

REPÚBLICA DE CHILE
DIARIO DE SESIONES DEL SENADO
PUBLICACIÓN OFICIAL
LEGISLATURA 322ª, ORDINARIA
Sesión 3ª, en jueves 6 de junio de 1991
Ordinaria
(De 11:15 a 13:53)
PRESIDENCIA DE LOS SEÑORES
GABRIEL VALDÉS SUBERCASEAUX,
PRESIDENTE, Y BELTRÁN URENDA ZEGERS, VICEPRESIDENTE
SECRETARIO, EL SEÑOR JOSÉ LUIS
LAGOS LÓPEZ, PROSECRETARIO

VERSIÓN TAQUIGRÁFICA

I. ASISTENCIA

Asistieron los señores:

- Calderón Aránguiz, Rolando
- Cantuarias Larrondo, Eugenio
- Cooper Valencia, Alberto
- Díaz Sánchez, Nicolás
- Diez Urzúa, Sergio
- Feliú Segovia, Olga
- Fernández Fernández, Sergio
- Frei Bolívar, Arturo
- Gazmuri Mujica, Jaime
- Hormazábal Sánchez, Ricardo
- Jarpa Reyes, Sergio Onofre
- Lagos Cosgrove, Julio
- Larre Asenjo, Enrique
- Lavandero Illanes, Jorge
- Letelier Bobadilla, Carlos
- Martín Díaz, Ricardo
- Navarrete Betanzo, Ricardo
- Núñez Muñoz, Ricardo
- Ortiz De Filippi, Hugo
- Otero Lathrop, Miguel
- Pacheco Gómez, Máximo
- Páez Verdugo, Sergio
- Papi Beyer, Mario
- Pérez Walker, Ignacio
- Prat Alemparte, Francisco
- Romero Pizarro, Sergio

-Ruiz De Giorgio, José
-Siebert Held, Bruno
-Sinclair Oyaneder, Santiago
-Soto González, Laura
-Thayer Arteaga, William
-Urenda Zegers, Beltrán
-Valdés Subercaseaux, Gabriel

Concurrió, además, el señor Ministro de Justicia.

Actuó de Secretario el señor José Luis Lagos López y de Prosecretario, el señor Carlos Hoffmann Contreras.

II. APERTURA DE LA SESIÓN

-Se abrió la sesión a las 11:15, en presencia de 33 señores Senadores.

El señor VALDÉS (Presidente).- En el nombre de Dios, se abre la sesión.

III. TRAMITACIÓN DE ACTAS

El señor VALDÉS (Presidente).- Se dan por aprobadas las actas de las sesiones 50a y 51a, ordinarias, y 52a, especial, de la legislatura extraordinaria, en 14, 15 y 16 de mayo último, respectivamente, y 1a, de la legislatura ordinaria, en 4 de junio en curso, que no han sido observadas.

El acta de la sesión 2a, ordinaria, en 5 de junio en curso, queda en Secretaría a disposición de los señores Senadores hasta la sesión próxima, para su aprobación.

IV. CUENTA

El señor VALDÉS (Presidente).- Se va a dar cuenta de los asuntos que han llegado a Secretaría.

El señor HOFFMANN (Prosecretario subrogante).- Las siguientes son las comunicaciones recibidas:

Oficios

Del señor Ministro Vicepresidente de la Corporación de Fomento de la Producción con el que da respuesta al oficio enviado en nombre del Honorable señor Ortiz respecto a la necesidad de crear una empresa de mecanización agrícola para la Undécima Región del país.

-Queda a disposición de los Honorables señores Senadores.

Del señor Intendente Regional de Tarapacá y Presidente del Consejo Regional de Desarrollo de la Primera Región con el que hace presente

diversas observaciones relacionadas con el proyecto que modifica la ley N° 18.892, sobre Pesca y Acuicultura.

-Se manda agregar a sus antecedentes.

Informes

Dos de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaídos en los siguientes proyectos de ley de la Cámara de Diputados:

- 1.- El que confiere el carácter de ministro de fe a funcionarios que indica.
- 2.- El que deroga la ley N° 18.026, que declaró feriado legal el 11 de septiembre de cada año.

De las Comisiones de Hacienda y de Vivienda y Urbanismo recaídos en el proyecto de ley de la Cámara de Diputados que modifica el artículo 162 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que permite un pequeño comercio en las viviendas económicas.

-Quedan para tabla.

Solicitud

Del señor Luis Alberto De Luis Muñoz, con la que pide la rehabilitación de ciudadanía.

-Pasa a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El señor VALDÉS (Presidente).- Terminada la Cuenta.

ACUERDOS DE COMITÉS

El señor VALDÉS (Presidente).- Daré a conocer los acuerdos de Comités adoptados en la mañana de hoy.

En relación con el proyecto que modifica la ley N° 18.892, sobre Pesca y Acuicultura, se resolvió despacharlo en general en la sesión ordinaria del día martes 11 de junio en curso; fijar plazo para presentar indicaciones hasta las 18 horas del mismo día; despacharlo en particular en la sesión ordinaria del jueves 13, y distribuir hoy a los señores Senadores el primer informe emitido por la Comisión de Pesca y Acuicultura. Se espera contar con el de la Comisión de Hacienda en el curso del día. Hago presente que, en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 40 del Reglamento, los informes se mantendrán en reserva mientras no se dé cuenta de ellos al Senado, salvo acuerdo en contrario de la Comisión o autorización de su Presidente.

En cuanto a la materia que está en tabla, referente al informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en la solicitud de doña Mariana Martelli para que el Senado decida si ha o no lugar a la admisión de la acción judicial que señala en contra de los Ministros de Estado que indica, se acordó, conforme a lo dispuesto en

el artículo 186 del Reglamento, que el señor Senador que ha consentido en sostener la admisibilidad de esta acción usará de la palabra hasta por una hora -debo recordar que el señor Secretario dio cuenta ayer de los antecedentes en que se funda esta decisión, como, asimismo, de aquellos que se han producido durante la tramitación-; a continuación, el Honorable señor Pacheco expondrá el voto de minoría de la Comisión, y en seguida, se otorgará la palabra, por igual tiempo, al Ministro o a los Ministros que correspondan. Además, para avanzar en la materia, los Comités acordaron que después de las exposiciones los señores Senadores fundamentarán su voto, para lo cual cada uno dispone de cinco minutos, en conformidad al Reglamento, y, dando cumplimiento también a su preceptiva, que exige que la votación se lleve a efecto en la sesión ordinaria siguiente a aquella en que se conocen los antecedentes, y a fin de permitir a los señores Senadores disponer de tiempo para reflexionar sobre los mismos, la votación como tal se realizará en el Tiempo de Votaciones de la sesión del martes próximo. Es decir, se ha acordado separar la fundamentación del voto para hoy, y la votación propiamente tal para el inicio de la sesión del próximo martes, en el Tiempo de Votaciones.

Ésos son los acuerdos adoptados por unanimidad por los Comités en el día de hoy.

V. ORDEN DEL DÍA

Boletín N°S25-01

ACCIÓN JUDICIAL DE DOÑA MARIANA

MARTELLI CONTRA MINISTROS

DE ESTADO

El señor VALDÉS (Presidente).- Corresponde proseguir la discusión de la materia señalada precedentemente.

-Los antecedentes sobre la solicitud figuran en los Diarios de Sesiones que se indican:

Solicitud:

Sesión 9a, en 6 de noviembre de 1990.

Informe de Comisión:

Constitución, sesión 49a, en 8 de mayo de 1991.

Discusión:

Sesiones 50a, en 14 de mayo de 1991 (se fija fecha de sesión para tratar acusación entablada); 2a, en 5 de junio de 1991 (queda pendiente la discusión).

El señor VALDÉS (Presidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Fernández.

El señor FERNÁNDEZ.- Señor Presidente, recientemente el Senado se pronunció sobre el sentido y alcance del artículo 49, N° 2), de la Constitución Política de la República. Y señaló que, conforme a la Ley Fundamental, el artículo 49, N° 2), sólo establece un procedimiento de pase o permiso previo del Senado, destinado a allanar el fuero de los Ministros de Estado, para permitir a los particulares perseguir ante los tribunales ordinarios de justicia la responsabilidad civil que pudiera caber a aquéllos por algún acto ejecutado en el ejercicio de sus cargos.

En consecuencia, no corresponde que el Senado entre a conocer del fondo del asunto; sólo debe verificar si, de los antecedentes que se presentan, hay fundamento racional de controversia jurídica sobre la eventualidad de que los actos del Ministro o de los Ministros pudieran haber ocasionado perjuicios injustos al solicitante.

Por lo tanto, no se trata de una acusación en contra de los Ministros, sino de la admisibilidad de una acción judicial que un particular, que se siente perjudicado por un acto de éstos, quiere entablar, no ante el Senado, sino ante los tribunales ordinarios de justicia.

Tal como lo señalamos, el Senado en su oportunidad resolvió sobre el criterio general con que debía tratarse y entenderse el artículo 49, N° 2), de la Constitución.

Hoy, esta Corporación debe ejercer esta atribución en un caso concreto. El acuerdo anterior, aprobado por la inmensa mayoría del Senado, se refirió a la norma general, a la pauta general respecto de la aplicación de este precepto constitucional. Ahora, esa norma general debe aplicarse a un caso concreto y preciso.

No creo que sea necesario reiterar aquí todos los argumentos planteados en aquel debate en esta Sala, que ha sido uno de los más trascendentales que ha tenido esta Honorable Corporación en los últimos tiempos. Sin embargo, baste recapitular lo más sustancial de lo acordado en aquella ocasión, para dar mayor claridad en cuanto a la decisión que ahora adoptaremos.

En primer lugar, debemos recordar que, sea nuestro voto afirmativo o negativo en este caso, no nos estamos pronunciando sobre el fondo del asunto controvertido; que no estamos resolviendo sobre si el derecho asiste a la parte reclamante o a la parte en contra de la cual se reclama; que no estamos emitiendo un juicio acerca de si los Ministros de Estado, en el ejercicio de sus cargos, ocasionaron o no ocasionaron un perjuicio injusto a la reclamante. En cambio, esta Corporación sí se pronunciará en cuanto a si estima que hay fundamento racional de controversia entre esa reclamante y los Ministros de Estado. Si decidimos que hay fundamento, sobre aquella controversia han de resolver, en su momento, los tribunales competentes.

Y cualquiera que fuere su fallo, sea que favorezca o desfavorezca a la reclamante, en él nada podrá concernir al Senado.

Como contrapartida, cabe aquí recordar una consecuencia natural de la correcta inteligencia de la separación de funciones públicas. Si nuestro pronunciamiento acoge la admisibilidad de la acción judicial que intenta la reclamante, esa admisibilidad tampoco equivaldría ante el tribunal a una presunción en favor o en contra de la tesis de dicha reclamante.

En suma, al pronunciarnos hoy, no lo haremos erigidos en tribunal. Nuestra Constitución sólo excepcionalmente -y, por cierto, de modo expreso- otorga al Senado facultades judiciales. Cuando así lo hace, emplea siempre el mismo verbo que define la función de los tribunales ordinarios: "conocer". Y dos son los casos en que la Corporación actúa como tribunal: primero, cuando debe conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entabla contra determinadas personas, conforme al N° 1) del artículo 49 de la Carta Fundamental, ya que él usa la expresión "conocer", en tanto que el N° 2), que es el que se aplica al caso de los Ministros de Estado, emplea la frase "Decidir si ha o no lugar...".

Evidentemente, la Carta Política se está refiriendo a dos cosas muy distintas: mientras en el N° 1) -en el caso de las acusaciones constitucionales- el Senado entra al fondo de la controversia, en el N° 2) sólo decide una cuestión previa. Si así no fuera, habría empleado la misma voz en ambos preceptos.

Igual razón se aplica al segundo caso de actuación de la Cámara Alta como tribunal, contemplado en el N° 3) del mismo artículo 49, cuando debe "Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia;".

Naturalmente, en cuanto excepcionales, las normas de los N°s. 1) y 3) de la referida disposición sólo pueden ser interpretadas en forma restrictiva. En ningún otro caso está facultada la Corporación para conocer de acciones judiciales, esto es, para ejercer funciones jurisdiccionales. Si así lo hiciera, incurriría en el ilícito constitucional que sanciona el artículo 7° del Texto Fundamental, al disponer que ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le haya conferido por la Constitución o las leyes.

¿En qué consistirá, entonces, nuestra decisión? ¿Será ella acaso una decisión política? ¿Votaremos por afinidad o por distancia ideológica? ¿Hemos de votar "Sí" o "No", según queramos favorecer o desfavorecer a los Ministros de Estado contra quienes se reclama?

Ciertamente, no es ése el sentido de la norma constitucional. Como señalé en su oportunidad, estimo que ella ha querido establecer un mecanismo de equilibrio equitativo: por una parte, que la autoridad no sea turbada por iniciativas aventuradas; y, por otra, el derecho de toda persona a ser tratada

con igualdad ante la ley y a recibir igual protección en el ejercicio de sus derechos.

Se trata, pues, de una facultad vinculada a la prudencia política o, incluso, a la prudencia institucional, en cuanto ella supone el equilibrio entre las instituciones y la persona individual. Pero aquélla no se orienta a hacer efectivas responsabilidades políticas, ni a expresar estas o aquellas simpatías o antipatías ideológicas. Emplear esta facultad constitucional con un propósito político es desnaturalizarla. Porque, para responsabilidades políticas, otros son los instrumentos constitucionales contemplados en normas distintas.

Tan evidente es esto, que la declaración de admisibilidad carece de todo efecto sobre el ejercicio del cargo ministerial por sus titulares; vale decir, la aprobación de la admisibilidad por el Senado no impide, naturalmente, que los Secretarios de Estado continúen en el ejercicio de sus cargos. En cambio, cuando la acusación es política -como aquella que se entabla ante la Cámara de Diputados-, de acogerse, quedan suspendidos de ellos. Y en el caso de que el Senado la apruebe, quedan destituidos de los mismos.

Incidentalmente, es también por eso que la Cámara de Diputados no se ha pronunciado en este caso: porque no ha habido acusación constitucional, no está en juego la responsabilidad política de los Ministros.

La responsabilidad política y la responsabilidad civil son dos cosas enteramente distintas. Como tales, son justamente diferenciadas por la Carta Fundamental. Y, para hacerlas efectivas, también son diferentes los instrumentos constitucionales. Del mismo modo, para expresar apoyos o rechazos políticos, otras son las vías adecuadas.

Hemos dicho que se trata de prudencia. Pero, ¿prudencia respecto de qué? ¿Adónde se orienta la norma constitucional que analizamos? ¿Cuál es el bien jurídico que protege?

Ya se ha mencionado ese doble objetivo: por una parte, la expedita labor de los Ministros de Estado, que no debe verse entorpecida por acciones judiciales no sustentadas en motivo notoriamente plausible; por la otra, los derechos del particular, que bien podrían haber sido injustamente perjudicados por un acto del Ministro en el ejercicio de su cargo. Y, ¿dónde opera la prudencia? En discernir si lo invocado por el reclamante es o no plausible.

Por cierto, podría resultar difícil formarse un juicio categórico a este respecto. Pero no es eso lo que pide la Carta Política. Porque, para poder ser fundadamente categórico, habría que entrar a conocer del fondo del asunto, en todos sus aspectos y en cada uno de sus elementos. Y es ese conocer del fondo lo que, precisamente, la norma examinada no permite al Senado, sino sólo a los tribunales ordinarios de justicia.

Siendo así, lo que el Texto Fundamental encomienda a esta Corporación es sólo una apreciación genérica, previa, prejudicial, que no presume ni establece derechos definitivos. Pero, también esa apreciación genérica podría ser, en conciencia, difícil. Porque, efectivamente, parecerían estar en juego, por un lado, los intereses colectivos del cuerpo social, encarnados en los Ministros de Estado; y por otro, intereses meramente particulares, de una persona individual.

Si así fuera, parecería, en consecuencia, que la balanza, en caso de duda, debiera inclinarse siempre en favor del Ministro de Estado y en contra del particular.

No me parece que sea ése el sentido de la norma constitucional. Por el contrario, estimo que, si a alguien quiere favorecer con ligera benevolencia, debiera ser al particular.

¿Por qué concluyo lo anterior? Porque el orden de los preceptos constitucionales no es arbitrario ni caprichoso. Su ubicación en la Carta tiene un sentido preciso. Así, tiene un significado claro el que la primera de todas las disposiciones constitucionales sea aquella que en el artículo 1° consagra el principio de que "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.". Entre las normas fundamentales, ésa es primordial.

Pienso que esa prioridad es la que se refleja en la norma del artículo 49, N° 2). La Constitución ha querido que el particular no quede en la indefensión frente al fuero del Ministro de Estado, si aquél estima haber sido perjudicado por un acto de éste en el ejercicio de su cargo. La barrera insalvable que el fuero representa se hace salvable por la declaración de admisibilidad por el Senado. Ello pone en un pie de igualdad al particular y al Ministro, cumpliéndose así el primer mandato constitucional.

En mi concepto, contribuye a corroborar la interpretación anterior el inciso tercero del mismo artículo 1° de la Carta Política, según el cual "El Estado está al servicio de la persona...".

En este caso de controversia entre un Ministro de Estado y una persona individual, el artículo 1° también arroja luz sobre la norma del 49, N° 2).

En suma, a mi juicio, de producirse una eventual dificultad para resolver acerca de cuál es el criterio más prudente, la propia Constitución contiene los elementos para facilitar tal decisión.

Finalmente, estos mismos criterios contradicen un argumento que se planteó en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, según el cual la controversia entre el Estado -en la persona de los Ministros- y el particular ya habría quedado resuelta en favor del primero desde el momento en que se dictó el decreto de insistencia, en conformidad al artículo 88 del Texto Fundamental. En estricto rigor, el decreto de insistencia zanja la controversia entre el Ejecutivo y la Contraloría General de la República -lo hace en cuanto a la legalidad del decreto-, sin perjuicio de las atribuciones de la Cámara de

Diputados. Mas no dirime la polémica (ni podría hacerlo) entre el Estado -o Ejecutivo- y el particular.

Esa otra controversia es la que se centra en los eventuales perjuicios, y de ella sólo pueden conocer los tribunales de justicia. No estaría el particular en igualdad ante la ley si un conflicto jurídico que lo afecta pudiera ser resuelto entre dos instancias estatales, sin intervención alguna de su parte. Para que esa igualdad sea efectiva, para que ese conocimiento por los tribunales pueda ocurrir, se ha recabado la declaración de admisibilidad del Senado.

¿Se han cumplido todos los requisitos formales que la Constitución señala para tal solicitud de admisibilidad? Sí, se han cumplido. ¿Se cumplen las condiciones establecidas en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, hechas suyas por el Senado, en cuanto a que se trata de un acto personal del Ministro o de los Ministros en el ejercicio de sus cargos? Sí, se cumplen. ¿Aparecen fundamentos racionales de controversia jurídica acerca de la eventualidad de que ese acto pudiere haber ocasionado perjuicios injustos a la solicitante? Sí, aparecen efectivos. ¿Son plausibles los motivos de esta acción judicial que pretende emprender la reclamante contra un Ministro o Ministros de Estado? ¿Parecen fundarse en antecedentes serios, que merecerían ser considerados por los tribunales de justicia? A mi juicio, en conciencia, sí, por todas las razones expuestas.

