

REPÚBLICA DE CHILE
DIARIO DE SESIONES DEL SENADO
PUBLICACIÓN OFICIAL
LEGISLATURA 330^a, EXTRAORDINARIA
Sesión 14^a, en miércoles 9 de noviembre de 1994
Ordinaria
(De 16 a 20:56)

PRESIDENCIA DE LOS SEÑORES GABRIEL VALDÉS, PRESIDENTE,
Y RICARDO NÚÑEZ, VICEPRESIDENTE
SECRETARIO, EL TITULAR, EL SEÑOR
RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERÍA

VERSIÓN TAQUIGRÁFICA

I. ASISTENCIA

Asistieron los señores:

- Bitar Chacra, Sergio
- Calderón Aránguiz, Rolando
- Cantuarias Larrondo, Eugenio
- Cooper Valencia, Alberto
- Díaz Sánchez, Nicolás
- Díez Urzúa, Sergio
- Errázuriz Talavera, Francisco Javier
- Feliú Segovia, Olga
- Fernández Fernández, Sergio
- Frei Bolívar, Arturo
- Frei Ruiz-Tagle, Carmen
- Gazmuri Mujica, Jaime
- Hamilton Depassier, Juan
- Horvath Kiss, Antonio
- Huerta Celis, Vicente Enrique
- Larraín Fernández, Hernán
- Larre Asenjo, Enrique
- Letelier Bobadilla, Carlos
- Martin Díaz, Ricardo
- Malta Aragay, Manuel Antonio
- Mc-Intyre Mendoza, Ronald
- Muñoz Barra, Roberto
- Núñez Muñoz, Ricardo
- Ominami Pascual, Carlos
- Otero Lathrop, Miguel
- Páez Verdugo, Sergio
- Pérez Walker, Ignacio

- Piñera Echenique, Sebastián
- Prat Alemparte, Francisco
- Ríos Santander, Mario
- Romero Pizarro, Sergio
- Ruiz De Giorgio, José
- Ruiz-Esquide, Jara, Mariano
- Siebert Held, Bruno
- Sinclair Oyaneder, Santiago
- Sule Candía, Anselmo
- Thayer Arteaga, William
- Urenda Zegers, Beltrán
- Valdés Subercaseaux, Gabriel
- Zaldívar Larraín, Adolfo
- Zaldívar Larraín, Andrés

Actuó de Secretario el señor Rafael Eyzaguirre Echeverría, y de Prosecretario, el señor José Luis Lagos López.

II. APERTURA DE LA SESIÓN

--Se abrió la sesión a las 16:00, en presencia de 41 señores Senadores.

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

III. ORDEN DEL DÍA

Boletín N°S164-03

CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

El señor VALDÉS (Presidente).- Corresponde continuar la discusión de las contiendas de competencias promovidas por el señor Contralor General de la República a raíz de haber admitido a tramitación la Corte de Apelaciones de Santiago dos recursos de protección deducidos en contra de ese organismo contralor, por las decisiones que éste ha adoptado en ejercicio de su función de control de legalidad de los actos de la administración, con informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. (Véase el documento en los Anexos).

En primer lugar, se encuentra inscrito para intervenir, manteniendo el orden en que lo hicieron en la sesión de ayer, el Senador señor Hamilton, y en seguida el Senador señor Otero.

Tiene la palabra el Honorable señor Hamilton.

El señor HAMILTON.- Señor Presidente, nos encontramos aquí ante un muy antiguo problema de orden constitucional. La Asamblea Constituyente francesa ya lo abordó en 1789 y tuvo la sabiduría de dictar el famoso artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que

expresa: "toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".

Se trata precisamente de lograr en el día de hoy en este Senado, en el ejercicio de la facultad conferida por el número 3) del artículo 49 de la Carta Fundamental, un adecuado equilibrio entre la garantía de los derechos amparados por la acción constitucional de protección y la separación de los poderes y los otros órganos constitucionales del Estado, uno de los cuales es la Contraloría General de la República.

En primer lugar, es preciso aclarar que la atribución exclusiva del Senado contenida en el artículo 49, número 3) de la Constitución Política, si bien es de naturaleza jurisdiccional no es de índole jurisdiccional judicial. No cambia la naturaleza de la Corporación Parlamentaria del Senado y no se puede pretender que sea el proceso judicial el paradigma al que el tratamiento de la contienda que hoy examinamos deba adecuarse.

El Senado está constituido por Parlamentarios, no por jueces. Ejerce una alta jurisdicción constitucional y no actúa como un tribunal, ni dicta aquí una sentencia, sino que toma un acuerdo que dirime una contienda de competencia.

En este sentido, obsérvese que el artículo 49 de la Constitución, que establece las facultades exclusivas del Senado, no habla jamás de sentencia o fallo, ni siquiera en las acusaciones constitucionales. Dice que el Senado "resolverá", se "limitará a declarar", o habla de la "declaración de culpabilidad", de "decidir si ha o no lugar", de "conocer las contiendas de competencia", etcétera.

Por lo tanto, el Senado -en tanto Corporación- dirime la contienda, conforme a las normas propias de la formación y expresión de su voluntad corporativa. Esas normas son la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y el Reglamento del Senado, y no el Código Orgánico de Tribunales ni los de Procedimiento Civil o Penal.

Como los aspectos adjetivos del artículo 49, número 3), no se encuentran ni en la Constitución ni en la Ley N° 18.918, el artículo 4° de la Ley Orgánica del Congreso nos remite al Reglamento para determinar el procedimiento por seguir. Y el Reglamento vigente del Senado agrupa las atribuciones exclusivas de la Corporación, con excepción de las acusaciones constitucionales y el desafuero de los Ministros de Estado, y dice claramente que: "Los asuntos que importen el ejercicio de alguna de las demás atribuciones constitucionales exclusivas del Senado, no podrán resolverse sin informe de la Comisión que corresponda." (artículo 205). A su vez, en el artículo 38, se expresa: "Las Comisiones reunirán los antecedentes y estudiarán los hechos que estimen necesarios para informar al Senado."

En consecuencia, señor Presidente, lo que aquí se tomará será un acuerdo y no se dictará una sentencia judicial. Por ello, no es aceptable que existan votos de mayoría y de minoría, ni siendo los Senadores,

individualmente considerados, los depositarios de esta facultad -ni el Senado un tribunal colegiado-, no caben tampoco las prevenciones, sino sólo, como es habitual, las fundamentaciones del voto que aprueba o rechaza el informe de la Comisión. Cabe hacer notar que si adoptáramos la vía de la "judicialización" de esta jurisdicción constitucional, deberíamos atenernos a las consecuencias, y ello nos llevaría a resultados tan absurdos como el que los cinco miembros firmantes del informe de la Comisión estaríamos "implicados", conforme a la causal 8a del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales: "Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia,". Y un Honorable Senador que ha entregado un documento sobre el tema también lo estaría o caería, a lo menos, en la causal de recusación décima del artículo 196, a saber: "Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella.".

Por lo demás, la propia Corte Suprema no reconoce en la actuación del Senado el carácter de tribunal. De otra manera, no se explica que en el día de ayer -cuando esta contienda de competencia figuraba en el Orden del Día- algunos señores Ministros del Máximo Tribunal se hayan instalado, primero en los pasillos y luego en la Sala de Lectura del Senado, e invitado a conversar con ellos a los señores Senadores que estimaron conveniente. No me imagino, señor Presidente, que sea una práctica usual en los tribunales colegiados el que sus miembros sean entrevistados por las partes o por los abogados de las partes cuando las causas estén en acuerdo o se encuentren en estado de dictar sentencia. De ello deduzco que la propia Corte Suprema no le está reconociendo al Senado el carácter de un tribunal y, por lo mismo, aparece comprensible que los señores Ministros indicados hayan tenido tal actitud en el día de ayer.

Insisto: cuando el Honorable Senado ejerce una facultad como ésta, no deja de ser una Asamblea Parlamentaria, sino que ejerce una jurisdicción especialísima de rango constitucional, no asimilable a la jurisdicción judicial ordinaria y sus reglas procesales. Ello no es extraño, por cuanto también el Tribunal Constitucional se rige por su propia ley orgánica constitucional y su propio proceso, y allí vemos, por ejemplo, que el artículo 19 de la ley N° 17.997 establece que los Ministros de dicho Tribunal no son recusables, y que las impugnaciones sólo pueden ser promovidas por el miembro afectado o por cualquiera de los Ministros. Nada hay, entonces, de extraño al Derecho si, en el ejercicio de una de sus facultades exclusivas, el Senado se rige por la Ley Orgánica del Congreso y por su propio Reglamento, y no por el paradigma de la jurisdicción judicial ordinaria.

Establecido este punto previo, deseo, una vez escuchados los alegatos de los contendientes, lo que ocurrió hace unas sesiones, formular algunas observaciones.

1.- Existencia de una Contienda de Competencia.

Se ha dicho repetidamente que no hay tal contienda. En esta Sala se ha hablado de una "presunta" contienda. Ello proviene del mismo error inicial: pretender judicializar la Constitución, interpretándola a la luz de los Códigos que rigen al Poder Judicial. Y recuerdo aquí la frase de Aristóteles en su "Ética a Nicómaco", y que retoma Tomás de Aquino en su obra "Sobre el Ente y la Esencia": "Un pequeño error en el principio es a la postre DÍEZ mil veces mayor". No cabe interpretar la Constitución a la luz de normas de inferior jerarquía. La Carta Fundamental se basta a sí misma.

Si aceptamos que no hay contienda de competencia, por cuanto la Corte de Apelaciones ejerce una función jurisdiccional y la Contraloría una pretendida función administrativa, debemos llegar a la conclusión de que nunca podremos aplicar el artículo 49, número 3) citado, porque siempre cada uno de los contendientes se parapetará en que está ejerciendo una función de naturaleza distinta. Y, así, deberíamos concluir que el constituyente dotó al Senado de una facultad exclusiva sin sentido e inaplicable.

Aquí existe plenamente una contienda, pues un órgano público de rango constitucional entiende que el decidir un asunto cae dentro de la esfera de sus atribuciones exclusivas y excluyentes, y no pueden ni deben intervenir en ello las Cortes de Apelaciones.

En efecto, cuando el constituyente habla de "contienda de competencia" en el número 3) del artículo 49, está refiriéndose, clara y precisamente, a un "conflicto de atribuciones". Un órgano público entra en conflicto con otros órganos públicos: allí hay conflicto de atribuciones. Si esos órganos son autoridades políticas y administrativas por una parte, y los Tribunales Superiores de Justicia, por la otra, zanja entonces esa contienda, para el bien de la República, el Honorable Senado.

En este caso, la Contraloría General se queja ante el Senado de que, con reiteración, las Cortes de Apelaciones -a propósito de los recursos de protección- le ordenan tomar o no tomar razón de un decreto o resolución en trámite, o le impiden tomar razón a través de órdenes de no innovar.

Es un caso claro de conflicto de atribuciones, y el Senado está llamado a zanjar el asunto en forma permanente. Se entrega a esta Corporación la responsabilidad de dirimir de manera estable esta materia, porque no podría enredarse esta Asamblea, en un asunto tan trascendente, por discusiones de un academicismo bizantino, ni verse el país y el Senado expuestos a que, semana tras semana, se susciten nuevas contiendas sobre el mismo asunto o sobre asuntos del todo similares entre las mismas altas autoridades del Estado.

2. Naturaleza Jurídica de la Toma de Razón.

La Contraloría General es un órgano público elevado a rango constitucional y, específicamente, la propia Carta Fundamental le ordena, le impone, le exige,

ejercer en forma exclusiva el control de legalidad preventiva de los actos de la Administración (artículo 87).

Ello por una razón de alta política: Habiéndose robustecido el presidencialismo en forma creciente desde 1925, nuestro sistema político fortaleció en paralelo un mecanismo preventivo que asegurara el Estado de Derecho; barrera sólo franqueable, si hay representación, por el decreto de insistencia o por una sentencia del Tribunal Constitucional, con las limitaciones y en la forma y condiciones establecidas en el artículo 88 de la Constitución. Al ejercer la toma de razón, la Contraloría General no cumple una función meramente administrativa. Cumple una función explícitamente constitucional, tan constitucional como las funciones directamente encargadas por la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional, al Tribunal Calificador de Elecciones y a la Justicia Electoral; al Consejo de Seguridad Nacional y al Banco Central, todos órganos constitucionales que no son los Poderes clásicos del Estado, pero que, como ellos, tienen su zona de competencia exclusiva y excluyente, por mandato explícito del constituyente.

El artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado incluye, entre los órganos de la Administración Pública, a la Contraloría General. Pero junto a una enumeración, el mismo artículo da un concepto claro para su correcta interpretación, al hablar genéricamente de "órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa".

Ahora bien, cuando el Contralor procede a tomar razón no está dependiendo del Presidente de la República, no atiende necesidades del público en forma continua y permanente. En una palabra, no se halla ejecutando una función administrativa, sino que está ejerciendo un control constitucional preventivo de legalidad, cuyo ámbito de competencia deriva del propio texto constitucional en pro del mantenimiento del Estado de Derecho.

Ejerciendo una función derivada directamente de la Constitución, la toma de razón no es un mero trámite. El acto administrativo en Chile no tiene la toma de razón entre sus fases de formación. Por el contrario, el Presidente de la República requiere, para dictar un acto administrativo, de la habilitación constitucional que le da la Contraloría General. No puede agruparse la toma de razón al mismo nivel de la anotación, la numeración, la visación, el registro o la comunicación de los decretos. Estos son meros actos preparatorios o de trámite, pero no lo es la toma de razón. El acto por el cual la Contraloría General toma razón debe inscribirse, no entre los actos administrativos, sino entre los llamados actos constitucionales o actos institucionales.

Como bien dice el muy conocido tratadista español de Derecho Público don Eduardo García de Enterría, si bien los actos administrativos son siempre justiciables, no lo son aquellos que rigen las relaciones entre los Poderes y órganos constitucionales. Afirma el profesor español que esta interpretación es liberadora. Señala: "Liberadora, si se concluyese, como es obligado,

que los actos administrativos son siempre justiciables y que sólo pueden excluirse de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando no se trate de verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales de relaciones entre Poderes".

La misma tesis fue defendida por el tratadista argentino José Roberto Dromi en sus "Instituciones de Derecho Administrativo". En Chile, tal tesis fue sostenida, con relación al acto de declaración de culpabilidad del Honorable Senado en contra de don Hernán Cereceda, por el profesor Jorge Precht Pizarro en un informe en derecho titulado: "Improcedencia del recurso de protección contra decisión del H. Senado que aprueba una acusación constitucional", que se encuentra en prensa en el "Libro Homenaje a don Alejandro Silva Bascuñán", próximo a ser publicado por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Tal es, entonces, señor Presidente, la naturaleza jurídica de la toma de razón: un acto institucional de relación entre Poderes y órganos constitucionales del Estado. Este acto institucional cumple una función constitucional de sometimiento del Ejecutivo al Estado de Derecho, y no puede ser arrastrado a la jurisdicción ordinaria sin gravísimas consecuencias para todo el equilibrio constitucional. Porque, como dice Dromi, "los actos institucionales no inciden directa o inmediatamente en la esfera jurídica del administrado, cuyo status no se altera ante la emisión del acto institucional".

Ello me lleva a suscribir por entero el considerando número 15 -figura en la página 24- del informe elaborado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

3. La elefantiasis del recurso de protección.

Deseo pronunciarme sobre la gravísima distorsión a que una interpretación intemperante de una parte de la doctrina ha llevado al recurso de protección.

En efecto, se nos dice que están en juego los derechos fundamentales, los derechos humanos, y que si se aprobare el informe de la Comisión retrocederíamos en su amparo.

Nada de ello es ajustado al Derecho y tampoco a la realidad. En verdad, si debilitáramos el control preventivo de legalidad de la Contraloría, se acentuaría esa tendencia jurisprudencial que ha hecho de un recurso extraordinario y de rápido conocimiento un recurso cada día más rutinario y cada día más lento en su fallo y más apresurado en la consideración de las cuestiones de fondo, las que no son derivadas a los procedimientos propios, sino que son zanjadas por jueces que se recargan a sí mismos por una interpretación errónea del artículo 20 de la Constitución, hasta el punto - como se reconoció en la Sala- de ver interrumpidas sus vacaciones para este efecto.

Digo errónea interpretación por cuanto, como se expresa en el Evangelio respecto a la ley de Moisés aprobando el divorcio: "Al comienzo esto no fue así". Se nos declara que la actual es la correcta interpretación del artículo 20 de la Constitución, pero no se nos indica que en un momento existió otra doctrina.

Quiero leer en esta Sala parte de un fallo de la Corte Suprema que contiene la doctrina correcta, de la que nunca debió apartarse. Me refiero al recurso de protección Martínez y Morel, fallado por la Excelentísima Corte el 26 de mayo de 1980, que en su parte pertinente dice: "Considerando 5° ...El recurso no ha sido creado para solucionar conflictos específicos entre partes, ni entre éstas y la autoridad pública, cuando dicho conflicto se encuentra sometido al conocimiento de los tribunales, o a autoridad u organismo correspondiente, aunque en su tramitación y decisión se incurra en actos que puedan ser considerados arbitrarios o ilegales, porque el asunto, con la intervención de ellos, se encuentra justamente bajo el imperio o la autoridad del derecho, y los actos de aquel modo reprochados pueden ser corregidos por los medios que la ley franquea".

Señor Presidente, se nos ha invitado a los miembros de la Comisión a revisar y corregir nuestros errores evidentes, que incluso llegarían a ser garrafales, al decir de un ilustre magistrado.

Yo llamo, por el contrario, a examinar con atención esta sentencia de la propia Corte Suprema. Si el alto tribunal hubiere sido consistente con esa doctrina, hubiera fallado que, sometido un "proyecto de acto administrativo" a la habilitación constitucional de la toma de razón, tal proyecto de acto estaba sometido al imperio del derecho, y que no podría ser entendida la toma de razón jamás como una amenaza, y que el agravio -de producirse en la diccación del acto por el Ejecutivo- podrá ser corregido por los medios que la ley franquea, entre ellos el recurso de protección contra el acto administrativo en sí, y no contra el acto institucional de la toma de razón.

Por lo demás, estamos hablando sólo de la toma de razón de la Contraloría General, y no de ninguno de sus otros actos como, por ejemplo, informes, dictámenes u otros.

Debe tenerse presente que jamás quedaría en la indefensión el administrado, como se demuestra a continuación.

Si la Contraloría toma razón y el Ejecutivo dicta el acto, se puede recurrir contra ese decreto. En efecto, al particular no le empece la llamada presunción de legalidad que otorga la toma de razón, ya que tal efecto se refiere exclusivamente a la relación entre el Ejecutivo y la Contraloría. El particular puede impugnar libremente el decreto, como también puede recurrir, si éste fuere inconstitucional, al Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 82, número 5°, de la Constitución.

Si la Contraloría representa el decreto y el Ejecutivo acoge el reparo, cambia el proyecto de decreto y dicta el acto, nos encontramos en la misma situación anterior y se puede recurrir de protección.

Si el Ejecutivo no acoge la representación e insiste, se puede recurrir de protección contra el decreto de insistencia.

Si el Ejecutivo no acoge la representación y se abstiene de dictar el acto del cual no se tomó razón (por ejemplo, no dicta un reglamento), tal omisión puede ser agravante y objeto del recurso de protección, si se cumple con las condiciones establecidas en el artículo 20 de la Constitución.

Por último, sólo en el caso de representación por inconstitucionalidad del decreto y en los demás casos del inciso tercero del artículo 88, si el Presidente de la República no acoge el criterio de la Contraloría, debería remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional. No puede insistir el Presidente de la República, y del fallo del Tribunal Constitucional no es posible recurrir de protección, pues ese organismo constitucional también resuelve tal materia, como órgano público constitucional, en forma exclusiva y excluyente.

En pocas palabras, lo que produce esta contienda de competencia es un giro jurisprudencial de la Corte Suprema; de lo contrario, no la tendríamos.

Se ha abundado en la Sala sobre lo pernicioso que es dejar de lado a los tribunales en el ejercicio de sus funciones conservadoras. Y se ha recordado aquí el triste caso del artículo 24 transitorio de la Constitución, y cómo la mayoría de los fallos aplicaron entonces una interpretación literal de aquello que expresaba tal norma: "Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso".

Creo que no fue afortunado ese recuerdo. El reproche que muchos de nosotros hicimos y hacemos a los altos magistrados en el ejercicio de sus facultades conservadoras y en sus nefastas consecuencias para los derechos humanos, no viene del 11 de marzo de 1981 y de la interpretación del artículo 24 transitorio. Viene de mucho antes. Proviene de las consecuencias del decreto ley N° 3, de 11 de septiembre de 1973, que declaró el estado de sitio, en virtud de que la Corte Suprema entendió que la Junta Militar podía, por sí y ante sí, hacer uso del número 17 del artículo 72 de la Constitución de 1925 -facultad privativa del Presidente de la República depuesto y fallecido- y de las facultades del artículo 72 del Código de Justicia Militar para arrestar personas en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.

Viene, señor Presidente, del rechazo del recurso de amparo N° 516-73, interpuesto por un valiente grupo de abogados capitalinos en favor de Carlos Briones, Clodomiro Almeyda, Jorge Tapia y otros.

Pero que esa infortunada intervención no nos nuble el juicio ni establezca entre nosotros las divisiones del pasado al momento de dirimir esta contienda.

El artículo 24 transitorio también eliminó la toma de razón de las medidas administrativas, por lo que asimismo privó de ese resguardo jurídico a los afectados, amparo que pudo brindarles la propia Contraloría, de no mediar el hecho de que eran decretos exentos por ley, al menos en teoría.

Ahora bien, es cierto que un grupo de magistrados intentó una línea de interpretación que diere lugar al menos al hábeas corpus. Pero ello nada tiene que ver con la toma de razón y la protección de los derechos ciudadanos.

Muy por el contrario.

Deseo citar a quien con mayor autoridad pudo hablar de esta materia, a don Rafael Retamal, entonces Presidente de la Corte Suprema.

El distingue muy bien, al abrir esta vía jurisprudencial en favor de la procedencia de los recursos judiciales, el rol preventivo de la Contraloría del rol post factum de los tribunales de justicia. Y nada autoriza a pensar que, aventando el fantasma de la experiencia del 24 transitorio, pudiéramos deducir que procede el recurso de protección contra la toma de razón, y menos -como implícitamente se puede inferir- que el informe de la Comisión de Constitución pudiere llevar consigo un nuevo artículo 24 transitorio en forma larvada.

¡Ojalá que hubiera existido entonces control de la Contraloría y pleno ejercicio de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia! ¡Cuántos abusos y atropellos nos habríamos evitado!

° Dice don Rafael Retamal en su famoso voto de minoría en el caso Pérez-Ibacache, en 1981: "Se elimina, pues, el recurso posible ante el organismo administrativo encargado del control de la legalidad de los decretos del Ejecutivo que corresponde a la Contraloría General de la República según el artículo 87 de la Constitución. No se elimina el amparo ante la judicatura, porque el intérprete no puede racionalmente admitir que, puesta la Carta Política en el nivel administrativo a establecer normas para el ejercicio de facultades excepcionales por el Jefe de Estado, cambiara intempestivamente de plano y, sin mención expresa, estableciera una prohibición a la judicatura para el ejercicio de una facultad que le es propia por disposición de la Ley Fundamental".

Hasta ahí la cita.

Así las cosas, no se nos puede hacer comulgar con ruedas de carreta y pedirnos que aplaudamos una interpretación literalística del artículo 20 y una interpretación no literalística del artículo 24 transitorio, sino armónica y sistemática, lo que en su oportunidad no hizo, lamentablemente, la Excelentísima Corte Suprema.

Lo cierto es que se produce una elephantiasis del recurso de protección debido a un giro jurisprudencial de la propia Corte Suprema que, apoyada en cierta parte de la doctrina, alienta una interpretación del artículo 20 que transforma un "procedimiento de emergencia" -palabras del señor Ortúzar-; "de acción y de resolución inmediata" -palabras del señor Evans-, en un recurso corriente, sustituto del contencioso administrativo y de los recursos ordinarios. Incluso se pretende ahora que proceda contra todos los actos institucionales, actos enteramente dentro del imperio del derecho y de aquel tipo -como la toma de razón- que no pueden inferir agravio, ni siquiera bajo la forma de amenaza, al particular.

4. Sobre la admisibilidad del recurso de protección.

Conforme a la nueva redacción del número 3 del Auto Acordado del Recurso de Protección de 24 de junio de 1992 ("acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará..."), es perentorio el examen de la admisibilidad del recurso.

Como dice el profesor Lautaro Ríos, de la Universidad de Valparaíso, en su ponencia "El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales", "Los requisitos de admisibilidad del recurso de protección son: (a) la constatación aparente de hallarse, quien recurre, dentro del plazo establecido; (b) la titularidad del recurrente -o de aquel a cuyo nombre se interpone el recurso- de un derecho o garantía constitucional expresamente protegido por el artículo 20 de la Constitución; (c) el hecho de aparecer afectado el derecho o garantía cuya protección se invoca, por un acto u omisión que se pretenda ilícito, esto es, arbitrario o ilegal, o de ambas especies, en el caso del artículo 19, N° 8, de la Constitución Política, y (d) que dicho acto u omisión aparezca agravante para el afectado, esto es, le prive, perturbe o amenace en el legítimo ejercicio de su derecho."

De manera que el examen de admisibilidad es un acto complejo. Es perfectamente adecuado que la Comisión de Constitución indique que un órgano de naturaleza constitucional, actuando dentro de sus atribuciones, en una relación interorgánica de su competencia exclusiva, no está en condiciones de inferir agravio, ni siquiera como una amenaza.

Ello es plenamente consistente con la actuación del Senado en los recursos de protección Escobar Riffo, Jorge Guarello y Hernán Cereceda, contra la declaración de culpabilidad emitida por esta Corporación en la acusación constitucional contra el último. Ese recurso impugnó como agravante la soberana resolución del Senado. También contra el Senado se pidió orden de no innovar.

Lo cierto es que la Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró admisible lo inadmisible, y llevó a esta Corporación a tener que hacer presente, por la unanimidad de sus miembros, que "el Senado ejerció una facultad exclusiva y excluyente en esa declaración de culpabilidad."

A tales excesos lleva esta doctrina que pretende que el recurso de protección debe declararse contra todo tipo de actos, sin importar ni la naturaleza del acto, ni si se trata de un Poder Público o de un organismo con rango constitucional y si está o no bajo el imperio del derecho el acto presuntamente agravante.

