "al decir de

quienquiera, entiende que comprende no sólo a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso, a una rama del Parlamento que, actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyo efecto hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas". Indica que "un acuerdo de la Cámara de Diputados que dispone la detención de un funcionario del Congreso, para señalar un caso cualquiera, sería lisa y llanamente susceptible de recurso". Agrega que, del mismo modo, sería procedente el recurso en contra de "un juez que sin que se haya incoado un proceso...atente contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera".

En seguida, se produce un extenso debate, siendo posible apreciar que, en términos generales los miembros de la referida Comisión son receptivos a la idea de que el recurso tenga un carácter amplio.

En realidad, todos los órganos de rango constitucional tienen competencia exclusiva, no sólo la Contraloría, pero ello no excluye la competencia judicial. Nadie podría sostener que las atribuciones del Banco Central son compartidas por los tribunales sólo porque están facultados para revisar la legalidad de sus actos.²

El Informe, sin embargo, rechaza que la Corte de Apelaciones en particular y los tribunales en general revisen la legalidad de las actuaciones del Contralor cuando éste a su vez controla la legalidad de los actos administrativos. La apreciación de la legalidad de los actos de la administración sería una competencia exclusiva y excluyente de Contraloría, de acuerdo al artículo 87° de la Constitución, y le estaría vedado a cualquier otro ente atribuírsela, según las preceptos básicos del artículo 7° de la Carta.

Creo que este es un argumento equivocado. Para comprender que no se trata de una aproximación correcta, hay que acudir al concepto de *jurisdicción* como fundamento de la intervención judicial en la vida constitucional. Ello permitirá entender que la Corte de Apelaciones puede revisar perfectamente la legalidad o arbitrariedad de los actos del Contralor, sin que por ello el principio de autonomía sea infringido.

En efecto, la Corte de Apelaciones conoce del recurso de protección como un tribunal, en ejercicio inmediato de las facultades que le otorga el

² Piénsese que, de acuerdo a los artículos 69 y siguientes de la Ley 18.840, la propia Corte de Apelaciones está facultada para revisar la legalidad de los acuerdos del Banco Central de Chile, ente autónomo y de rango constitucional.

Las opiniones precedentemente transcritas permiten apreciar que, si bien es cierto, la intención fue dar al recurso de protección un carácter amplio, los ejemplos dados por el señor Ortúzar que se refieren a actuaciones del Congreso Nacional y de los Tribunales de Justicia —completamente al margen de las atribuciones que les entrega la Carta Fundamental—, las observaciones formuladas por el señor Silva —en cuanto a que era necesario cuidar que la instauración del recurso no desordenara todo el ordenamiento constitucional—, y los comentarios efectuados acerca de estas últimas por los señores Lorca y Evans —en el sentido de que ello no tenía por qué ocurrir si se entendía el recurso en su exacto alcance—, ponen de manifiesto que la amplitud de la norma sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano o autoridad del Estado —por el solo hecho de ser tal órgano o autoridad— de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser objeto de un recurso de protección;

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional —sentencias de fechas 24 de septiembre de 1985 y 21 de diciembre de 1987— ha dictaminado que “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 a privar de eficacia algún precepto de ella”, y similar criterio de interpretación constitucional es sustentado por la doctrina.

Es dable mencionar la opinión expresada por la profesora de Derecho Constitucional señora Luz Bulnes Aldunate —en un artículo denominado “El Recurso de Protección y las Atribuciones Exclusivas del Senado y la Cámara de Diputados”—, en cuanto a que “si bien el artículo 20 de la Constitución no hace una exclusión de autoridades políticas o administrativas que puedan afectar en el ejercicio de sus atribuciones los derechos y garantías que la Constitución resguarda por dicha disposición,

artículo 20° de la Carta y en ejercicio remoto de la Jurisdicción, que ha sido atribuida exclusivamente por el artículo 73° a los tribunales.

Entonces la clave es comprender que la competencia de los tribunales se desata, se activa y se legitima cuando existe de por medio un conflicto, una contienda. Allí nace una “causa” que corresponde conocer y decidir en virtud de la jurisdicción. Entonces, por regla general, un agravio constitucional envuelve una contienda entre el afectado y el agresor constitucional, responsable de la acción u omisión que se pretende reparar por la protección. En estos casos, la intervención judicial está perfectamente legitimada y es del todo armónica con los principios básicos del Estado de Derecho y del principio de la separación de los poderes o funciones de los artículos 6°, 7°, 73 y 87 de nuestro Código Político.