En consecuencia, estimo que se encuentran reunidos todos los requisitos constitucionales y legales. Y, atendidos los antecedentes invocados por la solicitante, considero admisible su solicitud para ocurrir ante los tribunales y hacer comparecer ante ellos a los Ministros de Estado que señala, para que sean dichos tribunales los que resuelvan en definitiva la controversia planteada, la que -repito- no tiene origen político, sino meramente jurídico.

Por lo tanto, serán los tribunales los que resuelvan esta contienda jurídica. El Honorable Senado, cuando decida respecto de si ha o no lugar a la admisibilidad de esa acción, estará resolviendo acerca de una materia sobre la cual debe pronunciarse en conciencia y con prudencia, la que -reitero- carece de contenido político o ideológico y se encuentra al margen de la conducta de los Ministros como agentes del Estado o en su actuación pública, que tiene por objeto, exclusivamente, permitir a un particular que se siente afectado entablar la acción respectiva ante los tribunales de justicia, donde se resolverá si tiene razón o no, y, en caso afirmativo, la indemnización de perjuicios a que tiene derecho.

No es el Senado el que debe entrar a conocer el fondo de la materia, a conocer los antecedentes que motivaron al Ejecutivo a dictar el decreto de insistencia correspondiente. Cometeríamos un grave error y estaríamos contraviniendo nuestro propio acuerdo respecto del sentido cabal del artículo 49, número 2), de la Constitución Política, si entráramos a conocer el fondo del asunto: si tuvo o no razón el decreto firmado por todos los Ministros de Estado, o si la tuvo o no la Contraloría General de la República, o si la tuvo o no -lo que es más- el reclamante para fundamentar su acción. Lo anterior

no procede en la intervención que nos cabe. Lo que debemos analizar es si se trata de una controversia con fundamento plausible; si ha causado perjuicios, o pudiere eventualmente causarlos, los que serán determinados por los tribunales de justicia.

Por esas consideraciones, señor Presidente, solicito que en su oportunidad esta Honorable Sala dé lugar a la admisibilidad que nos ocupa y permita que un particular, en ejercicio de sus derechos, entable las acciones que estime conveniente, privando en este caso a los Ministros del fuero que la Constitución les otorga sólo para evitar aquellas de carácter aventurado que se intenten en su contra.

Muchas gracias, señor Presidente.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Pacheco.

El señor PACHECO.- Señor Presidente, señores Senadores:

La señora Mariana Martelli solicitó al Honorable Senado el pronunciamiento contemplado en el número 2) del artículo 49 de la Constitución Política, respecto de la acción de indemnización de perjuicios que pretende deducir en contra de todos los señores Ministros de Estado.

Esta solicitud merece ser estudiada con la mayor atención por el Senado, porque es la primera vez que se aplicará esa norma constitucional y, también, que un particular pretende iniciar la acción mencionada.

I. Fundamentos de Derecho

1.- El artículo 49, número 2), de la Constitución Política del Estado establece que son atribuciones del Senado:

"Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo".

2.- La Sala aprobó el informe de mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y llegó, en sesiones anteriores, a la siguiente conclusión:

"Que al conocer de los casos particulares que se sometan a su consideración, al Senado solamente le corresponde determinar si se trata de un acto personal del Ministro en ejercicio de su cargo y si, de los antecedentes que se acompañen, aparecen fundamentos racionales de controversia jurídica acerca de la eventualidad de que tal acto pudiere haber ocasionado perjuicios injustos al solicitante."

3.- La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en informe de fecha 2 de mayo de 1991, conoció de la solicitud de doña Mariana Martelli y, por mayoría de votos, propuso al Honorable Senado que diera

lugar a la admisibilidad de la acción de indemnización de perjuicios que ella pretende iniciar en contra de todos los señores Ministros de Estado.

4.- En la referida Comisión emití un voto disidente, en el cual solicité que esta Corporación negara lugar a la admisibilidad, fundado en las razones que expongo a continuación.

II. Antecedentes de Hecho

1.- Precisado el sentido, alcance e interpretación de la disposición constitucional citada, corresponde referirse al decreto supremo de insistencia N° 647, de 27 de agosto de 1990, que ordenó tomar razón del decreto supremo N° 600, del Ministerio de Educación, de 6 de julio de 1990, y a los antecedentes de hecho de la solicitud de doña Mariana Martelli.

2.- El decreto de insistencia.

De la consideración armónica de los artículos 24 y 88 de la Carta Fundamental y del artículo 10 de la ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, se desprende que el decreto de insistencia es aquel que dicta el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, ordenando al organismo contralor tomar razón del decreto o resolución de un jefe de servicio, con la excepción que consagra el propio texto constitucional, para poner término a una diferencia de apreciación surgida entre el Poder Ejecutivo y la Contraloría, respecto de la calificación de legalidad o ilegalidad de un acto administrativo.

Así lo han entendido, de una manera uniforme, la doctrina y la jurisprudencia reiteradas de los tribunales de justicia y de la propia Contraloría General de la República.

Ello obedece a que entre dos criterios diferentes para interpretar la legalidad de un acto administrativo prima el del Presidente de la República, quien, por mandato del artículo 24 de la Constitución Política, es el Jefe del Estado y a quien le están confiados el Gobierno y la Administración del mismo.

En la especie, se ha tipificado la figura del decreto de insistencia, pues, por una parte, la medida ordenada por su intermedio no es de aquellas que por excepción prohíbe el artículo 88 de la Ley Fundamental -ordenar gastos "que excedan el límite señalado en la Constitución"-, y, por la otra, se cumple su finalidad precisa, que ha sido la de poner término a un conflicto de interpretación acerca de la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo anterior representado por la Contraloría.

En efecto, y tal como se dejó expresa constancia en los considerandos del decreto de insistencia N° 647, de 1990, el decreto reparado planteó entre el Poder Ejecutivo y la Contraloría General de la República un conflicto de interpretación jurídica en torno de la legalidad o ilegalidad del acto representado.

Por una parte, la entidad contralora, subentendiendo que no existían normas precisas y directas que regularan la data a partir de la cual debía considerarse afinada la renuncia voluntaria e irrevocable de tres miembros de la Junta Directiva de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, concluyó que debían aplicarse los criterios jurisprudenciales elaborados para los funcionarios públicos en general, los cuales se remiten al momento en que se notifica la total tramitación del acto que acepta la renuncia, por lo que estimó que la Junta Directiva, al pronunciarse sobre la remoción de la reclamante sin considerar a esos tres miembros, habría adoptado el acuerdo con un quórum insuficiente.

En cambio, el Supremo Gobierno, discrepando de dicha interpretación jurídica, consideró que el estatuto orgánico de la Universidad -contenido en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1986, del Ministerio de Educación- otorgaba al Consejo Académico atribuciones resolutorias precisas, en ejercicio de las cuales podría válidamente pronunciarse sobre las renunciaciones de los miembros integrantes de su propia designación, máxime cuando habían sido presentadas en forma irrevocable por los afectados, sin que se requiriera para la eficacia de tales decisiones ninguna otra formalidad habilitante, sea que el origen fuera un acuerdo del propio Consejo Académico o soluciones jurisprudenciales generales, por no encontrarse ello establecido, en un caso u otro, en parte alguna de la ley, ni de los estatutos.

En tal virtud, señor Presidente, el Poder Ejecutivo concluyó que, a la fecha de adoptarse el acuerdo que removía a la reclamante de su cargo de Rectora, los tres miembros de la Junta Directiva cuyas renunciaciones habían sido aceptadas por ésta ya no la integraban y, por ende, la decisión tomada sin considerar su concurrencia se ajustaba al quórum necesario.

Luego, si en la situación en estudio se tipificó a cabalidad, tanto en el hecho como en el Derecho, la figura del decreto de insistencia, conforme lo demuestran inequívocamente las consideraciones señaladas, forzoso es inferir que la suscripción por parte de los Ministros del decreto de insistencia N° 647, de 1990, no constituye en modo alguno "un acto negligente" -como lo afirma la reclamante- sino, muy por el contrario, un acto administrativo plenamente legítimo y ajustado a la normativa constitucional y legal que gobierna la materia y a la reiterada jurisprudencia del propio organismo contralor.

Por lo tanto, al no tipificar la conducta de los Secretarios de Estado una contravención precisa y determinada a las disposiciones de ordenamiento positivo que regula la institución del decreto de insistencia, resulta, por vía de necesaria consecuencia, que en la especie la reclamante carece de toda base seria y plausible que amerite, por una parte, una imputación de "responsabilidad constitucional" -como ella pretende-, y, por la otra, una acción judicial de carácter indemnizatorio contra los Ministros, lo que lleva a determinar que los fundamentos jurídicos mediatos que invoca carecen de toda relevancia en lo atinente a los hechos acaecidos.

III. Perjuicios invocados por la recurrente

Los perjuicios invocados por la recurrente son materiales y morales.

Los materiales consisten en la privación de remuneraciones, prestaciones y beneficios hasta el 23 de octubre de 1993 (cuatro años contados desde su designación como Rectora), siendo la fecha del decreto de insistencia el 27 de agosto de 1990, y los morales, en la lesión y fuerte impacto en su consideración propia y de los demás para con ella, en la deshonra derivada de su remoción por decreto de insistencia.

Ahora bien, el título invocado es el de legítima Rectora de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación. Pero, como creo haberlo demostrado, señor Presidente, tal título se encontraba viciado y no saneado.

En efecto, con posterioridad al acuerdo de remoción de la Junta Directiva, el Supremo Gobierno tomó conocimiento de que la Contraloría General de la República, por dictamen N° 17.540, de 19 de junio de 1990, dirigido precisamente a la señora Rectora de la Universidad de Playa Ancha - y luego de atender la materia consultada por la Asociación Gremial de Académicos de ese plantel-, en la parte final creyó "necesario manifestar que el referido decreto (Decreto Exento de Rectoría N° 171, de 1980, dictado por la misma Rectora Martelli, sobre elaboración de la terna en que fue designada), atendida la materia en que incide, esto es, el procedimiento para la elaboración de la terna relativa al nombramiento del Rector, se encuentra afecto al trámite de toma de razón ante la Contraloría General, conforme a lo dispuesto en la ley N° 10.336 y en los artículos 1° y 9° de la Resolución N° 600, de 1977, de esta entidad fiscalizadora, documento que, sin embargo, hasta la fecha no ha ingresado a este organismo para cumplir con dicho trámite".

También el Supremo Gobierno fue informado por el señor Presidente de la Junta Directiva que con fecha 19 de julio de 1990, ingresó la presentación N° 015229 a la Oficina de Partes de la Contraloría, solicitando la regularización del nombramiento de la señora Mariana Martelli en el cargo de Rectora. Por ende, la requirente sólo puede plantear una investidura irregular, de la cual tiene conocimiento personal, y que no le permite invocar el artículo 7° de la Constitución Política del Estado, transformándola en una funcionaria o autoridad de hecho.

Ahora bien, existe una abundante jurisprudencia en la cual la Contraloría General de la República, aplicando la equidad y el principio del enriquecimiento sin causa, ha dictaminado que el funcionario de hecho sólo tiene derecho a las remuneraciones y otros beneficios "por los servicios útiles, efectivamente prestados a la Administración". Habiendo la señora Martelli percibido remuneraciones durante la prestación de sus servicios, no existen, en nuestro concepto, perjuicios materiales inferidos a su persona.

Y puesto que los perjuicios morales se fundamentan en una investidura irregular, también carecen de base, en nuestro concepto.

A mayor abundamiento, señor Presidente, cabe consignar que en el recurso de protección "Martelli contra la Honorable Junta Directiva de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación", fallado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra de la actual solicitante, el considerando quinto de la sentencia expresa:

"Que, examinadas así las cosas, resulta evidente que los actos que se reprochan como atentatorios contra la garantía constitucional contenida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución no han podido conculcar el derecho de propiedad de sus diversas especies sobre bienes incorpóreos de la recurrente en razón de que la señora Martelli Ukrow, no ha detentado jamás un derecho de dominio que le permita disponer a su arbitrio del cargo de Rectora de la Universidad de Playa Ancha". "El derecho patrimonial que emana de la función que ejerce autoriza sólo el derecho de exigir pago de la correspondiente retribución y demás prestaciones inherentes al cargo".

Por todo ello, señor Presidente, considero que no existen perjuicios indemnizables inferidos a la señora Martelli.

IV. Eventual injusticia de los perjuicios

De haber existido perjuicios indemnizables, no fueron ocasionados injustamente. La jurisprudencia del Senado ha establecido que la injusticia consiste en actuar contra la Constitución, la ley, la justicia o la razón.

En su escrito la requirente no pretende que el Gobierno, a través de la totalidad de sus Ministros, haya actuado contra la Carta Fundamental.

Tampoco la Contraloría objetó la constitucionalidad del decreto supremo N° 600, de Educación, caso en el cual habría estado vedada la insistencia del Presidente de República, quien, de no conformarse el parecer del organismo contralor, habría debido ocurrir al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en dos ocasiones la señora Martelli ha recurrido de protección, y en ambas su pretensión jurídica ha sido rechazada, una vez por sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 25 de julio de 1990, en el recurso de protección N° 163/90, confirmada por la Corte Suprema el 25 de septiembre del mismo año, y otra, por sentencia no apelada de la primera, de 4 de diciembre de 1990, en el recurso N° 183/90.

Señor Presidente, hemos citado el rechazo de la pretensión de haberse vulnerado el artículo 19, N° 24°, de la Carta. Igualmente es preciso mencionar que fue rechazado el planteamiento de haber sido amenazada o perturbada su libertad de trabajo, porque "el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, no contiene norma alguna que proteja el cargo servido en sí mismo, por lo cual el derecho a conservarlo no puede resguardarse por esta vía".

Queda, entonces, probado que los Ministros no han vulnerado la Ley Fundamental.

Tampoco ellos han violado la ley.

En efecto, el escrito de la recurrente da por sentado que habría una representación formal de la Contraloría por ilegalidad del decreto supremo N° 600 aludido, y que el de insistencia habría puesto en vigencia un decreto ilegal.

Estrictamente hablando, no ha existido tal representación, pues el organismo contralor no la formuló respecto de dicho decreto, sino que el 1° de agosto de 1990 se negó a su toma de razón y lo devolvió, invocando sólo dictámenes de su jurisprudencia administrativa, no una norma legal.

Señor Presidente, en definitiva se ha tratado de una controversia jurídica, no en torno de una ley violada, sino en cuanto a la pertinencia de la jurisprudencia de esa índole y de las normas que por analogía fueran aplicables al caso.

Producida una controversia jurídica en lo referente a la pertinencia de aplicar determinada jurisprudencia administrativa y acerca de si era el Estatuto Administrativo -tácitamente invocado- u otras normas de derecho las aplicables, el Supremo Gobierno hizo uso del decreto de insistencia. Éste, como se ha probado, no es inconstitucional -como tampoco ilegal-, sino un recurso jurídico que la propia Carta, en su artículo 88, puso en manos del Ejecutivo precisamente para casos como el que fue usado.

Como es sabido, el constituyente de 1980 tuvo especial cuidado de evitar el ejercicio abusivo de los decretos de insistencia. Y para ello restringió su dictación, pero no los suprimió. En efecto, como se consigna en actas en la sesión 308a de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el 27 de julio de 1977, en la página 1.430, don Jaime Guzmán estimó, en líneas generales -y cito textualmente-, "que el decreto de insistencia, debe proceder siempre que esté envuelta una discusión o una discrepancia de interpretación jurídica entre el Presidente de la República y el Contralor General de la República, sin perjuicio de que en determinados casos entregue a una instancia posterior la resolución de este conflicto".

Por otra parte, en actas de la sesión 313a, página 1.532, consta que el ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado don Mauricio Flisfisch, "A propósito del decreto de insistencia, quiere señalar que no tiene las aprensiones que aquí se han hecho presentes. Estima indispensable el decreto de insistencia en una buena marcha administrativa, porque, éste, de acuerdo con la legislación, opera cuando la Contraloría al "tomar razón" representa un decreto. Es decir, cuando existe una discrepancia de criterio en cuanto a un problema jurídico. El Ejecutivo considera que está actuando dentro del derecho. En cambio, la Contraloría estima que lo está infringiendo. Y frente a este conflicto jurídico, se ha entregado al Ejecutivo la posibilidad de insistir, y por una razón muy simple: porque los artículos 60 y 71 de

la Constitución encargan al Presidente de la República la administración del Estado. Por sobre la cuestión jurídica que se está generando, está el problema mucho más importante que es la administración del Estado".

En sesión 132a, de 25 de octubre de 1977, el Presidente de la Comisión don Enrique Ortúzar Escobar, propuso la actual redacción del artículo, la cual se fue perfeccionando en las sesiones siguientes. Pero siempre quedó absolutamente claro que la insistencia es un mecanismo aceptado por la propia Carta Fundamental precisamente cuando existe una discrepancia jurídica que no puede entorpecer la acción del Ejecutivo.

No puede decirse, entonces, que ha existido una ilegalidad en el caso de la requirente, ni ella puede sostener que la insistencia no purga la ilegalidad, pues esto supondría, lisa y llanamente, acordar lo que el constituyente no quiso, o sea, que en un decreto simple, no objetado en su constitucionalidad, primara la opinión o dictamen del órgano contralor, máxime cuando en esta situación no hay propiamente una representación por ilegalidad, sino una fundamentación jurídica basada en la jurisprudencia administrativa.

Ahora bien, tampoco el Ejecutivo ha hecho uso abusivo de este instrumento, pues actuó a petición expresa de la Junta Directiva de la Universidad, en legítimo acuerdo de fecha 4 de julio de 1990, para poner fin a un conflicto universitario prolongado cuya duración comprometía el orden público en la ciudad sede del Congreso Nacional.

Se trata, entonces, de un acto administrativo razonable, con clara finalidad pública y motivado expresamente, como lo señalan los considerandos siguientes del decreto de insistencia:

"7) Que, la representación del Decreto Supremo N° 600 de Educación no ha tenido lugar por ser contrario a la Constitución, ni tampoco a las normas legales estatutarias o reglamentarias, sino que la Entidad Fiscalizadora se ha fundado únicamente en una interpretación de una jurisprudencia administrativa referida a personas y entidades de naturaleza diversa, la que ha aplicado sin considerar cabalmente nuestras reglas y principios de hermenéutica jurídica, ni las propias instrucciones contenidas en su circular interna N° 70.118 de 1970 sobre la interpretación de las normas administrativas;

"8) Que, además, se ha producido una situación de hecho en la mencionada Casa de Estudios Superiores que amenaza la paz social en la ciudad de Valparaíso, bien jurídico cuya protección es obligación primordial del Supremo Gobierno;

"9) Que, por expreso mandato constitucional, corresponde al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado y, en especial, el resguardo del orden público;"

Por lo tanto, en mi concepto no ha habido un acto injusto de los Ministros. Su actuación no ha sido inconstitucional, ni ilegal; ni se ha hecho un uso abusivo

de la insistencia; ni ha existido desviación o exceso de poder; ni la conducta ministerial ha estado exenta de fin público, como tampoco ha sido razonable o desorbitada.