Digo excesos, porque deseo leer en esta Sala sólo uno de los considerandos del fallo a que me he referido. Después de señalar que el examen de admisibilidad debe ser un "análisis sólo superficial" (considerando segundo), de aceptar la tesis amplia en la interpretación del artículo 20 (considerando octavo) y de decir en su letra D: "Que, como se ha visto, la disposición en comento, literalmente no ha puesto límite alguno ni ha determinado quienes pueden ser autores del acto u omisión arbitraria o ilegal, como asimismo no señaló a persona o autoridad alguna que pudiere estar pronta de verse recurrida de protección, y ello es lógico, pues si se piensa, como sin duda lo hizo el Constituyente, no existe persona alguna, que pueda decir, yo estoy exenta de cometer un acto arbitrario o ilegal o incurrir en omisión del mismo tipo, que conculque un derecho esencial garantizado por el recurso de protección, pues ello sería desconocer la propia naturaleza humana capaz de grandes virtudes como también de atroces bajezas, y lo que se dice de las personas puede sostenerse, de los órganos constituidos en autoridad soberana, pues, quiérase o no, están al fin y al cabo conformados por seres humanos", va a concluir la Corte que el Senado no agravó al requirente porque al estar autorizado por la Constitución a fallar en conciencia, tal conciencia es su mero arbitrio. Y lo dice en una forma agravante para esta Corporación, en el considerando vigésimo octavo, a fojas 56: "a este Tribunal" (refiriéndose al Senado) "no se le exige, porque ello técnicamente no es posible exigirlo ni siguiera que decida en conciencia, como en determinados casos la ley autoriza a los jueces para resolver, pues en tales casos, la conciencia exigida por la ley al juez es una conciencia jurídica, propia de un letrado profesional de la justicia, en cambio al Senado de la República, la Constitución no ha requerido ni ha podido exigirle que resuelva en conciencia entendida ésta jurídicamente, sino que lo autoriza para que resuelva a su arbitrio, ello aparece avalado jurídicamente, si se tiene presente que no existe norma legal vigente que determine como ha de resolver un jurado la cuestión sometida a su conocimiento."

El señor VALDÉS (Presidente).- Honorable señor Hamilton, su tiempo está próximo a terminar.

El señor HAMILTON.- Voy a pedir una pequeña prórroga para finalizar mi intervención, porque si no ésta sería incoherente.

El señor VALDÉS (Presidente).- No puedo otorgársela porque crearía un mal precedente.

El señor HAMILTON.-Así, entonces, el Senado estaría autorizado jurídicamente por la Constitución para cometer arbitrariedades y no cabría sino rechazar el recurso de protección. Este verdadero "parto de los montes"

se habría evitado si se hubiere declarado inadmisibile el recurso, pues el análisis de admisibilidad no puede ni debe ser sólo de forma y superficial.

Estos son los excesos y los absurdos a que pueden llevar los Altos Tribunales de Justicia.

(5°) Finalmente, señor Presidente y Honorables Senadores, si se les reconociese a las Cortes de Apelaciones facultad para decidir sobre cualquier acto supuestamente agravante, sin importar qué autoridad lo ordenó ni la naturaleza del mismo, estallarí­a todo el equilibrio constitucional orgánico de la Constitución de 1980. No sólo podrí­an darse las nefandas situaciones descritas en los considerandos 20, 21, 22, 23 del informe de la Comisión de Constitución, sino que se producirí­a el efecto ya temido por don Alejandro Silva Bascuñán y que describe doña Luz Bulnes, diciendo que "esta acción cautelar no significa que se pueda dejar sin efecto atribuciones que el propio constituyente les ha otorgado a otros órganos del Estado, pues de sustentar esta tesis estarí­amos admitiendo que hay un Poder del Estado que tiene una tuición sobre los otros órganos del Estado".

Si los Tribunales Superiores de Justicia pretenden jugar ese papel de tutelaje sobre todos los Poderes y órganos del Estado, violan flagrantemente el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales que prohí­be al Poder Judicial "mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos".

La Comisión del Senado ha querido evitar "esta situación carente de sentido, que no guardará relación con la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental".

Porque si no se declarasen inadmisibles tales recursos desorbitados, estarí­an sometidos a la tutela de las Cortes de Apelaciones, la propia Corte Suprema, los actos de gobierno del Presidente de la República, los actos legislativos, los actos institucionales del Congreso Nacional (en especial los del Senado), los actos del Consejo de Seguridad Nacional, los actos profesionales de las Fuerzas Armadas y los actos de autonomía en el manejo de la política monetaria del Banco Central.

Si fuera así y si ayer fue víctima de este furor expansivo en la interpretación del recurso de protección el propio Senado, hoy lo es la Contraloría General de la República, ¿quién nos va a asegurar que mañana esta Corte no sólo solucione la litis, sino que también pueda caer en la tentación -vía esta acción tutelar- de gobernar y administrar el país, manejar sus relaciones exteriores, legislar, controlar la iniciativa y el veto, definir todo el conjunto del control intrasistémico y tener entre sus manos la seguridad nacional, la guerra y la paz?

Es tan perversa esta hipótesis -consecuencia del error original de dar por admisible todo recurso de protección interpuesto contra todo acto u omisión de cualquiera autoridad- que caerí­amos en lo que nuestro médico y colega, don Mariano Ruiz-Esquide, llamó, al fundamentar su voto aprobatorio de la acusación constitucional referida, una "eforocracia", esto es "el gobierno

de los jueces". Con la agravante de que en Nueva Extremadura no sucede lo que acaeció en el Peloponeso, en que el éforo era cada uno de los cinco magistrados que el pueblo elegía todos los años, precisamente para contrapesar el poder de los ancianos y el del rey.

La libertad, señor Presidente, no se juega sólo en el respeto a los derechos fundamentales, sino que también en la propia división de los Poderes y en el respeto de las facultades entre los órganos constitucionales, como bien lo señala el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, con que inicié esta intervención.

Por eso, al finalizar quiero recordar la célebre frase de Lally-Tollendal en la Asamblea Constituyente de 31 de agosto de 1789: "Un poder único terminará por devorar necesariamente todo", y el no menos célebre capítulo XI, párrafo 4 del Espíritu de las Leyes de Montesquieu: "la libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados, aunque no siempre... ¡Quién diría: la misma virtud tiene necesidad de límites!... ¡Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que el poder detenga al mismo poder!".

Lo que hoy se espera de nosotros es que sepamos mantener la repartición equilibrada de potestades entre los Poderes y órganos constitucionales. Sólo así preservaremos las libertades públicas y contribuiremos al bienestar y a la paz de los ciudadanos. En efecto, uno de los más eficaces instrumentos de protección de los derechos fundamentales es y será siempre el adecuado equilibrio entre los Poderes y órganos constitucionales del Estado.

He dicho.

El señor VALDÉS (Presidente).- Debo dejar constancia de que, por una permisividad que no se repetirá,...

La señora FELIÚ.- Esperamos que haya igualdad en el trato, señor Presidente.

El señor LARRE.- Pero hay que extenderla a los demás, señor Presidente.

El señor VALDÉS (Presidente).- Si eso es lo malo, porque siempre se invocan los malos precedentes; y jamás los buenos.

El señor OTERO.- Entonces, no debieron crearse, señor Presidente.

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

El señor OTERO.- Señor Presidente, antes de hacer uso de mi derecho, y de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, quiero plantear un problema previo y de especial pronunciamiento sobre la materia.

En esta ocasión, el Senado deberá pronunciarse sobre dos contiendas de competencia. Cada una de ellas es un asunto individual, no confundible y que debe ser tratado y resuelto en forma separada. No pueden ser abordadas en

un mismo acto dos contiendas de competencia, menos aún si se trata de dos casos diferentes y uno de ellos es hoy jurídicamente inexistente.

Señor Presidente, formulo indicación expresa para que el Senado se pronuncie en forma separada sobre las contiendas de competencia planteadas. ¿Por qué? Porque cada una constituye un elemento separado y distinto, como lo voy a demostrar.

En una de las contiendas presentada por la Compañía de Teléfonos, el recurso de protección se dedujo en contra del Presidente de la República y de cinco Ministros de Estado por haber dictado un decreto supremo; y, por añadidura, se agregó al señor Contralor General de la República, por haber tomado razón del mismo.

En consecuencia, como se ha sostenido en esta Sala, si la incompetencia de una Corte de Apelaciones para acoger a tramitación un recurso de protección se funda en el solo hecho de que el Contralor General de la República ha sido mencionado en él, ello hace imposible reclamar en contra de ese decreto supremo. Por lo tanto, ese recurso de protección -del cual afortunadamente se desistieron- es una contienda de competencia totalmente distinta de la que se planteó como consecuencia de que el Contralor, por sí, en uso de sus facultades, simplemente representó una resolución sujeta a toma de razón. Lo anterior demuestra que cada caso deber ser analizado en su oportunidad y en su esencia, sin que se pueda generalizar.

Por lo tanto, señor Presidente, solicito tratar en forma separada cada contienda de competencia, pues respecto de una de ellas es jurídicamente inexistente, ya que hay constancia en el propio informe de la Comisión de que quien recurrió de protección se desistió. Si se desistió, no hay acción. Si no hay acción, no hay proceso. Entonces, ¿sobre qué va a resolver el Senado? Luego, tendríamos que pronunciarnos exclusivamente sobre aquella que efectivamente está pendiente. ¿Por qué? Porque hay una sentencia, de primera instancia, hay apelación pendiente, está suspendido el procedimiento. Es en este caso, en el cual se ha planteado una aparente contienda de competencia sobre la cual debe resolver el Senado.

En consecuencia, señor Presidente, como moción de previo y especial pronunciamiento, pido que se divida este asunto, porque de acogerse la división, una de las contiendas de competencia simplemente debe ser archivada y el Senado sólo debería dedicarse exclusivamente a tratar la otra.

El señor VALDÉS (Presidente).- Ofrezco la palabra sobre la cuestión previa planteada por el Honorable señor Otero.

El señor PÉREZ.- Pido la palabra.

El señor VALDÉS (Presidente).- Puede hacer uso de ella Su señoría.

El señor PÉREZ.- Señor Presidente, de acuerdo con lo señalado por el Senador señor Otero, no tendríamos que dividir el análisis, sino eliminar una de las dos contiendas. Por lo tanto, reducir la discusión a un solo caso.

El señor VALDÉS (Presidente).- Así entiendo la proposición del Honorable señor Otero.

Tiene la palabra el Honorable señor Thayer.

El señor THAYER.- Señor Presidente, considero que el planteamiento formulado por el Honorable señor Otero es muy pertinente.

Si los señores Senadores leen el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, podrán percatarse que el número 27 - el penúltimo- del proyecto de resolución que se propone dice lo siguiente: "Que en cuanto a la segunda contienda de competencia promovida por el señor Contralor General de la República, cabe hacer presente que si bien la parte que interpuso el recurso de protección rol N° 1407-94, posteriormente se desistió del mismo, cabe hacer presente que al momento de ocurrir ese hecho el aludido recurso había sido admitido a tramitación por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que significa que ya se había configurado la situación que dio lugar a la referida contienda, por lo que ésta se encuentra válidamente trabada".

Aquí se expresa un pensamiento extraordinariamente delicado y clave para la decisión del Senado. Se plantea que esta Alta Corporación debe pronunciarse, teóricamente, en doctrina, sobre un asunto que no tiene existencia real ahora, como si se tratara de un delito cometido hace mucho tiempo, pese a lo cual el autor o sus autores no dejan de tener responsabilidad.

Estamos aplicando ese concepto a la situación que una Corte de Apelaciones admitió a tramitación un recurso -entendámoslo bien, no lo acogió- para determinar de qué se trataba. Pero, después de presentado, el recurrente se desistió, con lo cual no queda nada. Entonces, ¿como puede haber contienda de competencia cuando el propio recurrente desistió de su recurso y, por consiguiente, sólo resta el recuerdo de algo producido?

Por lo tanto, en mi opinión, la segunda contienda de competencia no tiene existencia real, razón por la cual apoyo absolutamente el concepto de que no cabe pronunciamiento respecto de ella.

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

El señor ZALDÍVAR (don Adolfo).- Señor Presidente, coincido con el planteamiento de que al Senado sólo le corresponde pronunciarse sobre una cosa con existencia real.

No nos encontramos aquí ni para hacer academia ni para dictar normas de carácter teórico. Debemos resolver un conflicto de competencia. Y si la parte

que presentó un recurso de protección posteriormente se desistió, aquél no tiene existencia. Y, por consiguiente, mal podría continuar su tramitación y resolver un conflicto de competencia donde ya no existe el motivo que lo sustenta.

Más aún, debemos ser extremadamente cuidadosos, pues lo que tenemos entre manos es de real trascendencia, sobre todo cuando lo relativo a la libertad personal y las garantías individuales, debe constituir preocupación fundamental de toda la comunidad y, ciertamente, en forma especial, de la Corte Suprema, a través de sus facultades conservadoras, y también del Senado, al cual le corresponde señalar caminos, acción vital en una comunidad, para que entienda y aprecie la libertad.

En ese entendido, sin lugar a dudas, ha sido de tremenda trascendencia el implementar en nuestra institucionalidad el recurso de protección. Pero, además, no es menos cierto que llevar el recurso de protección a excesos, como los señalados por el Senador señor Hamilton, no sólo lo distorsionan, sino, incluso, pueden llevarnos a que las mismas garantías y libertades que hoy día se pretenden cautelar sean de hecho vulneradas.

Por ello, quiero insistir en que también se debe ser muy cuidadoso en esta materia.

Comparto el criterio del Senador señor Hamilton, en el sentido de que, a mi juicio, el recurso de protección no tiene cabida, y sería un exceso que a través de él se entrase a menoscabar atribuciones exclusivas de la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón.

El señor VALDÉS (Presidente).- Señor Senador, le ruego concretarse al problema relativo a la cuestión previa que está en discusión.

El señor ZALDÍVAR (don Adolfo).- Excúseme, señor Presidente, pero me parece muy importante lo que señalo.

Pienso que en el mismo sentido, con esa forma de comprender el recurso de protección -que no puede acogerse cuando la Contraloría General de la República se encuentra cautelando el trámite de legalidad, de control preventivo-, perfectamente podría ocurrir -y esto es lo importante- que se tramitase cuando el Contralor General de la República hubiere actuado al margen de sus atribuciones, o bien cuando éstas no las ha ejercido en el tiempo oportuno.

Por eso, en mi opinión, la resolución debe ser caso a caso. Y así entendido, frente a una situación jurídicamente muerta, no corresponde una revisión de ella y menos que haya una confusión en algo en lo cual debe haber extrema claridad. Porque la solución que hoy día demos, si bien no constituye cosa juzgada, sin lugar a dudas, será un precedente demasiado importante.

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

El señor DÍEZ.- Señor Presidente, efectivamente, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se encontró ante dos contiendas de competencia. Y sin entrar al fondo de la materia, la Comisión entendió que el Senado debía actuar, pero no para determinar las atribuciones de los distintos Poderes del Estado, lo que ordinariamente corresponde al Tribunal Constitucional. Sin embargo, si el constituyente radicó esa acción en el Senado, fue porque ese tribunal está integrado, entre otros miembros, por tres Ministros de la Corte Suprema. De manera que se prefirió que los representantes del Poder Judicial estuvieran en un organismo no politizado como este tribunal, y dejar al Senado resolver las contiendas de competencia, según corresponde en teoría moderna constitucional, y no judicial, esto es, dirimir conflictos de constitucionalidad o de atribuciones.

Los dos recursos corresponden a situaciones distintas.

El primero de ellos, se encuentra vigente, y a él se pueden aplicar los razonamientos del informe de la Comisión.

Respecto del segundo, la Comisión señaló que, habiéndose acogido a tramitación, se configuró la situación a que se refiere el señor Contralor. ¿Por qué? Porque en este último recurso de protección se demandaron al Presidente de la República, a los Ministros y al Contralor General de la República. Y lo que reclamó este último fue que contra él no podía acogerse tal recurso. Y esa situación, aunque se haya desistido, se encuentra inamovible. Se acogió en su contra, y él trabó contienda de competencia. En ese momento, el Senado adquirió la facultad para pronunciarse, favorable o desfavorablemente.

Conforme al planteamiento de la Comisión, aun cuando se trate de una materia esencialmente técnica, debe preferirse el criterio general de protección de la idea central de la Constitución Política, de resguardo de los derechos de las personas y de funcionamiento del sistema, antes de la tecnología o de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal. Por lo demás, no podemos olvidar que la facultad actual del Senado proviene de la Carta de 1833, que la entregaba al Consejo de Estado, mucho antes de existir los Códigos de Procedimiento que rigen ahora.

En virtud de esa visión superior, la Comisión propone a esta Alta Corporación pronunciarse también sobre esta segunda contienda de competencia, porque el hecho que la motiva ya se produjo. Contra eso se reclama la competencia, no para que se siga conociendo, sino para que se diga que no puede acogerse.

Por eso, en mi concepto, el Senado es competente para pronunciarse respecto de si la Corte de Apelaciones puede o no puede acoger a tramitación un recurso que, además de algunos miembros del Poder Ejecutivo, comprende al organismo contralor.

Y ésa es la única finalidad de la Comisión. Si el Senado quiere prescindir de la segunda contienda de competencia, puede hacerlo. Pero debe pronunciarse

sobre un hecho que se sometió a su consideración, que no fue retirado, ni se refiere a una sentencia en el procedimiento, ni crea derechos. Porque -entiéndase bien- aquí no hay partes. Las contiendas entre partes las resuelven los tribunales de justicia. Reitero: ¡Aquí no hay partes! Se trata de determinar si esta atribución corresponde a una institución constitucional o a otra. De manera que juzgar esto desde el punto de vista de las partes y de las instancias procesales, a mi juicio, es caer en aplicar la ley subordinada al principio de la ley principal.

Creo que el Senado debe entrar al fondo! del asunto. Y cuando se pronuncie sobre el informe, se verá si la mayoría está por acogerlo tal cual está, o por rechazar la totalidad del mismo; o si pretende que él se refiera a la primera contienda de competencia y no a la segunda, lo que, personalmente, estimo que sería eludir una responsabilidad respecto de algo que se nos ha consultado, aparte que nadie ha retirado la contienda correspondiente.

He dicho.

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

El señor ZALDÍVAR (don Andrés).- Señor Presidente, deseo pedir al Senado que ordenemos el debate. Creo que en esto no hay cosa de previo y especial pronunciamiento; tampoco hay normas de orden procesal, como en los juicios en los tribunales de justicia. Aquí lo lógico es resolver después de oír las exposiciones de las partes y, al final, decidir si votaremos por las dos contiendas de competencia o por una. Pero si empezamos a discutir si vamos a pronunciarnos por una o por otra, no vamos a solucionar nunca el problema de fondo.

Entonces, solicito que volvamos a lo que se había acordado: que cada uno de los ponentes haga su exposición. Y si desean hacer materia de previo y especial pronunciamiento, que sea dentro de cada discurso, pero no entremos ahora a resolver esa materia. Procedamos al debate, y una vez terminada la discusión, decidamos si votamos la primera contienda de competencia, la segunda, ambas o ninguna; pero ordenemos el debate, pues, de lo contrario, no vamos a terminar nunca.

El señor VALDÉS (Presidente).- Al parecer, la proposición del Senador señor Andrés Zaldívar conduce a avanzar en el debate. Del análisis de los dos casos se verá si uno de ellos está vigente o no. De manera que empecemos, rogando a Sus Señorías dar curso progresivo al asunto.

Para referirse al fondo del mismo, tiene la palabra el Senador señor Otero.

El señor OTERO.- Señor Presidente, sin estar de acuerdo con la resolución de la Mesa, no obstante mi derecho a plantear un problema de previo y especial pronunciamiento e, inclusive, pedir votación a este respecto, me abocaré al desarrollo del tema, dejando en claro que son materias absolutamente distintas, como lo demostraré a través de mi razonamiento.

No deseo que esta decisión mía se considere como precedente para el futuro, en manera alguna. De modo que dejo constancia de mi desacuerdo; pero, por razones de tiempo y para que el Senado entre al fondo del asunto, no insistiré en pedir votación.

Creo que lo primero es tener muy en claro qué es lo que debemos resolver. He escuchado intervenciones...

El señor VALDÉS (Presidente).- Ruego a Sus Señorías tomar asiento y, sobre todo, oír al orador.

El señor BITAR.- Señor Presidente, ¿de cuánto tiempo dispone cada Senador como máximo?

El señor VALDÉS (Presidente).- Treinta minutos, Su Señoría.

Puede continuar el Honorable señor Otero.

El señor OTERO.- Decía que es conveniente precisar qué se nos pide resolver. No se está sometiendo a conocimiento nuestro ni las bondades ni los inconvenientes del recurso de protección, materia de índole constitucional para cuya modificación se requiere el voto conforme de los dos tercios del Senado. El artículo 20 de la Carta está dentro del Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales. Ello requiere de ese quórum para su enmienda. Puede haber señores Senadores a quienes agrade el precepto tal cual está, y otros a quienes disguste, caso este último en que pueden presentar los proyectos de reforma constitucional que estimen convenientes y ver si el Congreso Nacional los aprueba o no. Esa es una materia. Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo en cómo ejerce sus funciones y desarrolla sus labores la Corte Suprema de Justicia; pero no es el tema en discusión. La materia a que el Senado debe abocarse es una de estricto Derecho. Y no puede sostenerse que, por ser esta Corporación un organismo político, pueda quedar al margen de la institucionalidad, porque en ese caso estaría saliéndose del marco de los artículos 6° y 7° de la Ley Fundamental, que establecen el Estado de Derecho.

Por lo anterior, pienso que lo primero que debemos analizar es qué es una contienda de competencia y cuándo la hay. Y deseo pedir a Sus Señorías -porque estimo que está en juego un extraordinario problema institucional- que no vean en el posible apasionamiento en que puedo incurrir en mi intervención al defender una teoría jurídica el afán de imponer un determinado criterio jurídico. Aquí no caben personalismos, como tampoco falsos orgullos, por estar en juego -reitero- la institucionalidad de la República. Por ello, más que hacer un alegato personal, voy a fundar mi posición en las opiniones de tratadistas, de quienes elaboraron la Constitución, y en los conceptos emitidos a este respecto, no ahora, cuando surge esta contienda de competencia, sino permanentemente por juristas de gran calidad y de todas las ideologías políticas.

En primer lugar, ¿qué es una contienda de competencia? Curiosamente, los tratadistas señores Juan Colombo, actual miembro del Tribunal Constitucional; Mario Casarino, una eminencia en materia de Derecho Procesal, de Valparaíso, y José Quezada, profesor de la misma especialidad en varias universidades, y constitucionalistas como los señores Carlos Andrade Geywitz, Alejandro Silva Bascuñán y Guillermo Bruna han opinado unánimemente que la contienda de competencia se produce toda vez que dos órganos, sean jurisdiccionales o administrativos, se creen o no competentes para conocer de una materia determinada. ¡Fíjense bien, señores Senadores: todos coinciden en ello! Y esto es muy importante, porque no puede haber una resolución general. Cada vez que entre tribunales se suscita un problema de competencia, se debe ir a los hechos para determinar si se aplican o no las reglas pertinentes. Cuando entre un organismo del Estado y un tribunal surge una contienda de esa índole, lo que en definitiva se denomina un "conflicto de jurisdicción", ¿a qué se debe? A que respecto de un asunto determinado y preciso ambos creen tener facultad para resolverlo. Pero no es un problema genérico, pues éstas son materias puntuales de resorte legal o constitucional que debe resolver la autoridad designada para ello.

En cambio, nosotros, por medio de la ley, establecemos normas generales de conducta, para el futuro. Esto produce una deformación conceptual para el Parlamentario, en cuanto estima que un asunto de estricto Derecho, de precisa naturaleza jurídica, puede salirse de la ley y resolver en forma genérica una materia contingente, no obstante que, por tratarse de una contienda de competencia, ésta se refiere a una situación específica y determinada. Y daré ejemplos.

En materia penal, cuando se discute si es competente un tribunal militar o uno civil, ¿puede dictarse un precepto general? ¿Puede el tribunal que conoce de esa contienda decir que, en lo sucesivo, en todos esos casos, tal tribunal va a ser competente? No, ése es un problema propio de ley. Y por eso fue necesario dictar las leyes Cumplido, en cuya elaboración participaron muchos señores Senadores. ¿Por qué? Porque no era un problema de contienda de competencia, sino uno de carácter genérico.

En el caso de que se trata, se pretende que el Senado, conociendo de una contienda de competencia precisa y determinada, dicte una norma general que, en el hecho, viene a modificar la Constitución, específicamente su artículo 20, como lo voy a demostrar. Es decir, con el argumento de que somos un cuerpo político, vamos a enmendar un precepto constitucional por simple mayoría de votos, se pretende quórum de dos tercios de los Senadores en ejercicio que se requiere para ello.

En esta Sala, el señor Contralor mencionó el hecho de que yo no había citado en su totalidad al profesor Colombo en mi proposición de fallo. No lo hice, porque quería citarlo aquí, precisamente en el Congreso Nacional, para demostrar que la cita omitida es coincidente con mi planteamiento.

Dice el profesor Colombo: "Ahora bien, ¿es efectivo que se produzcan en todos estos casos contiendas de competencia? Creemos que no. Las contiendas de competencia" -señores Senadores, les pido atención: éste es el quid del problema- "deben producirse sólo entre órganos que gocen de una función análoga; si se produce un conflicto o contienda entre un órgano jurisdiccional y un órgano administrativo, no se produce una contienda de competencia".

De esta manera, los tratadistas tocan dos elementos fundamentales: para que haya contienda de competencia, debe tratarse de un mismo asunto, de una misma materia, y ambos órganos deben tener competencia análoga.

El conflicto de jurisdicción se produce entre un tribunal y un órgano administrativo, para resolver sobre una misma materia, sobre un mismo caso. Así, el Presidente de la República puede sostener: "Yo tengo la potestad de exonerar a este funcionario en virtud del Estatuto Administrativo, y, en consecuencia, dicto el decreto de destitución.". Otro organismo del Estado puede refutar sosteniendo: "No, señor. Yo tengo ese poder.". O un tribunal podría resolver: "No tiene ese poder.". Ahí estamos frente a un conflicto de jurisdicción. Pero ¿frente a qué? Frente a ese caso específico de destitución.

Recordemos, en este momento, que el Senado está resolviendo como órgano jurisdiccional, y, aunque no les guste a muchos, quien ejerce jurisdicción en cuanto resuelve un conflicto temporal de orden jurídico, es tribunal de justicia. Ahora bien, todos los tratadistas coinciden en esto. Veamos ahora la opinión de los constitucionalistas.

Don Carlos Andrade Geywitz en su obra "Elementos de Derecho Constitucional Chileno" (página 596, "Contiendas de competencia"), define: "Las contiendas de competencia con las controversias que se suscitan entre dos o más Tribunales y autoridades acerca de quién debe conocer una determinada materia.".

Y asevera don Alejandro Silva, constitucionalista: "Contienda de competencia es la disputa que se promueve entre dos autoridades o tribunales en razón de que los dos consideran que tienen o carecen de atribuciones suficientes para resolver determinado asunto".

El profesor Guillermo Bruna, por su parte, señala: "Tampoco me parece adecuado que el Sr. Contralor, en el planteamiento de la contienda, quiera darle efectos generales, y pida al Senado una declaración para todas las Cortes de Apelaciones, ya que la contienda debe circunscribirse entre dos o más tribunales o autoridades respecto a un problema concreto en que se atribuyan o nieguen competencia, pero no a casos futuros o hipotéticos.".

Creo que las opiniones de estos tratadistas constitucionalistas y de personas ajenas a todo interés, son claras para demostrar que la generalidad no cabe, sino que al Senado sólo corresponde pronunciarse sobre si acoge o si rechaza la contienda de competencia.