Como contrapartida, en ausencia de conflicto y por regla general, el régimen normal de control de la legalidad de los actos de la Administración recaerá siempre en la Contraloría General de la República. Empero, esto no puede significar que, aun frente a la existencia de un conflicto derivado de la actuación de la CGR (no de la actuación del órgano administrativo cuyo acto se controla), dicha impugnación no tenga sede alguna ante la cual pueda ser resuelta. Esta conclusión llevaría a afirmar que se ha dado una carta de infalibilidad a la Contraloría: es el único órgano que, sin ser jurisdiccional sino administrativo, gozará de una presunción inimpugnable consistente en que sus actuaciones en el trámite de la toma de razón son perfectas, legales y razonables. ¿Tiene sentido esta inferencia constitucional?

ello no significa que esta acción cautelar pueda dejar sin efecto atribuciones que el propio constituyente les ha otorgado a otros órganos del Estado, pues de sustentar esta tesis estaríamos admitiendo que hay un Poder del Estado que tiene una tuición sobre los otros órganos estatales”, agregando que “no fue este el criterio del constituyente del 80 y si se sostuviera una tesis de tal naturaleza se dejarían sin efecto las disposiciones de los artículos 6° y 7° de la Constitución que se sustentan en el principio de autonomía e independencia de los órganos”.

Tanto el recurso de protección como el control de legalidad de los actos de la Administración, según se ha señalado, son instituciones consagradas en distintos preceptos de nuestra Carta Fundamental, por lo que hay que interpretarlas en forma armónica, de manera tal que, respetando la finalidad propia de cada una de ellas, se evite, al mismo tiempo, toda posible colisión, interferencia o duplicidad de funciones.

El Contralor General de la República al ejercer la función de toma de razón, en la medida que lo haga en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber constitucional, que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración, por lo que no es posible aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, pues ello importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa, lo que violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos.

Lo anterior de ninguna manera significa dejar en la indefensión a las personas que estimen vulnerados sus derechos constitucionales, toda vez que ellas pueden recurrir de protección en contra de la autoridad que dictó el acto administrativo, tanto en el caso de toma de

2. Resolución de conflictos por otros órganos

El Informe se funda en otro argumento que me parece incorrecto. Dice la Comisión que si se acepta la competencia de la Corte para revisar el trámite de la toma de razón, entonces podrían generarse resoluciones contradictorias entre ella y el Tribunal Constitucional, conociendo del asunto por la vía del artículo 82 N°6 de la Carta.

Creo que aquí sí que cabe una interpretación sistémica, lógica o armónica entra las normas constitucionales, que las haga operar como parte de un todo único. Si hemos dicho que la Corte está facultada para conocer en casos de conflicto porque a los tribunales pertenece la jurisdicción, también debe decirse que ello no será así cuando cuando la Constitución expresamente haya otorgado competencia para la resolución del mismo conflicto a otro órgano determinado. Este es exactamente el caso del Tribunal Constitucional en todas sus competencias del artículo 82°, el caso del Senado en este mismo evento del conocimiento de contiendas de competencia según el artículo 49 N° 3 o de la acusación constitucional del numeral 1° del mismo artículo y el caso del Tribunal Calificador de Elecciones. En todos estos casos el órgano resolutor se pronuncia sobre “conflictos” y por ello, a menos que la propia Carta establezca expresamente una revisión judicial, los tribunales quedarán excluidos de intervenir por vía de protección.³

³ En algunos casos es la propia Constitución la que declara que lo resuelto por el órgano autónomo no es revisable por los tribunales, como lo hace en el artículo 83 respecto del Tribunal Constitucional.

razón como en el de representación del mismo.

A mayor abundamiento, las Cortes de Apelaciones podrían acoger a tramitación recursos de protección dirigidos en contra del Contralor General de la República si este actuare al margen de sus funciones o no lo hiciera dentro del plazo legal que corresponda, y los afectados estimaren que tales acciones u omisiones son ilegales o arbitrarias y vulneran sus derechos constitucionales.

La Carta Fundamental, junto con entregar al Contralor General de la República la facultad de ejercer el control de jurisdicción de los actos de la Administración, regula directamente el procedimiento específico de impugnación de la decisión que adopte la referida autoridad, entregándole al Presidente de la República, en caso de representación, la facultad de insistir o de recurrir al Tribunal Constitucional, según sea el caso de que se trate.