En consecuencia, si aun hipotéticamente existieran perjuicios indemnizables -he tratado de probar que no se producen-, no serían sufridos por la recurrente por un acto de los Ministros de Estado, de manera que no se da la condición establecida en el artículo 49, número 2), de la Constitución Política.

V. Conclusión

Señor Presidente, por todo lo expuesto, solicito al Honorable Senado que se sirva declarar que no ha lugar a la admisión de la acción judicial de indemnización de perjuicios que doña Mariana Martelli pretende iniciar en contra de todos los señores Ministros de Estado.

Muchas gracias.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Ofrezco la palabra.

Tiene la palabra el señor Ministro.

El señor CUMPLIDO (Ministro de Justicia).- Señor Presidente, Honorable Senado, no daré lectura a la defensa que hemos presentado los 18 Ministros recurridos. Solamente solicito que nuestro informe a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esta Corporación, de fecha 2 de enero de 1991, sea agregado como documento al Acta de esta sesión.

Me haré cargo, fundamentalmente, de algunos de los aspectos que han sido materia de controversia en esta Sala.

El Gobierno no comparte la interpretación que el Honorable Senado ha realizado de la facultad que la confiere el artículo 49, número 2), de la Carta Fundamental. No obstante, al no haber instancia que pueda resolver esta controversia de hermenéutica constitucional sobre una atribución que afecta a autoridades de otro Poder del Estado, efectuaremos nuestra defensa dentro de la interpretación hecha por esta Alta Corporación.

Estudiamos con detenimiento las actas de la Comisión que elaboró la Carta de 1980, y hemos llegado a la conclusión de que el constituyente, al modificar la facultad del Senado que hoy es objeto de este debate, no tuvo la intención de cambiar el fondo o la sustancia de la disposición del Texto Fundamental de 1925, sino meramente la de aclarar algunos errores conceptuales o formales contenidos en ella, pues, por ejemplo, erróneamente, desde el punto de vista técnico, se usaba la denominación "acusaciones", que es propia de materia penal y no de una demanda o acción civil, que es lo pertinente en un caso como el que aquí estamos examinando.

No quiero detenerme en ese análisis, porque -repito- estamos dispuestos a que el asunto se estudie según la interpretación que el propio Senado hizo de su atribución, aunque no la compartamos.

Sin embargo, señor Presidente, es absolutamente necesario examinar el sentido de la norma.

¿Por qué razón el constituyente estimó indispensable un pronunciamiento previo del Senado para poder accionar en contra de algún Ministro de Estado?

No podemos entender que se trata del cumplimiento de una mera atribución formal, pues en situaciones similares el desafuero se ha concedido a los propios tribunales.

¿Por qué, entonces, esta Alta Corporación debe pronunciarse sobre un asunto de esta especie? Porque los actos de gobierno no son solamente jurídicos, sino jurídico-políticos, pues el de gobernar es un acto político. Y, en consecuencia, corresponde al Senado examinar desde la perspectiva jurídico-política el sentido, alcance y efecto de las cuestiones cuyo conocimiento le incumbe.

Por eso, históricamente, siempre la Cámara Alta, hasta el día de hoy, ha interpretado su facultad en el sentido de que le corresponde examinar el aspecto jurídico-político para dar o no lugar a una demanda civil entablada por un particular.

Aunque el Senado no lo estimare así y opinare que se procura proteger a los Ministros de Estado para no perturbarlos en el ejercicio de sus funciones -lo que es loable, por cierto-, la Carta Fundamental señala expresamente que esta Corporación debe examinar la situación teniendo en cuenta si el acto del Ministro -en este caso, de todo el Gabinete- ha causado un perjuicio injusto. Porque de otra manera, si se tratara simplemente de ver si hay una controversia jurídica, como se ha planteado, debe considerarse que en toda acción que entabla una persona en contra de otra (en esta oportunidad, un particular en contra de 18 Secretarios de Estado) siempre existe una controversia de esa índole. Así que nunca podría dejarse de dar lugar a la admisión de las acciones judiciales si la facultad en comento se interpretara -como lo ha hecho el Senado- como una mera autorización para juzgar.

No puede eludirse, entonces, el examen de los antecedentes que permitan a esta Corporación formarse conciencia cabal de si el perjuicio es o no injusto. De lo contrario, siempre tendría que darse lugar a la autorización, por el cumplimiento de los aspectos meramente formales.

Los antecedentes deben demostrar si hay plausibilidad en la acción, como se ha dicho aquí, según la interpretación del Senado. Pero determinar la plausibilidad en la acción significa analizar los antecedentes y formarse conciencia cabal de que evidencian que puede haber existido un perjuicio

injusto. No hay plausibilidad en la acción cuando todos los antecedentes evidencian lo contrario.

Por consiguiente, no puede dejar de examinarse la situación en los términos que he planteado, aun en la interpretación restrictiva que el propio Senado hizo de su atribución.

¿Por qué motivo no hay plausibilidad en la acción?

A los argumentos ya expuestos en el voto de minoría de la Comisión -que no repetiré, en homenaje a la paciencia de Sus Señorías-, quiero solamente agregar cómo se motivó la dictación del decreto de insistencia.

Creo que en este Honorable Senado nadie estima que el decreto de insistencia es una institución inconstitucional. Como reiteradamente se ha demostrado aquí, fue mantenido y consagrado en la Carta de 1980 para infracción de ley. Porque, si hubiera habido una infracción constitucional, al representar el decreto pertinente, la Contraloría habría obligado al Presidente de la República a recurrir al Tribunal Constitucional. Se trata, pues, de infracción de ley.

La primera pregunta que debe formularse para determinar la existencia de plausibilidad en la acción es si hay infracción de ley en el caso en examen.

No la hay; no se ha infringido ni la Constitución ni la ley, sino que la Contraloría General de la República ha representado el decreto pertinente porque, según reconoce, existiendo un vacío legal, ella lo integra aplicando las normas que el Estatuto Administrativo establece para los funcionarios públicos, e invoca su jurisprudencia.

Sin embargo, la pregunta que surge de inmediato es: ¿Se puede estimar representado un decreto por el hecho de que el Gobierno, al que, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, se otorga la facultad de administrar y gobernar el Estado, no acata una jurisprudencia de la Contraloría General de la República? La verdad es que ello implica ir mucho más allá de lo que el propio constituyente pensó siquiera al consagrar el sistema constitucional y legal que hoy analizamos.

No se trata, Honorable Senado, de que se infringió la Constitución o la ley, sino de que no se ha respetado una jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

¿Adónde vamos? ¿A que la Contraloría, a través de su jurisprudencia, gobierne y administre el Estado?

¡No, Honorable Senado! ¡El Presidente de la República no podía aceptar un precedente como el que se planteaba con motivo de la situación que hoy examinamos!

La remoción de la Rectora de la Universidad de Playa Ancha no proviene de un acto del Gobierno, sino de un acuerdo de la Junta Directiva de ese

plantel. Y así como se ha invocado aquí, con justicia, la obligatoriedad que todos tenemos de respetar las bases de la institucionalidad de la República, hay que recordar que la Constitución señala expresamente que las organizaciones intermedias gozan de autonomía para cumplir sus fines específicos. ¿Y qué organización intermedia tiene una tradición y una importancia gravitante en la vida de nuestro país si no la Universidad?

Pues bien, Honorable Senado: frente al vacío legal, el Presidente de la República y sus Ministros hemos aplicado el artículo 1° de la Constitución y hecho predominar sobre el Estatuto Administrativo, que regula la actividad de los funcionarios, el Estatuto de la Universidad de Playa Ancha, respetando plenamente la autonomía universitaria. Es un vacío que se ha procurado llenar.

Al solicitarle la Junta Directiva de esa casa de estudios superiores que aprobara la remoción (acordada por ella) de la señora Rectora, el Presidente de la República, estudiando la situación jurídica y dentro de sus facultades, llegó a la conclusión de que, en conformidad al artículo 1° de la Constitución Política del Estado, debía aplicar el Estatuto de la Universidad de Playa Ancha en lugar del Estatuto Administrativo.

Ése es el conflicto jurídico que se suscitó entre la Contraloría y el Presidente de la República: aquélla pretendió que se aplicara su jurisprudencia, y el Primer Mandatario tomó la opción de respetar la autonomía de la entidad universitaria y aplicar su propio Estatuto.

Frente a la representación del órgano contralor, el Jefe del Estado y sus Ministros estudiamos con detención el punto. No se trataba del problema -por supuesto, muy digno- de que la Junta Directiva había removido a la señora Martelli -como ella creía- sin el quórum correspondiente. Eso habría podido repararse, pese a que el acuerdo del Consejo Académico relativo a la aceptación de la renuncia de los integrantes de la Junta Directiva se sujetó a una formalidad no existente, cuyo cumplimiento dependía de la acción de la propia señora Martelli.

Empero, decidimos firmar el decreto de insistencia, en resguardo de las prerrogativas constitucionales del Primer Mandatario. No podíamos aceptar, como Gobierno, que la Contraloría General de la República, para integrar un vacío legal, nos impusiera la aplicación de su propia jurisprudencia, ni tampoco que pretendiera gobernar indirectamente a través de este tipo de acciones.

Ése fue el motivo fundamental de la dictación del decreto de insistencia (se agregan en él otras consideraciones para justificar, desde el punto de vista, ya no sólo jurídico, sino también social, la necesidad de zanjar rápidamente el conflicto).

El Presidente de la República y los Ministros de Estado, al dictar dicho decreto, ejercimos una facultad otorgada por la Constitución que juramos respetar.

En consecuencia, el problema fue resuelto -como correspondía- de acuerdo con el sistema institucional establecido en la Carta Fundamental.

El decreto de insistencia fue cursado, prevaleciendo la interpretación del Presidente de la República, como correspondía, en conformidad a la Constitución, porque aplicó claramente el principio de la autonomía de los grupos intermedios de Derecho Público y Privado -en este caso, de Derecho Público- de acuerdo con el artículo 1° de aquélla.

Más aún: dictado el decreto de insistencia, los antecedentes fueron remitidos a la Cámara Baja.

Si nosotros, Honorable Senado, hubiéramos infringido la Carta Fundamental o la ley, o incurrido en abuso o en desviación de poder, habría bastado con que diez señores Diputados entablaran una acusación constitucional en contra nuestra. Sin embargo, hasta ahora no lo han hecho -el plazo, por supuesto, no está vencido; podrían interponerla mientras ejercemos el cargo y hasta los tres meses siguientes a su expiración-; ningún miembro de la Honorable Cámara de Diputados ha estimado que incurrimos en alguna de aquellas conductas.

¡No, señores Senadores! En nuestra opinión, actuamos en conformidad a la Constitución y a la ley, y en resguardo tanto de nuestras propias atribuciones cuanto de las del Presidente de la República.

Miraré este asunto desde otra perspectiva.

¿Es verdad que este procedimiento ante el Senado tiene por finalidad establecer la igualdad entre las partes? ¿Es ése el objetivo? No lo parece.

En nuestro sistema constitucional y legal, dicha igualdad se consagra de otro modo: cuando un Secretario de Estado es demandado, corresponde conocer del juicio a un Ministro del Fuero, a un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva. Allí se establece tal igualdad. Y ese procedimiento no tiene por objeto favorecer al Secretario de Estado, sino precisamente colocar en igualdad de condiciones al particular frente a éste.

Por lo tanto, la actuación ante el Senado no trata de establecer la igualdad de condiciones entre las partes: ella se obtiene en el tribunal.

¿Se pretende, entonces, separar el acto constitucional del decreto de insistencia de sus posibles efectos frente a un particular?

Aceptar esa tesis, Honorable Senado, significaría que un acto sería constitucional y lícito para un efecto, e inconstitucional e ilícito para otro. Por ende, resultaría que este acto, constitucional y lícito, sería injusto.

Se podrá decir que hay casos excepcionales -ellos son resueltos específicamente por la normativa jurídica- en que la legislación posibilita que una persona sea privada con indemnización de un derecho; en que, por existir una razón de bien público o de bien común, se permite un hecho que puede significar o acarrear un perjuicio. Es cierto. Empero, en este caso -como se ha reconocido- no se ha infringido la Constitución ni la ley; se trata de un acto lícito que se estima injusto porque puede haber causado daño a un particular.

¿Queda en la indefensión ese particular? No, señores Senadores: no queda en la indefensión. Existen tres caminos para proceder a una reparación si se estima que el acto es arbitrario o que ha causado un perjuicio: primero, recurrir de protección (la señora Martelli lo hizo en dos oportunidades, y en ambas los tribunales le dijeron que no tenía razón en sus planteamientos, pues no había violación de la Carta Fundamental); segundo, demandar a los Ministros (la ex Rectora ya lo hizo respecto de los 18), y tercero, demandar al Estado por los actos de sus autoridades o de sus funcionarios (ahí existe una opción; y es allí donde discrepo de que no haya una acción política en la que se utiliza un instrumento de esta naturaleza con el fin, precisamente, de perturbar a los Ministros de Estado en el ejercicio de sus funciones).

La tercera acción se halla expresamente establecida en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución: "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"...

Y aquí había alternativas claras. Si se estimaba que se había causado un perjuicio injusto por un acto del Estado -un acto del Estado realizado en conformidad a la Constitución y a la ley-, se lo podía demandar. Sin embargo, se optó por hacer efectiva la responsabilidad personal de los Ministros de Estado. Es decir, quienes ejercimos una facultad que la Constitución nos concede tendríamos que reparar con nuestro propio patrimonio los eventuales perjuicios sufridos por el particular afectado.

¿Cómo es posible que en un acto constitucional, en el cual tomamos una decisión, debemos responder personalmente con nuestro patrimonio? Incuestionablemente, algo anda mal en una situación de esta naturaleza.

El Senado, precisamente al analizar la plausibilidad de la acción que se está intentando en contra de los Secretarios de Estado, debe tener en cuenta que a la señora Martelli no se la priva de la igualdad ante la ley ni se la deja en la indefensión. Empero, ella optó por el camino de afectar a 18 Ministros del Gabinete para que respondan con su situación personal. No se trata simplemente de obtener una indemnización de perjuicios, si legítimamente se tuviera derecho a ella.

Esto es lo que debe cautelar el Senado. Aquí no ha habido una actuación inconstitucional ni ilegal de los Ministros de Estado; de haberse producido,

sin duda que se justificaría afectarlos personalmente. Se trata de un acto constitucional y legal que se pretende que pudo haber causado perjuicios injustamente. Eso es lo que Sus Señorías deben ponderar al examinar la plausibilidad de la acción.

Por último, Honorable Senado, me referiré a la situación concreta del planteamiento hecho en contra nuestra por la señora Martelli.

Desde luego, como quedó demostrado en la relación del Senador señor Pacheco, la designación de la señora Rectora por la Junta Directiva de la Universidad de Playa Ancha no cumplió con las condiciones establecidas en la ley. Su nombramiento no fue objeto de toma de razón por la Contraloría General de la República. El propio órgano contralor señala expresamente que la señora Martelli no tiene el carácter de funcionaria legítima, sino el de autoridad de hecho. Y la autoridad de hecho sólo debe mantenerse hasta que se reparen las deficiencias y se pasa a ser autoridad legal, lo que hasta el momento de la remoción no había ocurrido.

Más aún: la Contraloría General de la República, al estimar que la renuncia de los miembros del Consejo no había producido efectos por no haberse tramitado el decreto correspondiente, nos coloca en una situación inexplicable. Porque estas personas fueron nombradas consejeros sin que hubiese un decreto universitario que fuere tramitado por la Contraloría General de la República. O sea, se está exigiendo un requisito formal que antes no se había pedido a nadie. ¡Realmente, parece extraña la situación, Honorable Senado! ¡Cuando se trata de examinar este caso, aparece de inmediato una jurisprudencia no aplicable y la obligación de tramitar totalmente un decreto, lo que antes nunca se requirió a ninguna de las autoridades!

Pero no queremos hacer cuestión de este problema. La verdad es que nos parece tan clara, tan nítida la actuación de todo el Gabinete y del Presidente de la República -ajustada a la Constitución y a la ley, sin que exista motivo plausible para autorizar, en la interpretación del Senado, una demanda en contra de todos los Ministros de Estado- que, de los antecedentes proporcionados, se desprende de modo manifiesto que no ha habido acto inconstitucional, ilegal ni injusto, y, por ello, no analizaremos esta situación.

Desde luego, para poder demandarnos en los términos planteados, la señora ex Rectora de la Universidad de Playa Ancha tiene que decir que hemos actuado negligentemente, en circunstancias de que es de toda evidencia que cumplimos con nuestro deber y actuamos diligentemente en la preservación de las facultades que la Constitución otorga al Presidente de la República al no aceptar una interpretación que significaría que, a través de este sistema, gobernara la Contraloría, y, al mismo tiempo, dejar en la indefensión una situación social como la que señalamos.

Por todo lo expuesto, señor Presidente, los Ministros de Estado respecto de quienes se ha pedido la admisibilidad de esta acción judicial, solicitamos al Honorable Senado no darle lugar.

He dicho.

El señor URENDA (Vicepresidente).- El señor Ministro de Justicia ha pedido que se inserte en la Versión Taquigráfica de la presente sesión el informe remitido por los señores Secretarios de Estado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento el 2 de enero último.

El señor ORTIZ.- Conforme.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Si no hubiera oposición, así se acordaría.

Aprobado.

-El documento cuya inserción se acuerda es del tenor siguiente:

"INFORME A LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL
HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA

"Santiago, 2 de enero de 1991

"A DON

"HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE

"PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE

"CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,

"JUSTICIA Y REGLAMENTO

"DEL H. SENADO

"En relación con la petición formulada por doña Mariana Martelli Ukrow para que el H. Senado decida sobre si ha o no lugar a la admisión de la acción judicial de indemnización de perjuicios en contra de los Ministros de Estado suscritos y en cumplimiento del acuerdo de la H. Comisión de su Presidencia, comunicado por Oficio N° 481, venimos actuando de consuno en evacuar el informe requerido sobre la materia y, en mérito de las consideraciones de hecho y de derecho que pasamos a exponer, solicitamos que en definitiva se rechace en todas sus partes la petición de la recurrente. Este informe es

sin perjuicio del derecho a presentar la defensa escrita a que se refiere el artículo 186 del Reglamento del Senado, si fuere necesario.

"I SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTICULO 49, ATRIBUCIÓN SEGUNDA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

"Dice la mencionada atribución exclusiva del Senado "2) Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo".

"Tal atribución se contenía en la Constitución de 1925 en el artículo 42 N° 2, pero se ha perfeccionado hoy el texto, hablando en 1980 de personas y no de "individuo particular", de "acciones judiciales" en vez de "acusaciones", suprimiendo los plurales referidos a los Ministros y eliminando el procedimiento a seguir, el que se contiene en los artículos 183 y siguientes del Reglamento del Senado.

"En efecto, la palabra "acusación", usada en 1925, y aún hoy en el Reglamento, era impropia, pues dicho concepto es propio de materias penales, y lo que se persigue aquí es la responsabilidad civil de los Ministros de Estado. Del mismo modo, las modificaciones introducidas por la Constitución de 1980, indicadas, son precisiones que no cambian el sentido de la institución.