Pero, señores Senadores, ¿hay contienda de competencia? Esta es la primera pregunta que hay que hacerse.

Si estamos contestes en que, para que exista contienda de competencia, dos autoridades deben atribuirse la facultad de resolver un problema, analicemos los casos que se nos han planteado.

¿De qué conoce la Contraloría General de la República en la toma de razón? Quiero ser muy preciso, porque aquí se ha hablado del trámite de toma de razón. Este constituye un trámite jurídico administrativo; es un acto administrativo que el Contralor está obligado a realizar de oficio, por sí mismo, ajeno a los interesados y a cualquier autoridad, el cual consiste en la fiscalización jurídica del acto para determinar administrativamente si se ajusta o no a la Constitución y a la ley. O sea, el Contralor no resuelve un conflicto entre partes, porque no hay conflicto. Lo que hace es única y exclusivamente un examen jurídico del acto para fiscalizar su legalidad, y determinar si se ajusta o no a derecho. Y fíjense bien Sus Señorías, por lo importante que es esto: el trámite de toma de razón determina si el acto jurídico que pretende la autoridad se transforma en un acto administrativo real con plenos efectos jurídicos o queda en la etapa de proyecto, de mera intención.

Es muy simple exponer un ejemplo. Si el Presidente dicta un decreto supremo sujeto a toma de razón, al no ejecutarse ese trámite, ¿puede cumplirse? No. Y si se cumple, es nulo, y se incurre en sanciones. De manera que el acto de toma de razón es un acto jurídico administrativo, el examen de legalidad que el Contralor debe cumplir por sí o por delegación expresa que la ley sólo autoriza en el Subcontralor o en los Contralores regionales, y no en cualquier funcionario, sin escuchar a nadie y sin atender a los intereses de quienes puedan estar involucrados. Analiza el actuar, el proceder del ente administrativo que dicta la resolución o el decreto. La toma de razón es una facultad potestativa del Contralor General de la República.

Sin embargo, aquí se plantea una contienda de competencia, o más propiamente, un conflicto de jurisdicción, en razón de la interposición de un recurso de protección. Quisiera preguntar a los señores Senadores, especialmente a los Honorables colegas que van a impugnar esta teoría: el recurso de protección, ¿tiene por objeto revisar o analizar la legalidad del acto jurídico? Con recurso de protección o sin él, ese acto jurídico tomado de razón por la Contraloría, ¿adquiere o no pleno valor? Sí. ¿Y si no lo aprueba la Contraloría? No adquiere valor.

Para que exista recurso de protección se requiere que una persona se sienta afectada. ¿En qué? En el ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado. ¿Por qué? Por un acto arbitrario o ilegal de cualquier persona. Y por eso la Constitución dice "El que"; y en las Actas de la Comisión Redactara quedó en claro que la expresión "El que" comprende la universalidad de personas naturales, o jurídicas, autoridad o particulares.

En consecuencia, señores Senadores, ¿es lo mismo el trámite de toma de razón que el recurso de protección? ¿Persiguen la misma función pública? Obviamente, no; no la persiguen. Porque, para que proceda el recurso de protección se requiere que haya privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de un derecho; que la persona afectada deduzca el recurso; que la conculcación del derecho se deba a arbitrariedad o ilegalidad en el proceder de alguien; y más aun: que se trate de uno de los derechos que establece expresamente la Constitución Política de la República en su artículo 20.

Frente a un recurso de protección fundado en que el Contralor nombrado ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad en el acto jurídico que realizó, no estamos examinando el aspecto administrativo; estamos examinando la actuación jurídica de un funcionario público. Obviamente, la situación es distinta. Tan así es que si la Corte encuentra que no ha existido arbitrariedad ni ilegalidad, debe rechazar el recurso de protección. Es más: aun encontrando que sí hubo arbitrariedad o ilegalidad, pero que ello no afecta alguno de los derechos constitucionalmente establecidos en el artículo 20 de la Constitución, también debe rechazarlo. Agreguemos que, si efectivamente estima que el acto fue arbitrario o ilegal, que perturbó, privó o amenazó el ejercicio de un derecho que no está constitucionalmente amparado, también debe rechazarlo.

Entonces, señores Senadores, ¿cómo podemos sostener en la Sala del Senado, jurídicamente, que la Contraloría y la Corte de Apelaciones, cuando se encuentran en presencia de un recurso de protección, están conociendo de una misma materia? La primera actúa administrativamente, en la toma de razón, en tanto que la segunda interviene en el plano jurisdiccional. El primero es un acto administrativo y el segundo, un acto jurisdiccional.

Pero quiero ir más allá. Tengo aquí justamente un artículo del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile don Gustavo Fiamma, que dice: "A través de la referida contienda se pretende oponer dos instituciones de rango orgánico constitucional, como lo son el recurso de protección y la toma de razón, presentándoselas como dos realidades excluyentes y contradictorias en el sentido de que esta última sería incompatible con la procedencia de aquél, en circunstancias de que han sido concebidas como mecanismos complementarios en el común propósito de preservar y asegurar la efectiva vigencia del Estado de Derecho.

"En efecto, el trámite de toma de razón responde a la necesidad de resguardar uno de los elementos básicos del Estado de Derecho, a saber, el principio de juridicidad administrativa. Por su parte, el recurso de protección ha sido institucionalizado para garantizar el elemento fundamental de la concepción del Estado de Derecho, es decir, el principio del respeto irrestricto de los derechos humanos."

Por lo tanto, no hay contienda de competencia.

Lamentablemente, en este momento no se encuentra en la Sala el señor Presidente del Senado, porque lo habría invocado como testigo ante lo que señalaré. Cuando estuvo aquí el señor Contralor, yo pedí autorización para hacerle la siguiente consulta, la cual, por lo demás, se halla contestada en el propio informe de la Comisión: "Señor Contralor, en estos dos recursos de protección, respecto de los cuales sostiene que le están impidiendo ejercer sus funciones, usted tomó razón en uno de los casos. ¿Intervino la Corte? ¿Le impidieron tomar razón? ¡No! Usted ejerció su potestad administrativa, como lo pueden hacer el Presidente de la República y cualquier autoridad dentro de sus facultades. No hubo injerencia ni intervención de los tribunales de justicia. En cuanto al otro caso, que es el único que está vigente, la Contraloría dijo: "No tomo razón; represento el acto". ¿La Corte le impidió de algún modo ejercer su función? ¡No!".

¿Dónde está la interferencia de la Corte, entonces? Ahí se produce la confusión. Porque se pretende que el Contralor no puede cometer errores ni arbitrariedades, ni aplicar mal la ley, y el recurso de protección, por su parte, tiene por objeto salvaguardar los derechos del particular garantizados por la Constitución, cuando estos han sido afectados por un acto arbitrario e ilegal.

Sobre el particular, tengo a la mano un fallo -y es bueno que los Honorables colegas lo conozcan- en el cual la Corte demuestra la ilegalidad en que incurrió un Contralor regional. Dice, precisamente, su texto: "Una resolución administrativa que se encuentra exenta del trámite de la toma de razón y sólo sujeta al de registro por parte de la Contraloría General de la República o regional, en su caso, no puede ser rechazada por este órgano fiscalizador en su registro, pues carece de facultades legales para ello. Resulta, por lo tanto, ilegal, y además arbitraria, la conducta de la autoridad contralora de pretender llevar a cabo, respecto de actos administrativos exentos, un examen correspondiente a actos sujetos a la toma de razón, pues significa actuar fuera del marco legal, excediendo sus atribuciones y adoptando una discriminación injustificada para un caso particular."

¿Se dan cuenta, señores Senadores, de lo que pasaría si pusiéramos a la Contraloría en este papel de ser intocable; de que se concluyese que el Contralor no puede cometer errores jurídicos que signifiquen estar al margen de la legalidad o incurrir en arbitrariedades.

Por lo anterior, y dado que tenemos poco tiempo, quiero entrar de hecho a la historia de si es factible o no que el acto jurídico por el cual el Contralor realiza el examen para la toma de razón puede ser controlado jurídicamente.

En primer lugar, deseo aclarar una materia que se discutió recién. Un señor Senador que me precedió en el uso de la palabra dijo textualmente que "jamás se quedará en la indefensión".

Honorables colegas, quiero recordar -porque a ustedes les interesa- las palabras que escuché durante el Régimen militar y que provenían de autoridades de Gobierno, cuando se interpusieron recursos de protección en

contra de los rectores universitarios. ¿Qué me dijo el entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Hugo Rosende, en los pasillos de la Corte? "¡Pero, Miguel, qué barbaridad estás haciendo al defender el recurso de protección! ¿No te das cuenta de que se acaba la independencia universitaria? ¿No te das cuenta de que se está vulnerando la autonomía de la Universidad?". ¿Y por qué sostuve la procedencia del recurso de protección? Porque a un alumno expulsado de una de ellas se le violó su derecho en virtud de un acto arbitrario.

Con la teoría de la inviolabilidad que se pretende sostener aquí, tampoco podría haberse recurrido en contra del rector de una universidad autónoma, y se habría conculcado un derecho garantizado constitucionalmente.

Señor Presidente, en lo que respecta a lo aseverado en el sentido de que no se quedará en la indefensión, quiero señalar tres ejemplos. Tengo aquí a la mano el recurso de protección respecto del cual hubo un desistimiento. Pero el informe de la Comisión en ninguna parte dice contra quién fue deducido. Y lo voy a leer: "Que, en conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección, vengo en deducir el presente recurso de protección en contra del ex Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar, bajo cuya administración se generó el acto ilegal y arbitrario en que se funda el presente recurso; de los señores José Tohá González y Germán Molina Valdivieso, a la fecha del acto que motiva este recurso, Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Transportes y Telecomunicaciones, respectivamente,"...

El señor BITAR.- Es Jaime Tohá, señor Senador. Don José Tohá murió.

El señor OTERO.- Perdón, señor Senador, pero estoy leyendo textualmente. Si el error fue del recurrente, no me lo rectifique a mí, Su Señoría.

Continúo con la cita: ..."y de don Alvaro García Hurtado, actual Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, y en contra de don Osvaldo Iturriaga Ruiz, Contralor General de la República."

De acuerdo a la teoría enunciada por el señor Senador que me precedió en el uso de la palabra, por el solo hecho de mencionarse que uno de los autores de la posible ilegalidad o arbitrariedad es el Contralor, en cuanto tomó razón del decreto supremo, nosotros tendríamos que decir que la Corte de Apelaciones no debió admitir a tramitación este recurso de protección, y la presunta inmunidad del Contralor se extendería precisamente al Presidente de la República y a los Ministros. Pero aquí se ha reconocido en forma expresa que ellos sí pueden ser recurridos de protección. Entonces, ¿hay o no un contrasentido jurídico evidente? Obviamente que sí.

Ahora, en lo atinente a la toma de razón, la Contraloría tiene 30 días de plazo para pronunciarse sobre el acto, y en algunos casos se ha demorado hasta 60, y más. Si se expresa que la toma de razón no es un acto jurídico administrativo que le da valor al decreto, conviene tener en cuenta que antes

de que se lleve a cabo dicho trámite el decreto es jurídicamente inexistente: no produce efecto alguno. En eso están de acuerdo todos los tratadistas. Y cito especialmente a don Manuel Daniel y a don Eduardo Soto Kloss, cuyos argumentos no han sido expuestos ahora, sino en los trabajos relativos a la Contraloría General de la República, desde 1970 en adelante.

Para que tengamos claro el tema, debo decir que no basta con nombrar al Contralor. De lo contrario, este recurso precisamente tendría que haber sido declarado inadmisibile y la Corte no podría haberlo tramitado.

Repito: ¿cuál es la fecha de un decreto? Ella es siempre 30, 40 ó 60 días anterior al acto de toma de razón. ¿Y cómo uno podría recurrir en contra de ese decreto, si para poder ir de protección sólo dispongo de 15 días de plazo, contados desde la fecha del decreto?

Señores Senadores, ¡lean, por favor, el auto acordado! Es decir, si se aplicara la teoría, nunca podría recurrirse de protección contra una resolución de la cual se ha tomado razón. ¿Por qué? Porque el recurso sería extemporáneo. Por eso, el plazo se cuenta desde que el decreto ha sido totalmente tramitado, esto es, cuando ha adquirido plena validez legal, y ello hace posible que el recurso contemple la posible ilegalidad o arbitrariedad en que haya incurrido el Contralor al tomar razón.

De otro lado, si se representa un decreto o resolución, no hay acto jurídico. ¿Podré recurrir contra el Ministro o la autoridad que lo dictó? El Ministro va a decir: "Yo lo dicté y cumplí. No me lo diga a mí, sino al Contralor". "¡Ah! ¡Es que el Contralor es intocable!". ¿Puedo hacer algo? ¡No! ¡Estoy en la más absoluta indefensión!

Por eso, es importante analizar la historia...

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Le quedan dos minutos, señor Senador.

El señor OTERO.- Señor Presidente, así como en el caso anterior, quiero pedir a la Sala que me permita extenderme más, porque me parece que éste es un tema de tal trascendencia, que amerita que el Senado dé su asentimiento.

El señor LARRE.- Cedo tiempo a Su Señoría.

El señor LARRAÍN.- El Senador que habla, también.

El señor DÍAZ.- La Democracia Cristiana no tiene inconveniente en que, con cargo a su tiempo y siempre que se trate de un lapso razonable, el Honorable señor Otero ocupe unos minutos más.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Muy bien. Entonces, queda extendido el plazo.

Puede proseguir, señor Senador.

El señor OTERO.- Gracias, señor Presidente.

Del mismo modo, agradezco mucho al Comité Demócrata Cristiano. Me parece que eso es practicar el "fair play".

Señor Presidente, en la sesión 319a, en 4 de septiembre de 1977, página 1659, el constitucionalista don Raúl Bertelsen, refiriéndose al control jurídico de la Contraloría, explicaba:

"Es netamente de tipo fiscalizadorio. O sea, el organismo contralor vigila, está atento a que un decreto supremo cumpla las exigencias legales y constitucionales; si estima que no las cumple, lo representa. Ahora, quien decida en último término si ese decreto supremo se ajusta a derecho no debe ser la Contraloría. Es decir, ésta fiscaliza, pero, en definitiva, no controla. Quien vaya a controlar tendrá que ser la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional."

A continuación, haciendo una distinción entre fiscalización, como sinónimo de vigilancia especial, y control, que en el fondo implica una decisión, enfocaba el diverso ámbito de acción de la Contraloría. Es decir, en la historia de esta norma constitucional, en la cual se basaba la argumentación anterior, queda absolutamente claro que las decisiones de la Contraloría están sujetas a la revisión judicial.

Pero hay más. Y fíjense, señores Senadores, que voy a invocar documentos de la propia Contraloría. Voy a demostrar, con antecedentes del mismo órgano contralor, que lo que está sosteniendo hoy día es una reversión absoluta de lo que sostuvo ayer; es una reversión absoluta de lo que informó a Presidentes de la República; es una reversión absoluta de lo que señaló a la propia Comisión Constituyente.

La Contraloría General de la República, en oficio de 24 de abril de 1978, enviado a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución por el mismo Contralor que hoy desempeña el cargo, señor Osvaldo Iturriaga, precisa el sentido y alcance que debe asignarse a la autonomía que la futura Carta Fundamental habría de reconocer al órgano contralor.

Se expresa, textualmente:

"Cabe señalar, primeramente, la conveniencia de establecer en la parte inicial del primero de los artículos del proyecto, después de la referencia a la Contraloría General como un organismo autónomo, una disposición tendiente a consignar el principio de independencia de esta Entidad respecto de todos los Ministerios, autoridades y servicios de la Administración del Estado, como lo previene el artículo 1° de la ley 10.336. Ello, por cuanto dicho principio es de la esencia de la función de control y, por ende, constituye elemento básico dentro de la normativa orgánica de la Contraloría General de la República, y atendido que no aparece perfecta y cabalmente recogido

con la sola connotación de Organismo autónomo, dado el sentido y alcance de este término".

Y el Contralor propuso la siguiente disposición:

"Un organismo autónomo, independiente de todos los Ministerios, autoridades y servicios de la Administración del Estado"...

Es decir, esta autonomía estaba en relación con las personas que la Contraloría debía fiscalizar, pero ella nunca pretendió una autonomía respecto del control judicial de la legalidad o de la arbitrariedad con que podría actuar en sus decisiones.

Es más, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de diciembre de 1990, a raíz de una contienda de competencia entre la Contraloría y el Presidente de la República, expresa: "3°. Que el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina," -o sea, no es sólo el fallo; el fallo acoge la doctrina- "una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales;

"4°. Que de las instancias que pueden revisar el control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República se incluyen las que puede realizar tanto al Tribunal Constitucional como a los tribunales de justicia;".

El profesor de Derecho Constitucional señor Salvador Mohor -cuya opinión ha sido citada en distintas oportunidades- señala concretamente sobre este particular:

"Desde otro ángulo, conviene hacerse cargo de la argumentación sustentada por la Contraloría en apoyo de sus pretensiones, a saber, que se encontraría investida por mandato constitucional de un carácter de autonomía, en virtud del cual sus decisiones serían incontrovertibles por cualquier otro órgano del Estado. Al respecto debe precisarse que la Contraloría General de la República goza de una autonomía relativa y no absoluta, concebida sólo como un medio de asegurarle el grado de independencia que requiere para el cumplimiento efectivo de su labor fiscalizadora frente a los demás órganos que integran la Administración del Estado, pero en caso alguno para independizarse del control de los demás órganos del Estado, es decir, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, Tribunales de Justicia y Consejo de Seguridad Nacional, entre otros. Semejante pretensión se opone claramente al diseño constitucional de la estructura orgánica del Estado, según la cual todos los órganos estatales están subordinados al Derecho y la infracción de éste genera las responsabilidades y sanciones que la Constitución y las leyes establecen (artículos 6 y 7).".

A mayor abundamiento, señores Senadores, en el Senado de la República se encuentra, desde el 8 de mayo de 1992, el proyecto de Ley Orgánica

Constitucional de la Contraloría, contenido en el mensaje 542-323, de Su Excelencia el Presidente de la República de entonces, quien expone lo siguiente:

"Al respecto, dispuse que el tema fuera estudiado por la Secretaría General de la Presidencia con la participación de una comisión de especialistas y también con la colaboración de la Contraloría General," -o sea, la Contraloría ayudó a preparar las normas de la iniciativa- "elaborándose finalmente el texto del proyecto que someto a vuestra consideración".

¿Y saben Sus Señorías qué dice el artículo 5° del proyecto que se encuentra en el Senado?

Dicho precepto dispone:

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

Señores Senadores: 1992, Gobierno del Presidente Aylwin, proyecto de ley hecho con la Contraloría General de la República.

Y aún hay más. Creo que en esta Sala no hay ningún Senador que discuta, por ejemplo, la calidad académica, moral e intelectual del profesor don Manuel Daniel Argandoña.

¿Que dijo él, en 1977, respecto de esta materia? Lo siguiente:

"En consecuencia, dándose los requisitos exigidos," -se refiere a los elementos del recurso de protección- "la Contraloría General de la República no está excluida, en su calidad de autoridad u órgano contralor, de ser calificada como sujeto pasivo del recurso.

"Del mismo modo que en el análisis que hicimos del art. 38, en relación con la acción contencioso administrativa que él consagra, en este caso del recurso de protección habría que determinar si es posible, jurídicamente, que la Contraloría General de la República, en el control previo de los decretos o resoluciones o en sus dictámenes, cause alguna de las formas de lesión que autorizan para impetrar la protección."

Y concluye señalando -para no extenderme demasiado, sugiero a los señores Senadores leer el tratado, que se titula "Control Jurisdiccional sobre las Decisiones de la Contraloría General de la República", publicado en la Revista de Derecho Público, volumen 29/30, de 1981-:

"El recurso de protección establecido en el art. 20 del texto constitucional debe ser admitido, si reuniéndose los requisitos que la disposición exige, se deduce contra las resoluciones del Contralor General, y también si se interpone contra sus dictámenes, en atención a que éstos pueden producir

de suyo efectos sobre los administrados y constituir por eso perturbación o privación del legítimo ejercicio de derechos protegidos.

"El mismo recurso de protección debe ser admitido si, dándose las demás condiciones exigidas, es deducido contra el pronunciamiento emitido por el Contralor General en la toma de razón de los decretos supremos o las resoluciones de jefes de servicios, en atención a que, en tal caso, podría constituir una amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho protegido, en los términos del citado artículo 20."

Tengo en mi poder, además, un antecedente de cuya seriedad ningún señor Senador que no pertenezca a nuestras bancadas podrá dudar. Me refiero al informe que aparece en la Bitácora Legislativa del PAL (Programa de Asesoría Legislativa), corporación que preside don Edgardo Boeninger. Según se me ha expresado, un consejo editorial integrado por seis distinguidos abogados y dos economistas revisa sus informes antes de ser emitidos.

¿Y qué concluye el PAL? No deseo dar lectura al texto completo del informe. Pero quienes están identificados con la seriedad de esta corporación - también la reconozco- deben leerlo, porque sus conclusiones son muy claras.

En una de sus partes dice:

"La contienda de competencia planteada por la Contraloría significa resolver dos cosas:

"a) En primer lugar, si existen actos de alguna autoridad que están exentos del control jurisdiccional. El punto es importante porque la Constitución encarga a los tribunales conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado. En otras palabras, corresponde a los tribunales el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promueven en el orden temporal, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que intervengan en ellos. Por otra parte, la Constitución garantiza el derecho a la defensa que tiene toda persona.

"En consecuencia, resolver la contienda de competencia en favor de la Contraloría significa que sus actos no son justiciables y que, respecto de ellos, no hay derecho a defensa por la vía del recurso de protección. Es decir, que la tutela judicial efectiva se ve seriamente afectada." (no son opiniones del Senador Miguel Otero, sino del PAL, de seis distinguidos abogados y dos economistas, dirigidos por el señor Edgardo Boeninger).

"b) En segundo lugar, significa desentrañar la diferencia fundamental que existe entre el control de legalidad que ejerce la Contraloría y la tutela de derechos que ejercen los tribunales a través del recurso de protección. Ambos controles son jurídicos, pues su parámetro de referencia es indisponible, no puede ser cambiado por el agente de control. Sin embargo, la diferencia radica en que si no hay amenaza, privación o perturbación de un derecho constitucionalmente garantizado, el recurso de

protección no puede ser acogido, aun cuando el acto sea ilegal o arbitrario. En cambio, si un acto se conforma a la ley, la Contraloría debe darle curso, aunque ello redunde en una amenaza, privación o perturbación.

Y agrega: "Es importante consignar que la Contraloría tiene una autonomía orgánica y funcional. Desde la primera perspectiva, no recibe instrucciones ni está sujeta a la dependencia jerárquica de otros órganos constitucionales. Desde la óptica funcional, significa que le corresponden una competencia y una función pública privativa. Sin embargo, esta autonomía tiene límites. Desde luego no es un poder del Estado, es decir, su autonomía no es equivalente a soberanía. Además, debe actuar enmarcada en la Constitución y dentro de sus competencias.

"De ahí que sea posible un control judicial, pues éste no tiene otro propósito que velar por el respeto a la Constitución de modo que ningún derecho sea amenazado, perturbado o privado por un acto arbitrario o ilegal."

Señor Presidente, no he estado dando opiniones propias. He leído a tratadistas, a profesores de Derecho, a institutos de apoyo legislativo, que nos merecen pleno respeto. Podría seguir leyendo. Pero prefiero dejar a disposición de los señores Senadores las demás opiniones, que coinciden con lo que he señalado.

El último punto se refiere a la proposición que se hace al Senado de resolver en forma genérica.

Decir que las Cortes de Apelaciones no pueden admitir a tramitación un recurso de protección es inconstitucional, porque viola los artículos 6° y 7° de la Carta. ¿Por qué? Porque el artículo 20 del Texto Fundamental impone a las Cortes de Apelaciones la obligación de admitir a tramitación los recursos de esa índole, sin importar si están mal fundados o no corresponden. O sea, el Senado está diciendo: "Cada vez que se interponga un recurso que mencione al Contralor General de la República con motivo de una toma de razón, usted, Corte de Apelaciones, no debe cumplir el mandato del artículo 20 de la Constitución."

Esa es una reforma del artículo 20, que se ubica precisamente en uno de los capítulos de la Carta Fundamental que sólo pueden ser reformados con la aprobación de las dos terceras partes de los Diputados y Senadores en ejercicio.

Por lo tanto, esa proposición constituye una violación flagrante a la norma imperativa del ya citado artículo 20.

Se nos podrá hablar de la teoría. Se nos podrá decir que somos un organismo político. Pero ello no nos permite salirnos de los artículos 6° y 7° de la Carta (este último establece que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas, ni aun a pretexto de circunstancias excepcionales, pueden

atribuirse autoridad o derechos distintos de los que se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes).

Al Senado se le ha otorgado la facultad de resolver una contienda de competencia. Aquí se recordó el recurso de protección entablado contra un Presidente de la República, algunos de sus Ministros y el Contralor, y se expresó que él procedía. ¿Cómo se concilia eso con la afirmación de que no debe admitirse el recurso de protección cuando está mencionado el Contralor?

Por eso di lectura a la parte pertinente de aquel recurso. Sin embargo, a mi juicio, él no existe, porque hubo desistimiento. Por lo tanto, no cabe pronunciarse.

En el segundo caso traído al debate hay personas afectadas, pues la Contraloría rechazó una resolución que les otorgaba derechos. Y como acerca de ella no ha habido toma de razón, éstos se hallan en el aire. Es decir, a los afectados se les han amenazado derechos. Y reclaman, porque aquélla se ha representado violándose la normativa legal.

¿Saben, señores Senadores, qué hizo la Corte de Apelaciones? Estimó que la Contraloría General de la República ha actuado bien y rechazó el recurso de protección. Sostuvo que el órgano contralor actuó dentro de la ley y sin arbitrariedad, y que, por lo tanto, dicho recurso es improcedente.

¿Por qué se quiere eximir a la Contraloría General de un control jurídico del que ni siquiera escapa el Presidente de la República?

Señores Senadores, la responsabilidad individual de cada uno de nosotros es muy grande, por las razones que he dado. Aquí no está en juego el orgullo de ninguno de los presentes. Aquí nadie tiene el patrimonio de la verdad. Aquí solamente tenemos un deber moral: atenernos a la Constitución para que efectivamente haya institucionalidad en el país.

Por tal razón, señor Presidente, solicito que después de que terminen de exponerse los argumentos no procedamos a votar de inmediato, sino que enviemos el informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, a fin de que analice el debate y vea manera de ajustar su dictamen a las ideas expresadas en esta Sala. Si ello no fuera posible, tendríamos que votar.