Aceptar la tesis de que el recurso de protección es admisible en contra de la

decisión del Contralor General de tomar razón o de representar un acto administrativo, adoptada en los casos contemplados en nuestro ordenamiento institucional y en forma oportuna, podría dar lugar a que se produjeran diversas situaciones que atentarian contra las bases mismas de nuestro sistema constitucional.

Así sucedería, por ejemplo, si el Presidente de la República, en caso de representación, recurriera al Tribunal Constitucional, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 88 de la Ley Suprema y, simultáneamente, el particular que se estimare afectado por dicha representación interpusiera un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, y ambos tribunales emitieran fallos contradictorios. Como es fácil apreciar, ello constituiría una situación absurda, que repugna a la indispensable coherencia que deben guardar entre sí los distintos preceptos de la Carta Fundamental.

Otra consecuencia de tal tesis sería que las Cortes de Apelaciones al conocer de un recurso de protección, podrían

Pero la Contraloría General de la República no está en ninguno de estos casos: la Constitución no le encargó ni el conocimiento ni la resolución de conflictos, sino sólo el control regular de la legalidad de los actos administrativos. Si este control no genera conflicto, los efectos de su actuación quedarán a firme. Si da lugar a un conflicto porque la representación se ha fundado en la inconstitucionalidad del Decreto Supremo —cosa bastante inusual, por lo demás—, se aplicarán las normas de los artículos 82 y 88 para su resolución final por el Tribunal Constitucional y me parece que quedará vedada la intervención a los particulares vía recurso de protección. No habría entonces fallos contradictorios.

Pero aquí el repliegue del recurso de protección sólo tiene lugar por un motivo muy preciso: existe una competencia especial en materia de conflictos de constitucionalidad de un decreto o resolución, que se confiere a otro órgano constitucional, y no porque los elásticos principios de autonomía o independencia de los órganos lo exigen, que es la doctrina del Informe.

En consecuencia, allí donde no existen estas competencias especiales, como los conflictos sobre la legalidad o arbitrariedad de la actuación del Contralor cuando afecta derechos constitucionales, la competencia de la Corte para conocer por la vía del recurso de protección queda absolutamente incólume.

3. Ejemplos fundantes ineficaces

Una tercera parte del Informe que considero especialmente perfectible es la relativa a los ejemplos que se entregan para fundar la teoría a la que adscri-

dictar orden de no innovar, lo que, en la practica, impediría al Contralor cumplir con su deber constitucional de ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración y, mientras subsistiere tal orden, haría inaplicable el normal funcionamiento de los mecanismos previstos por la Carta Fundamental para resolver la situación que se produciría en caso de representación del acto administrativo por parte del Contralor General de la República, lo que no resulta conciliable con una interpretación armónica del texto constitucional.

Similar situación se produciría si se admitiere a tramitación un recurso de protección que impugnare el pronunciamiento del Contralor de cursar un decreto promulgatorio de un tratado internacional que ha sido concluido, formado y ratificado por el Presidente de la República y aprobado, en la ocasión que corresponde, por el Congreso Nacional, toda vez que tal decisión interferiría seriamente con las atribuciones que confieren al Primer Mandatario y al Parlamento los artículos

32 N° 17° y 50, N° 1) de la Carta Fundamental, respectivamente, lo que resulta incompatible con la debida correspondencia que debe existir entre los diversos preceptos de la Ley Suprema.

Asimismo, si fuere admitido a tramitación un recurso de protección en contra de la decisión del Contralor de tomar razón de un decreto promulgatorio de una ley o de un decreto con fuerza de ley, ello afectaría las facultades legislativas del Presidente de la República y del Congreso Nacional, y eventualmente las atribuciones del Tribunal Constitucional, lo que representaría una situación carente de sentido, que no guardaría relación con la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental.

Por las consideraciones anteriores, cabe dar lugar a las contiendas de competencia promovidas por el señor Contralor General de la República mediante oficio de fecha 18 de noviembre de 1997, en cuanto a que la Corte de Apelaciones de Santiago no pudo acoger a tramitación los recursos de protección

be. Creo que los ejemplos son ineficaces para resolver la contienda de competencia en el sentido que lo fue, bajo un análisis constitucional riguroso.