"Se encontraba igualmente similar disposición en la Constitución de 1833, en sus artículos 90 y 91, pero referida a actos "del Ministerio" en lugar "del Ministro" y se agregaba: "si el Senado declara haber lugar a ella, el reclamante demandará al Ministro ante el Tribunal de Justicia competente".

"Existe, por lo tanto, una variada jurisprudencia tanto en el Senado como en los Tribunales de Justicia acerca de esta norma, pues ella como lo afirma don Raúl Bertelsen en Actas (sesión 354, celebrada en Miércoles 19 de abril de 1978, página 2245) forma parte de lo contencioso-administrativo. Debe entenderse en relación al artículo 38 inciso segundo de la Constitución de 1980: "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".

"Pero, tratándose de los Ministros de Estado, y sólo de ellos, deberá previamente solicitarse al Senado la declaración de haber lugar a la admisión de la acción judicial de indemnización de perjuicios y sólo en el caso, por lo tanto, de una acción contenciosa-administrativa de carácter adjetivo o de un recurso de plena jurisdicción.

"El Senado de la República está, entonces, actuando en sede jurisdiccional y ello se prueba por las siguientes razones:

"a) Por los efectos de la admisión por el Senado de la acusación, que no son efectos políticos pues no produce la suspensión del cargo de Ministro, sino como lo expresa el artículo 189 del Reglamento del Senado: "Acogida la acusación, queda allanado el fuero del o de los Ministros acusados, y en tal virtud se dará al acusador, para los fines a que haya lugar, copia autorizada de la resolución producida y de los antecedentes pertinentes".

"b) Por el carácter contradictorio que reviste el procedimiento en los artículos 184 a 188 del Reglamento, dando cumplimiento a lo prescrito en el artículo 19 N° 3 de la Constitución: "Nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

""Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

"c) Porque el acuerdo del Senado que declara admisible la acción judicial de indemnización de perjuicios ha sido entendido por la Corte Suprema como teniendo el valor de sentencia firme que habilita al requirente para deducir la acción de indemnización de perjuicios ante los Tribunales ordinarios, no pudiendo la Corte Suprema revisar tal acuerdo sin causar agravio al principio constitucional de separación de poderes (considerandos 7° al 15 de la Sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de fecha 24 de septiembre de 1943, Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección primera, Tomo XLI, 1943, páginas 249 y 250). Y como comenta don Arturo Alessandri Rodríguez (ibidem, página 233: "Como dicen la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, la decisión del Senado importa, en realidad, una sentencia firme sobre la existencia de la responsabilidad civil del ministro contra quien se ha dirigido la acusación. En presencia de ella, la única intervención que incumbe a los Tribunales de Justicia es determinar la especie y monto de los perjuicios sufridos por el particular. De ninguna manera podrían entrar a analizar nuevamente la naturaleza del acto ejecutado por el Ministro y si él genera o no responsabilidad. Si lo hicieran, habría que admitir, como con toda razón lo expresa la Corte de Apelaciones, que el Poder Judicial estaría legalmente capacitado para revisar, modificar y hasta dejar sin efecto resoluciones que, en virtud de la Constitución Política del Estado, competen exclusivamente a otro Poder Público. A ello se opone el principio de separación de los Poderes Públicos y el artículo 4° del Código de Tribunales".

"A todo ello se puede agregar que no es extraño al contencioso administrativo que una instancia jurisdiccional determine si existe o no responsabilidad civil y sea otra la que determine el monto y la especie de los perjuicios, pues tal cosa sucede, por ejemplo, en la actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.959 artículo 82 letras (h) y (d) en que la Corte

de Apelaciones determina en su sentencia si da lugar a la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado y "(i) Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren y ante la justicia del crimen, las sanciones penales que correspondieren. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada" (reclamo de ilegalidad contra el alcalde y demás funcionarios municipales).

"Por todo ello, es certera la expresión de don Mario Bernaschina en "La Constitución Política y Leyes Complementarias", página 379: "A pesar de que se trata de un desafuero civil, la resolución del Senado produce efectos más importantes que en el caso del fuero de los parlamentarios, para éstos la declaración autoriza la formación de causa, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución, en cambio aquí el Senado resuelve si la demanda debe ser admitida o desechada".

"Actuando en sede jurisdiccional exclusiva, y como expresa el considerando 6° de la sentencia de la 1a instancia en el caso Jaramillo con Alfonso y otros, el Senado, al decidir sobre si ha o no lugar a la admisibilidad de una acusación de esta especie, debe estudiar y resolver la concurrencia de estos 3 elementos:

"a) Si existe algún hecho o acto ejecutado por un Ministro, en el desempeño de su cargo, que sea de su responsabilidad.

"b) Si dicho acto ha irrogado perjuicios a una persona.

"c) Si los perjuicios se han inferido injustamente.

"Ahora bien, si respecto de los dos primeros elementos podría bastar una apreciación externa a través de un examen sumario que determine un fundamento plausible del requirente, no sería suficiente tal tipo de examen para determinar si los perjuicios han sido injustamente inferidos, sino que el Senado debe necesariamente ir al fondo de la cuestión debatida.

"Perjuicio injusto es uno contrario no sólo a la Constitución y a la ley, sino también a la justicia y a la razón. Ahora bien, el daño que se infringe por la aplicación del derecho, hecha conforme a criterios de razonabilidad, no puede entenderse como perjuicio injusto.

"Los requisitos señalados se encuentran sólidamente consolidados en la jurisprudencia y práctica del Honorable Senado y de su Comisión de Legislación y Justicia (véase a título de ejemplo, los informes de 13 de mayo de 1941 y de 11 de mayo de 1943 aprobados unánimemente).

"Respecto al perjuicio injusto también el Honorable Senado ha tenido una coherencia a través de los años. Ya don Jorge Hunneus en el tomo II de "La Constitución ante el Congreso" página 207 hacía referencia a los "perjuicios que el particular hubiere sufrido injustamente por algún acto del Ministerio"

y a que los perjuicios debían provenir de un acto de los Ministros "calificado de injusto por el Senado", calificación previa a las que Hunneus era opuesto pues formuló una moción en 18 de julio de 1876 para modificar el artículo 99.

"En sesión de 22 de abril de 1961, el Senado entendió que el Ministro de Defensa Nacional, si bien había interpretado en forma equivocada una ley, había actuado apoyado en informes de sus subalternos y en dictámenes de la Contraloría General de la República y que se estaba tramitando la modificación de la ley susodicha, con lo que los perjuicios no eran injustos.

"Pues bien, la Constitución de 1980 utiliza equivalentes expresiones en el artículo 19 N° 7 letra i) "resolución que la Corte declare injustificadamente errónea o arbitraria", en el 19 N° 3 "racional y justo procedimiento" y en el artículo 20 "actos u omisiones arbitrarios o ilegales", para dar a entender que los perjuicios deben repugnar no sólo al derecho estricto, sino también a la virtud de la justicia.

"Pero, el examen de lo justo o injusto, sólo es posible si el Senado entra al fondo del problema, pues de lo contrario su examen sería superficial, lo cual repugna a la razón y precisamente a la justicia y no cumplirá con la finalidad objetiva de la Constitución. En efecto, es por último, una cuestión pacífica que este instituto jurídico fue establecido para evitar acusaciones infundadas que perturbaren el quehacer de los Ministros en su carácter de colaboradores del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado.

"II FUNDAMENTOS DE HECHO

"1.1 El D.F.L. N°2, de Educación de 1986 fijó el Estatuto de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación.

"Allí se establece que el gobierno de la Universidad está radicado en autoridades unipersonales y organismos colegiados.

"Son autoridades unipersonales: El Rector, el Prorector, los Decanos, el Secretario General y el Contralor.

"Son organismos colegiados: La Junta Directiva, el Consejo Académico y los Consejos de las Facultades.

"1.2 En lo que interesa, que es la designación y remoción del Rector, las disposiciones aplicables son las siguientes:

"1.2.1 El Rector es la máxima autoridad unipersonal y como tal debe dirigir y supervisar las actividades a través de las cuales la Universidad cumple sus fines (artículo 32).

"1.2.2 El Rector es nombrado por el Presidente de la República de una terna que debe proponerle la Junta Directiva y permanecer cuatro (4) años en su cargo (artículo 33).

"1.2.3 Entre otros, le corresponde ejecutar los acuerdos de la Junta Directiva, dictando las resoluciones que correspondan (artículo 34 letra b) y dictar

los reglamentos, decretos y resoluciones necesarias para la marcha de la institución (artículo 34 letra c).

"1.2.4 La Junta Directiva, máximo organismo colegiado, está integrada de la siguiente manera (artículo 13).

"1.2.4.1 Tres representantes del Presidente de la República.

"1.2.4.2 Tres integrantes designados por el Consejo Académico de entre personalidades relevantes en el ámbito cultural que no ejerzan ninguna función en la Universidad.

"1.2.4.3 Tres integrantes designados por el Consejo Académico de entre los profesores de las dos más altas jerarquías.

"1.2.4.4 El Rector, el que sólo tiene derecho a voz en el caso de la confección de terna para designarlo y en el caso de que se pida su remoción, entre otros.

"1.2.5 Entre las atribuciones de la Junta está el de proponer al Presidente de la República la terna para la designación de Rector y la de proponer a la misma autoridad la remoción del Rector (artículo 12 letra c) y d). Para la confección de la terna se deberá dictar, por la Junta Directiva un reglamento que fije el procedimiento.

"Para estos efectos, la Junta debe adoptar los acuerdos por los dos tercios de los miembros en ejercicio.

"2.1 El nombramiento de la Sra. Martelli se hizo por un procedimiento que fue acordado por Junta Directiva el 29 de junio de 1989 y aprobado por decreto de rectoría EXENTO N° 171 de 1989.

"Según dictamen de Contraloría General de la República, N° 17.540, de 1990, este documento debería haber sido tomado razón y no lo fue.

"Con posterioridad al acuerdo de remoción de la Rectora por la Junta Directiva, el Gobierno tomó conocimiento de que la propia Contraloría, por Dictamen N° 17.540, del 19 de junio de este año, dirigido precisamente a la Sra. Rectora de la Universidad de Playa Ancha, luego de atender la materia consultada por la Asociación Gremial de Académicos de esa Universidad, en la parte final creyó "necesario manifestar que el referido decreto (Decreto Exento de Rectoría N° 171 de 1980, dictado por la misma Rectora Sra. Martelli, sobre elaboración de la terna en que fue designada), atendida la materia en que incide, esto es, el procedimiento para la elaboración de la terna relativa al nombramiento del Rector, SE ENCUENTRA AFECTO AL TRÁMITE DE TOMA DE RAZÓN ante la Contraloría General, conforme a lo dispuesto en la ley N° 10.336 y en los artículos 1° y 9 de la Resolución N° 600, de 1977, de esta entidad fiscalizadora, documento que, sin embargo, hasta la fecha no ha ingresado a este organismo para cumplir con dicho trámite".

"También el Supremo Gobierno fue informado por el Señor Presidente de la Honorable Junta Directiva que, con fecha 19 de julio de este año ingresó la

presentación N° 015229 a la Oficina de Partes de esa Contraloría, solicitando la regularización del nombramiento de la Sra. Martelli Ukrow, representado por ese mismo órgano fiscalizador, el cual importa la consecuencia de su investidura irregular con conocimiento personal de esta circunstancia, y la transforma en funcionaria de hecho que no requerirá de remoción para el cese de sus funciones.

"2.2 Los miembros designados por el Consejo Académico lo fueron por sesiones de fecha 3 de julio de 1987, 14 de octubre de 1988 y 11 de enero de 1989, según consta de las actas respectivas.

"En el caso en análisis, esto es en cuanto a la calidad de miembros "en ejercicio" de los Sres. José Munilla, Francisco Christie y Vadim Prauss es necesario precisar que, sus nombramientos no fueron nunca sancionados por decreto de Rectoría.

"El artículo 15 de los Estatutos da normas especiales para los integrantes designados por el Consejo Académico, pero entre ellas no se contempla el que estos nombramientos se sancionen por otro medio que no sea el acuerdo de una mayoría absoluta de los integrantes en ejercicio del Consejo Académico.

"Sólo existe un Decreto de Rectoría Exento N° 14 de 1990, que estableció la duración de los períodos de los integrantes que se indican para los objetos de su renovación por parcialidades.

"2.3 Los Sres. Munilla, Christie y Prauss renunciaron indeclinablemente a sus designaciones a contar del 11 y 12 de junio de 1990 haciendo dejación efectiva de sus representaciones.

"El Consejo Académico tomó conocimiento y aceptó estas renunciaciones en sesión extraordinaria de 4 de julio de 1990, adoptando el acuerdo de que ellas se harían efectivas cuando se tramitaran totalmente, esto es, se cursara un decreto de Rectoría con toma de razón y notificado a los interesados.

"2.4 La Junta Directiva en sesión extraordinaria del día 4 de julio de 1990, tomó y conocimiento de que las renunciaciones habían sido aceptadas por el Consejo Académico y, con la asistencia de cinco de los miembros en ejercicio, de un total de siete que habían quedado en tal calidad, y declarándolo así, tomó el acuerdo por unanimidad de los presentes, de pedir al Presidente de la República la remoción de la Rectora Sra. Martelli.

"Con fecha 5 de julio de 1990 el Presidente de la Junta Directiva, comunica al Presidente de la República que el organismo colegiado ha acordado solicitarle la remoción de la Rectora Sra. Martelli.

"2.5 El Presidente de la República por Decreto Supremo de Educación N° 600 de 6 de julio de 1990, en conformidad a las normas legales y reglamentarias vigentes remueve de su cargo a la Rectora Sra. Martelli.

"2.6 La Contraloría General de la República por oficio N° 0217867, de 1° de agosto de 1990, devolvió sin tramitar el decreto mencionado anteriormente, basada en las siguientes consideraciones:

"2.6.1 El acuerdo de la Junta Directiva se habría tomado con un número insuficiente de miembros en ejercicio para conformar el quórum de dos tercios solicitado, en razón de que los Sres. Munilla, Christie y Prauss aún estaban investidos de su calidad de tales.

"2.6.2 Para estimar que los integrantes renunciados aún estaban en ejercicio, acude a la jurisprudencia del mismo Organismo Contralor que ha estimado que:

Quienes desempeñan una función pública sin tener la calidad de empleados, se rigen, en lo pertinente, por las normas del Estatuto del Personal de la misma entidad.

El hecho de presentar una renuncia no constituye por sí sola expiración de funciones, sino que debe entenderse que produce sus efectos desde el día en que en ella se indique que así lo dispone la autoridad, o a partir de la data en que se notifique al interesado la total tramitación del acto en que se acepta.

Se ha informado por la Entidad Fiscalizadora que la renuncia debe presentarse con la debida antelación, para que la autoridad cuente con un plazo prudencial para pronunciarse.

"Hace aplicables disposiciones que tratan de la "expiración de funciones" de los funcionarios públicos, produciendo una confusión preocupante entre el concepto de titularidad "en ejercicio" de miembros de cuerpos colegiados para los efectos de quórum de ciertas decisiones y la noción administrativa de "expiración de funciones"; tanto más cuanto aquella locución tiene origen y rango constitucional y su errada inteligencia además de contravenir otras normas legales vigentes podría ocasionar graves trastornos en la aplicación de diversos preceptos constitucionales como el artículo 48 inciso penúltimo, el artículo 49 N° 1, el artículo 63 o los artículos 116 y 117 de la Carta Fundamental, todos los cuales se refieren a parlamentarios "en ejercicio".

"2.7 De los antecedentes expuestos es posible afirmar que:

"2.7.1 Los miembros del Consejo Académico que renunciaron indeclinablemente a sus cargos con fecha 11 y 12 de junio, Sres. Munilla, Prauss y Christie, fueron instalados como integrantes de la Junta Directiva de la Universidad de Playa Ancha, por el simple hecho de haber sido designados por dicho Consejo, sin ninguna otra formalidad que la constancia de sus nombramientos en el acta respectiva. Nunca se dictó respecto de ninguno de ellos Decreto alguno ni se comunicó tampoco mediante él a la Junta, sólo existió el acta. Este procedimiento, por lo demás, aparece como correcto, pues los Estatutos establecen ninguna exigencia, formalidad o solemnidad para su instalación como integrantes de la Junta. No obstante

que la Contraloría General de la República exigió en la ocasión que se formalicen mediante decreto del Rector con Toma de Razón.

"2.7.2 La renuncia presentada por estos Consejeros tuvo carácter de indeclinable, y se hizo efectiva desde la fecha de su presentación, o sea, 11 y 12 de junio de 1990, respectivamente, hecho expresamente contenido en las renunciaciones.

"2.7.3 El acta correspondiente del Consejo Académico de 4 de julio, fecha en la cual este organismo tomó conocimiento y aceptó las renunciaciones de esos Consejeros como representantes ante la Junta Directiva, agregó una formalidad no establecida en la ley, en los Estatutos ni Reglamento, al añadir a la aceptación la circunstancia de que la Sra. Rectora deberá dictar los Decretos respectivos que ordenan su tramitación legal que culmina con la notificación a los interesados por parte del señor Secretario General.

"2.7.4 La agregación de esta formalidad no establecida en ley o Reglamento alguno, aparece efectuada ad-hoc, para este acto de aceptación de renuncia, en circunstancias que para la designación e instalación de dichos miembros ante la Junta Directiva, no se actuó de manera similar y nadie hizo objeción a la forma de proceder. En realidad aparece como la voluntad o deseo de darle en esta ocasión, una apariencia de estricta legalidad a un acto de aceptación de renunciaciones de personas que habían actuado legalmente sin exigencias formales para el ejercicio de sus funciones de miembros de la Junta Directiva.

"Por lo demás, la fórmula de aceptación de renuncia adoptada por el Consejo, que fue presidido en esa ocasión por la propia Rectora, dejó en manos de ella la oportunidad en que regía la rebaja de quórum, circunstancia decisiva con relación a su propia remoción, materia que, como era de sobra conocido, estaba siendo fuertemente considerada por la Junta Directiva, la que ya había adoptado un principio de acuerdo sobre el particular.

"2.7.5 De considerarse válida y legal la exigencia de Decreto y notificación a los interesados de sus renunciaciones, podría cuestionarse toda su actuación como miembros de la Junta Directiva, ya que no habrían sido legalmente nombrados ante dicho organismo, ni menos notificados de la dictación y tramitación del Decreto que se hubiere debido dictar, significando ello, que no habrían estado nunca "En ejercicio" como es la finalidad real que se ha tenido en vista para establecer la exigencia indicada en la letra anterior, ya que de su permanencia como miembros en ejercicio de la Junta Directiva depende el quórum que se debe considerar para la proposición de remoción del Rector de dicha Universidad.

"2.7.6 Si se aplicara el mismo criterio de analogía que señala la Contraloría en su dictamen devolutorio del Decreto de remoción, tendríamos que concluir que nunca fueron legalmente nombrados, por no haber sido objeto de nombramientos o designaciones dispuestas por Decreto y así no podrían haber asumido el ejercicio de funciones de miembros de la Junta Directiva y, en consecuencia sus renunciaciones no deberían aceptarse por no estar "En

ejercicio". No es posible aceptar que para determinados actos se aplique un criterio de analogía y no para otros, como sería en la especie.