En cualquier caso, quiero señalar que, a diferencia de lo que sostuvo un señor Senador con anterioridad, guste o no guste, el Senado se encuentra resolviendo un conflicto jurídico, lo cual implica que está ejerciendo jurisdicción. Y todos los tratadistas del mundo, sin excepción, reconocen que cuando un organismo, cualquiera que sea su denominación, ejerce jurisdicción actúa como tribunal. Obviamente, no nos son aplicables todas las reglas de los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil. Pero no cabe duda alguna de que en una materia de esta trascendencia, que se resuelve caso a caso -no puede zanjarse en forma general, porque no se trata de una ley de la República-, cada uno de nosotros debe sentar su propia

opinión, ya que está asumiendo una responsabilidad histórica y señalando de qué manera cree que debe aplicarse la Constitución.

He dicho.

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

El señor DÍEZ.- Señor Presidente, no voy a hacer la defensa de la Contraloría ni de los tribunales de justicia. Lisa y llanamente, me propongo hacer la defensa del informe de la Comisión de Constitución, el cual, en la mayor parte de sus considerandos y declaraciones, no guarda relación con lo que a su respecto expuso el señor Senador que me precedió en el uso de la palabra. Su Señoría ha seguido la fácil táctica de los abogados: construir un hombre de paja para luego destruirlo.

Ese organismo jamás ha pretendido modificar la Constitución Política del Estado. Conocemos de más los quórum que se necesitan para reformarla. Nunca pensamos interpretar la Carta Fundamental en un dictamen, porque somos viejos abogados y no ignoramos que sólo es posible interpretarla mediante una ley de quórum especial, no a través de la opinión de una comisión legislativa.

Tampoco venimos a aseverar que el Contralor queda exento del recurso de protección, como incontables veces ha dicho el señor Senador en el transcurso de su alegato. Al contrario, sostenemos que queda sujeto a él.

No afirmamos que los tribunales deben excusarse de conocer esos asuntos y, por ende, negarse a admitirlos a tramitación. Lo que señalamos es lo que expresa la Constitución: los tribunales de justicia deben actuar dentro de la esfera de su competencia.

En consecuencia -no usaré palabras demasiado técnicas, para que los Honorables colegas que no son abogados comprendan el problema-, se trata de que el Senado haga exactamente lo que dice la Carta Fundamental -y la prefiero a los tratadistas-: resolver las contiendas que se susciten entre los tribunales superiores de justicia y las autoridades políticas o administrativas. De manera que hay dos materias distintas: la relativa a los tribunales y la vinculada a lo administrativo. Aquí no se aplica nada de las contiendas de competencia del Código de Procedimiento Civil, porque en este caso no hay partes que presenten contiendas de competencia, ni tampoco derechos de partes que debemos determinar.

Entonces, ¿a qué debemos atenernos? Nada más que a la Constitución, en lo que respecta a los problemas de jurisdicción. Pero jurisdicción no significa "juzgar"; quizá sea ésa la expresión del Código de Procedimiento Civil. En verdad, conforme a la primera acepción que contempla el Diccionario de la Real Academia Española, significa "Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio."

Por tanto, estamos ante un conflicto de jurisdicción; no me cabe duda alguna.

Tampoco vale el hecho de decir: "Los tribunales van a pronunciarse judicialmente. El Contralor no tiene facultades judiciales, sino administrativas. En consecuencia, no se topan". Pero los tribunales pueden decir al Contralor: "Tome razón" o "No tome razón". ¿Y hay aquí una contienda de competencia? De acuerdo con la Constitución, evidentemente que sí.

Ahora, ¿por qué nos corresponde resolver esa contienda? Porque, si bien no somos un cuerpo judicial -y el Reglamento lo reconoce muy bien-, somos un cuerpo superior al que se ha encargado interpretar la Carta Fundamental cuando hay colisión entre partes del Estado. Nada más.

¿Por qué no entregamos el problema al Tribunal Constitucional, como se hace en España, Alemania y otros países, donde se llama a estas situaciones de una manera mucho más simple: "Conflictos constitucionales"? Y eso son: conflictos constitucionales. No lo hacemos porque hemos conformado un Tribunal Constitucional distinto del que existe en aquellas naciones. En el nuestro participan tres Ministros de la Corte Suprema. De modo que no podíamos entregarle la responsabilidad de resolver los conflictos suscitados con ella.

En su oportunidad, debimos tomar una determinación: confiar al Tribunal Constitucional la resolución de los conflictos o integrar éste con tres Ministros de la Corte Suprema, a fin de darle un carácter absolutamente jurídico y no político. Y por tener fe en la seriedad de nuestros tribunales superiores de justicia, dejamos a tres de sus miembros conformar el Tribunal Constitucional y mantuvimos la antigua tesis de la Carta de 1833, que entregaba al Consejo de Estado la facultad de resolver las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Ello, mucho antes de que existieran las teorías modernas de la competencia, de la jurisdicción, etcétera, y mucho antes del propio Código de Procedimiento Civil.

Esa es la contienda.

¿Cuáles son los preceptos de la Constitución en disputa? El artículo 20, que crea una acción denominada "recurso de protección", a la que quiero entrañablemente. En 1972 presenté en la Cámara de Diputados un proyecto tendiente a crearlo, junto con el señor Mario Arnelo. Como no fue tramitado, lo presenté en el Senado en 1973, en compañía de don Sergio Onofre Jarpa. Y como tampoco se tramitó, lo sometí a consideración de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución apenas entró en funciones. Y el texto que figura en la Carta Fundamental, comas más comas menos, es el mismo del proyecto original, elaborado por profesores de la Universidad de Chile, a quienes respaldé con voluntad política, para transformar la idea en realidad, cada vez que pude: como Diputado, como Senador y como miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

Por tanto, no se me puede achacar la intención de tratar de disminuir el recurso de protección, puerta abierta para que los tribunales interpreten la ley y defiendan los derechos de las personas. Nadie pretende cerrar la puerta; pero, sí, mantenerla. Y pretendemos perseverar en el funcionamiento de todo el Estado, porque no se puede interpretar un artículo de la Constitución separado de su resto normativo.

Y en todo esto, se ha olvidado que la Carta Fundamental, por una parte, dice que cualquiera persona puede ser objeto del recurso de protección, y por otra, da atribuciones a autoridades del Estado. A nosotros nos otorga la facultad de legislar, y también podemos ser recurridos de protección. ¿Cómo? ¿Podría invocarse diciéndole a la Corte de Apelaciones de Valparaíso que nos dé orden de no innovar, para suspender la tramitación de un proyecto de ley, porque afecta los derechos de las personas? ¿Es eso entender y aplicar debidamente, con la recta razón, la Constitución Política del Estado? Se trató expresamente en la Comisión de Estudio de la Constitución este caso, y el señor Ortúzar -su Presidente- sostuvo que se puede recurrir de protección en contra del Congreso Nacional, por ejemplo, si el Presidente de una de sus ramas ordena la detención de una persona. ¡Claro que cabe el recurso de protección! Y eso lo afirma el informe de la Comisión informante: nadie se exime de él. Sin embargo, para que tenga lugar, es necesario la aplicación de procedimientos ilegales o arbitrarios por parte de dichas autoridades. Y el ejercicio de las facultades que les son propias y que la Constitución encomienda a los distintos Poderes del Estado es evidentemente inatacable por el recurso de protección si éstos operan dentro del plazo debido y en el ámbito de sus atribuciones. El recurso de protección del Ministro señor Cereceda, presentado ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra del Senado de la República por el juicio político, con la tesis del distinguido señor Senador que me antecedió en el uso de la palabra, debió admitirse a tramitación, porque no puede ser negado. Se olvida que el artículo 73 de la Constitución insiste en que la actuación de los tribunales debe ser dentro de la esfera de su competencia. Somos un Estado de Derecho; cada Poder está reglado. ¿Qué hizo la Corte? No sólo nos pidió informe, sino que nos mandó una orden de no innovar. Y si ésta hubiera llegado al Senado antes de enviarse el oficio a la Corte Suprema, indicando que se había acogido la causal en contra del Ministro Cereceda, aún podríamos tener a éste sentado en ese Alto Tribunal.

Por lo tanto, hay que buscar, entre las diversas partes de la Constitución, la armonía respectiva. El Presidente de la República se halla sujeto al recurso de protección. ¡Claro que lo está! Si dicta un decreto arbitrario o ilegal, él y sus Ministros estarán sujetos a ese recurso, y no sólo se va a declarar nulo el acto, sino que aún responderán personalmente por el daño que han causado. ¿Puede presentarse un recurso de protección en contra de un decreto del Primer Mandatario que ordena promulgar una ley? ¿Puede recurrirse de protección en contra del Jefe del Estado que ordena promulgar un decreto? Sólo es posible entablarlo cuando él viola la ley o no la aplica a tiempo, como sucedería en el caso de que la autoridad no entrega un pasaporte dentro del

plazo razonable que corresponde, por la demora, y cabe también el apremio por la demora.

Aquí no estamos eximiendo a nadie, sino precisando, para que la Constitución funcione en forma completa. Pareciera que ésta no se ocupó de la Contraloría y que, en consecuencia, existiría un campo abierto, lo que no es así tratándose de las facultades exclusivas del Senado, del Presidente de la República. Es abierto respecto de la Contraloría, porque se ha dicho que ella no es un Poder del Estado. La Contraloría se regía por una ley. ¿Por qué se elevó a la categoría de organismo constitucional? Porque la Carta Fundamental de 1980 estableció un presidencialismo fuerte y para balancear este último se le dio a la Contraloría independencia, etcétera, y se le dio categoría superior. Es decir, constituya o no un Poder del Estado, es un órgano constitucional. Y el Texto Fundamental reglamentó el funcionamiento de la Contraloría.

Antes de entrar a ello, quiero dejar constancia de que la mayoría de los decretos de la Contraloría que dicen relación a los derechos de las personas, como los que se dictan en los estados de excepción, no están sujetos al trámite de toma de razón. Esto, para que vayamos precisando sus atribuciones. El decreto que declara el estado de sitio con acuerdo del Congreso, va a la Contraloría, pero las medidas que se tomen se expiden a través de decretos exentos. Y los estados de excepción se hallan regulados, con la facultad privativa del Congreso de ponerles término.

Pero, ¿qué establece la Constitución respecto a la Contraloría General de la República? Podría multiplicar los ejemplos concernientes al Congreso Nacional y al Presidente de la República. ¿Puede una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenar al Contralor que no tome razón del decreto del Ministerio de Defensa que fija el Alto Mando de las Fuerzas Armadas, porque un militar fue llamado a retiro sin razón, y dar orden de no innovar y dejar sin jefatura a éstas? No crean Sus Señorías que estoy dando ejemplos absurdos. El Presidente Aylwin solicitó la renuncia a tres embajadores; se entabló recurso de protección en favor de éstos y se pidió a la Corte que diera orden de no innovar, la que accedió a ello, y hasta por 1 año y 11 meses quedó vigente ésta. Durante ese tiempo el Ministerio de Relaciones Exteriores estuvo con tres embajadores menos, porque el Presidente no pudo nombrar sus reemplazantes en la planta, pues no había sido cursada la renuncia de los tres anteriores, por una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago. Debe tomarse en cuenta que si le entregamos competencia, ésta debe entenderse como competencia normal de los tribunales. En definitiva, se rechazaron los recursos de protección, pero el Primer Mandatario quedó privado de tres embajadores durante 1 año y 11 meses y, evidentemente, en situación que no dice relación con el prestigio y la dignidad de su cargo.

Podría citar otros ejemplos, pero quiero referirme a la reglamentación constitucional, la que no pretendo modificar ni interpretar. Y la resolución que

adopte el Senado no tendrá valor de cosa juzgada, sino para los casos en que ahora se pronuncie. Al igual como una sentencia judicial no es ley (aunque la Corte Suprema declare inaplicable una norma legal por inconstitucional), por elevado que sea el tribunal o por grave que sea la materia, la sentencia constituirá un antecedente moral, y mientras mejor sea ella, más grave y pesado es el antecedente moral. Nosotros hemos redactado un informe de Comisión no para interpretar la ley ni modificar la Constitución, sino para que el Senado creara un precedente -que los tribunales pueden seguir o no-, que no tiene más fuerza que sus propios razonamientos. Este informe, que yo vengo a defender, no reforma ni interpreta a la Constitución, no excluye al Contralor de la posibilidad de ser recurrido de protección ni tampoco deja de aplicar la Carta Fundamental. Porque, antes que la opinión de los tratadistas, hay que saber, primero, guiarse por lo que establece ésta y debe aplicarse su filosofía, no la del Derecho Administrativo -que es complementaria y se desprende de la Constitución-, que se ciñe a ésta, pero que jamás podría imponerse a ella. La teoría de los procesalistas debe adaptarse a la Constitución Política, pero no puede pretender sobrepasarla.

La Constitución define a la Contraloría como un organismo autónomo que, "con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración,". Debo advertir que la palabra "autónomo" no significa que esté fuera del control judicial; su sentido es completamente distinto. Las universidades son autónomas, los gobiernos regionales y las municipalidades también lo son, pero todos están sujetos al control de la juridicidad. Esto se refiere a la administración, y no al control de juridicidad que sobre ellos se pueda ejercer.

Más adelante, la norma constitucional señala que "fiscalizará el ingreso y la inversión" "de los servicios que determinen las leyes" y "examinará y juzgará las cuentas", etcétera, de todo lo cual se deduce que el Contralor General de la República no es un funcionario administrativo de cualquier naturaleza, por cuanto debe ser designado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, será inamovible en su cargo y cesará en él sólo al cumplir 75 años de edad.

¿Qué continúa diciendo la Constitución? Y pido a los señores Senadores que ponderen el sentido de las palabras y los verbos. "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría". ¿Es posible admitir que, frente a esta obligación que le impone la Carta Fundamental -la ley orgánica le fija un plazo-, puedan los tribunales darle orden de no innovar y de no tomar razón? Y cuando el Contralor les hace presente que debe atenerse a la Constitución en los juicios a que me refiero, le dicen que ello constituye rebeldía contra la Corte y que, si no lo cumple, se le aplicarán los apremios correspondientes.

A mi juicio, la debida interpretación de la Constitución es la que hace todos sus artículos aplicables, entre ellos el referente al recurso de protección y

el que manda al Contralor tomar razón. Pero la Carta va mucho más allá. Dice lo que sucede. Yo no imagino ni hago una teoría de lo que sucede. La Constitución -repito- lo dice: "Representará la ilegalidad de que puedan adolecer, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados.". Representa el Contralor, el Jefe del Estado insiste. Y no sólo puede representar los propios decretos presidenciales, sino también aquellos que dictan resoluciones delegadas, provenientes, por ejemplo de la Dirección de Aguas, de la Dirección de Obras Públicas, etcétera. ¿Qué es lo que ocurre en la realidad? El Contralor puede representar un decreto por contener defectos. El Presidente de la República lo retira y manda otro con las enmiendas pertinentes. Así ocurre en el 95 por ciento de los casos en que hay un decreto impugnado. Puede también rechazar un decreto por ilegal. El Primer Mandatario tiene dos posibilidades: o insiste o lo ordena archivar.

Eso es lo que dispone la Constitución.

El Presidente de la República puede verse enfrentado a otra situación.

"Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos." "Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir,". ¡Tampoco la Corte lo puede obligar, por un recurso de protección, a tomar razón! La Carta Fundamental lo señala. Y, si no se conforma con la representación de la Contraloría, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional, a fin de que resuelva la controversia.

Hay otro artículo que tenemos que calzar. Si el Contralor rechaza un decreto por inconstitucional, ¿puede recurrirse de protección para que se ordene al Contralor que tome razón? ¿Puede la Corte decir: "Señor Contralor, no puede innovar, no puede tomar razón ni rechazar"? ¿No puede producirse la posibilidad absurda de que el Tribunal Constitucional resuelva en forma distinta que la Corte de Apelaciones de Santiago? No hay armonía entre las disposiciones. Debemos aplicar la del recurso de protección y, al mismo tiempo (no las recomendadas por algún tratadista), aquellas en que la Carta Fundamental reglamenta específicamente esta cuestión.

¿Y qué derecho corresponde a las partes? Cuando el decreto se cursa, es decir, se toma razón de él, el Contralor ejerce su acción de control que, evidentemente, no produce cosa juzgada, sino que constituye control preventivo. Y la parte agraviada, o que se estima afectada, puede ejercer todos los recursos legales. ¡Todos! Uno de ellos es el recurso de protección, cuando afecta sus derechos personales; pero dispone de muchos otros para reclamar de la infracción de ley que le significa el decreto.

En esto no hay ninguna duda, y la situación es absolutamente clara. La resolución del Contralor no produce cosa juzgada, y los derechos de las partes están evidentemente garantidos por la vía de los tribunales.

Que no se nos diga que debe antes recurrir al recurso de protección porque así la cosa es más rápida. Ello no tiene ninguna consistencia jurídica ni moral. La rapidez de los tribunales no se puede conseguir a través de recursos que la Constitución establece con otros fines, muy serios, como son los derechos de las personas, para que no nos suceda lo mismo que con otros recursos cuya importancia ha disminuido porque se distorsionaron de tal manera que ya no sirven para velar por la recta administración de justicia, como es el caso del recurso de queja, por la acumulación que de ellos se produce.

El distinguido Senador que me precedió en el uso de la palabra preguntaba qué sucede cuando el Contralor no cursa un decreto; se demanda a la autoridad, y ésta, a su vez, contesta que no es su culpa porque ella lo mandó y el Contralor lo rechazó. Nunca he conocido una respuesta de ese tipo. ¿Qué dirá el Presidente de la República o el Consejo de Defensa del Estado? Dirá que se encontró razonable los puntos de vista del Contralor, por lo cual no se usó el derecho de insistencia, y se trabará la litis. ¿Y qué pasa en ésta? Gana el particular. La sentencia se cumple por un decreto y el Contralor está obligado a tomar razón. Y no sólo porque lo obligue el respeto a las sentencias de los tribunales, sino también por la fuerza de la costumbre. ¡Nunca en la historia de la Contraloría se ha devuelto un decreto relativo al cumplimiento de una sentencia judicial, salvo que el decreto se aparte de lo que aquélla dispone, hecho que se representa al Presidente de la República, y, a veces, se va en consulta al mismo tribunal que la dictó, con un recurso de aclaración.

De manera que nadie queda en la indefensión. Todos tienen acceso a los recursos. ¡Se ha hecho una caricatura, un fantasma, de una cosa que no es así, y que es absolutamente simple! Hay dos controles: uno preventivo y otro a posteriori. El control a posteriori, acto jurídico perfecto, corresponde a los tribunales de justicia; y el preventivo, a la Contraloría General de la República.

La Constitución, Honorable señor Otero, usa la expresión "control preventivo". Yo no utilizo palabras que no estén en la Carta Fundamental.

¿Qué sucedería si, en virtud del recurso de protección, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago pudiera ordenar tomar razón o prohibir tomar razón, en circunstancias de que, con esa amplitud, a que hizo referencia aquí el Ministro señor Libedinsky, sólo estamos sometidos al justo y prudente criterio de los tribunales en cuanto a su limitación. Mala tesis.

Hace muchos años que somos un Estado de Derecho. Este obliga a las autoridades a actuar dentro de la esfera de su competencia, y, como lo señala el Tribunal Constitucional, aplicando toda la Constitución, y no un artículo aislado.

En la Comisión, dudamos durante muchos meses y cambiamos de opinión en varias oportunidades. Y, tal como lo he explicado, después de complicados razonamientos, fuimos descubriendo lo simple. Porque, a veces, lo simple es lo más difícil de alcanzar. Pero creo que hemos propuesto al Senado una interpretación que guarda absoluta relación con la Carta Fundamental y que, junto con permitir el funcionamiento de sus organismos constitucionales, otorga adecuada defensa a las personas.

No quiero pensar en cómo va a ejercer el Presidente de la República el mando supremo del Gobierno de la Nación -que ejecuta mediante decretos-, si una sala de la Corte impide tomar razón de sus decretos y le ordena no innovar. ¿Cómo va a usar su facultad de insistir, si el Contralor no se pronuncia, porque una sala de la Corte le prohíbe hacerlo? Evidentemente, ésta es una situación en la que no hay concordancia en la interpretación.

Ahora, en el informe de la Comisión no existe ni un adjetivo ni una intención en cuanto a que quitamos o no quitamos atribuciones a los tribunales, o a si se han usado bien o mal los recursos. ¡Ninguna intención! Se han estudiado los casos que se nos presentaron. Tenemos respeto tanto por la Corte Suprema cuanto por el Contralor. No estamos amarrados a la una ni al otro. Pero, como el primer cuerpo deliberante de la República, tenemos el encargo constitucional de pensar cómo aplicamos la Constitución de manera que operen todos sus artículos, y de que no se entrase la administración de los Poderes Públicos.

Porque yo podría repetir y seguir: ¿Qué pasa con las sentencias del Tribunal Constitucional? ¿Son objeto de protección o no? ¿Qué sucede con la sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones, que me impide el derecho a sufragio porque me borró? ¿Puedo recurrir de protección? Es decir, la tesis resulta absolutamente insostenible. Y el argumento que estoy aplicando es el que nos enseñaron en filosofía como reducción al absurdo. Ninguna proposición que no soporte la veracidad de todos sus casos es válidamente admisible.

Por las razones expuestas, la Comisión de Constitución recomienda al Senado declarar que los tribunales de justicia tienen competencia para conocer de los actos del Contralor cuando éste se demore y cause daño a las personas, o cuando actúe fuera de su jurisdicción. Pero carecen de competencia cuando el Contralor se limita a cumplir el mandato de la Constitución. Los efectos del acto de toma de razón están regulados por la Carta Fundamental, y no por

la resolución de tribunal alguno.

He dicho.

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

El señor THAYER.- Señor Presidente, Honorables señores Senadores, mi intervención será muy breve, porque ya la Corporación ha sido debidamente ilustrada acerca de todas las proyecciones jurídicas que tiene este asunto.

Sin embargo, quiero tratar de llevar el problema a los límites más simples en que está realmente suscitada la cuestión. Aquí debemos tener claro si estamos resolviendo entre dos doctrinas jurídicas muy respetables, respecto de las cuales se han dado, y se podrían dar aún, muchos antecedentes, o si debemos conocer de dos contiendas de competencia que han llegado a nuestra responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el número 3) del artículo 49 de la Constitución. Y como se está hablando de contiendas de competencia debo situarme en la eventualidad de que esta contienda o conflicto se suscite entre un acto administrativo y un acto judicial, entre una función propia administrativa y una función propia judicial. Y la resuelve el Senado, pero la resuelve ejerciendo una función jurisdiccional respecto de un caso concreto que debe conocer y resolver.

¿Y qué asuntos nos tienen detenidos? Dos. Una contienda de competencia, de la cual se desistieron. Y otra, en la que la Corte de Apelaciones conoció de un recurso y dio toda la razón a la Contraloría. Esos son los dos casos. ¿Qué puede subsistir? Sólo puede subsistir el hecho de que esta Corporación, legítimamente entusiasmada por el saber jurídico de algunos de sus integrantes -y quizás de todos-, resuelva sentar una doctrina general, y determine, entre dos posiciones jurídicas, cuál es la que considera conveniente declarar: que las Cortes de Apelaciones deben en tales casos hacer tales cosas, o no deben en tales casos hacer tales otras cosas.

Pues bien, eso es lo que yo sostengo que la Corporación no está habilitada para resolver. Sí lo está para discutir sobre ello, pero no puede sino pronunciarse sobre el caso concreto presentado. Y la contienda de competencia -queda una solamente, porque de la otra se desistieron- fue resuelta por la Corte en favor de la Contraloría.

Lo que subsiste es solamente una cuestión doctrinaria: si la Corte de Apelaciones, al resolver un asunto en favor de la Contraloría, para ello tuvo que admitirlo a tramitación y hecho esto, lo conoció. Pero como, según el organismo contralor, ni siquiera puede entrar a admitir a tramitación un asunto de esa especie, esta doctrina, sentada por la Corte de Apelaciones, es la que debe ser censurada por el Senado, facultad que no posee la Corporación, puesto que sólo tiene la de resolver las contiendas de competencia presentadas.

Para terminar, pondré un ejemplo bien delicado. A mi entender, lo que ha conducido a la Contraloría a presentar este asunto es algo muy legítimo y respetable. Aquí estamos moviéndonos entre Poderes Públicos honorables. En el caso concreto del Senador que habla, con nombre y apellido, le correspondió trabajar ocho años junto al Contralor en la Editorial Jurídica de

Chile. Tengo particular aprecio por él y por todo el equipo que sirve en la Contraloría.

Creo que la Contraloría, en más de alguna oportunidad, y con fundamento, se ha sentido afectada, comprometida, inquieta y de algún modo acosada por cierta jurisprudencia, la que, en mi concepto, a veces, va más allá de donde debe ir en cuanto al uso del recurso de protección, el que, en mi opinión, es como el homónimo del recurso de amparo, pero se refiere a otros derechos o garantías que no son aquellas que resguarda el recurso de amparo, o hábeas corpus, que establece nuestro sistema jurídico.

Para resolver esta angustiante situación, la Contraloría presentó una contienda de competencia en la que hace relación de casos muy delicados, en algunos de los cuales tal vez tiene toda la razón. Por ejemplo, aquellos en que la resolución de una orden de no innovar ha entrabado una facultad propia del Contralor.

Todo eso es muy respetable e interesante de examinar. Pero lo que en concreto se encuentra en conocimiento del Senado son dos casos específicos, uno de los cuales se halla desistido, y el otro no puede dar motivo para contienda, porque la Corte de Apelaciones lo resolvió en favor de la Contraloría.

La opción de formular una declaración general de orden teórico no compete al Senado de la República.

Por esa razón, estimó que, en esta materia, sería conveniente que el informe volviera nuevamente a Comisión, a fin de que -como lo planteó otro señor Senador- se revise a la luz de lo que aquí se ha discutido. La cuestión que debemos resolver es una contienda de competencia, y no nos corresponde entrar a sentar una doctrina teórica. Repito: el Senado no tiene facultad para hacerlo.

He dicho.

El señor VALDÉS (Presidente).- Corresponde el uso de la palabra a la Honorable señora Feliú.

La señora FELIÚ.- Señor Presidente, en primer término, quiero referirme a los hechos sobre los cuales recaen los recursos, los cuales se encuentran descritos detalladamente en los "Vistos" del informe emitido por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, por lo que no estimo necesario repetirlos en esta ocasión.

En todo caso, para mayor claridad de la exposición, considero útil consignar las peticiones concretas formuladas en tales recursos, que son las siguientes:

a) Que se ordene a la Contraloría General de la República tomar razón de la resolución N° 185, de 24 de mayo de 1993, de la Dirección General de Aguas y dejar sin efecto el oficio con que devolviera sin tramitar la mencionada

resolución (Recurso de Protección rol 2563-93 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago).

b) Que el Tribunal adopte de inmediato las providencias que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho, considerando que el decreto N° 95, de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fijara tarifas, adolecería de inconstitucionalidad e ilegalidad y no obstante ello fue tomado razón por la Contraloría General de la República. (Recurso de Protección rol 1407-94 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago).

En suma, se solicita que la mencionada Corte de Apelaciones ordene a la Contraloría General de la República tomar razón de un acto administrativo que el organismo señalado estima que no se ajusta a derecho, en el primer caso, y en el segundo, que deje sin efecto su pronunciamiento favorable respecto de otro acto administrativo que dicha institución considera regular desde el punto de vista constitucional y legal.