Se especula que, si se acogen a tramitación recursos contra el Contralor, el ejercicio de sus funciones podría entrabarse por las órdenes de no innovar que las Cortes decreten. Me parece que ello no es en realidad factible, porque las actuaciones del contralor sólo son conocidas una vez publicadas. Luego, si se toma razón de un acto y el particular recurre contra ello, la orden de no innovar no paralizará la actuación del Contralor, quien realizó en tiempo y aparente forma su función constitucional. Si el Contralor representa el decreto, no se ve qué podría perseguirse con una ONI, ya que lo que interesaría al particular es que se tome razón del acto y ello sólo es factible con el fallo. Por último, las ONI siempre descansan en la prudencia judicial, sin la cual las consecuencias podrían ser mucho más graves que las señaladas por el Informe, pero sería absurdo que ello lleve a eliminar el recurso de protección.

Se advierte también en el Informe que aceptar la protección contra las actuaciones del Contralor en materia de decretos promulgatorios "...afectaría las facultades legislativas del Presidente de la República y del Congreso Nacional y eventualmente las atribuciones del Tribunal Constitucional".

Creo que no es así: las atribuciones legislativas del Congreso y del Presidente están desde ya "afectadas", porque si el decreto promulgatorio es defectuoso al apartarse del texto que corresponde, o es inconstitucional, el conflicto lo resolverá el Tribunal Constitucional. Nadie se siente alterado porque tal cosa ocurra; es una base del Estado de Derecho. En estos casos, y conforme a los criterios que he expuesto, el recurso de protección se repliega

en que inciden las mencionadas contiendas, en tanto están dirigidos a impugnar las decisiones adoptadas por el Contralor en ejercicio de su facultad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, y no están comprendidos en los casos en que serían procedentes, de acuerdo a los criterios precedentemente señalados.

DECISIÓN: Se declaró que la I. Corte de Apelaciones de Santiago carece de competencia para acoger a tramitación los recursos de protección roles N^{os} 4327-97 y 4322-97.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES APLICADAS: Artículos 6^o, 7^o, 20, 49, N^o 3), 73, 82, 87 y 88 de la Constitución Política.

cuando el conflicto ha sido entregado a otro órgano, caso del decreto promulgatorio por las causales del artículo 88 y 82 N^o 5, por lo que las atribuciones del TC quedan incólumes.

Finalmente, se arguye que otra grave alteración al aceptar recursos de protección contra el Contralor tendría lugar en materia internacional. Se presenta el caso de un tratado internacional concluido, firmado y ratificado por el Presidente y aprobado por el Congreso, pero cuya promulgación se ve entrabada por un recurso de protección respecto del Contralor. Se apela a las facultades presidenciales del artículo 32 N^o 7 y congresales del 50 N^o 1.

Replico que tales alteraciones son toleradas por la Constitución y pueden producirse hoy por muchas vías: Si se levanta una cuestión de constitucionalidad, pese a ser ratificado por el Presidente y aprobado por el Congreso, el flamante Tratado Internacional puede naufragar en el Tribunal Constitucional (art. 82 N^o 2); o bien si el decreto promulgatorio se aparta del texto aprobado o del que corresponda, el TC podrá declararlo así y la vigencia del tratado se entraría de igual forma. Por último, la garantía de fondo para el sistema es que la Corte sólo podrá analizar la legalidad de la toma de razón, y no podrá pronunciarse sobre el fondo del tratado ni sobre los conflictos de constitucionalidad entregados al Tribunal Constitucional.

4. Conclusión y propuesta

Puede concluirse, consiguientemente, que no hay en juego graves alteraciones en la estructura institucional por el solo efecto de admitir que las actuaciones del Contralor sean revisables jurisdiccionalmente en caso de conflicto. A modo de ejemplo, ello ya está previsto en el artículo 82^o para los eventos de contiendas consideradas más graves por el constituyente.

Cosa distinta es que en el fondo se reproche la sede ante la cual estos conflictos se resolverán y la legitimación activa de los requirentes en ellos. Parece ser que, mientras se tolera que sea el Tribunal Constitucional quien intervenga en algunos a petición del Presidente de la República, de las Cámaras o de una cuarta parte de ellas, se rechaza que conozcan las Cortes de Apelaciones y Suprema a petición de cualquier agraviado. Pero este es un tema distinto, y nos lleva a la propuesta de una justicia constitucional concentrada en el TC –y no difusa como hoy– y al asunto de la ampliación de la legitimación activa en estos conflictos, áreas ambas que el derecho comparado ya resolvió afirmativamente en la mayoría de los casos.