"3. De la relación de hechos y antecedentes y apreciaciones efectuadas sobre ellos, se estimó dictar un Decreto de insistencia en este caso, por cuanto:

"3.1 No hubo infracción de norma Constitucional, legal o reglamentaria alguna.

"En efecto, no existe en sentido estricto, una representación de "ilegalidad" en los términos del artículo 68 de la Constitución Política. La argumentación que fundamenta el hecho de no reunirse el quórum para la remoción está basada exclusivamente en dictámenes e interpretaciones analógicas del propio cuerpo contralor sin que se cite ninguna disposición legal, estatutaria o reglamentaria directamente infringida.

"3.2 La devolución del Decreto se ha basado en una particular interpretación de la Contraloría General de la República, respecto al momento en que los integrantes de la Junta Directiva Designados por el Consejo Académico habrían perdido su calidad de miembros En ejercicio.

"III FUNDAMENTOS DE DERECHO

"1) Característica básica del Decreto de

Insistencia.

De la consideración armónica de los artículos 24 y 88 de la Constitución Política del Estado y del artículo 10 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, se desprende que el Decreto de Insistencia es aquel que dicta el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, ordenando al Organismo Contralor que tome razón de un Decreto o Resolución de un Jefe de Servicio, con la excepción que consagra el propio texto constitucional, para poner término a una diferencia de apreciación surgida entre el Poder Ejecutivo y la Contraloría General respecto de la calificación de legalidad o ilegalidad de un acto administrativo.

"Así lo ha entendido de manera uniforme la doctrina nacional y la jurisprudencia reiterada de la propia Contraloría General.

"Lo anterior, porque entre dos criterios distintos para interpretar la legalidad de un acto administrativo, prima el de Presidente de la República, quien por mandato del artículo 24 de la Carta Superior, es el Jefe del Estado y le está confiado el gobierno y administración del mismo.

"Luego, obligado es concluir que el aserto que formula la ocurrente en orden a que el Decreto de Insistencia por ordenar el cumplimiento de un acto administrativo anterior reparado por la Contraloría General, es "igualmente ilegal" (sic) al acto representado, resulta de manera absoluta contrario y ajeno

a la institución del Decreto de insistencia que contempla el ordenamiento jurídico nacional.

"En la especie, se ha tipificado a cabalidad la figura del Decreto de insistencia, pues por una parte la medida ordenada por su intermedio no es de aquellas que por excepción prohíbe el artículo 88 de la Constitución Política -ordenar gastos "que excedan el límite señalado en la Constitución"-, y por la otra, su finalidad precisa ha sido la de poner término a un conflicto de interpretación sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo anterior representado por la Contraloría General.

"En efecto, y tal como se dejó expresa constancia en los considerandos del Decreto de Insistencia N° 647 de 1990, el decreto reparado por el Organismo Contralor planteó entre el Poder Ejecutivo y la Contraloría General de la República, un conflicto de interpretación jurídica en torno a la legalidad o ilegalidad del acto representado, pues por una parte el Organismo Contralor subentendiendo que no existían normas precisas y directas que regularan la data a partir de la cual debía considerarse afinada la renuncia voluntaria e irrevocable de tres miembros de la Junta Directiva de la Universidad en referencia, concluyó que debían aplicarse los criterios jurisprudenciales elaborados para los funcionarios públicos en general que se remiten al momento en que se notifica la total tramitación del acto que acepta la renuncia, por lo que estima que la Junta Directiva de dicha Corporación Universitaria al pronunciarse sobre la remoción de la reclamante sin considerar a los tres miembros renunciados habría adoptado un acuerdo con un quórum insuficiente.

"En cambio, discrepando de dicha interpretación jurídica el Supremo Gobierno estimó que el Estatuto Orgánico de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación contenido en el D.F.L. del Ministerio de Educación N° 2 de 1986, otorgaba al Consejo Académico de esa Corporación Universitaria atribuciones resolutivas precisas en ejercicio de las cuales podía válidamente pronunciarse sobre las renunciaciones de los miembros integrantes de su propia designación, máximo cuando aquellas habían sido presentadas en forma irrevocable por los afectados, sin que se requiera para la eficacia de tales decisiones de ninguna otra formalidad habilitante, sea que éstas tuvieran su origen en un acuerdo del propio Consejo Académico o en soluciones jurisprudenciales generales, porque unas y otras no se encontraban establecidas en parte alguna de la ley ni de los estatutos de la Corporación.

"En tal virtud el Poder Ejecutivo concluyó que a la fecha de adoptarse el acuerdo que removía a la reclamante de su cargo de Rector, los tres miembros de la Junta Directiva cuyas renunciaciones habían sido aceptadas por aquélla, ya no pertenecían a dicho órgano colegiado y, por ende, el acuerdo de remoción de la reclamante adoptado sin considerar la concurrencia de aquellos se ajustó al quórum requerido.

"Luego, si en el caso en estudio se tipificó a cabalidad tanto en el hecho como en el derecho la figura del Decreto de Insistencia, conforme lo demuestran inequívocamente las consideraciones señaladas en los dos párrafos que preceden, forzoso también es concluir que la suscripción por parte de los infrascritos del Decreto de Insistencia N° 647 de 1990, no constituye en modo alguno "un acto negligente" (sic) como lo afirma la reclamante, sino que, muy por el contrario, un acto administrativo plenamente legítimo y ajustado a la normativa constitucional y legal que gobierna la materia, y a la reiterada jurisprudencia del propio Organismo Contralor.

"Por lo tanto, al no tipificar la conducta que nos reprocha la ocurrente una contravención precisa y determinada a las normas constitucionales y legales de nuestro ordenamiento positivo que regula la institución del Decreto de Insistencia, resulta por vía de necesaria consecuencia, que en la especie la reclamante carece de todo fundamento serio y plausible que amerite, por una parte, una imputación de "responsabilidad Constitucional" (sic) y por la otra, una acción judicial de carácter indemnizatorio contra los comparecientes, lo que lleva a concluir que en la especie no sólo los fundamentos jurídicos mediatos que invoca la peticionaria del -artículo 36 de la Constitución Política y los artículos 1437 y 2314 del Código Civil- carecen de toda relevancia con los hechos acaecidos, sino que, además, la invocación misma del procedimiento del artículo 49, N° 2, de la Carta Política.

"2) Perjuicios irrogados a una persona

"Los perjuicios invocados por la recurrente son materiales y morales.

"Los materiales consisten en la privación de las remuneraciones, prestaciones y beneficios hasta el 23 de octubre de 1993 (cuatro años contados desde la designación como Rectora), siendo la fecha del decreto de insistencia el 27 de agosto de 1990.

"El daño moral consiste en la lesión y fuerte impacto en su consideración propia y de los demás para con ella, en la deshonra derivada de su remoción por decreto de insistencia.

"Ahora bien, el título invocado es el de legítimo Rector de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación.

"Pero, como se ha demostrado en los fundamentos de hecho tal título se encontraba viciado y no saneado.

"En efecto, con posterioridad al acuerdo de remoción de la Junta Directiva, el Supremo Gobierno tomó conocimiento que la Contraloría General de la República por Dictamen N° 17.540, del 19 de junio de 1990, dirigido precisamente a la Sra. Rectora de la Universidad de Playa Ancha, luego de atender la materia consultada por la Asociación Gremial de Académicos de esa Universidad, en la parte final creyó "necesario manifestar que el referido decreto (Decreto Exento de Rectoría N° 171 de 1980) dictado por la misma Rectora Martelli, sobre elaboración de la terna en que fue

designada, atendida la materia en que incide, esto es, el procedimiento para la elaboración de la terna relativa al nombramiento del Rector, se encuentra afecto al trámite de toma de razón ante la Contraloría General, conforme a lo dispuesto en la ley N° 10.336 y en los artículos 1° y 9° de la Resolución N° 600, de 1977, de esta entidad fiscalizadora, documento que, sin embargo, hasta la fecha no ha ingresado a este organismo para cumplir con dicho trámite".

"También el Supremo Gobierno fue informado por el Señor Presidente de la Honorable Junta Directiva que, con fecha 19 de julio de 1990 ingresó la presentación N° 015229 a la Oficina de Partes de la Contraloría, solicitando la regularización de nombramiento de la señora Mariana Martelli Ukrow en el cargo de Rectora.

"Por ende, la señora Martelli sólo puede invocar una investidura irregular, irregularidad con conocimiento personal de la requirente respecto a esta circunstancia.

"Esta investidura irregular no permite a la requirente invocar el artículo 7° de la Constitución del Estado, y la transforma en funcionario o autoridad de hecho.

"Ahora bien, existe una abundante jurisprudencia en la Contraloría General de la República en la que este instituto -aplicando la equidad y el principio del enriquecimiento sin causa- ha dictaminado que el funcionario de hecho sólo tiene derecho a las remuneraciones y otros beneficios "por los servicios útiles, efectivamente prestados a la Administración".

"Habiendo la Sra. Martelli percibido dichas remuneraciones hasta la prestación de dichos servicios, no existen perjuicios materiales inferidos a su persona.

"Y puesto que los perjuicios morales se fundamentan en una investidura irregular carecen también de base cierta.

"A mayor abundamiento, cabe consignar que en el Recurso de protección Martelli contra la Honorable Junta Directiva de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, máximo organismo colegiado de dicha Institución, fallado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra de la actual solicitante ante el Senado, se lee en el considerando quinto: "Que, examinadas así las cosas, resulta evidente que los actos que se reprochan como atentatorios contra la garantía constitucional contenida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución no han podido conculcar el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre bienes incorporales de la recurrente en razón de que la señora Martelli Ukrow, no ha detentado jamás un derecho de dominio que le permita disponer a su arbitrio del cargo de Rectora de UPLACED". "El Derecho patrimonial que emana de la función que ejerce autoriza sólo el derecho de exigir el pago de la correspondiente retribución y demás prestaciones inherentes al cargo".

"Por todo ello no existen perjuicios indemnizables inferidos a la Rectora Martelli, lo que no obsta a que se deje constancia que el no haber mencionado la irregularidad de su investidura incide en la buena fe de su legitimación activa al ocurrir al Honorable Senado de la República.

"3) Si los perjuicios se han inferido injustamente

Pero si hipotéticamente hubieren existido perjuicios indemnizables, ellos no han sido injustamente inferidos.

"De la jurisprudencia del Senado se extrae que la injusticia consiste en haber actuado contra la Constitución (incluyendo atentados contra los derechos constitucionales); contra la ley o contra la justicia o la razón.

"En su presentación no pretende la requirente que el Gobierno -a través de la totalidad de sus Ministros- haya actuado contra la Constitución. Tampoco la Contraloría objetó la constitucionalidad del Decreto Supremo 600 de la Educación, caso en el cual le habría estado vedado al Presidente de la República insistir y de no conformarse al parecer de la Contraloría habría debido ocurrir al Tribunal Constitucional.

"Sin embargo, en dos ocasiones ha recurrido de protección la requirente y en ambas su pretensión jurídica ha sido rechazada (sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de julio de 1990 en el Recurso de Protección N° 163/90, confirmada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 1990 y Sentencia no apelada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 4 de diciembre de 1990 en el Recurso de Protección N° 183/90).

"Hemos citado ya el rechazo de la pretensión de haberse vulnerado el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Es preciso citar que igualmente fue rechazado el haber sido amenazada o perturbada su libertad de trabajo, porque "el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, no contiene norma alguna que proteja el cargo servido en sí mismo, por lo cual el Derecho a conservarlo no puede resguardarse por esta vía".

"Queda entonces probado que los Ministros no han vulnerado la Constitución de la República. Tampoco se ha violado la ley.

"En efecto, el escrito de la recurrente da por sentado que habría una representación formal de la Contraloría General de la República por ilegalidad del Decreto Supremo 600 de Educación y que el Decreto de Insistencia habría puesto en vigencia un decreto ilegal.

"Estrictamente hablando no ha existido tal representación, pues la Contraloría no representa dicho decreto, sino que el 1° de agosto se niega a tomar razón y lo devuelve, invocando, no alguna norma legal sino sólo dictámenes de su jurisprudencia administrativa.

"Se ha trabado entonces una controversia jurídica en torno no de una ley violada, sino de la pertinencia de la jurisprudencia administrativa aplicable al caso y de normas que por analogía pudieren aplicarse al caso.

"1° De la pertinencia de aplicar la jurisprudencia administrativa al caso: Mientras la Contraloría estima pertinente aplicar sus dictámenes N°11.307 de 19-11-1969, N° 1418 de 10 de enero de 1977 y los dictámenes N°s. 75.821 de 1976, N° 7.090 de 1982 y 246 de 1985, el Gobierno estima que son improcedentes y algunos de ellos obsoletos.

"El dictamen N° 11.307 de 1969 se refiere a la procedencia de aplicar el plazo del artículo 235 letra (a) del D.F.L. N° 338 de 1960 a la provisión de los cargos de Consejeros de las Instituciones Semifiscales.

"Tal dictamen es difícilmente concebible de aplicar por cuanto: (a) no se trata de la provisión de un cargo sino de su virtual expiración; (b) el cargo de Consejero era asimilable al antiguo Estatuto Administrativo porque se trataba de funciones remuneradas, en tanto los miembros de la Junta Directiva de la Universidad, cuyas renunciaciones se discute si están o no perfeccionadas "sirven sus cargos ad honorem", conforme al artículo 14 del Estatuto de la UPLACED; (c) el antiguo Estatuto Administrativo, contenido en el D.F.L. N° 338 de 1960 está derogado y en la nueva Ley N° 18.834 (Diario Oficial del 23-IX-1989), la disposición en que se basa el precedente utilizado no se contempla, por lo que la Contraloría está citando una jurisprudencia obsoleta sobre normas fenecidas.

"El dictamen N° 1.418 determina la condición jurídica de los miembros de la Defensa Civil de Chile. Señala que sus dirigentes "si bien evidentemente no pueden ser considerados empleados públicos, sí son funcionarios y en tal sentido se encuentran sometidos a las normas del Estatuto Administrativo en la medida que ellos sean conciliables con la naturaleza especial que posee el ejercicio de esas funciones". Pero para ello se basa en el artículo 21 letra (e) inciso 2° del Decreto N° 1.230 citado según el cual todo el personal que preste servicios en la Dirección General de la Defensa Civil de Chile se rige por el estatuto orgánico de los funcionarios de la Administración en cuanto les sea aplicables... "Ninguna norma similar existe aplicable a las Juntas Directivas de Universidades Estatales, máximo organismo colegiado de la Universidad, cuyos integrantes -como ya se dijo- "sirven sus cargos ad honorem".

"Los Dictámenes N°s 75.821 del 29/10/1976, N° 7.090 del 2/03/1982 y N° 246 del 3 de enero de 1985 se refieren a la aplicación del artículo 232 del D.F.L. N° 338 de 1960 actualmente derogado. El artículo 141 del Estatuto Administrativo actual que repite la norma antigua dice que la renuncia de un funcionario "no se perfecciona hasta su aceptación por la Administración", pero precisamente en el caso el Consejo Académico aceptó la renuncia, pero la sometió a la dictación de un decreto de la propia Rectora, acto no sometido a fecha, lo que constituye una condición meramente potestativa

precisamente de la actora, lo que no está en las facultades del Consejo Académico y violaba la voluntad expresa de los renunciantes.

"2° Normas que por analogía pudieren aplicarse al caso: Trabada una diferencia jurídica entre el Gobierno y la Contraloría General sobre la pertinencia de la jurisprudencia administrativa, también se trabajó respecto a las normas aplicables por analogía al caso, no habiéndose dictado la Ley de Bases de los Procedimientos de la Administración del Estado.

"La Contraloría entendió que debía aplicarse, a lo menos lo entendió tácitamente, el Estatuto Administrativo (ley N° 18.834).

"El Gobierno ha sostenido que deben aplicarse la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y los Estatutos de cada Universidad y otras normas de derecho público.

"Porque si se aplican las normas de la Ley N° 18.834 se producen los siguientes resultados:

"1. Deben aplicarse los artículos 141 y siguientes y por tanto la renuncia de un funcionario "no se perfecciona hasta su aceptación por la Administración", "a menos que en la renuncia se indicare una fecha determinada y así lo disponga la autoridad".

"Por lo que aún en el discutible caso que se aplicare esa norma, ella debe aplicarse completa y la renuncia fue presentada en fecha determinada, por lo que ella pudo y debió aceptarse desde la fecha precisa en que los miembros o Directores aludidos la formularon de manera indeclinable, sin forzar ni distorsionar -como se hizo- su declarada intención de no entorpecer las decisiones, ni el quórum para adoptarlas de la Honorable Junta Directiva.

"2° Pero, si se aplicaren las normas estatutarias de la Administración del Estado, el propio cargo de Rector sería de exclusiva confianza del Presidente de la República, ya que la ley N° 18.834, en cuyo nuevo texto no se consideró a los Rectores de las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal, como cargos exceptuados de la confianza del Presidente de la República, lo que hacía expresamente el texto primitivo.

"El Gobierno, por el contrario, ha entendido -respetuoso de la autonomía de las Universidades- que éstas deben ser regidas por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y por sus propios Estatutos, en conformidad a los artículos 81 y 84 de la Ley N° 18.962 (Diario Oficial de 10 de marzo de 1990) y que el Estatuto Administrativo es aplicable al tenor del artículo 84 sólo a los académicos de manera supletoria (artículo 84), lo que no se aplica a los miembros de las Juntas Directivas.

"Por lo demás, curiosamente, así lo ha entendido también la Contraloría General de la República, pues en el dictamen 022647 de 9 de agosto de 1990 atendiendo presentaciones de la Universidad de Chile y de la Universidad de Tarapacá dice que "a juicio de esta entidad de Control, que los Estatutos

Orgánicos de la Universidad de Chile y de la Universidad de Tarapacá contemplan un régimen especial respecto del Rector y demás funcionarios superiores, debiendo concluirse, en el contexto de las normas analizadas, que dichas autoridades se rigen por esa preceptiva particular que les es propia y, por ende, están al margen de la regla del artículo 7°, letra (b) del Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.834".

"Por ende, estima el Gobierno no ser aplicable al caso el Estatuto Administrativo, sino los Estatutos de la propia Universidad y en caso de que no estuvieren regladas las renunciaciones, debió recurrirse a la propia Junta Directiva para interpretar las disposiciones de su Estatuto conforme al artículo 59 de los Estatutos de la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, lo que en el hecho hizo al proponer la remoción de la Rectora, con los quórum que estimó pertinentes.

"Finalmente, mientras la Contraloría aplicaba por analogía selectivamente sólo una norma del Estatuto Administrativo, y sólo en algunos de los casos y no en otros, el Supremo Gobierno ha sostenido que por analogía deben aplicarse otras normas de derecho público.

"Porque lo que objeta la Contraloría, a lo menos de una manera explícita, no es la infracción del artículo 141 del actual Estatuto Administrativo, sino "el quórum exigido por la normativa pertinente" para solicitar la remoción de la Rectora, el cual es, como se sabe "Los dos tercios de los miembros en ejercicio" de la Junta Directiva (artículo 17 letra b).