En cuanto al Derecho:

A.- Ambito de aplicación del recurso de protección:

El recurso de protección que estatuye el artículo 20 de la Constitución Política es un recurso judicial especialísimo, destinado a asegurar a todas las personas el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que la misma norma especifica.

Este recurso constituye una garantía de carácter general respecto de los actos u omisiones arbitrarios o ilegales emanados de cualquier autoridad, organismo o particular, que causen privación, perturbación, o que amenacen el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que establece la Carta Fundamental en el mismo artículo 20.

Por consiguiente, y como primera conclusión, cabe expresar que los actos u omisiones arbitrarios o ilegales del Contralor General, que causen tales agravios, pueden ser sin duda objeto de un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En efecto, la sola circunstancia de que determinadas facultades de la Contraloría General, como así también, de que algunas de otros órganos del Estado, tengan su fuente en la propia Constitución Política, no permite, a mi juicio, excluir su ejercicio del ámbito del recurso de protección.

Por ello, no es posible acceder, en mi concepto, a lo solicitado por el señor Contralor en el sentido de que se declare la incompetencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago para pronunciarse en los recursos de que se trata, sobre la base de que las facultades del señor Contralor General para tomar razón de los actos de las autoridades administrativas se encuentran establecidas en la Constitución Política.

En mi opinión, lo que hay que analizar para resolver la contienda planteada es si la función especial del Contralor General, de tomar razón de los decretos y

resoluciones de las autoridades administrativas, puede producir los agravios a que se refiere la Carta Fundamental en su artículo 20, para cuyo efecto es necesario examinar su naturaleza y características.

B.- Toma de razón de los actos de la Administración:

La Administración del Estado es el conjunto de Ministerios, intendencias, gobernaciones y órganos y servicios públicos creados por ley, que colaboran con el Presidente de la República en la función de gobernar y administrar el Estado que la Constitución Política le encomienda.

La voluntad de la Administración se expresa a través de actos formales, denominados "actos administrativos". Los actos administrativos, en consecuencia, son manifestaciones de voluntad de la Administración.

La doctrina define los actos administrativos como los actos de la Administración que producen consecuencias jurídicas, esto es, son declaraciones de voluntad efectuadas de acuerdo con la ley y destinadas a producir determinados efectos jurídicos, los que pueden consistir en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Estos actos mediante los cuales la Administración manifiesta su voluntad, produciendo consecuencias jurídicas, revisten la forma de decretos o resoluciones, según la autoridad de que emanan.

La Constitución Política, en su artículo 87 establece: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración," y luego, en su artículo 88, expresa: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer;".

Los actos de la Administración, por tanto, se encuentran en la actualidad sometidos a control de legalidad por expreso mandato constitucional. Tal control lo ejerce la Contraloría General de la República.

La toma de razón de decretos y resoluciones, función que la Constitución encomienda a la Contraloría General de la República, es un acto complejo, que concluye con la emisión de un juicio: el acto sujeto a control se ajusta o no al sistema jurídico.

Para emitir tal juicio se requiere efectuar previamente un análisis comparativo del acto, con relación a las normas jurídicas que le sirven de fundamento, para cuyo efecto es preciso, a su vez, y en primer lugar, fijar el correcto sentido y alcance de tales normas, es decir, interpretarlas.

La toma de razón, por consiguiente, no es sino un juicio que emite la Contraloría General de la República acerca de si un acto administrativo determinado se ajusta o no a la Constitución y a las leyes, juicio que se basa

en la confrontación del acto con las normas constitucionales y legales que le sirven de fundamento, una vez fijado el correcto sentido y alcance de éstas.

Siendo ello así, la toma de razón no constituye una manifestación de voluntad, una "decisión ejecutoria", como llama la doctrina francesa a los actos administrativos impugnables, sino que, como sostiene el profesor Eduardo Soto Kloss, es un "acto-trámite procedimental de elaboración del acto administrativo, por el cual el Contralor General de la República, en virtud de las potestades de contralor de la legalidad de la Administración que le han conferido la Constitución y las leyes, emite un pronunciamiento sobre la conformidad o no a Derecho del verdadero "proyecto de acto" -como lo llama el profesor Soto Kloss- "que le envía la autoridad administrativa."

La toma de razón, por tanto, no es un acto administrativo independiente, separado o separable del acto administrativo sobre el cual recae.

Por ello, a mi juicio, no procede el recurso de protección respecto del Contralor General, fundado en que la toma de razón o rechazo de un decreto, o resolución priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio de un derecho o garantía protegido constitucionalmente, pues el pronunciamiento sobre constitucionalidad y legalidad que aquél emite no tiene vida propia o separada del acto administrativo sobre el cual recae.

Corroboración esta afirmación la circunstancia de que, en el hipotético caso que los recursos de protección que han dado origen a esta contienda fuesen acogidos por la Ilustrísima Corte de Apelaciones y ésta ordenara -como se le pide- que la Contraloría tome razón del decreto objetado, en un caso, y en el otro, que deje sin efecto su toma de razón, a dicho organismo no le sería posible satisfacer ese mandato sin intervención de la Administración activa. Para poder dar cumplimiento a tal orden judicial, debería necesariamente requerir de la autoridad administrativa correspondiente el reenvío del respectivo acto administrativo, pues es éste el que en definitiva produce los efectos deseados o impugnados por los recurrentes.

El pronunciamiento del Contralor General no crea, no modifica ni extingue derechos ni obligaciones. Es el acto administrativo sobre el cual este pronunciamiento recae el que genera tales efectos. Tan es así que distinguidos profesores de Derecho Administrativo, citados hoy en esta Sala, como los señores Eduardo Soto Kloss y Manuel Daniel Argandoña, al analizar este tema, llegan a la conclusión de que la toma de razón, por su propia naturaleza, no es capaz de producir "perturbación" o "privación" de derechos.

En efecto, el primero de los tratadistas sostiene que la toma de razón - cito- "en sí y de suyo no priva 'directamente' ella de ningún derecho a ningún sujeto, y por la sencilla razón que su naturaleza es la de ser un acto declarativo de conformidad a derecho de una declaración de voluntad previa del órgano administrativo,...". Agrega, luego, que la toma de razón "no parece que pueda 'privar' o 'perturbar' el ejercicio legítimo de un derecho

fundamental garantizado por el Recurso de Protección, ya que no produce efectos jurídicos directos 'inmediatos' sobre la esfera jurídica de algún sujeto."

Por su parte, el señor Manuel Daniel Argandoña, en semejantes términos, llega también a la misma conclusión, esto es, que el acto de control "toma de razón" es incapaz o insuficiente, por sí mismo, de producir perturbación o privación de derechos.

Sin embargo, ambos tratadistas admiten la posibilidad de que la toma de razón pueda constituir una "amenaza" a determinados derechos, y que, desde ese punto de vista, sería recurrible a través del recurso de protección, criterio que yo no comparto, pues estimo que la toma de razón, tal como no puede privar o perturbar el ejercicio de derechos, tampoco puede, por su propia naturaleza, implicar una amenaza.

Efectivamente, el juicio que el Contralor General emite acerca de un acto administrativo, del cual es inseparable, no puede importar por sí solo una amenaza al ejercicio de un derecho. En este caso, es también el acto de la Administración en que este juicio recae el que eventualmente puede amagar estos derechos.

La toma de razón o la representación del acto, en su caso, no constituyen la amenaza, sino que es el acto administrativo al cual se refieren estos pronunciamientos del Contralor el que puede significar una amenaza al legítimo ejercicio de los derechos protegidos.

En tales condiciones, estimo que el recurso de protección no cabe respecto del Contralor General, por tomar razón de un decreto o resolución o por abstenerse de hacerlo. Ello, en todo caso, no implica que las personas que consideran que el acto u omisión de la Administración que reputan arbitrario o ilegal les causa privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de algunos de los derechos y garantías a que se refiere el artículo 20 de la Constitución queden desprotegidas, pues mantienen el derecho a recurrir de protección, pero no en contra del Contralor General, sino respecto de la autoridad administrativa competente para resolver en la materia de que se trate. Cuando ha habido representación de aquél, también existe el derecho del particular a recurrir, porque también son recurribles las omisiones de la autoridad. Si hay representación y el Ejecutivo no está de acuerdo con ella, debe insistir en su acto administrativo y tiene los mecanismos garantizados en la Carta para hacerlo.

En cuanto al plazo aquí planteado para recurrir de protección en tales circunstancias, cabe también señalar que éste se cuenta desde que la persona toma conocimiento de la dictación del acto o desde la omisión de la autoridad que le causa perturbación o amenaza.

C.- Contienda de Competencia

Se ha planteado que el conflicto entre la Contraloría General de la República y el Poder Judicial no constituiría una contienda de competencia de aquellas a que se refiere el artículo 49, N° 3), de la Constitución Política.

Una de las tesis sostiene que no estaríamos en presencia de una contienda de competencia, pues, para que ella exista, se requeriría que los dos órganos estén dotados de potestad jurisdiccional, disputándose ambos la facultad de resolver determinada materia o, por el contrario, declarándose incompetentes para conocerla.

Respecto de esta teoría, comparto íntegramente los conceptos expuestos en esta Sala por el señor Contralor General, y que, en síntesis, la refutan sobre la base de que el concepto de competencia que contempla la Carta Fundamental es amplio y dice relación a la esfera de atribuciones -autoridad y derechos- que ella misma y la ley otorgan a los órganos del Estado, de modo que cualquier injerencia de uno en las atribuciones de otro suscita una contienda de competencia, en los términos de los artículos 49, N° 3), 79 y 115 de la Ley Fundamental.

Existe una segunda tesis, avalada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que, en resumen, consiste en que la situación sometida a nuestro conocimiento no configuraría una contienda de competencia, pues no se trata de dos órganos del Estado que se disputen una misma facultad o atribución.

Se arguye que el Poder Judicial no pretende ser competente para tomar razón de los actos administrativos, como tampoco la Contraloría General estima estar facultada para resolver conflictos jurisdiccionales, todo lo cual es efectivo. Pero ocurre que, por las especiales características del acto de toma de razón, a las cuales ya me referí, al conocer la Corte de Apelaciones de un recurso de protección en contra del Contralor General, por haber tomado razón de un acto administrativo determinado o por haber dejado de hacerlo, la Corte necesariamente debe entrar a confrontar el acto de que se trate con las normas constitucionales y legales que le sirven de fundamento, emitiendo luego un juicio sobre su legalidad. Y, al hacerlo, está ejerciendo una facultad que privativamente la Constitución encomienda cumplir al Contralor General; esto es, está subrogándolo en su función. La subrogación se aprecia en mayor grado cuando la Corte, como medida precautoria, ordena a la Contraloría abstenerse de emitir su pronunciamiento en tanto ella no resuelva. En este caso, derechamente es la Corte la que efectúa el estudio de constitucionalidad y legalidad del acto, y al organismo contralor no le cabe más que acatar lo resuelto por ella como conclusión de tal examen.

Por lo anterior, estimo que, efectivamente, estamos en presencia de un conflicto de competencia, de aquellos que corresponde resolver al Senado, de conformidad con el artículo 49, N° 3), de la Carta.

D. Conclusiones

1.- A mi juicio, existe un conflicto de competencia entre el Poder Judicial y la Contraloría General de la República.

2.- Esta contienda es de aquellas a que se refiere la Constitución en su artículo 49, N° 3), y, por lo tanto, corresponde a esta Alta Cámara resolverla, como se ha solicitado.

3.- Los actos u omisiones ilegales o arbitrarios del Contralor General, que causen privación, perturbación o amenaza en el libre ejercicio de los derechos y garantías que señala el artículo 20 de la Carta, pueden ser impugnados mediante el recurso de protección.

4.- La toma de razón que efectúa el Contralor General en cumplimiento de su función de velar por la legalidad de los actos de la Administración es un acto que, por su propia naturaleza, no puede privar, perturbar o amenazar el libre ejercicio de tales derechos y, en consecuencia, no es susceptible de ser impugnado mediante un recurso de protección.

5.- Lo anterior, sin embargo, no significa que la Corte de Apelaciones deba declarar de plano la inadmisibilidad del recurso, pues, para determinar su improcedencia, debe cerciorarse de que lo que se impugna es propiamente la toma de razón o la representación de un decreto por parte del organismo Contralor, efectuada dentro de la esfera de su competencia, y no otra actuación de éste, relativa a la misma materia, pero susceptible de ser objeto de un recurso de protección, como ocurriría si el Contralor General, excediendo sus facultades, tomara razón de un acto no sometido a este trámite, o en el caso en que demorara su pronunciamiento más allá del plazo que le fija la ley.

Por lo expuesto, concurro al informe emitido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sólo en cuanto a que no procede el recurso de protección en contra del Contralor General por haber tomado razón o haber representado un acto administrativo determinado, actuando dentro de la esfera de sus atribuciones. Pero no comparto su conclusión en lo que respecta a la inadmisibilidad del recurso, y fundo mi voto en consideraciones que no son coincidentes con las de dicha Comisión.

En consecuencia, suscribo dicho informe, con las modificaciones que en documento separado entrego, el que no es necesario leer, porque constituye la aplicación de lo que he señalado en mi intervención.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Fernández.

El señor FERNÁNDEZ.- Señor Presidente, no me voy a referir a las materias objeto de todos los argumentos que aquí se han expuesto sobre este interesante asunto, para evitar la repetición de conceptos, tanto porque ya han sido formulados en la Sala, cuanto porque constan del informe que la Comisión ha puesto a disposición de los señores Senadores. De este modo, en numerosos aspectos mi intervención se remitirá, sea a lo ya dicho,

fundamentalmente por mis Honorables colegas señor DÍEZ y señora Feliú, sea a lo consignado en el informe de la Comisión.

La contienda de competencia que estamos analizando tiene, en mi opinión, independientemente de la resolución que adoptemos, un especial valor institucional.

En primer lugar, al haber sido requerido el Senado para conocer de estas contiendas de competencia entre la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago, nuestra Corporación está ejerciendo una facultad importante para resolver expeditamente eventuales conflictos entre órganos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Ya la Constitución de 1925 entregó al Senado una facultad que en la de 1833 correspondía al Consejo de Estado, cual es la de "conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia". Durante casi 50 años de vigencia, sin embargo, esa atribución no fue sino escasamente ejercida. Previsoramente, la Carta de 1980 mantuvo esa norma, que ahora ha comenzado a probar su utilidad.

En segundo término, al emitir su pronunciamiento, el Senado está haciendo un aporte jurisprudencial de significativa importancia para el perfeccionamiento del recurso de protección.

Este recurso es el que puede interponer quienquiera por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales. En tal caso, es la Corte de Apelaciones respectiva la que adoptará de inmediato las providencias necesarias.

Esta institución jurídica, introducida en nuestro ordenamiento por el Acta Constitucional N° 3, de 11 de septiembre de 1976, y consagrada -como ya hemos dicho- en la Constitución Política de 1980, representa uno de los progresos más importantes en cuanto a resguardo jurídico de los derechos fundamentales de la persona. Tan acertado y necesario es este recurso, que él se incorporó con inmediata rapidez a la vida de nuestra República, arraigado de tal modo en menos de dos décadas, que hoy no sería imaginable una Constitución que no lo contuviera.

Como también se verá más adelante, el informe que propone la Comisión plantea precisiones muy útiles y esclarecedoras en cuanto al ámbito de aplicación de dicho recurso, y, en esa medida, contribuye a su perfeccionamiento jurídico.

La Contraloría General de la República ha promovido las contiendas de competencia que aquí se propone resolver, debido a que, en meses recientes, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió a tramitación dos recursos de protección deducidos contra ese organismo contralor, por las

decisiones que éste ha adoptado en el ejercicio de su función de control de la legalidad de los actos de la Administración.

En consecuencia, la esencia del asunto sometido a la decisión del Senado es determinar si la Corte de Apelaciones, en el ejercicio de su facultad de conocer del recurso de protección, pudo o no pudo acoger a tramitación los dos recursos de esa naturaleza interpuestos por particulares contra el Contralor General, por estimar que éste, al representar o tomar razón de un acto de la Administración, los ha perturbado en el ejercicio de sus derechos; o si, por el contrario, ese tribunal carece de competencia para conocer de ellos.

Debemos considerar, en primer lugar, que una de las bases esenciales de la institucionalidad es el principio de la legalidad. Tal principio, contenido en nuestra Carta, se resume en la noción de que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Tales órganos actúan válidamente sólo dentro de su competencia, y en la forma prescrita por la ley. Ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan sido conferidos por la Constitución y las leyes; todo acto en contravención a ello es nulo.

A esa luz, es función precisa de la Contraloría General de la República ejercer -como lo señala la Constitución- "el control de legalidad de los actos de la Administración, para lo cual toma razón de sus decretos y resoluciones, o, alternativamente, representa la ilegalidad de que puedan adolecer.". A esa misma luz, es función de los tribunales conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado.

La amplitud del recurso de protección queda establecida, como el informe lo consigna, tanto en la historia fidedigna del precepto constitucional como de su redacción misma, de las que se desprende que dicho recurso tiene un campo de aplicación muy vasto. No excluye ni exceptúa a ningún órgano ni autoridad del Estado de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser objeto de un recurso de protección. Naturalmente, tampoco el Contralor General está excluido de la posibilidad de que se interponga un recurso de protección en su contra.

Pero tales recursos no siempre serán admisibles: en la medida en que el Contralor tome razón o represente la ilegalidad de un acto administrativo en los casos y en la oportunidad previstos por el ordenamiento jurídico, sólo cumple su deber constitucional. Por lo tanto, en esa situación, no sería posible impugnar su decisión mediante un recurso de protección. Admitirlo equivaldría a que la Corte revisara el fondo de la resolución del Contralor en el ejercicio de su función privativa. Equivaldría a que un Poder del Estado interfiriera o suspendiera las decisiones propias de otra autoridad constitucional. Ello violaría el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos, que es una derivación y un complemento del principio de la legalidad.

Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia constitucional coinciden en que la Carta Fundamental es un todo armónico y orgánico. Siendo así, el sentido de sus normas debe determinarse de manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular, o privar de su eficacia, algún precepto de ella.

Lo anterior lleva a concluir que el recurso de protección no procede contra la toma de razón ni la representación de un acto administrativo oportunamente resueltas por el Contralor General, en los casos y en las situaciones contempladas por nuestro ordenamiento institucional, y dentro de la esfera de competencia de dicha autoridad. Pero eso no significa dejar en indefensión a quienes estimen vulnerados sus derechos constitucionales, pues ellos sí podrán siempre recurrir de protección contra la autoridad que ejecutó el acto administrativo, si estimaren que su actuación fue ilegal o arbitraria. Y esto es sin perjuicio de las demás acciones judiciales que fueren procedentes.

Así, las Cortes de Apelaciones podrían acoger a tramitación recursos de protección contra el Contralor General de la República si éste actuara al margen de sus funciones, o si excediere las normas que la Constitución le otorga en materia de competencia, o bien si no ejerciera sus facultades dentro de los plazos que la ley y la Carta Fundamental establecen.

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

Esclarecido lo anterior, se advierte que, respecto de los actos impugnados por los recursos que motivaron las contiendas de competencia que hoy nos ocupan, el Contralor General actuó precisamente dentro de sus atribuciones, de sus deberes constitucionales y de los plazos jurídicamente establecidos.

En consecuencia, la Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, propone al Senado que, en definitiva, resuelva la cuestión de competencia declarando que la Corte de Apelaciones carece de facultades para resolver y acoger a tramitación, como lo hizo, los dos recursos de protección que motivaron esta contienda de competencia.

Concurriré con mi voto a la aprobación de este informe y sus recomendaciones. Y lo haré, desde luego, por la sólida fundamentación jurídica que, a mi juicio, contiene el texto que hoy día estamos analizando; y, redobladamente, por las valiosas proyecciones institucionales que se

expresan en dicho informe respecto del carácter constitucional del recurso que nos ocupa.

En efecto, el informe se apoya en una minuciosa interpretación orgánica, armónica y sistemática de la Constitución, y que sólo ha sido resumida en sus rasgos muy generales. Si el Senado lo hiciera suyo, representaría un pronunciamiento de gran importancia para precisar el justo alcance del recurso de protección, determinando a la vez su vastedad -a la que ninguna autoridad es ajena- y sus límites en cuanto no puede paralizar atribuciones debidamente ejercidas dentro del marco constitucional.

Ese sería un aporte indiscutiblemente enriquecedor para nuestro ordenamiento jurídico.

Me permito, en consecuencia, recomendar la aprobación del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, toda vez que resguarda debidamente y en forma armónica las facultades que competen al Contralor General de la República, al señalar que éste, al actuar dentro de la esfera de competencia que le otorgan tanto la Carta Fundamental como la ley, tiene una facultad privativa, y que no corresponde a los tribunales entrar a resolver si dicha facultad es o no vulneratoria de otras normas constitucionales. Porque, de esta manera, se estaría estableciendo en el orden administrativo un sistema de doble instancia, en donde el asunto sería resuelto primero por el Contralor, y, después, en segunda instancia, por los tribunales de justicia, a través de las Cortes de Apelaciones.

De más está señalar, señor Presidente, que mediante esa interpretación todo el sistema del país quedaría virtualmente paralizado en la medida en que se ejerzan recursos que atenten contra las atribuciones que tiene el Contralor General de la República, de tomar o no razón de un acto.

A este respecto, conviene tener presente que la toma de razón es un acto administrativo complejo, en el cual la intervención del Contralor participa tanto de las características propias de un acto administrativo como del acto de resolución -es una mezcla entre resolución y acto administrativo-, y cuya función esencial es determinar si la autoridad sometida al trámite de toma de razón se ha ajustado o no a los términos de la ley y de la Constitución. El Contralor General de la República no analiza el mérito del acto sujeto a la toma de razón, por cuanto si entrara en esa materia, estaría excediendo sus atribuciones. Por lo tanto, debe determinar, por ejemplo, si el Presidente de la República tenía facultades para resolver sobre determinada materia, si al hacerlo actuó dentro de su ámbito de competencia y si ello se ajustó o no a la Constitución. Vale decir, si el acto administrativo adolece o no de legalidad, es algo que privativamente resuelve el Contralor. Esa es la atribución que le otorga la Carta Fundamental en sus artículos 87 y 88. Ahora, si el Ejecutivo estima que la toma de razón no se ajusta a la legalidad, la propia Constitución le concede otra vía para resolver la materia, y es distinta a la de los tribunales de justicia y diferente del recurso de protección; le otorga la vía del decreto de insistencia. En tal caso, el Presidente de la República,

con la firma de todos sus Ministros, impone al Contralor su voluntad y su decisión sobre el particular, por cuanto la idea de la Constitución es que quien administra el Estado tenga a su vez la responsabilidad. En definitiva, la autoridad contralora determina si el acto incurre en ilegalidad, y el Primer Mandatario puede insistir en la forma que señalé, primando, en todo caso, la voluntad de este último.

Si nos ponemos en otras de las situaciones a que se refiere el artículo 88 de la Carta -esto es, que se trate de una reforma constitucional o de una representación de la constitucionalidad del acto-, el Presidente de la República carece de facultad para pronunciarse en tal sentido, pero sí puede recurrir al Tribunal Constitucional. Vale decir, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la forma de resolver los conflictos de legalidad que eventualmente se produzcan. Es así como la Carta Fundamental otorga al Contralor la facultad de resolver acerca de la legalidad de un decreto o resolución, facultad que puede revertirse de la misma manera que ella lo establece, esto es, el Primer Mandatario puede dictar un decreto de insistencia o bien recurrir a dicho Tribunal. Es más, en caso de que la autoridad contralora incurra en notable abandono de sus deberes, se contempla como facultad de la Cámara de Diputados la de acusar constitucionalmente al Contralor, caso en el cual deberá analizar si ha habido o no notable abandono de deberes, y de aprobarse una resolución en tal sentido, el asunto tiene que pasar al Senado, quien es el que, en definitiva, resuelve como jurado.

Lo anterior no sería algo único en la historia, ya que ha habido situaciones en que el Contralor General de la República ha sido acusado constitucionalmente y ha sido incluso destituido.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico existen armónicamente distintas soluciones para ver el problema de la legalidad. Y esto es por un asunto de lógica jurídica contemplado en la esencia y en la filosofía de la Constitución de 1980, toda vez que al Presidente de la República se le otorgan todas las facultades necesarias a fin de que administre eficaz y oportunamente el Estado y para que cuente con todos los medios destinados a cumplir su cometido, y no esté sujeto sino a las normas que la propia Carta Fundamental establece como resguardo. Una de ellas es el control de legalidad que hace la Contraloría General de la República.

Es evidente que la Constitución pudo haber contemplado otros resguardos para controlar la legalidad de los actos del Presidente de la República. Sin embargo, no dispuso que el control de legalidad de los actos de administración estuvieran sometidos a los tribunales de justicia, o eventualmente regidos por éstos, por cuanto si lo hubiera establecido así, a mi entender, se habría cometido un grave error que posiblemente paralizaría toda la Administración, debido a la interposición de recursos. Por tal motivo, se contempló un sistema propio, especial, para resolver materias de constitucionalidad o legalidad.

En consecuencia, debemos entender muy claramente en qué consiste la toma de razón, que -como dije- es un acto-resolución, un acto administrativo complejo, y como tal, también se encuentra sujeto a reglas propias de competencia; vale decir, si el Contralor no tenía facultades para tomar razón, porque no le fueron otorgadas por la Constitución ni la ley, obviamente que respecto de esa acción del Contralor procede el recurso de protección, porque en tal caso él no está amparado por la norma constitucional que le da la posibilidad de ejecutar su control de legalidad, por cuanto se ha excedido en sus atribuciones. La Constitución lo autoriza para ejercer su facultad dentro del ordenamiento jurídico. De manera que si el Contralor lo excede, es obvio que procede el recurso de protección. Pero la apreciación de la legalidad, que cae dentro de la esfera de su competencia, es una facultad privativa que la Carta Fundamental otorga sólo al Contralor. Es el modo en que nuestro ordenamiento jurídico resolvió la forma de entender los actos administrativos. No entregó esa facultad a otra autoridad.

Ahora bien, en esta materia, como lo señalé, debemos distinguir entre la toma de razón y el acto del que se está tomando razón. El acto (un decreto o resolución emanado del Presidente de la República) puede adolecer de otras infracciones, diferentes de las de legalidad; puede infringir derechos, circunstancia que el Contralor está impedido de resolver y que, en todo caso, está fuera de su ámbito de competencia. En ese caso, si el acto afecta alguna de las garantías individuales, aunque el Jefe del Estado haya cumplido con las formalidades que el ordenamiento establece, los particulares pueden recurrir en contra de la autoridad que lo dictó, pero no de aquella que simplemente comprobó la formalidad legal del mismo. La comprobación formal de si el Primer Mandatario o la autoridad administrativa correspondiente se atuvo a las exigencias necesarias para dictarlo, es independiente del acto mismo.

El acto administrativo complejo es un apéndice del acto principal, que es el decreto, de forma tal que no es posible desprender el primero del segundo para sostener sólo puede recurrirse de protección en contra de la toma de razón y no del acto, porque, eventualmente, podrían haberse extinguido los plazos respectivos. Aquí se ha hablado de un término de 15 días para recurrir de protección, pero debemos recordar que éste es un plazo no consagrado en la Constitución, sino en un auto acordado, el cual no posee la virtud de modificar o restringir el ejercicio del derecho de protección. Además, debe entenderse que el plazo se cuenta desde que el afectado está en situación de entablar el recurso, pues de otra manera estaríamos simplemente produciendo una denegación de justicia en esta materia.

En consecuencia, el acto administrativo, que es susceptible de recurso - los tribunales constantemente están viendo este asunto-, es distinto de la toma de razón, con respecto a la cual procedería el recurso sólo cuando el organismo contralor se excediera en sus facultades o no las ejerciera dentro del plazo que la Constitución o la ley establecen.

En atención a la esencia y filosofía del recurso de protección, creo que lo más lógico es que tratemos de preservar, e incluso acrecentar, su real eficacia, pues no hay manera más fácil de desacreditar o desprestigiar un derecho que permitiendo su uso abusivo o en términos tales que paralice la actividad del Estado, por muy justas que sean las causas que lleven a una persona a plantear dicho recurso. En la medida, pues, en que el recurso de protección produzca esos efectos, caerá en su desprestigio, lo cual impedirá entablarlo en los casos en que verdaderamente pueda tener lugar y sea necesario interponerlo.

Por eso, pensamos que precisar con absoluta nitidez cuándo procede el recurso de protección y cuándo es la propia Constitución la que resuelve esta materia, contribuye a darle mayor vigor e importancia y a que cumpla con los objetivos para los cuales fue creado.

A mi entender, señor Presidente, estamos en presencia de una situación que está resuelta en nuestro ordenamiento jurídico, el cual determinó que la autoridad que debe establecer la legalidad de los actos es la Contraloría General de la República, conforme lo disponen los artículos 87 y siguientes de la Carta Fundamental. Pero el recurso de protección queda incólume, ya que éste se aplica, obviamente, respecto de los actos que exceden la legalidad. Cuando esto ocurre, la Contraloría no puede permanecer amparada por los artículos 87 y siguientes de la Constitución.

En mi opinión, el informe de la Comisión de Constitución es perfectamente coherente con la existencia de los dos derechos: con el de la Contraloría General de la República, impuesto por la Ley Fundamental, y el de los particulares para entablar el recurso de protección cuando ha habido actos ilegales o arbitrarios.

El recurso de protección, en efecto, procede por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, esto es, cuando una autoridad dicta un acto sin poseer la facultad legal para hacerlo, ilegalidad que la Contraloría, por mandato constitucional, debe entrar a resolver. La misma situación se produce con un acto arbitrario, definido por el Diccionario como "proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho". Sin embargo, cuando la Contraloría actúa dentro del ejercicio de sus funciones, no podemos entender, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, que está dictando un acto por su sola voluntad o procediendo por capricho.

Para no desvirtuar el recurso de protección, debemos tener presente que se trata de un instrumento excepcional que no tiene por objeto resolver todas las materias de lato conocimiento; no se halla establecido en nuestra Constitución para solucionar el problema de fondo, pues nuestra legislación consagra con ese fin procedimientos ordinarios que permiten rever todos los asuntos de lato conocimiento. No por la vía del recurso de protección vamos a dejar de lado los demás procedimientos contemplados en la Carta Fundamental.

Estas son las consideraciones que quería expresar, señor Presidente.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Se encuentran inscritos para intervenir los Senadores señores Martín, Larraín, Bitar, Urenda, Mc-Intyre y Adolfo Zaldívar.

Existe el acuerdo de terminar la sesión a las 20.

El señor GAZMURI.- Se dijo que iba a ser a las 19, señor Presidente.

El señor DÍAZ.- Se va a votar a las 20.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- El señor Secretario me informa que se acordó empezar a votar a las 20. De manera que a esa hora interrumpiré, para esos efectos, a quien esté haciendo uso de la palabra.

En consecuencia, pido a los seis Senadores que se hallan inscritos que limiten al máximo sus exposiciones para poder empezar a votar a la hora prevista.

El señor GAZMURI.- Señor Presidente, entiendo que se resolvió comenzar a votar a las 19. Debo recordar que existe un proyecto de acuerdo que debe ser votado en esta sesión ordinaria.

Entendí, reitero, que el acuerdo fue iniciar la votación a las 19. No quiero plantear dificultades para el desarrollo de la discusión, pero creo que debemos respetar los compromisos que adoptamos hace un rato o, de lo contrario, estudiar otra manera de operar.

El señor LARRAÍN.- Perdón, señor Presidente.

¿No debió haberse votado ayer el proyecto de acuerdo a que se hace referencia?

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- No entremos a esa discusión, señor Senador.

El señor GAZMURI.- El proyecto debió votarse ayer, pero, como se agotó el tiempo correspondiente, ello no ocurrió. Como ésta es la sesión ordinaria siguiente, debe votarse hoy día. Y, para que no vuelva a suceder lo mismo de ayer, al comienzo hicimos presente que debían tratarse el tema que se está discutiendo en este momento y ese proyecto de acuerdo.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Señor Senador, el Presidente del Senado, antes de dirigirse a Santiago, me informó que dicho proyecto sería tratado en la sesión de mañana. Supuse que él lo había consultado...

El señor GAZMURI.- No fue el acuerdo. Sin embargo, estaría dispuesto a seguir ese camino, si la Sala no tiene inconveniente, siempre y cuando nos comprometamos a verlo mañana en algún horario que asegure que será votado, porque ésta ya sería la segunda sesión en que no se trata.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Mañana tenemos sesión ordinaria.

El señor GAZMURI.- ¿Se podría votar al comienzo?

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Los Comités están citados para las 10:15 con el propósito de definir el tratamiento de la tabla, que es bastante extensa. Si ellos lo acuerdan, no habría problema en adelantar el Tiempo de Votaciones.

El señor GAZMURI.- Señor Presidente, a fin de resolver este problema y poder hacer una discusión tranquila del tema que estamos tratando, solicito tomar el acuerdo en Sala, ahora, de votar al comienzo de la sesión de mañana el proyecto de acuerdo, y continuar hasta las 20 de hoy día debatiendo la materia sobre contiendas de competencia. ¿Estarían de acuerdo los Comités en esta proposición?

El señor MC-INTYRE.- Pido la palabra, señor Presidente.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Puede hacer uso de ella Su Señoría.

El señor MC-INTYRE.- Señor Presidente, habíamos quedado de acuerdo en que primero veríamos la iniciativa sobre salud.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Sólo estamos estudiando, señor Senador, la posibilidad de adelantar o no la votación del proyecto de acuerdo.

El señor MC-INTYRE.- También le habíamos pedido a un grupo de personas del sector pesquero que concurriera al Senado, porque hoy se iba a tratar la preceptiva tocante a la instalación de un sistema de posicionamiento geográfico automático, con apoyo satelital, en naves pesqueras.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Continuaremos con el orden de la sesión, porque, si no, vamos a incorporar otros elementos ajenos al debate. Mi intención era solamente señalar que el acuerdo es votar a las 20.

El señor LARRE.- Efectivamente, señor Presidente. A esa hora termina la discusión y se vota.

El señor GAZMURI.- El acuerdo fue para votar a las 19 el proyecto de acuerdo. No sé que dice Secretaría.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Martín.

El señor MARTÍN.- Señor Presidente, conocemos los argumentos y la decisión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia respecto de las contiendas de competencia planteadas por el señor Contralor General de la República. No comparto los argumentos y, evidentemente, tampoco la decisión.

Los planteamientos del señor Contralor General han determinado que surjan en este Honorable Senado dos posiciones: la primera, en síntesis, desestima

la posibilidad de una contienda de competencia, y la segunda no acepta que se prive a una Corte de Apelaciones del conocimiento de un recurso que la Constitución Política le entrega en forma privativa y excluyente.

En cuanto a la posibilidad de una contienda de competencia, comparto la proposición alternativa del Honorable señor Otero, quien, en exhaustivo y documentado estudio, y razonada y convincente exposición, demuestra la imposibilidad de existir la contienda promovida por el señor Contralor General.

Mi intervención se referirá exclusivamente a la segunda de estas posiciones.

La falta de efectiva protección de los derechos esenciales del hombre y la carencia de eficacia de sus mecanismos cautelares determinó a los juristas a pensar en una acción o recurso que ejerciera el control jurisdiccional, y que, junto con dar debida protección a los agraviados, garantizara el ejercicio de esos derechos sin producir una desarticulación en el ordenamiento jurídico.

Como antecedentes inmediatos de ese recurso, encontramos como más sólida y valiosa la moción elaborada en 1972 por los señores Sergio Díez y Mario Arnello, y reiterada en 1973 por el Honorable señor Díez, ahora como Senador, y por don Sergio Onofre Jarpa, en la misma calidad, con significación ella de reforma constitucional. Fue de tal interés la moción que, según consta en las actas pertinentes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sirvió de base esencial en el estudio y redacción de un precepto que llevado al Acta Constitucional N° 3, más tarde sería incorporado a la Carta Fundamental de 1980.

Es de importancia institucional, reseñar, en lo pertinente, la exposición de motivos que precedía al proyecto de los señores Díez y Arnello en 1972. Decía así: "El ordenamiento jurídico democrático y la vigencia del estado de derecho hacen indispensable que se adopten todas las medidas que la experiencia indica para dar una rápida y eficaz protección a todos los derechos, igualdades y libertades que el ser humano requiere para ser protegido contra abusos y arbitrariedades, sea de otros ciudadanos o de quienes ejercen el poder público". Y estas palabras de respeto a los derechos esenciales y a la vigencia de un ordenamiento pronto y eficaz para su protección, constituyen un valioso precedente del recurso de protección que hoy vive en el artículo 20 del Texto Fundamental, en defensa y cautela de los derechos fundamentales del hombre.

La Comisión Constituyente, en su sesión N°214, en forma unánime, aceptó que el agravio que motiva el recurso puede originarse en un acto u omisión ilegal y arbitrario, tanto de la autoridad como de los particulares. Es decir, toda persona puede ser perturbada, en el legítimo ejercicio de sus derechos, por cualquier autoridad o por un particular, sea una persona natural o jurídica o una sociedad u organización privada.

El amparo debe darlo el Tribunal sea cual fuere el ofensor, siempre que exista amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de un derecho

fundamental, derivadas de un acto u omisión ilegal o arbitrario, para que se restablezca el imperio del derecho y se asegure a la víctima la debida protección o amparo. La función del juez, dice el tratadista don Eduardo Soto Kloss, "es el amparo y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes, no ha de olvidarse, son precisamente los sujetos, el fundamento y el fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho". "Y el Juez menos que nadie puede olvidarlo; es la sociedad entera que verá resquebrajados sus fundamentos si aquél lo olvida".

Y es procedente el recurso contra toda acción de hecho que altere el orden jurídico, para recuperar este orden alterado por actos arbitrarios; para reparar la juridicidad quebrantada y no sólo contra particulares, sino -como sostiene este catedrático- "frente a la autotutela antijurídica, que pretende imponer la administración por medio de sus poderes jurídicos unilaterales de imposición".

Si entramos al texto constitucional, encontraremos diversas disposiciones que proclaman la preeminencia y alcurnia de los derechos humanos e imponen el respeto a su vigencia. Entre ellas, el inciso segundo del artículo 5° prescribe que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana." Y agrega: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución,".

No es posible olvidar ni eludir esta disposición, que proclama, como limitación a la soberanía, el respeto a los derechos esenciales. Para el respeto de estos derechos, el cual no tiene limitaciones, la Carta Fundamental estatuye el recurso de protección, también de vigencia universal. Se quiere establecer para la Contraloría General una excepción a la obligatoriedad de este respeto, ¿por qué? ¿Cuál es la razón para tan extraña excepción, que desconoce el imperio de la Constitución, que violenta su vigencia obligatoria en el respeto indiscutido de los derechos humanos?

Luego, la Ley Fundamental, en el número 26° del artículo 19, asegura que los preceptos legales que por mandato de ella regulen o complementen las garantías que establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El artículo 38 de la Carta, incluido en las Bases Generales de la Administración del Estado, dispone, en su inciso segundo, que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.".

Y el artículo 20 de la Constitución expresa que "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales" -sin hacer distinción entre quienes los ocasionen- "sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio

de los derechos y garantías" que señala, puede recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva reclamando protección del abuso.

Las disposiciones citadas no dejan duda de que ninguna persona ni autoridad, pública o privada, está exenta de este control que la Constitución entrega a las Cortes de Apelaciones. Y ello debe ser así, porque no es imposible que una autoridad pública, obrando incluso dentro de sus facultades, incurra, como institución o por causa de sus funcionarios, en abusos o atropellos que comprometan los derechos protegidos por la Constitución.

Es evidente que cualquier ciudadano que sea lesionado abusivamente en esos derechos por un acto de autoridad puede ocurrir de protección. De no ser así, sería inútil o inexistente la disposición del artículo 20 de la Carta, precepto que impide la existencia de organismos infalibles en materia tan fundamental como los derechos esenciales del individuo. Reiteradamente se ha dicho que las autonomías que la Constitución otorga a ciertos organismos estatales, como la Contraloría General, el Banco Central o las municipalidades, no derogan el Estado de Derecho, cuyos pilares esenciales se asientan en el reconocimiento y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

El tratadista don Eduardo Soto Kloss, en su obra "El Recurso de Protección", dice, en cuanto a la procedencia del recurso en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios de la Contraloría General de la República, que si bien ello no se menciona en las actas de la Comisión Constituyente, "no puede implicar de modo alguno el haber querido excluir de la posibilidad de recurrir de protección en contra de los actos u omisiones" de la Contraloría, ya que aparece muy clara de las mismas actas la idea de que el recurso "procede interponerlo ante el agravio sea de particulares, sea de la autoridad pública, cualquiera sea ésta (incluso contralora)". Y agrega: "Una tal exclusión a fuer de absurda sería, por lo demás, enteramente arbitraria, pues carecería de toda fundamentación racional;".

Y, en lo que respecta a la toma de razón, concluye expresando que el recurso procede en forma plena, en cuanto ella implique una "amenaza" al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y, ciertamente, en la medida en que sea ilegal o arbitraria. Si ello no fuera posible, disminuido, deteriorado se encontraría un ciudadano que, por un acto de autoridad proveniente de algún organismo autónomo, fuera lesionado en forma abusiva en sus derechos fundamentales. Qué difícil y demoroso -dice- le sería una acción de lato conocimiento en contra de alguno de esos organismos.

Y, como lo dijera otro eminente catedrático, "Las autonomías que la Constitución concede a ciertos organismos estatales como la Contraloría General, el Banco Central y todas las Municipalidades del país, no deroga el Estado de Derecho cuyos pilares esenciales se encuentran en el reconocimiento y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales".

El profesor, tratadista y muy distinguido ex alto funcionario de la Contraloría General don Manuel Daniel, en su estudio acerca del "Control Jurisdiccional sobre las Decisiones de la Contraloría General", señala, entre otras conclusiones: "El recurso de protección establecido en el artículo 20 del texto constitucional debe ser admitido, si reuniéndose los requisitos que la disposición exige, se deduce contra las resoluciones del Contralor General, y también si se interpone contra sus dictámenes, en atención a que éstos puedan producir de suyo efectos sobre los administrados y constituir por eso perturbación o privación del legítimo ejercicio de derechos protegidos". Y agrega que "El mismo recurso de protección debe ser admitido si, dándose las demás condiciones exigidas, es deducido contra el pronunciamiento emitido por el Contralor General en la toma de razón de los decretos supremos o las resoluciones de jefes de servicios, en atención a que, en tal caso, podría constituir una amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho protegido, en los términos del citado artículo 20".

Como término de estas citas, quiero señalar que el constituyente don Alejandro Silva Bascuñán, en la sesión N° 215, de 26 de mayo de 1976, expresó: "que se está de acuerdo en que el recurso procede, incluso cuando los particulares y autoridades actúen contra derecho".

Es, pues, un hecho que "tanto por el texto constitucional como por la historia fidedigna de su establecimiento, el recurso de protección es enteramente procedente como acción tutelar cuando actos u omisiones de la Contraloría General, cualquiera que sea la forma o tipo que adopten, agraven el ejercicio legítimo de algunos de los derechos fundamentales garantizados por este medio procesal constitucional".

Pero hay algo más. Ni la propia Contraloría, al informar recursos interpuestos en contra de sus resoluciones, había pretendido jamás su exclusión. Y si fueron desechados no es porque fueran improcedentes, sino por razones inherentes a cada uno de los actos que los motivaron. Los tribunales jamás se han planteado dudas acerca de la procedencia del recurso por agravios producidos por actos emanados de la Contraloría General de la República.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que "toda autoridad debe sometimiento a las disposiciones constitucionales, y entre otras, a las que rigen el recurso de protección respecto del cual una norma de la Carta Fundamental entregó al Poder Judicial como una forma de control de la legalidad que ha sido quebrantada por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de cualquiera autoridad o persona".

El respeto de los derechos humanos es el cimiento, la base en que nace la potestad de cautelarlos, y si los tribunales carecen de competencia para conocer de un recurso de protección contra la Contraloría General, dejan de cumplir un mandato constitucional e incurren en notable abandono de sus deberes.

El mandato que la Constitución Política entrega a las Cortes de Apelaciones, en protección de los derechos esenciales, no puede ser modificado ni restringido por un acuerdo del Senado. Es una disposición constitucional que sólo una reforma de ella puede modificar o eliminar.

Si la Contrataría General es eliminada de la procedencia del recurso de protección en contra de sus resoluciones en virtud de un acuerdo del Senado, se estarán derogando disposiciones que sólo pueden perder su vigencia en virtud de una reforma constitucional. En una erradamente denominada contienda de competencia, se pretende reformar la Ley Fundamental sin someterse al procedimiento que ésta misma señala para ese efecto.

Al limitarse la competencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la Comisión contraría en forma explícita los preceptos constitucionales antes citados, y, en especial, el inciso segundo del artículo 5°, por violar el deber que impone a todos los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales del hombre, así como el artículo 20, al privar a una Corte de Apelaciones de una facultad soberana que dicho precepto le entrega en forma exclusiva y que es su obligación cumplir, como norma fundamental, en el respeto a esos derechos esenciales que la Constitución Política consagra.

La actividad jurisdiccional es independiente, exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia, y su extensión, en este caso, la determina en forma precisa el artículo 20 de la Ley Fundamental. Y tan así es que, por mandato constitucional, si se reclama su intervención, no pueden excusarse de ejercer esa facultad. Así lo ordena perentoriamente el artículo 73 de la Constitución Política y así han actuado siempre nuestros tribunales de justicia, en cumplimiento de ese mandato.

He dicho.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Larraín.

El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, a estas alturas del debate, después de escuchar muchas y muy importantes intervenciones y teniendo presente esta suerte de rendimiento decreciente de los cuerpos colegiados a medida que transcurre el tiempo, lo cual hace disminuir la capacidad de atención y quizás también de retención, haré uso de la palabra en la forma más breve posible, tratando casi de fundamentar un voto, pero asimismo de ir precisando algunas cosas que me parecen relevantes.

Conocí esta materia como integrante de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, y mi primera aprensión me llevó a considerar que debemos velar siempre por esta creación jurídica del recurso de protección, establecida -como se ha señalado- en el Acta Constitucional N° 3, de 1978 (fue fundamental para la protección de los derechos humanos, que hasta la fecha sólo contaban con el recurso de amparo o hábeas corpus, de objetivo muy limitado), y que permitió ensanchar

las posibilidades de las personas para, en resguardo de sus derechos, recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva por los actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Pensaba que el recurso de protección debía tener toda la amplitud necesaria para lograr ese cometido, sin perjuicio de que también estimaba -y en la medida en que me iba interiorizando de la materia me fui convenciendo de la importancia de ese principio- que el precepto pertinente -artículo 20- y otros establecidos en la Constitución habían de interpretarse en forma armónica entre sí, de manera que, respetando la finalidad de cada uno de ellos, se permita la correcta inteligencia del Texto Fundamental y, al mismo tiempo, se eviten interferencias, colisiones o duplicidad de funciones.

En esa perspectiva, la amplitud de este recurso, cuyo objetivo es muy preciso, comenzó a provocar en el análisis una suerte de conflicto con la toma de razón, mediante la cual la Contraloría controla la legalidad de los actos administrativos. Y no sólo justificó esta contienda de competencia -ella ha sido muy bien precisada por distintos señores Senadores, quienes determinaron que sí existe- sino que también llevó a preguntar cuál es la amplitud que puede tener el recurso de protección y si por esta vía es factible, incluso, interferir en la atribución precisa y específica de determinado organismo, creación de la Constitución de 1925 en su evolución posterior, que le dio un objetivo muy circunscrito e importante: verificar la legalidad de los actos de la Administración.

Hurgando en la historia, uno puede encontrar que el objetivo, aunque amplio, no era absoluto. Y así, don Alejandro Silva Bascuñan, al fundamentar esta nueva institución, hace presente que -y lo cito- "la cuestión es crear algo que no desordene el resto del ordenamiento jurídico, no cree problemas de competencia entre los órganos, no termine con la independencia de unos y de otros y no impida que los demás sistemas del ordenamiento jurídico puedan desarrollar el objetivo para el cual están hechos". Vale decir, hay que pensar el recurso de protección con la mayor amplitud posible, sin buscar debilitarlo ni limitarlo respecto de qué autoridad o instancia de poder esté sujeta a que sus actos se revisen por esta vía, pero, sí, delimitando el ejercicio de este recurso de manera que no signifique impedir las funciones que, en forma privativa, la propia Constitución ha conferido a una u otra.

De ahí que la necesidad de interpretar en forma armónica las distintas partes de nuestra Carta Fundamental lleva a determinar que cada organismo o instancia creada por ella respete su esfera de competencia y la de los otros; o sea, es indispensable definir su ámbito de actuación -podemos llamarlo "principio de especialidad"- conforme a lo dispuesto en el Texto Fundamental.

En ese sentido, pienso que, a propósito de la toma de razón, en la medida en que el Contralor efectúe su gestión en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumplirá con el deber que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental en el

sentido de controlar la legalidad de los actos de la Administración. De modo que parecería complejo y difícil de aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, toda vez que ello importaría reconocer a las Cortes de Apelaciones, con motivo de la interposición de aquél, la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa. Eso, a mi juicio, es lo que afecta el principio de especialidad. Y tendría como efecto que toda toma de razón estaría de hecho sujeta a la posibilidad de una segunda instancia en forma permanente, para verificar y revisar todos los actos de la Contraloría.

De ahí deriva esta suerte de absurdo jurídico, que podría, vía órdenes de no innovar, por ejemplo, impedir a la Contraloría ejercer las funciones que le señala la ley, con lo cual se estaría paralizando, no sólo la actuación de un organismo fundamental en la Administración Pública, sino también, a la larga, el accionar de esta última.

En tal sentido, cabe preguntarse qué sentido tendrían las actuaciones de la Contraloría General de la República si todas ellas pudieran ser revisadas por los tribunales; qué sentido tendría la propia toma de razón. Esos fueron los motivos que me indujeron a pensar en la existencia de una colisión que estaba produciendo una perturbación por el exceso de amplitud que todos, buenamente, queremos dar al recurso de protección, el cual, por cierto, no puede ser ilimitado.

Adicionalmente, y en esta misma línea, el hecho de no dar la posibilidad del recurso de protección en estos precisos casos a las personas que estimen vulnerados sus derechos constitucionales no significa -como también se ha señalado- dejarlas en la indefensión, toda vez que ellas sí pueden recurrir de protección contra la autoridad que dictó el acto administrativo, la que, por sus actuaciones, es responsable de una eventual violación de tales derechos. Todo lo anterior, sin perjuicio de que puedan ejercer las demás acciones judiciales procedentes de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Es importante también tener presente que, respecto de la toma de razón, nuestra Constitución estableció un sistema para corregir los errores en que a través de ella pudiere incurrir el Contralor. De manera que la Carta no dejó dicha función libre y abierta a la mera determinación final de ese alto funcionario, sino que creó un procedimiento específico de impugnación al facultar al Presidente de la República, en caso de representación por parte del Contralor, para insistir o, incluso, recurrir al Tribunal Constitucional, según corresponda.

En consecuencia, existen mecanismos que permiten evitar cualquier abuso, arbitrariedad, errores o equívocos en la toma de razón por parte del organismo contralor.

Aun más: pienso que si el Jefe del Estado, estando facultado para insistir ante una representación del Contralor, incurriere en omisión que implicara daño o abuso respecto de los derechos de una persona, en los términos

consignados en el artículo 20 de la Carta, procedería interponer en su contra recurso de protección, pero no así acerca de la propia determinación del Contralor.

Por tales motivos, me inclino a pensar que, si diéramos la razón al planteamiento del Poder Judicial, estaríamos yendo demasiado lejos en el ámbito de aplicación del recurso de protección.

Pero, sin perjuicio de lo dicho, opino que es efectivo que las Cortes de Apelaciones pueden acoger recursos de protección deducidos en contra del Contralor cuando este actúa al margen de sus funciones o si no lo hace dentro del plazo legal correspondiente, y por cierto cuando, en esas hipótesis, los afectados estiman que las actuaciones u omisiones pertinentes son ilegales o arbitrarias y vulneran derechos y garantías constitucionales.

Es decir, aquí tampoco estamos impidiendo en términos absolutos la posibilidad de interponer recursos de protección contra ese alto funcionario, sino únicamente respecto de situaciones como las expuestas al conocimiento del Senado y sobre las cuales, atendido que el Contralor no ha hecho más que ejercer las funciones que privativamente le entrega la Carta Fundamental, no procederían. Es perfectamente factible pensar que en otras -como las que he señalado- pueden interponerse recursos de protección en contra del Contralor General de la República.

No se trata -repito- de impedir recursos de protección contra el Contralor, porque no hay autoridad de nuestra Carta Política que no esté sujeta a su interposición. Sí debemos analizar, con la mayor amplitud posible, cuándo, en virtud precisamente del principio de competencia consagrado en la Constitución, siguiendo los conceptos del Estado de Derecho, no corresponde deducirlo porque allí estarían ejerciéndose funciones privativas asignadas a determinadas autoridades, y menos todavía cuando ellas disponen de sus propios mecanismos de corrección, como lo es el decreto de insistencia respecto de la representación de una toma de razón por el Contralor.

Por tales razones, considero que los importantes argumentos que algunos señores Senadores adujeron para contradecir el criterio sustentado en el informe de la Comisión -que he suscrito- no son suficientes; por lo contrario, me reafirman en los principios allí consignados. Anuncio, en consecuencia, mi voto favorable a dicha posición.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Bitar.

El señor BITAR.- Señor Presidente, soy de opinión -al igual que el Honorable señor Muñoz Barra, del Partido por la Democracia- de acoger en su integridad el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en orden a declarar que la Corte de Apelaciones de Santiago carece de competencia para acoger a tramitación un recurso de protección en contra de las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República en

el ejercicio de su función constitucional de controlar la legalidad de los actos de la Administración.