"Todo lo cual obliga a referirse en profundidad al significado auténtico de la expresión "miembros en ejercicio" y al cumplimiento del requisito señalado, en la especie.

"La noción de miembros "EN EJERCICIO" se adscribe el quórum de ciertas decisiones graves de los cuerpos colegiados y aparece por primera vez en Chile en la discusión de la sexta sesión de la Subcomisión de Reforma Constitucional, de 6 de mayo de 1925 siendo recogida en diversos preceptos de la Constitución elaborada ese mismo año y utilizada, también en la Carta de 1980.

"En esa ocasión, luego de considerar que el quórum propuesto para la declaración de culpabilidad en el juicio político, "por dos tercios de los senadores presentes"; y el riesgo -hecho presente por el Ministro de Justicia Sr. Maza- de una inculpación minoritaria de que el Senado podía sesionar con sólo la cuarta parte de sus miembros, S.E. el Presidente Alessandri propuso que se dijera con la mayoría de los Senadores en ejercicio; lo que fue unánimemente aceptado y así pasó al texto de la Constitución (ver "Actas Oficiales", imp. Universitaria Santiago 1925, pgs. N° 72 - 78).

"Con respecto al significado fidedigno de la locución "en ejercicio" y a falta de definición legal, corresponde recurrir al léxico oficial.

"El Diccionario de la Real Academia Española define EJERCICIO como "2. Acción y efecto de ejercer", y la voz EJERCER significa "Practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud, etc. El mismo Diccionario incluye un ejemplo muy ilustrativo. "Es abogado pero no EJERCE".

"De tal manera, la diferencia entre el miembro integrante o de número de una Corporación y el que, además, se halla EN EJERCICIO estriba en que este último no sólo debe tener un nombramiento, título, incorporación o integración vigente (El título de Abogado) sino -además- debe estar habilitado para ejercer o practicar (la profesión de Abogado).

"Por otra parte, existen precedentes legales y reglamentarios para completar este concepto, que señalan cuándo un parlamentario, manteniendo la titularidad del cargo, NO ESTÁ EN EJERCICIO.

"El artículo 22 del Reglamento de la Cámara, desarrollando la noción contenida en los artículos 39 inciso 3°, 42 N° 1 y 108 inciso 2° de la Constitución Política de 1925, decía:

"No se considerarán diputados en ejercicio:

"a) Los electos que no se hayan incorporado aún a la Cámara y prestado el juramento o promesa de estilo, y

"b) Los que estén ausentes del país con permiso constitucional".

"El artículo 5 del Reglamento del Senado, señalaba al respecto.

"No se considerarán senadores en ejercicio los electos que no se han incorporado al Senado, los suspendidos por efecto de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Política del Estado y los que están ausentes del país con permiso constitucional".

"La actual Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional N° 18.913 señala en, su artículo 7° inciso 2° "En el cómputo de los quórum y mayorías no se considerarán como senadores y diputados en ejercicio los que se encuentren suspendidos por efecto de lo dispuesto en el artículo 58 inciso final, de la Constitución Política, y los que estén ausentes del país con permiso constitucional".

"De todo lo cual se infiere que el titular de un cargo, no obstante su permanencia en él, puede hallarse privado de su ejercicio por causas involuntarias como la que, en el caso de los parlamentarios, deriva de su desafuero; o por una causa voluntaria, como la de ausentarse del país con el permiso correspondiente o, en el caso presente, la voluntad expresa e indeclinable de marginarse de su cargo renunciando a él, no obstante la interpretación dada en el sentido que ni dicha renuncia ni su conocimiento y aceptación por el órgano designante -el Consejo Académico- habrían producido el cese de sus cargos.

"El tratadista Don Alejandro Silva Bascuñán en su "Tratado de Derecho Constitucional", tomo III, se refiere a la materia y sobre la precisa distinción entre el funcionamiento del órgano y el estatuto propio de cada uno de sus miembros señala.

"Para evitar toda confusión de conceptos, conviene subrayar que son aspectos diferentes diputado o senador en ejercicio en orden al funcionamiento orgánico de las Cámaras o del Congreso Pleno y parlamentario en ejercicio en cuanto al estatuto propio de cada congresal, de modo que la falta circunstancial de la calidad de tal desde el punto de vista de la composición de la asamblea acarrea el mismo efecto en cuanto al senador o diputado individualmente considerado, quien sigue no obstante siendo tal en sus prerrogativas y deberes, rigiendo a su respecto inviolabilidades, fuero, incapacidad, permisos, causales de cesación, remuneraciones, etc."

""Basten dos ejemplos para esclarecer esta situación: un diputado ausente con permiso en cumplimiento de una comisión de la Cámara no está en ejercicio y es no obstante inviolable en su desempeño (artículo 32). Un parlamentario simplemente desahogado no está en ejercicio pero si patrocina juicio contra el Fisco pierde su cargo porque lo ha realizado "durante su ejercicio" (artículo 31, inciso 2°).

"A mayor abundamiento, si se hubiere concluido que la disposición del artículo 17 letra (b) del Estatuto de la UPLACED adolecía de falta de claridad, el órgano competente para interpretar dicho Estatuto es precisamente "la Junta Directiva por mayoría de sus miembros en ejercicio", conforme al ya citado artículo 59 de este cuerpo normativo, siendo de agregar que la interpretación dada, en perfecta armonía con la legalidad vigente y con el léxico oficial, parte de la autonomía de la Junta para generar acuerdos en una materia de su competencia exclusiva.

"Por tanto establecido así el que -de los diez miembros titulares de la Junta Directiva (artículo 13 Estatuto UPLACED)- tres no se hallaban en ejercicio por su marginación voluntaria, es perfectamente legítima la constatación verificada por la Honorable Junta Directiva, en el Acta de la Sesión del 4 de julio, en el sentido de que "con el mérito de las renunciaciones aceptadas en el día de hoy por el Consejo Académico, la Junta Directiva ha quedado reducida a siete miembros en ejercicio".

"Si a esa circunstancia se añade el hecho de que, conforme al artículo 13 letra (d) del Estatuto, la señora Rectora no tenía derecho a votar tratándose del acuerdo tendiente a su propia remoción -es decir, no estaba habilitada para ejercer en este caso concreto- el quórum de la sesión del 4 de julio en lo tocante al acuerdo de proponer la remoción de la Rectora, quedaba reducido a seis miembros en ejercicio.

"De más está señalar que el voto unánime de los cinco miembros asistentes, que votaron afirmativamente la remoción de que se trata, supera el quórum de los dos tercios exigidos por el Estatuto para legitimar esta decisión.

"Por ende el D.S. N° 600/90 de Educación fue perfectamente legítimo y devuelto sin tomar razón por la Contraloría General de la República, había sólidas y fundadas razones para que el Supremo Gobierno no compartiera el criterio jurídico de la Contraloría.

"Trabada una controversia jurídica en torno a la pertinencia de aplicar determinada jurisprudencia administrativa y de si era el Estatuto Administrativo (tácitamente invocado) u otras normas de Derecho las aplicables, el Supremo Gobierno hizo uso del decreto de insistencia.

"El decreto de insistencia, como se ha probado no es inconstitucional, como tampoco ilegal, sino que es un recurso jurídico que la propia Constitución en su artículo 88 puso en manos del Ejecutivo precisamente para casos como en el que fue usado.

"Como es sabido, el Constituyente de 1980 tuvo especial cuidado de evitar el ejercicio abusivo de los decretos de insistencia.

"Y para ello restringió severamente el ejercicio del decreto de insistencia, pero no lo suprimió. Y ello porque como se consigna en Actas (sesión 308, celebrada en miércoles 27 de julio de 1977) en la opinión de don Jaime Guzmán: "Cree, en líneas generales, que el decreto de insistencia, debe proceder siempre que esté envuelta una discusión o una discrepancia de interpretación jurídica entre el Presidente de la República y el Contralor General de la República, sin perjuicio de que en determinados casos se entregue a una instancia posterior la resolución de este conflicto" (página 1430) (ídem Lorca, sesión 309, celebrada en martes 2 de agosto de 1977).

"Como dice el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, don Mauricio Flisfisch en su intervención en Actas N° 313, página 1532: "A propósito del decreto de insistencia, quiere señalar que no tiene las aprensiones que aquí se han hecho presentes. Estima indispensable el decreto de insistencia en una buena marcha administrativa, porque, éste de acuerdo con la legislación opera cuando la Contraloría al "tomar razón" representa un decreto. Es decir, cuando existe una discrepancia de criterio en cuanto a un problema jurídico. El Ejecutivo considera que está actuando dentro del derecho. En cambio, la Contraloría estima que lo está infringiendo. Y frente a este conflicto jurídico, se ha entregado al Ejecutivo la posibilidad de insistir, y por una razón muy simple: porque los artículos 60 y 71 de la Constitución encargan al Presidente de la República la administración del Estado. Por sobre la cuestión jurídica que se está generando, está el problema mucho más importante que es la administración del Estado".

"Y en la sesión 322 de las Actas, página 1705 el Presidente Ortúzar propone la actual redacción del artículo (martes 25 de octubre de 1977), la cual se va perfeccionando en las sesiones siguientes, pero queda siempre absolutamente claro que la insistencia es un mecanismo aceptado por la propia Constitución precisamente cuando existe una discrepancia jurídica, que no puede entorpecer la acción del Ejecutivo.

"No puede entonces decirse que ha existido una ilegalidad en el caso de la requirente, ni ella puede decir que la insistencia no purga la ilegalidad, pues ello supondría lisa y llanamente acordar lo que el Constituyente no quiso, esto es, que en un decreto simple, no objetado en su constitucionalidad, primara la opinión o dictamen del órgano contralor. Máxime cuando en este caso no hay propiamente una representación por ilegalidad, sino una fundamentación jurídica basada en la jurisprudencia administrativa, e implícita o tácitamente la opinión de hacer primar el Estatuto Administrativo y ello de una manera asaz fragmentaria.

"La doctrina está también conteste en que es el campo propio de la insistencia el de una diferencia de apreciación jurídica ante la calificación de legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, y que el Constituyente ha querido que se ponga término a la controversia jurídica que en tal evento se plantea, mediante la determinación del Poder Administrador.

"E incluso aquellos que como Eduardo Soto Kloss han combatido la pervivencia de este instituto no pueden menos que reconocer que dicha pervivencia, por aberrante que les parezca, ha sido la voluntad del Constituyente (véase su artículo: "El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional? en Revista de Derecho Público N° 18, enero-junio 1977) pues su crítica no fue acogida por los comisionados sino en parte.

"Ahora bien, tampoco el Ejecutivo ha hecho un uso abusivo de este instrumento, pues lo hace a solicitud expresa de la Junta Directiva de una Universidad en acuerdo legítimo de 4 de julio de 1990 para poner fin a un conflicto universitario prolongado, cuya duración comprometía el orden público en la ciudad sede del Congreso.

"Se trata entonces de un acto administrativo razonable, con clara finalidad pública y motivado expresamente, pues como dice el decreto de insistencia en sus considerandos 7, 8 y 9: "7) Que, la representación del Decreto Supremo N° 600 de Educación no ha tenido lugar por ser contrario a la Constitución, ni tampoco a las normas legales estatutarias o reglamentarias, sino que la Entidad Fiscalizadora se ha fundado únicamente en una interpretación de una jurisprudencia administrativa referida a personas y entidades de naturaleza diversa, la que ha aplicado sin considerar cabalmente nuestras reglas y principios de hermenéutica jurídica, ni las propias instrucciones contenidas en su circular interna N° 70.118 de 1970 sobre interpretación de las normas administrativas; 8) Que, además, se ha producido una situación de hecho en la mencionada Casa de Estudios Superiores que amenaza la paz social en la ciudad de Valparaíso, bien jurídico cuya protección es obligación primordial del Supremo Gobierno; 9) Que, por expreso mandato constitucional, corresponde al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado y, en especial, el resguardo del orden público".

"Por tanto, no ha habido un acto injusto de los Ministros; su actuación no ha sido inconstitucional, ni ilegal, ni se ha hecho un uso abusivo de la insistencia

ni ha existido desviación o exceso de poder, ni ha sido la conducta ministerial exenta de fin público, no razonable o desorbitada. En consecuencia, aún si existieren hipotéticamente perjuicios indemnizables, ellos no son perjuicios que sufra la recurrente injustamente por un acto de aquellos ministros, no dándose la condición establecida en el artículo 49 N° 2 explicitada en la forma ya expuesta en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenos: Constitución y Leyes Políticas, página 64.

"Por último, la requirente pretende en su escrito que ha existido responsabilidad civil cuasidelictual y realiza un razonamiento civilístico, basado en los artículos 2314 y siguientes del Código respectivo.

"Sin embargo, no aporta prueba alguna de la malicia o negligencia, esto es, de la culpa o dolo de los Ministros, sino que da por sentado que la mera dictación de un decreto de insistencia lo constituye, y que se habría faltado a la debida prudencia por "no esperar otros procedimientos" (que no especifica) y porque "avaloron e hicieron suyo un acto ilegal como lo fue el Decreto Supremo de remoción".

"Preciso es apuntar que estamos frente a una responsabilidad ministerial, esto es, la que deriva de actos ejecutados en calidad de tales Ministros, por ende debe primar un criterio de derecho público por sobre uno de derecho meramente privado o civil y que en el caso de tales actos es normal el llamado conflicto de deberes.

"En el caso estaríamos ante el deber de aplicar la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República frente al deber de respetar la autonomía de un grupo intermedio, asegurar la paz social y el normal funcionamiento de un establecimiento de Educación Superior.

"Conocemos que la doctrina ha señalado que "Parece indiscutible que el agente debe obedecer el deber más importante. De ello debe deducirse, en primer lugar, que no incurre en culpa al obedecer a ese deber; o, en otros términos, que la obediencia a ese deber legitima la violación del deber menor" (Savatier, Resp. 2a ed., t.I, N°s. 98 y 105 - Cas. Belga, sala II, 20 de septiembre de 1954 (fundamentos), Journal des Tribunaux, 1956, 55).

"Y como comentan Henri y León Mazeaud: "Así del conflicto de deberes pueden surgir dos situaciones jurídicas diferentes. Cuando uno de los deberes es claramente superior al otro, el agente debe decirse a su favor; en consecuencia, esa elección lo justifica ante el desconocimiento del deber menor, y la negativa de esa elección sería culposa. Por el contrario, cuando ambos deberes son de importancia comparable, parece que el juez no puede reprocharle al agente la elección que haya hecho; y que ésta, sea cual haya sido su decisión, no ha incurrido en culpa alguna" (Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1962, Vol. I, Tomo I, página 134).

"El mandato legal o incluso una simple autorización especial de la ley parecen constituir siempre un hecho justificativo para el agente. Hay que recordar,

sin embargo, que éste puede encontrarse frente a un conflicto de deberes y que podría existir culpa en detenerse ante una regla jurídica que sería, en este supuesto, secundaria, con desprecio de un interés mucho más importante" (página 145, ibidem).

Por ende, nos encontramos, en el caso, además y a mayor abundamiento, ante una causa eximente de responsabilidad, aún en la hipótesis que hubiere tal responsabilidad.

"POR TODO LO EXPUESTO, LOS ABAJO FIRMANTES, MINISTROS DE ESTADO:

"1° Atendido que no se han producido en el caso perjuicios indemnizables;

"2° Que, de haberse producido, ellos no han sido injustamente infringidos a la reclamante, pues hemos actuado conforme al derecho y a la equidad;

"3° Que, aún de probarse responsabilidad personal, ha mediado en el caso una clara causal eximente de responsabilidad;

"4° Que el derecho público abre a la reclamante una directa vía de acción para su eventual indemnización no ya por los Ministros, sino por la Administración del Estado;

"SOLICITAMOS QUE la Honorable Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esta Corporación INFORME y el Honorable Senado DECLARE QUE NO HA LUGAR A LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS que la Señora Martelli Ukrow ha decidido intentar contra los Ministros de Estado del Gobierno del Excmo. Señor Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar que subscriben.

"Enrique Krauss Rusque, Ministro del Interior; Ricardo Lagos Escobar, Ministro de Educación; Enrique Silva Cimma, Ministro de Relaciones Exteriores; Patricio Rojas Saavedra, Ministro de Defensa Nacional; Carlos Ominami Pascual, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción; Alejandro Foxley Rioseco, Ministro de Hacienda; Francisco Cumplido Cereceda, Ministro de Justicia; Carlos Hurtado Ruiz-Tagle, Ministro de Obras Públicas; Juan Figueroa Yávar, Ministro de Agricultura; Luis Alvarado Constela, Ministro de Bienes Nacionales; René Cortázar Sanz, Ministro del Trabajo y Previsión Social; Jorge Jiménez de la Jara, Ministro de Salud; Juan Hamilton Depassier, Ministro de Minería; Alberto Etchegaray Aubry, Ministro de la Vivienda y Urbanismo; Germán Correa Díaz, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones; Enrique Correa Ríos, Ministro Secretario General de Gobierno; Edgardo Boenninger Kausel, Ministro Secretario General de la Presidencia; Sergio Molina Silva, Ministro de Planificación y Cooperación".

El señor URENDA (Vicepresidente).- Conforme a lo resuelto unánimemente por los Comités en el sentido de autorizar a los señores Senadores para fundamentar su voto en la sesión ordinaria de hoy, ofrezco la palabra.

El señor PAPI.- Pido la palabra, señor Presidente.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra Su Señoría.

El señor PAPI.- Señor Presidente, más que una fundamentación de voto, quiero aprovechar la presencia del señor Ministro de Justicia para hacer algunos alcances y escuchar su ilustrada opinión.

Por de pronto, comienzo agradeciéndole y felicitándolo por la seriedad y claridad de su planteamiento, que obliga a meditar más detenidamente una decisión sobre el particular. No obstante, mantengo el criterio de que la interpretación del Senado respecto del sentido de la facultad específica de que se trata es la correcta. Creo que no nos corresponde entrar al fondo del asunto, sino determinar si los fundamentos expuestos son plausibles para autorizar a un particular que accione en contra de un Ministro de Estado.

Una de las cuestiones que aparecía aquí como plausible era la existencia de una controversia jurídica -no potencial, no supuesta, sino real- entre un organismo contralor del Estado y el Poder Ejecutivo.

Mi reflexión trasciende un poco este caso específico, porque me hace mucha fuerza lo expresado por el señor Ministro en cuanto a la naturaleza, a la generación de esta controversia. No cabe duda -como él lo señalaba- de que el decreto supremo de insistencia es absolutamente constitucional. Es una fórmula establecida por nuestra institucionalidad a fin de resolver justamente la situación que se produce cuando existe discrepancia, en la interpretación de una ley o de alguna facultad con relación a un acto del Gobierno, entre el organismo contralor y el Ejecutivo. En consecuencia, si no existiera este mecanismo, podría paralizarse la acción del Estado.

¿Cómo se resuelve esa dificultad? Si la interpretación que hace la Contraloría es contradictoria con la del Presidente de la República, nuestro ordenamiento jurídico hace primar la interpretación del Jefe del Estado. Y por esa vía soluciona el conflicto.

Pero esto, en mi opinión -y es el primer alcance que como consulta quiero hacer al señor Ministro-, no significa que la interpretación del Ejecutivo necesariamente sea la correcta. Es simplemente un mecanismo para solucionar la controversia.

En segundo término -y planteada así la cuestión, aunque no de manera forzosa en el caso especial que nos ocupa, por lo que señalé-, la existencia de esa controversia puede llevarlo a uno a concluir, razonablemente, que la persona afectada tendría un buen respaldo para decir: "Hay un organismo que sostiene que lo hecho en mi contra podría no estar bien". Esto, a mi juicio, debería inducirnos a autorizar que esa persona accione en los tribunales.

Ése es el punto. Reitero que no aludo al caso en debate, en el cual, como ha hecho presente el señor Ministro, juegan y aparecen otros elementos. Pero, en mi concepto, cuando se produce este tipo de controversia, hay motivo plausible para que un particular inicie una acción judicial.

Pienso que la facultad del Senado sobre la materia, si bien tiene que ser ejercida con prudencia, en el sentido de que no puede autorizarse a cualquiera para accionar ante los tribunales, tampoco puede ser un freno, especialmente en el mundo de hoy en que los particulares se encuentran tan impotentes frente a los Poderes del Estado -de cualquier Estado-, aun cuando el señor Ministro ha dejado meridianamente en claro que aquí la persona supuestamente afectada disponía de otros recursos y de otras posibilidades tal vez tanto o más razonables o indicadas.

Por lo tanto, señor Presidente, me gustaría que el señor Ministro -a quien reitero mi agradecimiento- pudiera ahondar algo más respecto de las dos situaciones que he mencionado.

He dicho.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el señor Ministro.

El señor CUMPLIDO (Ministro de Justicia).- Señor Presidente, el señor Senador estima que en este caso el acuerdo del Senado se refiere a una controversia entre el Jefe del Estado y el Contralor General de la República. Y la verdad es que -como el señor Senador muy bien lo ha dicho- ella está zanjada en la Constitución al establecer que debe prevalecer la interpretación del Primer Mandatario. Pero si al efectuar la interpretación el Presidente de la República y sus Ministros infringieren la Carta Fundamental o la ley, o cometieren un abuso o desviación de poder, corresponde a la Cámara de Diputados restablecer el orden jurídico.

Yo entendí -y así me pareció deducir de las palabras del Senador señor Fernández- que la controversia era entre un Ministro, o los Ministros, y el particular. Por eso señalé que siempre que un particular intenta una acción está planteando una controversia jurídica.

Considero que el acuerdo del Honorable Senado, en ese punto, no aclara la situación. Ésta se dilucida en el momento en que se exige que a lo menos exista plausibilidad. Si la controversia es entre el particular y los Ministros, ella siempre va a existir. Porque, por los términos en que se ha planteado, tendría que demostrarse que, de los antecedentes aportados, aparecen motivos plausibles para autorizar la acción judicial. En consecuencia, el Senado tendría que entrar a examinar esos antecedentes.

En mi opinión -y también en la del Gobierno-, cuando se presenta una controversia entre el Primer Mandatario y el Contralor General de la República, por estimar este último que existe infracción de ley, el ordenamiento constitucional chileno entrega la decisión al Presidente de la República. Pero cuando se trata de infracción de una norma constitucional,

la representación de la Contraloría impide el decreto supremo de insistencia y el Jefe del Estado debe recurrir al Tribunal Constitucional.

Pero, repito, en el caso actual no se ha producido infracción de ley; simplemente, la Contraloría y el Presidente de la República tienen diferente criterio respecto a la forma de resolver un vacío legal.

He dicho.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra la Honorable señora Feliú.

La señora FELIÚ.- Señor Presidente, Honorable Senado, estimo indispensable formular algunas apreciaciones acerca de esta materia, no obstante haberse aportado ya argumentos muy valiosos en este debate.

A mi juicio, en casos como el de la señora Mariana Martelli, el Senado cumple una función jurisdiccional, pero limitada a un examen de admisibilidad de la acción de quien intente demandar civilmente a uno o más Ministros de Estado. Es un examen muy especial y muy restringido.

En general, señor Presidente, el ejercicio de la acción civil no tiene cortapisas. Todo aquel que se sienta afectado en su derecho puede recurrir a la jurisdicción (tribunales de justicia) para requerir que ésta se ponga en movimiento, dando origen a un juicio civil, al cual es atraído el demandado y obligado a comparecer so pena de perder medios de defensa.

Excepcionalmente, la acción civil necesita, para su ejercicio, una condición que es indispensable o inexcusable, sin la cual no puede ejercitarse y ni siquiera ser admitida a tramitación por el tribunal que debe resolver en definitiva sobre las pretensiones del actor.

Las condiciones que deben cumplirse para poder intentar la acción, en Derecho Procesal, se llaman "condiciones de procedibilidad". Sin ellas, no se puede proceder.

En general, la condición de procedibilidad consiste en una declaración de admisibilidad o en una actuación que efectúa un órgano o tribunal distinto del que en definitiva resolverá sobre el fondo o mérito de la acción. Algunas veces es el mismo tribunal (Por ejemplo, en materia penal, los desafueros de Diputados y Senadores y de intendentes y gobernadores; sentencias del Tribunal aduanero para perseguir delitos de fraude y contrabando, etcétera. En materia civil, notificación de los títulos ejecutivos a los herederos del deudor, la constitución del arbitraje en los juicios de cuentas, etcétera).

En el caso que nos ocupa, la ley no puede negar la acción civil de indemnización al ciudadano que estime que los actos de uno o más Ministros de Estado le han causado perjuicios injustos. Pero tampoco podía dejarlos expuestos, indiscriminadamente, a la mera voluntad de los ciudadanos, que, tal vez en forma temeraria o de mala fe, pudieran demandarlos con el solo objeto de molestarlos o de crearles problemas que pueden originarse en los

procesos, tales como medidas precautorias, constitución de pruebas para otros fines, etcétera.

Por ello, la Constitución Política encomendó al Senado dispensar una condición de procedibilidad para el ejercicio de las acciones civiles que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, "decidiendo si ha o no lugar la admisión" de tales acciones.

Éste es un pronunciamiento jurisdiccional, porque de él depende la iniciación del juicio; incluso, se puede ir más lejos, porque de él depende la existencia misma del derecho a la indemnización, ya que si ese pronunciamiento es negativo, jamás tribunal alguno podría declarar ese derecho.

Pero esa decisión, siendo muy importante, no alcanza más allá de un examen de admisibilidad fundado en la verosimilitud o seriedad de la pretensión, porque el juicio mismo sobre el derecho -acerca de "las acciones judiciales", como dice la Constitución- corresponde a los tribunales de justicia.

No podría el Senado, sin el debido proceso, estar pronunciándose sobre el fondo del derecho invocado por el ciudadano o sobre la efectiva responsabilidad civil del Ministro. Estaría usurpando funciones judiciales que la Constitución no le ha encomendado.

En suma, se trata de un examen de admisibilidad limitado a circunstancias de probabilidad y verosimilitud de la pretensión; en una palabra, de la seriedad de la misma.

De esta manera, los tribunales de justicia están en absoluta libertad para decidir sobre el fondo de la acción, según lo alegado y probado por las partes en el correspondiente juicio.

Del mismo modo, la decisión del Senado sobre admisibilidad sólo produce cosa juzgada sobre lo decidido, esto es, que ha o no lugar a que el juez ordinario reciba y dé curso a la acción o demanda civil del ciudadano que afirma haber sufrido un perjuicio injusto.

Señor Presidente, hechas estas aclaraciones previas, debo hacer presente al Senado que, al efectuar el examen de "seriedad" de la pretensión, y atendida mi especialización en el tema, no he podido dejar de analizar las razones que sirven de base al decreto que fue objetado por la Contraloría General e insistido posteriormente. El estudio de estos antecedentes me lleva a la conclusión de que fueron legítimos los fundamentos del decreto de insistencia. Por ello, la firma de los señores Ministros, en este preciso decreto de insistencia, no autoriza para dar lugar a la admisión de acciones judiciales en su contra.

Por eso, señor Presidente, al votar en conciencia sobre esta materia, rechazaré la solicitud presentada.

He dicho.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Diez.

El señor DIEZ.- Señor Presidente, las consideraciones que el Senado ha oído en el análisis de la admisibilidad de la acción judicial, me evitan formular muchos comentarios. Sin embargo, quiero entrar a precisar algunos puntos para mayor claridad de la opinión pública que le interesa este debate.

Primero, el pronunciamiento de la Comisión de Constitución dice relación exclusivamente con la admisibilidad y no con el fondo del asunto. No tenemos competencia para actuar como jueces; no lo somos, ni podemos seguir las normas del debido proceso, a que obliga la Constitución, para juzgar a nadie. Lo que debemos examinar es si, con nuestra declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad, posibilitamos o impedimos que un particular reclame ante la Administración de Justicia de un acto del Poder Ejecutivo. Ésa es toda nuestra competencia; no va más allá de ello.

Frente a esto, los profesores de Derecho Constitucional enseñamos desde hace mucho tiempo que lo primero que debe dilucidarse es si existe responsabilidad personal del Ministro; es decir, si se trata de acto personal. Y, evidentemente, la suscripción de un decreto es un acto personal suyo.

Segundo, debemos verificar si tal acto personal puede eventualmente haber causado perjuicios a una persona determinada. Esto es, tenemos que establecer un vínculo razonable de interés jurídico entre la persona que quiere entablar la acción y el decreto. No puede iniciársela en defensa de principios o de posiciones jurídicas o políticas. Como digo, tiene que haber un vínculo directo entre la persona que pretende incoar la acción y el decreto. En este caso, es un decreto de destitución de un funcionario en un cargo; el vínculo está absolutamente probado. Es un acto personal de los Ministros que afecta a una persona determinada que intenta iniciar la acción contra ellos.

Y hay un tercer elemento de juicio, de especial relevancia. Estamos en presencia de un decreto de insistencia. Es cierto que tal decreto es la forma de resolver una controversia, acerca de la interpretación o del alcance de una ley, entre el Primer Mandatario y el Contralor General de la República. Es cierto. Pero no lo es menos que el de insistencia no es un decreto ordinario en que hayan coincidido en la apreciación de la ley el organismo encargado de aplicarla, que es el Jefe del Estado, y el organismo constitucional con facultad para controlar la legalidad de los actos de la Administración, que es el Contralor. El decreto de insistencia es una forma de solucionar la controversia; pero es distinto de un simple decreto. Por eso, la Constitución exige la firma de todos los Ministros en el decreto de insistencia, lo que no ocurre en uno común.

Y el decreto de insistencia nos da cuenta de que hay una controversia entre el Ejecutivo y el Contralor acerca de la interpretación de la ley. Es decir, está en duda la legalidad del decreto primitivo. Se mandan los oficios a la Cámara

de Diputados, con el decreto, para que determine si hace uso de la facultad de acusar constitucionalmente. Pero puede ocurrir que el decreto sea ilegal y que la Cámara de Diputados, por razones políticas o jurídicas, decida no ejercer su facultad constitucional de acusar. Se trata, como se ve, de una facultad que depende del criterio de la mayoría de los Diputados. Pero el hecho de que no acusen, o que el Gobierno tenga una mayoría política que impida que lo hagan, no ha resuelto la controversia jurídica acerca de si la materia se ajusta a la ley. Prima el criterio del Presidente de la República; pero nadie se ha pronunciado sobre esta diversidad de materias.

Cuando esto no afecta a las personas, ¿qué sucede con el régimen jurídico? Se aplica la voluntad del Presidente de la República, porque no hay nadie que se sienta perjudicado con esta decisión, y los Parlamentarios no han ejercitado la facultad de iniciar el juicio político contra los Ministros. Pero cuando hay una persona que tiene un vínculo directo con un decreto, que cree que la perjudica y es un decreto de insistencia, no puede el Congreso negar la posibilidad de que los tribunales de justicia determinen si este perjuicio existe o si es injusto.

Habiendo controversia entre el Contralor y el Presidente, no cabe sino permitir que el particular haga valer sus derechos ante los tribunales de justicia. En este caso, tratándose de un acto personal de los Ministros, que afecta a una persona que perdió su trabajo por este decreto, que el Contralor estimó ilegal -de manera que era también ilegal la pérdida de trabajo de esa persona-, yo no pude negarme a declarar admisible esta acción judicial. Lo demás, en mi opinión, sería grave: significaría dejar a la persona en un estado de indefensión.

Hay otros recursos que la solicitante puede seguir. Sí, pero yo no tengo derecho a privarla de uno, cuya elección corresponde a ella y a su asesoría jurídica.

A mi modo de ver, hay que dar lugar a la admisibilidad de la acción que se pretende iniciar, sin que ello implique pronunciarnos sobre el fondo, porque conocemos los elementos razonables que permiten determinar, con claridad, que no existe intención de perturbar a los Ministros en el ejercicio de sus funciones, razón que todos los constitucionalistas estiman como fundamento de la inadmisibilidad. Aquí se ve con claridad que no hay intención de molestar el ejercicio tranquilo de una función pública tan importante como la de Ministro de Estado. Por el contrario, existen antecedentes -reforzados por el rechazo del decreto por parte del Contralor General de la República- que nos inclinan a declarar admisible la acción judicial.

He dicho.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Thayer.

El señor THAYER.- Señor Presidente, estamos frente a un asunto de la máxima trascendencia, a mi entender, desde dos puntos de vista.

Primero, estamos definiendo los efectos de una figura jurídica excepcional expresamente contemplada en nuestro sistema constitucional, cual es el decreto de insistencia.

En segundo lugar, estamos ejerciendo una función o responsabilidad del Senado de la República, que es de aquellas que caracterizan o definen la peculiaridad de nuestro rol constitucional.

Insistiré muy brevemente en el primer punto, porque es una de las cosas que debemos innovar en la imagen pública y en la tradición de nuestro país.

Desde 1925, al ser derogadas las leyes periódicas, el Senado dejó de tener funciones políticas y fiscalizadoras; asumió las de tipo consultivo, permisivo y jurisdiccionales que correspondían al disuelto Consejo de Estado, y conservó otra, no bien estrictamente ejercida, de operar, dentro del proceso legislativo, como un alto cuerpo regulador de las pugnas políticas y de velar, en el ejercicio de sus atribuciones -que fue particularmente cuidadoso-, por el cumplimiento de las responsabilidades propias de cada institución.

En este caso concreto, al Senado corresponde una función que fue definida en sesión anterior, cuando se examinaron las facultades que debía ejercer en virtud de lo dispuesto en el artículo 49, número 2) de la Carta Fundamental.

La Comisión de Constitución, por cuatro votos contra uno, aprobó una opción que fue debatida y definida en la Sala. Por consiguiente, estamos procediendo según esa opción, pero en ella nos crea dificultad el hecho de que, en este caso concreto, la norma genérica del artículo 49, número 2) -relativa al derecho de un particular a reclamar por actos que pudieron significarle un perjuicio injusto derivado del desempeño de la función ministerial-, tiene que ver con la delicada responsabilidad que asumen el Poder Ejecutivo y los Ministros de Estado cuando firman un decreto de insistencia.

Al suscribir un decreto de insistencia -que en mi larga vida me correspondió hacer tres o cuatro veces; y actué con harta preocupación porque es un momento delicado en el ejercicio de las responsabilidades de Ministro, una de las cuales se deriva como ha quedado muy claro en el planteamiento del señor Ministro de Justicia, de la discrepancia de pareceres entre el Presidente de la República y el Contralor en cuanto al cumplimiento adecuado de la ley- el Primer Mandatario y su Ministerio asumen, como dije, la responsabilidad de llevar adelante su decisión. Pero cuando esta determinación -como expresó muy claramente el Honorable señor Diez-afecta a un particular, el Senado de la República, en uso de la interpretación que para nosotros, según ya se acordó, tendría el número 2) del artículo 49, no puede dejar de reconocer el derecho de ese particular de pedir a los

tribunales de justicia que definan si acaso la controversia le ha causado un perjuicio, y si éste realmente resulta justo o injusto.

Así como no podemos inculpar, tampoco nos es posible absolver. Debemos definir si hay fundamento plausible para reclamar en el caso de un decreto de insistencia. Y la jurisprudencia que estamos dictando aquí -asumo, a su vez, la responsabilidad correspondiente- es ésta, y muy simple: frente a un decreto de insistencia que afecta concretamente a un particular, quien se considera perjudicado por dicho decreto, el Senado de la República accede o niega a ese particular el derecho a acudir a los tribunales.

A mi entender, esta Corporación, en virtud de la jurisprudencia ya dictada al respecto, no puede negarle tal derecho. Sin que esto signifique -y ésta es la dificultad política que podría haber sucedido de acuerdo con anteriores tradiciones del Congreso Nacional- alguna implicancia de responsabilidad política para el Ministerio que ha adoptado esta decisión. Y, al margen de mi responsabilidad como Senador y del voto que emitiré probablemente el próximo martes, puedo decir que, si me correspondiera decidir como juez acerca de la responsabilidad del Ministerio o de los Ministros, yo dictaría sentencia absolutoria. Pero carezco de esa facultad. En cambio, tengo la responsabilidad de establecer el principio de si, frente a un particular que desea reclamar por estimar que ha sido afectado por un decreto, de insistencia, yo le niego o le otorgo el derecho a hacerlo. Mi convicción es que hay que darlo.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Gazmuri.

El señor GAZMURI.- Señor Presidente, no cabe duda de que, como se ha dicho varias veces acá, estamos ante una materia compleja. He seguido con mucha atención el debate, principalmente las intervenciones de los Honorables señores Fernández y Pacheco y la del señor Ministro de Justicia.

Hubo ya una discusión cuando se trató de interpretar el sentido del número 2) del artículo 49, oportunidad en la cual estuve de acuerdo con el criterio de la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, entendiendo fundamentalmente que, desde el punto de vista del texto constitucional, sin duda existe una diferencia entre las atribuciones que entregan al Senado los números 1) y 3) y las consignadas en el número 2), como lo señaló el Honorable señor Fernández, pues en un caso actúa como tribunal, y en el otro le da esta extraña o particular jurisdicción a la que se refirió la Honorable señora Feliú.

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de abordar el caso específico que nos preocupa -al parecer es la primera vez que entraríamos a aplicar nuestra propia interpretación del texto constitucional-, quiero decir que nos enfrentamos -yo por lo menos- a problemas no menores, desde el punto de vista de establecer determinados criterios para fundamentar lo que finalmente debe terminar constituyendo una opinión manifestada en un voto.

Por una parte, se sostiene que no somos tribunal y que, por ello, no podemos entrar en el fondo de la cuestión, lo que se ajusta a la interpretación que la mayoría del Senado ha dado al texto constitucional. El Honorable señor Fernández estima que debemos formular una apreciación genérica, basada en la prudencia, sobre cuestiones de controversia jurídica. Esta constituye ya una primera dificultad: ¿cómo dar apreciaciones genéricas acerca de materias que normalmente son bastante precisas y específicas?