Nos parece que la labor que desarrolla la Contraloría, conforme a los artículos 87 y 88 de la Constitución Política, debe realizarse con plena autonomía. Y para el caso en que ese organismo se exceda en sus atribuciones, la Carta Política prevé mecanismos de control a través de la insistencia del Ejecutivo y, en última instancia, de resolución por parte del Tribunal Constitucional. Tales son los mecanismos constitucionales para fiscalizar al Contralor.

Aún más, en el caso de que esos mecanismos no sean operativos y se vulneren los derechos fundamentales de las personas por actos de la autoridad que emanen de decretos arbitrarios o ilegales, podría deducirse un recurso de protección. Pero -insistimos- su interposición sólo puede concebirse a posteriori, esto es, una vez que haya cumplido la Contraloría General de la República su labor de control de legalidad. En tal caso, efectuada la toma de razón, el recurso debe ejercerse contra la autoridad administrativa que dictó aquéllos.

Sin perjuicio de esa interpretación, que se ajusta a una concepción armónica del texto constitucional, advertimos los efectos jurídicos y políticos que ocasionaría acoger la tesis de la procedencia del recurso de protección contra la función de control de legalidad radicada en el órgano contralor.

En efecto, de aceptarse esta interpretación, se reconocería a la Corte Suprema como un "superpoder del Estado", sin ningún contrapeso institucional y, por ende, sin posibilidad práctica de fiscalizar su labor, a no ser por una acusación constitucional que aprobara el propio Parlamento por notable abandono de deberes.

Deseamos, a la vez, hacer presente que la Contraloría General de la República tiene su génesis en la institucionalización del denominado "Tribunal de Cuentas", destinado a fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales, y en definitiva, las cuentas de los organismos del Estado.

La labor de controlar la legalidad de los actos de la Administración sólo puede ser entendida en su carácter formal, y no de fondo. El Ejecutivo y los órganos de la Administración que representan la voluntad popular no pueden estar sometidos a un órgano irresponsable políticamente. Si lo estuvieran, se podría generar un conflicto interpretativo que, en definitiva, neutralizaría la eficiente actividad de los gobernantes.

En el Derecho Comparado no existe esta institución, pues ella equivaldría a una interferencia en la labor oportuna que se exige a los órganos de la Administración del Estado.

Hacemos presente que estos argumentos deben, asimismo, plantearse con ocasión del proyecto que modifica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en actual trámite en esta Corporación, de modo que ese

órgano no se constituya en un "superpoder" al cual esté supeditado el Ejecutivo.

La discrecionalidad de los actos de la Administración es la característica esencial de la labor de los organismos de Gobierno, por lo que la toma de razón tiene por objeto el control de la legalidad y la constitucionalidad, de manera que los actos del Ejecutivo se ajusten a las disposiciones normativas que autorizan el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero no a la revisión de lo sustantivo, esto es, del contenido de los decretos y reglamentos emanados del Gobierno.

En suma, si se aceptara la tesis de que al tomar razón el Contralor es responsable de los actos del Ejecutivo, estaríamos transformando a la Contraloría en un "supragobierno", pues sería ella, y no el Ejecutivo, la responsable de los actos de éste.

Los controles de legalidad los ejercen, en su caso, el Parlamento, a través de la aprobación de las leyes, y el Tribunal Constitucional. En última instancia, siempre que no se haya pronunciado éste último, la Corte Suprema podrá acoger un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, para el caso concreto de que se aplique a una persona una ley inconstitucional, sin perjuicio de interponer -como hemos dicho- el recurso de protección contra los actos administrativos que, fundados en un decreto ilegal o inconstitucional, perturben, amenacen o menoscaben los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Carta.

Deseo, por último, señalar con vigor que el recurso de protección es fundamental; lo considero de la más alta categoría. Además, reconozco la magnitud e importancia de la argumentación del Ministro señor Libedinsky sobre la preservación de este recurso con la mayor amplitud.

Al acoger el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, entiendo que no estamos limitando el recurso de protección, sino que éste puede ejercerse a posteriori (es decir, después que la Contraloría haya tomado razón) contra la autoridad administrativa que dictó el decreto.

He dicho.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor Urenda.

El señor URENDA.- Señor Presidente, la hora me obligará a ser más breve de lo que habría deseado.

Es indudable que la materia a la cual estamos abocados es de gran importancia y complejidad. De allí la prudencia con que debemos actuar.

Después de haber escuchado excelentes intervenciones, debo advertir que hay un asunto casi procesal que no podemos dejar de considerar. Porque, con muy buenos argumentos, se ha suscitado la cuestión de si existe o no

contienda de competencia, convirtiéndose en algo esencial de la materia a que está llamado a resolver el Senado.

Sobre el particular, cabe señalar que por la prensa nos hemos impuesto de numerosos artículos de distinguidos tratadistas, que en su inmensa mayoría sostienen que aquí no existe cuestión de competencia y que, por ende, el Senado no podría pronunciarse.

Por otro lado, en el informe de la Comisión, nos encontramos con numerosos argumentos que limitan el recurso de protección y llevan a determinadas conclusiones. Sin embargo, casi no hay argumentación relativa a un elemento que es esencial para que el Senado se pronuncie sobre la petición concreta que se le ha formulado y para que su acuerdo tenga fundamento real.

Lo anterior envuelve un grave riesgo, porque si no se resuelve en debida forma si hay cuestión de competencia o no la hay, si no queda en claro que existe un problema que debe ser dilucidado en este instante, resultaría que el Senado de la República, sin tener facultades para ello, estaría regulando y limitando el recurso de protección. Creo que, por loables que sean los esfuerzos y por brillantes que sean las argumentaciones de los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, podríamos estar extralimitándonos.

En todo caso, en lo que a esto concierne, me parece imprescindible que el informe de la Comisión -al cual ella misma le ha dado el carácter de sentencia (no se olvide que en determinada parte de su texto aparece el término "VISTOS", o sea, lo ha igualado a una sentencia)- sea adaptado o corregido de manera que analice la cuestión esencial sobre si está planteada o no una competencia, para que, conforme a ello -resuelto y aclarado ese punto-, después la Sala se pronuncie.

Creo que se hace más necesario aún el envío de este informe nuevamente a Comisión, porque nos hemos encontrado aquí con otro aspecto interesante. Una distinguida señora Senadora -cuyos amplios conocimientos y buen criterio nadie discute- ha dicho que concuerda con el informe, pero no con los términos consignados en la parte resolutive. En consecuencia, nos encontraríamos en la situación más increíble, porque estaríamos aprobando un informe que merece reservas importantes en su parte resolutive, por cuanto limita -a mi juicio, la observación de la distinguida Honorable colega es absolutamente acertada-, en cualquier circunstancia y en forma exagerada, el alcance del recurso de protección y las facultades de las Cortes de Apelaciones para abocarse a su conocimiento, sobre todo si su existencia se aprecia hoy como de mucha importancia.

Al margen de ello, y dentro del escaso tiempo disponible, quiero hacer dos o tres consideraciones sobre el recurso de protección. Al respecto, es conveniente señalar que en el siglo pasado toda la organización jurídica de la sociedad se hallaba basada precisamente en el Estado -de allí viene la

invocación a la Declaración de los Derechos del Hombre y a la división de los poderes del Estado-, pero en el siglo en que vivimos, afortunadamente, las circunstancias han cambiado. Y, en lo que concierne a nuestra Constitución, es claro que hoy todo se halla centrado en la persona humana y en sus derechos fundamentales. Por eso, y reforzando el concepto, el Estado está al servicio de la persona humana. Y más adelante, el artículo 5° de la Carta Fundamental se refiere a las limitaciones de todos los derechos que ella misma establece, precisamente, en razón de los derechos de la persona.

Así nació el recurso de protección -reconozco que no está hoy debidamente delimitado-, que constituye un avance enorme en nuestro Derecho, en nuestra convivencia y en nuestra calidad de Estado moderno, pues considera en su debida trascendencia lo que la persona encierra, porque está edificado sobre sus derechos y no sobre los del Estado. Si se tiene presente este elemento, apreciaremos la razón de ser del recurso de protección.

Se han citado aquí todas las disposiciones que ponen en evidencia por qué somos un Estado de Derecho y por qué ciertas funciones corresponden a determinados organismos o Poderes del Estado. Pero, como está también implícito en el propio informe, tal división de tareas y la verdadera primacía que sobre un aspecto determinado corresponde a un organismo tiene una limitación esencial: que actúe dentro de sus facultades, respetando el Derecho.

Precisamente, para que nadie en el país, ni autoridad alguna, por elevada que sea y cualesquiera que sean sus facultades, pueda apartarse impunemente del control de legalidad y del respeto al Derecho, existe el recurso de protección. De ahí la amplitud con que lo establece el artículo 20 de la Constitución, que el grueso de los tratadistas reconoce.

Sobre el particular, quiero citar conceptos -curiosamente no son muy recientes- de un distinguido tratadista, quien hace referencia a esta situación, don Germán Bidart Campos. En su obra "Derecho Constitucional del Poder", señala "Atribuir la decisión final a un órgano, constituye un problema radical de todo régimen. ¿QUIEN CUSTODIA AL CUSTODIO? Parece que al nivel histórico de nuestro tiempo y de nuestras instituciones, es el PODER JUDICIAL el que debe asumir tan delicada tarea, con absoluta prescindencia del ejecutivo y del parlamento.". Por lo demás, de alguna manera, el Poder Judicial en el mundo tiene esa supremacía a que aquí se alude, la que está limitada a lo menos por dos aspectos fundamentales: primero, por la calidad de sus miembros y por tratarse, en el orden superior, de un organismo colegiado y, después, porque el propio Poder Judicial tiene un grado de dependencia, en muchas materias, respecto de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

El profesor Bidart advierte que la división de poderes "demarca zonas de competencia a cada órgano", pero bajo el supuesto que ellas "se ejercen

válidamente, esto es, de acuerdo a la Constitución". "No hay competencia para violar la Constitución".

"Cuando un juez revisa un acto del poder ejecutivo o del congreso, y descubre que es lesivo de la Constitución, no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino todo lo contrario, controlando la supremacía constitucional, para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución".

En lo tocante a las "facultades privativas" de los órganos, el profesor Bidart opina que la revisión judicial de ninguna manera atenta contra ella. "¿Por qué se acepta el contralor (de constitucionalidad) de la ley, si legislar es también una facultad privativa del Congreso?".

No propicia el profesor Bidart "sacar de cauce a los tribunales para sustituir al poder ejecutivo o al congreso por los jueces. No atamos a los primeros al carro de las sentencias. Los atamos al carro de la Constitución, cuya vigilancia jurisdiccional consideramos indeclinable."

Creo que éstas y muchas otras consideraciones que podría agregar demuestran la enorme trascendencia del recurso de protección y el cuidado con que el Senado debe pronunciarse en esta materia. Porque no vaya a ocurrir que por un pronunciamiento apresurado, basado en consideraciones referentes a la marcha burocrática o administrativa del Estado, debilitemos un arma esencial para el respeto de los derechos de la persona consagrados en nuestra Constitución Política, de lo cual hoy nos enorgullecemos.

Por ello, adhiero a la solicitud de otros señores Senadores en el sentido de que el informe vuelva a Comisión, para que se ponderen las numerosas argumentaciones hechas ahora en la Sala y, especialmente, para que en sus considerandos se determine, con la debida fundamentación, si existe una cuestión de competencia, lo que nos habilitaría para pronunciarnos sobre el problema de fondo.

Asimismo, creo que esta revisión será importante para que, aun en la tesis esencial que el informe sostiene, no se llegue al extremo de prohibir a una Corte de Apelaciones abocarse al conocimiento de un recurso de protección, sin perjuicio del pronunciamiento definitivo que en él va a recaer.

Pienso que el Poder Judicial es merecedor de nuestra confianza y, en todo caso, es un elemento fundamental para un Estado de Derecho. Y debemos suponer que empleará las facultades que le otorgan la Constitución y la ley con la prudencia que las circunstancias aconsejen. Y si los propios Senadores informantes expresan que hay casos en que sí procedería un recurso de protección contra el Contralor General, tengamos mucho cuidado con hacer imposible ese recurso, que ellos, sin embargo, consideran pertinente en ciertas circunstancias. A mi juicio, lo aconsejable es permitir a los propios Tribunales que, con prudencia, apego a la justicia, a la letra y al espíritu de la Carta Fundamental, interpreten el recurso, lo mantengan en

verdadero vigor y lo conviertan en un instrumento para mejorar el Estado de Derecho y, obviamente, no en un obstáculo para su buen desenvolvimiento.

He dicho.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Tiene la palabra el Honorable señor McIntyre.

El señor MC-INTYRE.- Señor Presidente, nos encontramos conociendo una contienda de competencia por disposición de nuestra Constitución Política, atribución de gran importancia y responsabilidad de índole jurisdiccional, como señaló el Senador señor Otero. En estas condiciones tenemos calidad de jueces y, por lo tanto, podemos formular proposiciones de resolución y enmiendas.

Al respecto, es bueno recordar que esta atribución correspondía al Consejo de Estado en la Constitución de 1833, pasando posteriormente al Senado en la Carta de 1925, confirmándose en la actual de 1980.

Durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas, en 1988 -hace seis años-, la Contraloría solicitó dirimir una contienda, que no fue resuelta por no haber unanimidad.

A la fecha, estamos viendo dos contiendas de competencia, promovidas por el señor Contralor General de la República: la originada en el recurso de protección presentado por la Dirección General de Aguas con fecha 9 de noviembre de 1993; y la derivada del deducido por la Compañía de Teléfonos de Chile el 26 de mayo de 1994.

¿Por qué se han presentado estas contiendas? ¿Por qué la Contraloría General de la República y la Corte Suprema defienden con tanta fuerza, voluntad y fundamentos sus posiciones? No sólo se trata de celos profesionales, ni orgullo y lealtad a su institución; más bien, se debe a la nueva situación que ambas partes deben enfrentar al entregarles la Constitución de 1980 o una nueva responsabilidad institucional o una elevación a rango constitucional sus tradicionales funciones. Aquí, como señaló el Senador señor DÍEZ, se da el caso de que entren en "rumbo de colisión".

En efecto, el recurso de protección -cuya importancia, no es necesario mencionar- es el recurso más importante de la jurisprudencia nacional, y obtuvo el adecuado énfasis en la Constitución de 1980. En ésta también la Contraloría ve elevada la toma de razón a categoría constitucional, estableciéndose su régimen jurídico, su naturaleza, el ámbito de aplicación y las reglas de procedimiento de esta importante función.

Hace catorce años que se confirieron naturaleza constitucional a estos recursos y a las funciones de la Contraloría. Sin embargo, la primera contienda aparece ocho años después; y las actuales hace catorce años. Sin duda alguna, la causa o motivo de las contiendas están claramente

establecidas, pero en estos catorce años no ha habido ni una sola definición, directa o indirecta, para salvarlas. Ninguna de las presentaciones de la Contraloría está pendiente o por haber fallo confirmatorio o porque se retiró el recurso. No hay situaciones delicadas pendientes que nuestra resolución pueda afectar. Eso sí, el Senado no debe hacer interpretaciones generales, sino dedicarse a cada caso particular y votarlo.

Pero no puede desentenderse de que existe un problema, cuya solución definitiva no se halla hoy en nuestras manos. Sin embargo, no podemos desconocer que debemos contribuir desde ahora para sentar las bases, o algunas de éstas, de la doctrina definitiva.

Respecto al "rumbo de colisión" que mencioné, debo decir que no hemos establecido reglas claras, como las de choque y abordaje, que serían semejantes a las reformas constitucionales; no hemos dado ni siquiera pequeñas ideas. En resumen, estamos procediendo como en la "ley de la alcachofa", hoja a hoja.

En primer lugar, hay que reconocer que en el Parlamento existen en trámite tres proyectos de ley, que pueden despejar dudas y corregir vicios de procedimiento derivados de ausencia de una reglamentación para reclamar contra actos administrativos: el mencionado por el Senador señor Otero, relativo a la Ley Orgánica de la Contraloría, donde se regula la impugnación de sus resoluciones (pendiente desde hace dos años, y si nos interesa tanto esta materia, debemos preocuparnos de que se actualice lo antes posible); el relativo a lo contencioso administrativo, cuya tramitación se encuentra demorada desde hace mucho tiempo; y el sobre bases del procedimiento administrativo.

Por lo tanto, estoy totalmente de acuerdo con lo señalado por el Senador señor Urenda en cuanto a que, en lo posible, debemos ir a una segunda discusión en la materia que nos ocupa, ya que deben reanalizarse muchas de las posiciones, perspectivas y puntos de vista bastante distintos planteados hoy. En todo caso, si fuese necesario votar las contiendas, debe presentarse cada caso en forma individual. Y aquí nos encontramos con que cada caso no ha sido analizado, nadie se ha puesto en la posición de las personas involucradas, sólo hemos visto la parte relativa a la competencia. Y si no preocupamos de las personas, entonces, el recurso, en la forma que lo analizamos, sería incorrecto.

Por ejemplo, en el caso de la Dirección General de Aguas, ¿qué habría sucedido si la Contraloría hubiera tomado razón de la respectiva resolución? Creo que los afectados igualmente habrían presentado un recurso de protección, en forma inmediata. Y si iban a proceder así no habrían esperado la firma de la entidad contralora, y estaríamos en presencia de lo que los abogados denominan "amenaza". Luego, ese recurso puede ser interpuesto incluso antes de que la Contraloría tome razón de la resolución.

No entraré en detalles, pero reitero mi solicitud de segunda discusión. Y si vamos a votar ahora, que se proceda caso por caso, pues sería conveniente analizar muchos de estos puntos, que realmente no fueron abordados en profundidad, pese a ser los más importantes.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Están inscritos para usar de la palabra los Honorables señores Adolfo Zaldívar y Letelier. El acuerdo de la Sala es proceder a votar a las 20; es lo que corresponde hacer. Hay un informe evacuado por una Comisión que ha trabajado durante bastante tiempo. Se han dado opiniones en el sentido de que la materia vuelva nuevamente al organismo técnico. Consulté prácticamente a todos sus miembros, quienes me señalaron que lo que cabe -y creo que tienen razón, desde un punto de vista estrictamente reglamentario- es que nos pronunciemos a su respecto ahora, y que no haya un nuevo trámite.

Sin embargo, también hay quienes han planteado que, en caso de aprobarse, debiera ir de todos modos a Comisión, para los efectos de armonizar el informe con algunas opiniones vertidas en la Sala, que no son contrarias al espíritu ni a la forma del documento, pero que sí lo enriquecen.

Por consiguiente, la Mesa no tiene otra alternativa, desde el ángulo estricto del Reglamento, que poner en votación el informe, para que Sus Señorías se pronuncien, no sin antes consultar a los señores Senadores inscritos para usar de la palabra si les parece bien proceder en esos términos y que nos atengamos al acuerdo adoptado.

El señor ZALDÍVAR (don Adolfo).- Estoy plenamente de acuerdo.

El señor HAMILTON.- Y que fundamenten su voto.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Obviamente, todos los señores Senadores tienen la posibilidad de hacerlo.

El señor LARRAÍN.- Conforme.

El señor LARRE.- De acuerdo.

El señor DÍAZ.- Que fundamenten el voto aquellos que no han intervenido, pero que quienes ya han hablado se abstengan de hacerlo.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Supongo que así será, porque casi todos han podido explayarse con muy buenos y contundentes argumentos.

En consecuencia, sobre la base del acuerdo adoptado por la Sala, se procederá a votar.

En votación.

-(Durante la votación).

El señor GAZMURI.- ¿Cómo vamos a pronunciarnos, señor Presidente?

El señor EYZAGUIRRE (Secretario).- El "Sí" significa aprobar el informe, y el "No", su rechazo.

El señor MC-INTYRE.- Señor Presidente, entiendo que son dos casos distintos. La Comisión emitió un solo informe respecto de ellos, pero podríamos pronunciarnos separadamente por uno y por otro.

El señor EYZAGUIRRE.- Efectivamente, señor Senador, es un solo documento, y el acuerdo de la Sala es votarlo a las 20. Estamos en la hora y comenzó la votación.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Estamos en votación.

El señor CALDERÓN.- Señor Presidente, votaré a favor del informe, porque no estoy por debilitar el acto de toma de razón de la Contraloría tal cual lo consigna la Constitución; tampoco por disminuir sus atribuciones, que están bien claras en sus artículos 87 y 88, y menos por dar, por la vía del precedente, facultades que en la actualidad no tienen los tribunales de justicia.

Por otro lado, no creo que el informe esté planteando la indefensión de las personas que se sientan pasadas a llevar en sus derechos fundamentales, ni mucho menos. En todo caso, tal como se ha venido señalando en intervenciones anteriores, se puede recurrir de protección en cuanto a forma y a tiempo y, también, cuando se trate de determinados actos propios del organismo contralor, aspecto este último no muy debatido. Pienso que con relación a éstos sería procedente dicho recurso.

Tengo claro que estamos pronunciándonos acerca de casos muy particulares, pero ha sido relevante la discusión habida, porque servirá de precedente para otros en el futuro.

Voto que sí.

La señora FELIÚ.- Señor Presidente, me abstengo, por las razones que di en mi discurso.

El señor FREI (don Arturo).- Señor Presidente, la Constitución Política, en sus artículos 87 y 88, encomienda a la Contraloría General de la República el control de la legalidad de los actos de la Administración, labor que realiza a través del trámite de toma de razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por la entidad contralora, o representando la ilegalidad de que puedan adolecer.

Sin embargo, el claro tenor de las normas constitucionales señaladas no ha sido entendido de la misma forma por la Corte de Apelaciones de Santiago. Ella ha acogido a tramitación una serie de recursos de protección en virtud de los cuales se le pide ordenar al organismo contralor tomar razón de determinado acto, o bien, que la misma Corte deje sin efecto la toma de razón efectuada por aquél. Tales recursos se han fundado en el artículo 20 de la Carta Fundamental, que establece la acción cautelar denominada

recurso de protección. Dicho precepto utiliza términos muy amplios, que hacen procedente la interposición del recurso contra cualquier persona o institución que incurriere en actos u omisiones ilegales, de modo que, en principio, la Contraloría no quedaría exenta de tal control.

Tanto el recurso de protección como el control de la legalidad de los actos de la Administración son instituciones consagradas en distintas disposiciones de la Carta. Tales normas deben interpretarse armónicamente, de manera que, respetando la finalidad propia de cada una de ellas, se evite todo posible conflicto, interferencia o duplicidad de funciones. Esto significa que el Contralor General de la República, en la medida en que ejerce la facultad de tomar razón en los casos que la ley prevé, sólo cumple con un deber que le impone directamente la Constitución, en orden a efectuar el control de legalidad de los actos administrativos. Por esta causa, aparece como algo inaceptable que sus decisiones se impugnen por la vía del recurso de protección, porque ello implicaría que la Corte de Apelaciones está facultada para revisar la resolución tomada por el Contralor en el ejercicio de una atribución exclusiva.

Por otro lado, la separación o división de funciones persigue que cada uno de los Poderes del Estado no interfiera ni suspenda las decisiones propias y privativas de otros. Si bien el recurso de protección no excluye a las autoridades políticas y administrativas que puedan afectar, en el ejercicio de sus atribuciones, los derechos resguardados por esta acción cautelar, ello no significa que pueda dejar sin efecto facultades que el propio constituyente ha otorgado a otros órganos del Estado. De sostenerse dicha posibilidad, se estaría admitiendo que existe un Poder del Estado que ejerce una especie de tuición sobre los demás.

Asimismo, no es posible que este control que la Carta encarga en forma privativa a la Contraloría se vea afectado por procedimientos que ella no contempla para este caso en particular, ya que eso significa vulnerar el principio de legalidad consignado en sus artículos 6° y 7°. La Constitución establece claramente que es atribución exclusiva y excluyente del organismo contralor la toma de razón de los actos de la Administración, y en ninguna de sus disposiciones estatuye que corresponda a los tribunales de justicia el control preventivo de legalidad de tales actos.

En abono de las conclusiones señaladas, cabe manifestar que cada vez que la Contraloría ejerce sus atribuciones exclusivas está dando lugar a un acto institucional, que no es susceptible de reclamaciones, salvo que la propia Constitución contemple una norma en contrario, lo que no ocurre en este caso.

Por lo tanto, el conflicto suscitado entre ambos organismos del Estado debe resolverse en favor de la Contraloría General de la República, porque de lo contrario se sienta un negativo precedente, cuya principal consecuencia

es, como señalamos anteriormente, dejar sin efecto atribuciones que el constituyente ha conferido expresamente.

Consecuente con lo expuesto, voto a favor del informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

El señor GAZMURI.- Señor Presidente, estoy pareado con el Senador Señor Cantuarias. Sin embargo, daré una opinión en el sentido de que, después de haber seguido con mucha atención el debate, llego a la conclusión de que es más razonable el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

Entiendo que ello no significa una restricción al recurso de protección -no es ése el punto-, sino que más bien tiene que ver con el equilibrio constitucional y con las atribuciones de cada uno de los Poderes del Estado. Ese es el asunto esencial que, a mi juicio, ha estado en el fondo de esta discusión.

Además, considero que atribuir otra responsabilidad por la toma de razón al Contralor efectivamente sería constituir al organismo que dirige con funciones que no son las que le corresponden, ya que las suyas se circunscriben a la revisión de la legalidad de los actos de la Administración. Y la responsabilidad de esos actos es, obviamente, de esta última. Por tanto, los recursos de protección tienen que referirse a esa autoridad.

Finalmente, en mi opinión, sin perjuicio de que aprobemos el informe de la Comisión, podrían recogerse los puntos de vista aquí expuestos y los argumentos que los avalan o complementan -algunos introduciendo nuevos elementos-, y ver si sería necesario elaborar por la misma Comisión un informe que recogiera el debate desarrollado en el Senado.

Repito: Por estar pareado, no emitiré mi voto.

El señor HORVATH.- Señor Presidente, en primer lugar, debo señalar que, como Parlamentario, soy ferviente partidario del recurso de protección que consagra el artículo 20 de nuestra Constitución Política. Incluso, hemos adelantado en mociones tendientes a perfeccionarlo con vistas a que se aplique, por ejemplo, al derecho a vivir en un medio libre de contaminación y a prevenir actos u omisiones ilegales o arbitrarias, según sea el caso.

Sin embargo, aquí hay Poderes del Estado perfectamente definidos. Y el hecho de que un organismo, constitucional por lo demás, tenga la facultad y el deber de controlar los actos de determinado Poder, no significa que él sea el autor, y por lo tanto, responsable, de los actos de ese Poder. Creo que, bajo ese predicamento, no cabe recurso de protección ante tal instancia.

Por otro lado, de prosperar esta aplicación del recurso de protección, quienes ganarían serían los abogados, por un aumento enorme de la actividad forense. Nada tengo contra los abogados; pero un estudio que compara distintos países de acuerdo a su número de abogados, ha logrado correlacionar este índice con el de nivel de desarrollo socioeconómico de

cada nación. Se demuestra así que, a medida que aumenta la cantidad de abogados, se acentúa una tendencia inicial al incremento de aquel desarrollo. Pero, una vez que el primer factor sobrepasa determinado rango -lo que ha sucedido en Chile-, cae el segundo factor. Esa es la razón por la que pienso que, al aumentar el número de litigios, disminuirá la actividad productiva, y el Estado se verá inhibido de desarrollar las funciones que le son propias.