Se afirma que este debate no tiene contenido político; pero ocurre que estamos resolviendo sobre un requerimiento de un particular respecto del Gabinete en su conjunto; vale decir, no nos estamos refiriendo a una situación que afecte a dos personas naturales, donde es evidente que las acciones de los Ministros de Estado -sobre todo si vulneran la Constitución o las leyes o si presumimos que plausiblemente las han violado- tienen sin duda un contenido estrictamente político. Coincido con el señor Ministro en el sentido de que se trata de emitir un juicio que conlleva una naturaleza jurídico-política, porque nos estamos refiriendo precisamente a demandas de ciudadanos contra autoridades del Estado.

Ello me lleva a formular una primera reflexión, porque no podemos cambiar el texto de la Carta Fundamental a propósito de esta discusión ni yo sería partidario de revisar la interpretación que de él hemos hecho, y cuyo sentido comparto. Pero sólo quiero manifestar que, a mi juicio -como producto de esta primera experiencia-, en tal aspecto, sería recomendable revisar el texto de la Constitución, porque se nos está entregando una atribución cuya utilidad no alcanzo a advertir. Si se trata de proteger los derechos de las personas, me parece que hay otros mecanismos que pueden hacerlo, incluso respecto de actos inconstitucionales o arbitrarios de funcionarios del Estado. Si se trata únicamente de dar una suerte de pase procesal en lo atinente a cuestiones donde haya controversia jurídica, no veo razón alguna para que rechacemos algún requerimiento, porque controversia jurídica siempre puede haber, o se puede construir. No soy un profesional del foro, pero creo que los Honorables colegas que sí lo son tienen larga experiencia en cuanto a que es posible construir ese tipo de controversias, racionalmente fundadas, si se dispone de un mínimo conocimiento de las leyes y cierta destreza en el manejo de estas cuestiones.

Por lo tanto -reitero que es mi primera reflexión-, creo que el texto constitucional y no nuestra interpretación, nos entrega una facultad que no alcanzo a discernir para qué propósitos fundados sirve. Y, en tal sentido, propongo promover, en su oportunidad, una discusión sobre el fondo de la cuestión. Y ésta no es la interpretación del número 2) del artículo 49, sino, a mi juicio, el artículo 49 en sí mismo.

En cualquier caso, según la actual Constitución, el acuerdo que hemos adoptado y el requerimiento de la señora Martelli, deberemos votar en la sesión del próximo martes.

Después de escuchar aquí las distintas exposiciones y los antecedentes dados, quiero decir que, recurriendo a la prudencia -virtud que nos ha recomendado el Honorable señor Fernández-, para resolver esta delicada cuestión, voy a rechazar el requerimiento de la señora Martelli.

En primer lugar, por estimar que hay sobradas razones de orden jurídico que podrían avalar la tesis de que la controversia jurídica fue resuelta por la vía del decreto de insistencia, como lo demostraron la Honorable señora Feliú y el señor Ministro en sus argumentaciones. En segundo término -recojo aquí un argumento del señor Ministro-, porque en el fondo de la controversia, no yendo a los aspectos jurídicos del problema -los que, a mi juicio, también tienen importancia-, hay aquí un asunto referente a bienes jurídicos sociales fundamentales como la autonomía de las organizaciones intermedias, el respeto que algunas de ellas muy importantes, como las universidades, se deben a sí mismas y el cumplimiento no sólo de su normativa, sino de su espíritu. Estamos frente a una cuestión cuyo contenido esencial tiene que ver con una institución tan importante en la sociedad como la universidad. Y aquí la requirente, de una u otra manera, reclama derechos por sobre los de la comunidad universitaria a la que servía y por encima de la normativa que rige nuestros planteles superiores. Y esto, para mí, representa un argumento muy de fondo con relación al punto en análisis.

Por último -éste es otro argumento que la prudencia me recomienda para votar negativamente-, estaría dispuesto a pronunciarme en forma favorable si se tratara, como aquí se ha afirmado, de defender a las personas contra eventuales atropellos del Estado. Si no existiese otro camino mediante el cual un ciudadano pudiera defender derechos que estima legítimos -aunque sea de manera equivocada-, y que son avasallados por la autoridad, por considerar que la libertad personal es un asunto esencial desde el punto de vista ético y doctrinario, yo votaría en contra. Pero aquí se ha señalado que existen otros instrumentos. Se ha recurrido en dos oportunidades a las Cortes de Apelaciones, y no se ha acogido el recurso de protección. Además, como expresó el señor Ministro, queda la demanda contra el Estado en su conjunto y no contra los Ministros, individual y colectivamente considerados.

Por lo tanto, estimo que este requerimiento tiene objetivamente un contenido político. Si no fuera así, y realmente estuviera en discusión la defensa de los intereses legítimos de un ciudadano pretendidamente conculcados por el Estado y no hubiera otro camino, habría sido indispensable recurrir a este mecanismo. Pero, al haber optado por una de las tres posibilidades propuestas, si hay sentencia judicial en una y no se ha recurrido a la tercera, al no demandar al Estado -camino que la señora Martelli tiene abierto-, no veo cómo el requerimiento al Senado no pudiera calificarse objetivamente como un acto donde hay connotaciones políticas, cuestión bastante evidente, además, para el sentido común, tanto para quienes integran el Congreso Nacional como para la comunidad nacional.

Por tales razones, señor Presidente, fundamento mi voto negativo del próximo martes.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Debo hacer presente a los señores Senadores que se ha agotado el tiempo.

Por lo tanto, solicito el acuerdo de la Sala para prorrogarlo y permitir así que Sus Señorías funden su voto. Según el acuerdo de los Comités, se disponía de cinco minutos para hacerlo, pero como en general hubo algunos excesos, se procederá a prorrogar la hora, con la sugerencia de atenerse al tiempo establecido.

Si les parece, se prorrogaría la hora hasta el término de la votación.

Acordado.

Tiene la palabra la Honorable señora Soto.

La señora SOTO.- Señor Presidente, como muy bien se ha dicho aquí, el Presidente de la República y los señores Ministros recurrieron al artículo 88 de la Constitución para zanjar, mediante un decreto de insistencia, el problema surgido con la Contraloría General de la República.

En esta oportunidad, se trata de dilucidar si un particular, como la señora Martelli, como consecuencia de esa circunstancia, ha sufrido injustamente perjuicios que le permitan utilizar el mecanismo de excepción establecido en el número 2) del artículo 49 de la Carta Fundamental.

Es evidente, según el señor Senador que me precedió en el uso de la palabra, que la señora Martelli optó por una vía política para interponer su acción en contra de dieciocho Ministros de Estado. Ella tiene la posibilidad cierta de obtener en su demanda o de ser condenada en costas, por carecer de motivos plausibles para ella. También pudo haber recurrido de protección, lo que, como ya se dijo acá, es una cuestión que la Corte de Apelaciones de Valparaíso ya declaró inadmisibile.

Entonces, lo único que cabe al Senado es saber si realmente existieron perjuicios injustos en una materia excepcional, porque el artículo pertinente debe ser aplicado en forma restrictiva.

Como ha expresado muy bien la Honorable señora Feliú, el decreto de insistencia de los señores Ministros se debió a las irregularidades presentadas en el nombramiento de la señora Martelli. Hubo ilegalidades tanto en la forma como en el fondo, las que incluso se pretendió subsanar con el nombramiento por parte de la Junta Directiva. Ésta, como posteriormente se pudo saber, estaba formada por miembros renunciados y, por lo tanto, el acto carecía de toda validez.

Pero, como también lo ha señalado muy bien el señor Ministro, tanto el Primer Mandatario como sus Secretarios de Estado tienen como misión administrar y gobernar. Y, en el caso particular de la Universidad de Playa Ancha, era

un hecho notorio que la designación ilegal e irregular de la señora Martelli estaba atentando en contra de la autonomía universitaria.

La señora Martelli no era querida. Se produjo un conflicto muy serio y grave, planteado primero por los estudiantes, quienes consideraban que, por sus ideas, eran perseguidos por la rectora, y posteriormente, por un grupo de académicos.

En esa época, como recordarán los señores Senadores, la situación era muy conflictiva en la ciudad de Valparaíso y lamentablemente amenazaba con extenderse a todo el territorio nacional. Por lo tanto, a los señores Ministros no les quedaba como alternativa político-jurídica, sino zanjar esa cuestión irregular, respetando por un lado la autonomía de la universidad, y, por el otro, la constitucionalidad.

Nosotros estimamos que, dado el irregular nombramiento de la señora Martelli -lo que provocó conflictos muy propios de la universidad y muy serios- ella no tenía la calidad legal de rectora. Por lo tanto, carecía del derecho a percibir sueldos y remuneraciones como tal. En consecuencia, no ha sufrido ningún perjuicio.

Ésa es la razón por la cual, de conformidad a lo ya expuesto, creo que no puede ser admisible su pretensión.

El señor JARPA.- Pido la palabra, señor Presidente.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra Su Señoría.

El señor JARPA.- Señor Presidente, he estado examinando los antecedentes que dieron origen al acuerdo del Consejo Académico, el que, con fecha 4 de julio de 1990, aceptó las renunciaciones de tres miembros de la Junta Directiva designados por aquel organismo. Lo anterior hizo bajar a siete el número de miembros, de los cuales cinco pidieron que la señora Martelli dejara de ser rectora de la universidad.

Pero, ¿qué ocurrió? ¿Dónde se produjo el problema que constató la Contraloría? El acuerdo correspondiente del Consejo Académico dice que la Rectoría "deberá dictar los decretos respectivos que ordenan su tramitación legal que culmina con la notificación a los interesados por parte del señor Secretario General". Cuando la Junta ese mismo día, en conocimiento de las dimisiones, tomó el acuerdo de solicitar la renuncia de la rectora, no se había cumplido con la notificación que debía efectuar ella misma.

Entonces, aquí se ha producido algo que, aunque no tiene una índole constitucional o legal extraordinariamente difícil y complicada que haga necesario que el Senado, los Ministros y las Comisiones le destinen un tiempo extraordinariamente importante y extenso, implica sencillamente una cuestión de procedimiento -yo diría, tal vez casi de un mal entendido- zanjada por el Gobierno mediante un decreto de insistencia.

Por lo tanto, me parece que, si el acuerdo de la Junta Directiva se hubiere tomado uno o dos días después -porque no quiero pensar que la señora rectora demoró la notificación de las renunciaciones-, no habría habido objeción de la Contraloría, porque esas renunciaciones habrían cumplido su trámite y no tendríamos ninguno de estos problemas, los cuales son muy interesantes y van a servir naturalmente como antecedentes para lo futuro. Pero, en este caso, viendo, escuchando y analizando todos los antecedentes, y ante el hecho de que indudablemente la señora rectora fue objeto de una medida semejante algunas horas o días después, no creo que nos encontremos ante una situación tan grave como la que se ha querido plantear.

Por lo tanto, señor Presidente, y en consideración a las argumentaciones dadas aquí por la distinguida Senadora Feliú, votaré en contra.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Hormazábal.

El señor HORMAZÁBAL.- Señor Presidente, estimo que el debate resulta útil para entender las características propias de la función que desempeñamos.

Se nos dice que nuestras decisiones no deben ser políticas. Y en verdad -creo- eso es una contradicción con elementos objetivos.

Estamos actuando dentro del marco de la Constitución Política de la República en una materia que dice relación a lo que en las universidades se define por excelencia como el Derecho Político, el Derecho Constitucional.

El Diccionario de la Real Academia Española -donde se halla el conocimiento genérico de las palabras-, en una de las acepciones del término "política", dice que ella es "la actividad del ciudadano cuando interviene en los asuntos públicos con su opinión, con su voto o de cualquier otro modo.". Y precisamente cito lo anterior, porque el señor Ministro en su intervención -extraordinariamente clara- ha recordado que nos encontramos en una esfera de resoluciones político-jurídicas y que, por lo tanto, los meros alegatos de índole legal -de suyo importantes y relevantes para el caso que se examina- deben ser apreciados desde esta otra dimensión: la percepción general que se tiene del ordenamiento jurídico y de las normas del Derecho Político en su conjunto.

Y, entonces, iluminados por este concepto, tenemos que examinar -por ejemplo, sin entrar al fondo de nuestra discusión anterior- cuál es el ámbito del artículo 49, N° 2). En primer lugar, debemos señalar un argumento de texto. Cuando el sentido de la ley es claro, no se podrá desatender su tenor a pretexto de consultar su espíritu. El tenor de la norma en discusión -el artículo 49, N° 2)- dice: "decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente". El tenor literal de la norma constitucional es que los perjuicios objetivos por sí solos no bastan; tienen que ser perjuicios injustos. Y esto ha sido reconocido así

incluso por el señor Senador que ha defendido la admisibilidad de la solicitud. "Dichos perjuicios" -ha sostenido él en su alegato- "deben ser injustos".

El señor Senador se refirió a cuatro criterios. Si la presentación reúne o no reúne los requisitos constitucionales, contestó que sí. Si está enmarcada dentro del criterio que el Senado aprobó en su oportunidad, su respuesta también fue afirmativa. Se preguntó si existen o no existen los perjuicios injustos, y concluyó que ellos aparecen. En cuanto a la existencia del motivo plausible, en opinión de Su Señoría, lo hay.

Entonces, la discusión para nosotros no sólo radica en la existencia de los perjuicios objetivamente establecidos, sino en si ellos merecen o no merecen el calificativo de "injustos". Y aquí, como ocurre en toda interpretación y ejercicio intelectual, las fronteras que se pretenden establecer son mucho más transparentes que las fronteras geográficas. Y, entonces, la actitud intelectual que hemos tenido para juzgar esta materia, sin entrar al fondo - eso le compete al tribunal, pues nosotros debemos culminar un examen de los elementos de preadmisibilidad de la presentación- nos lleva, de una u otra manera, de acuerdo con el tenor literal del artículo 49, a examinar la justicia o injusticia de los perjuicios derivados. Y el propio Diccionario viene de nuevo en auxilio de quienes podemos carecer de la terminología apropiada para la definición exacta. Y dice que injustamente es "con injusticia; sin razón"; que injusticia es la "acción contraria a la justicia. Falta de justicia". Y define la justicia, en el numeral seis de las variadas acepciones que allí se dan, como "lo que debe hacerse según derecho o razón". ¡Lo que debe hacerse según derecho o razón!

Y aquí no ha sido controvertida la singular circunstancia de que la acción del Gobierno al dictar el decreto de insistencia se haya expresado absolutamente dentro del marco constitucional y legal. Porque, a despecho de las interpretaciones doctrinales que aquí existen y que en numerosas partes se desconocen, un destacado profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile don Eduardo Soto Kloss, ha planteado opiniones muy críticas sobre la existencia del decreto de insistencia. El hecho es que el constituyente estableció que el decreto de insistencia es plenamente legal.

Por lo tanto, el uso que se hizo de ese mecanismo por parte del Gobierno no adolece del elemento de injusticia, porque la justicia -que es lo que debe hacerse según Derecho- fue aplicada en la especie con la actitud recta del Gobierno y de los Ministros, quienes actuaron dentro del marco legal y constitucional en pleno ejercicio de las atribuciones que en dichas normas se establecen. Por lo tanto, el ámbito de los perjuicios que sean injustos no se da cuando, entendemos que se actuó conforme a Derecho.

Tan cierta es esta aseveración que otros órganos competentes tanto en lo constitucional como en lo legal para conocer de la materia, no actuaron; o los que lo hicieron dieron una opinión distinta. Es potestad de la Contraloría -y ésta es una atribución que debe haber cumplido- enviar los antecedentes del decreto de insistencia en su oportunidad a la Cámara de Diputados.

No se hizo uso del derecho existente para acusar constitucionalmente a los Ministros de Estado que hubiesen cometido un acto de esta naturaleza. Es cierto. El hecho de que con el criterio de la Cámara lo hayan estimado no oportuno, no justificado, no ajustado a Derecho es un problema de interpretación. El no recurrir a esta facultad no nos obliga a nosotros como Senado a no usar nuestro criterio. Y nuestro criterio debe fundarse en la apreciación del contenido de esta norma, en los efectos político-jurídicos que ella genera.

Ocurre que otro Poder del Estado -los tribunales de justicia- dio su opinión respecto de sendos recursos de protección presentados por la persona afectada, los que fueron rechazados por la instancia judicial correspondiente, opinión ratificada por la Corte Suprema en las oportunidades en que fue requerida.

En consecuencia, si sólo se trata de dar un breve vistazo a los elementos de preadmisibilidad, tendríamos que considerar como hechos públicos y notorios, que no necesitan prueba, primero, que no ha sido controvertido que la señora Rectora, en oportunidad, no dio cumplimiento a los requisitos que la propia Contraloría establece para que su nombramiento se hubiese cursado: no se procedió a la toma de razón correspondiente, según consta en documentos públicos presentados a la Comisión. Segundo, que la persona recurrió, en uso de sus derechos, a los tribunales de justicia, los cuales consideraron no pertinente acoger su presentación. Tercero, que se hizo uso del mecanismo constitucional de informar a la Cámara de Diputados, la que, en virtud de sus facultades, no estimó adecuado -hasta ahora, por lo menos- acusar constitucionalmente a los Ministros. Un cuarto elemento no controvertido es que se actuó, y que el decreto de insistencia es legal y constitucional.

Por todo ello, sin entrar a los aspectos de detalle, queda en evidencia que, al tenor del artículo 49, N° 2), la actuación del Gobierno se ajustó a Derecho. Los eventuales perjuicios causados a la señora solicitante no son perjuicios injustos, de acuerdo con las definiciones a que me referí anteriormente.

Nos queda sólo el problema de otros efectos políticos. Y me parece preocupante lo señalado en el informe en cuanto a lo afirmado por uno de los Senadores al fundamentar su voto favorable: "señaló, además, que, a su juicio, siempre que un particular solicite que se declare la admisión de una acción judicial en contra de un Ministro de Estado fundado en la dictación de un decreto de insistencia, debe entenderse que hay motivo plausible, pues le parece indudable que existen fundamentos razonables de controversia jurídica acerca de la eventualidad de que se pudieren haber ocasionado perjuicios...".

Por eso, considero que aquí hay una interpretación política seria y grave, que pone en entredicho los objetivos fundamentales establecidos en la Constitución para precaver eventuales abusos en que puedan incurrir los particulares, en algunas oportunidades, en el justo ejercicio de sus derechos,

y en otras, con motivaciones políticas. Aquí se está produciendo una perturbación, lo que mañana también podría ocurrir, con otro Gobierno, por lo cual formulo un llamado a mis Honorables colegas a pensar en interpretaciones jurídicas que tengan vigencia más allá de la transitoriedad de una Administración.

Por lo tanto, dados los efectos políticos que una medida de esta naturaleza puede generar, y el hecho de que esta Corporación debe actuar de acuerdo con los principios jurídico-políticos que reglan el ordenamiento constitucional, nos corresponde declarar inadmisibile esta petición, y que ello no deja en la indefensión a la actora, de acuerdo con el criterio del Senado, porque ella ha tenido derecho a defensa en forma adecuada y ha recurrido a los organismos pertinentes.

Por eso, considero que no corresponde aceptar esta solicitud.

El señor URENDA (Vicepresidente).- Por no haber otros señores Senadores inscritos para fundar el voto; por estar agotado el tiempo asignado a esta reunión, y por no haber otros asuntos que tratar, se levanta la sesión.

-Se levantó a las 13:53.

Manuel Ocaña Vergara,

Jefe de la Redacción.