Por tales motivos, apruebo el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

El señor HUERTA,- Comparto los fundamentos de la posición sustentada por el Honorable señor Otero, y voto en contra del informe.

El señor LETELIER.- Señor Presidente, la resolución que ahora adopte el Senado reviste, a mi juicio, la mayor importancia, pues, de acogerse la tesis sustentada por la Contraloría General de la República, y que hace suya la proposición de fallo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, dejaría sentado el precedente de que existe una autoridad cuyos actos están exentos de todo control jurisdiccional.

La Constitución Política de la República de Chile encarga a los tribunales de justicia el conocimiento de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado; de manera que a ellos queda entregado el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan.

La postura de la Contraloría General de la República supone que las Cortes de Apelaciones carecen de jurisdicción para conocer de los recursos de protección que motivan las contiendas, porque sus decisiones, adoptadas en el ejercicio de sus facultades de control preventivo de legalidad, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso, ya que de aceptarse que lo hagan esos tribunales estarían sustituyendo a la Contraloría en el examen previo de legalidad que le incumbe.

Desde que supone la existencia de dos órganos ejerciendo igual función con relación a la misma materia, se produce, según el señor Contralor, un conflicto de competencia.

Es cierto que la Contraloría posee atribuciones que le son privativas y excluyentes. Pero, en cuanto sus efectos puedan suponer una amenaza o perturbación al legítimo ejercicio de un derecho garantido por la Constitución, no puede quedar al margen control jurisdiccional que se ejerce, precisamente, a través del recurso de protección, el que, por su naturaleza -como se ha dicho en forma reiterada-, es eminentemente garantizador del ejercicio de determinados derechos fundamentales establecidos en la Carta.

Parece, sin embargo, primordial establecer si en el caso que conocemos existe o puede existir una contienda de competencia que deba resolver el Honorable Senado.

En los dos recursos de protección entablados por particulares se reclama de la arbitrariedad en que habría incurrido el señor Contralor: en el primer caso, por haberse negado a tomar razón de una resolución de la Dirección Nacional de Aguas, y en el otro, por haber tomado razón de un decreto supremo del Ministerio de Transportes.

Tocante a la toma de razón, respecto de la potestad administrativa que el artículo 88 de la Constitución otorga al señor Contralor, se establece: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer;".

Para el profesor don Eduardo Soto Kloss, la toma de razón es: "Una fase del procedimiento de elaboración del acto administrativo y consiste en el trámite de control de la juridicidad de la declaración orgánica unilateral de un ente dotado de potestades administrativas, declaración que formalizada en decretos o resoluciones según lo disponga la ley, no es sino un "Proyecto de Acto Administrativo".".

Por su parte, el profesor don Manuel Daniel Argandoña sostiene que la facultad de la Contraloría para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones de los jefes de servicios y tomar razón de ellos, es un acto "trámite" inserto en el procedimiento de elaboración del acto administrativo; que el ejercicio de poder jurídico del Contralor es una fase procedimental dentro de esa etapa de elaboración, y que en definitiva, no hay acto administrativo sin la toma de razón, pues se trataría sólo de un proyecto de acto; no habría actuación jurídica posible sin ese pronunciamiento que, de ser desfavorable, impediría el acceso a la vida jurídica del acto.

Por último, para la propia Contraloría, el control preventivo de juridicidad es indispensable para que el acto administrativo ya dictado por la autoridad pueda producir sus efectos. De manera tal que la toma de razón constituye un requisito de eficacia del acto administrativo.

En consecuencia, si el trámite de toma de razón es, como queda demostrado, un acto administrativo previo e indispensable para la validez del acto administrativo que se revisa, no significa el ejercicio de jurisdicción, y, al respecto, sostiene el profesor don Juan Colombo: "La administración, en el desempeño de su función administrativa, carece totalmente de jurisdicción, y desde el momento en que uno de sus órganos goza de ella, deja de ser administración para transformarse en tribunal.".

Definida la jurisdicción como un atributo de la soberanía -que permite al Estado, representado por los jueces, aplicar el Derecho -la ley- a casos

concretos y particulares cuando las partes por sí han sido incapaces para ello- jurisdicción y justicia son conceptos que no pueden desvincularse sin incurrir en contradicciones. El encargado de administrar justicia es quien goza de jurisdicción.

Por eso, antes tratemos de entender qué es una contienda de competencia.

Manifiesta el profesor de Derecho Constitucional don Lautaro Ríos que "Para que pueda plantearse con propiedad, una contienda de competencia, es preciso que concurren los siguientes requisitos: que -al menos- dos órganos, de igual o de distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto; que se trate de un asunto concreto y determinado, y que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto."

El mismo señor Ríos, en un artículo que publicó "El Mercurio" de Valparaíso, dice, refiriéndose al tema que nos ocupa: "No cualquiera disputa legal o diferencia de criterio interpretativo, constituye contienda de competencia.

"Para que exista tal contienda -positiva en este caso- es menester que dos autoridades distintas se atribuyan en forma exclusiva y simultánea una o más prerrogativas de poder de igual naturaleza, con respecto a un asunto preciso y determinado."

Más adelante agrega: "En la especie, los Tribunales de Justicia no pretenden arrogarse la potestad de la Contraloría consistente en la toma de razón de ciertos actos administrativos, por el contrario le reconocen esta atribución.

"Tampoco la Contraloría ha pretendido nunca resolver los recursos de protección, cuya incumbencia corresponde a los Tribunales de Justicia. Por lo cual no existe aquí -en su estricto sentido- una contienda de competencia."

Y, al concluir su fundamentado escrito, sostiene: "Como no existe ni puede existir, en las circunstancias descritas, una auténtica contienda de competencia, la comisión optó por acoger la pretensión de la Contraloría en una declaración que, ciertamente, no atribuye ninguna competencia, sino que limita la de la Ilustrísima Corte de Santiago, con evidente infracción a la Carta Fundamental."

Señor Presidente, lamento no poder votar, porque me encuentro pareado con el Honorable señor Sule.

El señor MC-INTYRE.- Señor Presidente, voto que no, muy en especial porque estoy en total desacuerdo con que las dos contiendas se hayan acumulado, por ser absolutamente distintas. Espero que esto no sienta precedente.

Además de eso, debo decir que nos hemos demorado seis meses en solucionar el punto, y si en caso de que hubiera existido una parte afectada, el recurso de protección sería inoficioso.

El señor OTERO.- Señor Presidente, en verdad las intervenciones escuchadas en el Senado y los fundamentos de la proposición de la comisión son una materia totalmente ajena a lo que la Constitución Política entrega para decisión de la Cámara Alta. En el respectivo informe no se ha analizado si efectivamente existen o no contiendas de competencia, en circunstancias de que debió estudiarse clara y positivamente cada una de ellas en forma separada y determinar este hecho. Se ha englobado una materia y se han debatido en esta Sala los alcances y la procedencia del recurso de protección y la forma en que lo han aplicado los tribunales. Pero eso no corresponde a la decisión del Senado, pues éste debe pronunciarse acerca de si hay o no hay contiendas de competencia y resolverlas una a una.

Aquí se han dado una serie de ejemplos que, probablemente, han inducido a equivocación a los señores Senadores. Es cierto que la justicia pudo haber cometido errores. Sin embargo, no se ha leído en esta

Sala, porque no era del caso la enorme lista de arbitrariedades e ilegalidades que han afectado a ciudadanos chilenos, a jubilados, a pensionados y a empleados de la Administración Pública cuando la Contraloría se equivocó en la aplicación de la ley o cuando la decisión no se ajustó a los hechos que motivaron determinadas resoluciones o decretos. Se puede confeccionar una enorme lista en tal sentido, con lo cual los Honorables colegas habrían tenido que entrar al fondo de la actuación del organismo contralor. Pero en esta Sala no se debe juzgar ni a la Contraloría ni a los tribunales de justicia, sino que debemos analizar si hubo o no contienda de competencia; y, ciertamente, no la hubo. Además, la decisión debe determinar si hay o no contienda; en caso de estimar que la hay, es necesario decidir quién es competente.

Tengo a la mano el respectivo informe, en el cual se consigna que la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago carece de competencia para acoger a tramitación el recurso de protección. Pero el Senado no se ha pronunciado sobre lo que debía hacer: ver quién es competente. Si no es la Corte, ciertamente, lo será la Contraloría General de la República. No puede ser de otra manera, pero ello estaría violando el artículo 20 de la Constitución.

Por lo tanto, la Cámara Alta no está cumpliendo con la obligación constitucional de resolver la contienda de competencia. Ha señalado que un organismo no es competente. Si fuera así, ¿quién estaría habilitado para conocer del recurso de protección deducido por ciertas personas y la apelación pendiente? Ese asunto sigue quedando en el aire y en la interrogante.

Finalmente, señor Presidente, en lo que respecta a la responsabilidad que uno pueda tener en una decisión de esta trascendencia, quiero señalar que lo resuelto va en contra del texto expreso del artículo 20 de la Constitución Política de la República, el cual dispone que el afectado "podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho...". La Corte de Apelaciones no puede

sustraerse a este mandato de la Carta Fundamental. Y, por lo tanto, sería inconstitucional que la Corte se negara a aceptar a tramitación el recurso. Debe hacerlo, y sólo si se dan los supuestos contemplados en el artículo 20, puede acoger el recurso, lo que es una materia totalmente distinta.

Por estas consideraciones, señor Presidente, voto que no.

El señor PIÑERA.- En primer lugar, debo expresar que ni el informe de la Comisión ni la Sala han podido analizar o discutir si existe o no contienda de competencia. De acuerdo a la Constitución, al Senado le corresponde dilucidar una situación como ésta. Hemos partido del supuesto que ella existe, y ha sido un tema muy debatido.

Por otra parte, varios colegas plantean que ésta es una discusión de carácter jurídico-legal, especializada, y que, por lo tanto, para poder opinar sobre el particular se requiere tener las aptitudes, la formación y los estudios necesarios. Yo no comparto ese punto de vista, ya que en el Senado hay personas muy eruditas en la materia con posiciones diametralmente distintas. Los Senadores que no tenemos una formación jurídica acabada y profunda, como otros, observamos -yo, por lo menos- que en esto se presentan dos situaciones con pros y contras, al igual que tantas cosas en la vida: por una parte está el principio de la especialización de funciones y de competencia de los diversos organismos y Poderes del Estado -en el caso particular de la Contraloría, su capacidad de ejercer la labor de control preventivo respecto de la legalidad de los decretos-; y por otra, se encuentra el recurso de protección y la voluntad de muchos de nosotros de no debilitarlo.

Sin embargo, señor Presidente, después de analizar con mucha atención los debates, pienso que dicho recurso no se debilita en caso de que se asuma la posición unánime de la Comisión de Constitución, pues él siempre podrá ejercerse, aun cuando el Contralor hubiere tomado razón, ante los tribunales y en contra de la autoridad que dio origen al decreto presuntamente ilegal.

Por considerar que no se deteriora ni perjudica el recurso de protección - el cual es extremadamente valioso para el resguardo de los derechos de las personas- y por estimar inconveniente una especie de segunda instancia permanente en la función de control preventivo de la legalidad que ejerce la Contraloría, voto a favor del informe.

El señor ROMERO.- Señor Presidente, a pesar de las intervenciones muy interesantes escuchadas y de un informe que refleja el estudio y la acuciosidad con que trabajó la Comisión, no ha quedado demostrado en el debate -personalmente, no tengo esa convicción- la existencia de una contienda de competencia entre la Contraloría y los Tribunales de Justicia.

Si no hubiera tal contienda, conforme al artículo 7° de la Constitución, estaríamos incursionando en una materia ajena a nuestro quehacer institucional. En efecto, el artículo 49 de la Carta Fundamental establece las atribuciones exclusivas del Senado, entre las cuales figura la de conocer

de las contiendas de competencia. Por ello, careceríamos, a mi juicio, de la facultad de resolver cualquier tipo de controversias entre órganos estatales que no sean propiamente contienda de competencia.

Lo anterior es bastante serio, pues ninguna persona ni magistratura -como sería el Senado- puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Este precepto viene de la Carta de 1833 y fue reiterado en las Cartas de 1925 y la de 1980. La contravención o infracción de esta norma -que es muy grave- significaría un vicio de nulidad de Derecho Público, con las responsabilidades y sanciones que la propia Constitución establece.

Como pienso que en este caso concreto no existe contienda de competencia, voto negativamente el informe de la Comisión.

El señor RUIZ (don José).- Señor Presidente, en primer lugar, quiero dejar en claro que de no tener absoluta convicción de que existe contienda de competencia, estimaría inconveniente que el Senado se pronunciara sobre un tema respecto del cual no le corresponde. Es más: en el debate realizado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, quedó demostrada la existencia de una situación que puede ser denominada, con mucha claridad, como contienda de competencia. Si se estimara que sólo puede haberla cuando dos autoridades poseen atribuciones sobre una misma cuestión, en verdad el Senado nunca podría pronunciarse al respecto, porque de hecho no habría esa posibilidad.

En este caso, se ha configurado una disputa de tal naturaleza, pues dos organismos, al ejercer sus atribuciones, produjeron una colisión de las mismas. En consecuencia, nuestra Corporación está habilitada para dirimir el asunto a través de una resolución que será inapelable; vale decir, sin posibilidad de que sea revisada posteriormente. Pero tal decisión no dañará los derechos de las personas, pues nadie quedará imposibilitado de presentar en los tribunales de justicia el recurso de protección. Lo que se está definiendo ahora es la oportunidad en que tal acción pueda ejercerse: una vez que la Contraloría haya llevado a cabo, conforme a la carta, la toma de razón de los decretos. Si alguna persona se siente afectada, perfectamente podrá recurrir a la instancia judicial. Por lo tanto, no se están vulnerando los derechos.

Finalmente, de aceptarse la tesis planteada por algunos Senadores, en virtud de la cual las Cortes de Apelaciones podrían acoger a tramitación recursos de protección mientras autoridades de tipo administrativo aún no ejercen las facultades que les confiere la Constitución, podría llegar a paralizarse la acción del Gobierno y, con ello, hacerse imposible la conducción de la Nación. Con ello se rompería un elemento esencial del Estado de Derecho, cual es el equilibrio entre los Poderes del Estado, al entregar prácticamente

dominio absoluto a los tribunales de justicia, lo cual no responde al espíritu ni a la letra de la Carta Fundamental.

Por lo tanto, acojo en su plenitud el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

El señor SIEBERT.- Señor Presidente, al fundamentar mi voto, lo hago sobre la base de lo que en estos días he escuchado y leído acerca del tema cuyo análisis obliga a todos los Senadores -por muy alejados que estemos de los asuntos jurídicos- a interiorizarnos y documentarnos como corresponde para cumplir cabalmente la responsabilidad que delega en nosotros la Constitución de 1980.

Estimo que ambas contiendas de competencia, por haber sido planteadas por la Contraloría antes de que la Corte de Apelaciones dispusiera alguna medida específica, quedan fuera de las atribuciones del Senado para dirimirlas. No pongo en duda que ese tribunal es competente para entrar a conocer un recurso de protección respecto de una toma de razón previamente pronunciada. Como aquí se ha dicho, habría que analizar cada caso en forma separada. Si la Corte de Apelaciones hubiese dispuesto alguna medida concreta, invadiendo las atribuciones de la Contraloría, lógicamente debería entrarse a examinar si existió o no, de parte de ella, una acción u omisión.

En el caso específico del recurso de protección interpuesto por la Compañía de Teléfonos de Chile, no cabe emitir pronunciamiento, toda vez que al desistirse de la acción el recurrente no existe causa pendiente sobre la cual deba pronunciarse el Senado.

Sobre la base de estos argumentos, voto en contra del informe.

El señor ZALDÍVAR (don Adolfo).- Señor Presidente, en mi opinión la esencia del Estado de Derecho no consiste sino en buscar, a través de un mecanismo jurídico, el control del ejercicio del poder. En ese sentido, es indudable que la supremacía de la Constitución, como norma fundamental y básica, adquiere una importancia decisiva para entender y precisar cómo deben jugar las distintas instituciones dentro del Estado. De modo que, cuando se interpreta la Constitución y el ámbito de los órganos que actúan dentro de ella en la toma de las decisiones políticas fundamentales, hay que buscar la armonía y no un conflicto entre instituciones que deben converger en el ejercicio del Poder.

Ante la pregunta sobre cuáles son los órganos competentes en este caso en que existe un conflicto de competencia, cabe señalar, aun cuando parezca algo elemental, que nuestra Constitución Política entrega el control preventivo de la legalidad a la Contraloría General de la República. Por consiguiente, a ella corresponde velar por la legalidad de los actos de la Administración.

Por otro lado, en forma especial, al normar las garantías individuales, la Carta establece un recurso que, como se ha recordado, en cortos años ha pasado a ser una piedra angular para cautelarlas debidamente.

Por ese motivo, desconozco por qué debe existir un conflicto. Sobre todo cuando habría que entrar a precisar en qué casos procede el recurso de protección.

Perdónenme que diga algo de carácter personal, pero ello me da, quizás, cierta autoridad para opinar sobre la materia. Como muy bien recordaba el Senador señor DÍEZ, él recurrió al Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile en 1972 o 1973 -posteriormente, como todos saben, ocurrieron ciertos hechos que impidieron que algunos profesores pudiéramos continuar trabajando-, y el Senador que usa de la palabra fue uno de los profesores que colaboraron en la redacción de la normativa respecto del recurso de protección. En consecuencia, tanto por lo que ahí se trabajó, como por la génesis y, sobre todo, por el desarrollo que este recurso ha tenido, para que él sea realmente procedente en los casos que aquí se plantean, debe precisarse el problema considerando situaciones concretas.

Por ello, me parece muy atinada la observación de la Senadora señora Feliú. No puede rechazarse de plano un recurso de protección, sino que la Corte de Apelaciones debe entrar a calificar. Y si se presenta un recurso de protección en uno de los casos que hoy día nos empeñamos en analizar -en otro hubo desistimiento del recurso, de modo que ya no tiene vigencia-, la Corte de Apelaciones debe medir y calificar si el Órgano Contralor está ejerciendo sus facultades privativas y exclusivas. Si las está cumpliendo, debe inhibirse de inmediato. Y cuando termine el trámite de toma de razón, o sea, sólo después de publicado el decreto o de ser notificado quien haya resultado afectado, se podrá recurrir y plantear el recurso de protección.

Por consiguiente, no es real que, al aceptar la tesis de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, estemos dejando en indefensión al afectado; por el contrario, simplemente se está precisando en qué momento y en qué oportunidad procede presentar el recurso de protección. Más aún, se ha llegado a sostener, incluso, algo que estimo necesario despejar. Se ha dicho que el día de mañana los ciudadanos que puedan ser perjudicados por un acto de la Administración y no hayan entablado a tiempo el recurso de protección -dentro de los 15 días-, no lo podrán presentar con posterioridad. Ello no es así, porque, por lo demás, el plazo de 15 días se halla establecido en un auto acordado de la Corte Suprema, y debe entenderse que corre sólo cuando hay emplazamiento; es decir, cuando se conoce, y no antes. Por lo demás, debemos recordar que los derechos humanos, en su gran mayoría, son imprescriptibles. Y debemos también tener conciencia de que otros derechos humanos o garantías individuales sólo se extinguen cuando alguien los adquiere por prescripción. De manera que aquellos ciudadanos no van a quedar -y nadie puede temer- en indefensión. Muy por el contrario.

Pienso que la materia que se somete al Senado debe entenderse en la forma señalada, y tenemos la obligación de votarla, porque nos corresponde hacerlo en conformidad al artículo 49, N° 3), de la Constitución Política del Estado. Podrá quizás buscarse una redacción que ratifique o entregue lo que la Sala acuerde, pero la votación es nuestra. Cada Senador debe votar, y mi voto es afirmativo, de acuerdo a los alcances que he precisado.

Por lo tanto, voto por el informe de la Comisión, con la prevención de que debe actuarse siempre caso a caso, y de que la Corte Suprema tiene facultades y debe entrar a conocer el tema para calificar si este caso preciso se encuentra o no en trámite de toma de razón en la Contraloría.

Por último, la resolución que adoptemos no tiene más alcance que el de un acuerdo del Senado para solucionar este caso concreto y en particular.

Señor Presidente, fundo mi voto en los considerandos y en las razones que he dado, esperando que lo que se acuerde en definitiva recoja esta reflexión.

El señor ZALDÍVAR (don Andrés).- Señor Presidente, hablaré brevemente.

Ya se han dado muchos argumentos para sustentar la posición favorable al informe de la Comisión.

En primer lugar, para precisar, estimo que ha habido contienda de competencia, la cual está pendiente, y que ha sido planteada por el Contralor General de la República. Esta ha sido traída al Senado y hemos ¿ escuchado a ambas partes contendientes alegando sobre su propia competencia. La Comisión evacuó su informe, el que contiene todo su racionamiento, bastante bien fundamentado, sobre la existencia de dicha contienda de competencia. Por lo tanto, para mí es claro que estamos pronunciándonos y resolviendo una contienda de competencia en conformidad a las facultades que la Constitución Política nos entrega como Senado.

En segundo término, coincido absolutamente con la tesis de que el recurso de protección, en este caso, no procede en relación con un acto que es de la exclusiva competencia del Contralor General de la República. Se trata de la norma constitucional que dispone la toma de razón de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo. Al mismo tiempo, es claro que el recurso de protección no queda disminuido en cuanto resguarde los derechos de las personas, puesto que él siempre se podrá interponer una vez que el decreto haya tomado vigencia como acto administrativo, lo que viene después de la toma de razón.

Una interpretación distinta podría llevar a una exageración de gran magnitud. Así lo leí en un artículo que, en 1978, publicó el profesor de Derecho Procesal don Miguel Otero, quien señaló que el recurso de protección sólo procedía en el caso del particular que sintiere afectados sus derechos protegidos por la Constitución, y no se aplicaba en forma general, en cuanto al decreto o la legalidad o ilegalidad del mismo. Así lo entendí yo.

Asimismo, si el recurso de protección tuviera tanta amplitud como algunos han pretendido, el día de mañana cualquier particular podría, frente al anuncio del Ejecutivo de dictar un decreto, recurrir a la Corte de Apelaciones para impedir su dictación, lo que nos llevaría a una situación de conflicto tal que podría paralizar la actividad del Estado. E, incluso, si se aceptara la interpretación de acuerdo con la cual es posible impedir la toma de razón, se dejaría sin aplicar la norma del artículo 88 de la Constitución, que permite al Presidente de la República insistir en un decreto que el Contralor General ha representado en su legalidad.

Como creo que la Carta Fundamental debe aplicarse, reafirmo mi posición en el sentido de votar favorablemente el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

He dicho.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- En verdad, después de haber analizado con bastante detenimiento el informe de la Comisión de Constitución, de escuchar los argumentos dados durante la sesión y los interesantes aportes hechos por los señores Libedinsky, Ministro de la Corte Suprema, e Iturriaga, Contralor General de la República, voy a votar a favor de aquél. No me extenderé mayormente, pero quiero señalar que lo haré fundamentalmente por las razones que ya han expresado varios Honorables señores Senadores:

Primero, porque estamos frente a una situación que no permite mantener el equilibrio entre los poderes y las instituciones del Estado.

Segundo, porque un procedimiento como el del recurso de protección no ha sido cuestionado por el informe de la Comisión, contrariamente a lo que yo mismo creí en algún instante.

Y tercero, porque la declaración del informe deja siempre abierta la posibilidad de recurrir respecto de todas aquellas resoluciones del Contralor General que puedan afectar los derechos de las personas.

Sobre la base de ese entendido, voto a favor del informe de la Comisión.

El señor DÍAZ.- Señor Presidente, aunque el Honorable señor Andrés Zaldívar ya hizo alusión al tema, deseo leer una conclusión a que llega el Senador señor Otero en un artículo de la Revista de Derecho Procesal de hace algunos años. A la letra, dice lo siguiente: "En consecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia son claras en señalar que los tribunales ordinarios no tienen jurisdicción para conocer de acciones cuyo fin preciso sea obtener la declaración de ilegalidad o de nulidad de un acto administrativo cuando éste versa sobre materias que son de atribución exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo".

Me parece que estas palabras traducen claramente el pensamiento del señor Senador.

Voto que sí.

-Se aprueba el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (16 votos contra 8, una abstención y 5 pareos).

Votaron por la afirmativa los señores Calderón, Díaz, DÍEZ, Fernández, Frei (don Arturo), Hamilton, Horvath, Larraín, Matta, Núñez, Páez, Piñera, Ruiz (don José), Ruiz-Esquide, Zaldívar (don Adolfo) y Zaldívar (don Andrés).

Votaron por la negativa los señores Cooper, Huerta, Martin, Mc-Intyre, Otero, Romero, Siebert y Urenda.

Se abstuvo la señora Feliú.

No votaron, por estar pareados, la señora Frei (doña Carmen) y los señores Gazmuri, Larre, Letelier y Ominami.

El señor OTERO.- ¿Me permite, señor Presidente? Fui aludido directamente durante la votación.

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

El señor OTERO.- Entiendo perfectamente la posición del Senador señor Díaz, porque él no es abogado, sino médico, pero no puedo dejar de señalar que el informe a que dio lectura se refiere a una materia totalmente distinta: al caso en que el objeto de una acción -que no tiene nada que ver con el recurso de protección- es pedir la nulidad de un acto de la Administración. Y mi informe nace, precisamente, de un estudio y análisis crítico de toda la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Por tanto, emplazo al Doctor señor Díaz a que diga y demuestre que mis palabras decían relación al recurso de protección. Por el contrario, como uno de los profesores que primero estudiaron esta materia, y como defensor del primer recurso de protección que se presentó ante la Corte Suprema del país, siempre he sostenido lo que entonces alegué ante dicho tribunal: que el recurso de protección procede contra cualquiera.

Lamento, pues, que quien pasó esta información al Honorable señor Díaz no se la haya entregado completa, porque estoy seguro de la buena fe de Su Señoría. No obstante, insisto en que la cita es errónea.

Finalmente, señor Presidente, dada la trascendencia del debate de hoy, solicito que se publique in extenso.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Como en otras oportunidades, esa materia la resolverá la Comisión de Régimen Interior.

El señor DÍAZ.- ¿Me permite, señor Presidente?

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Entiendo que el Senador señor Otero hizo uso de su legítimo derecho a réplica...

El señor DÍAZ.- Simplemente deseo explicar que sé leer, señor Presidente. Leí textualmente una conclusión del Senador señor Otero...

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Lamentablemente, no corresponde iniciar debate alguno sobre el particular.

Conforme a lo convenido, corresponde levantar la sesión. Mañana hay una sesión ordinaria, en la cual habremos de ver los asuntos en tabla y tener Tiempo de Votaciones, para el que hay un proyecto de acuerdo pendiente, y, además, Incidentes, porque, en verdad, en las últimas sesiones no lo ha habido, y hay varios señores Senadores que desean plantear cuestiones no menores de sus respectivas Regiones o puntos de vista sobre temas generales.

El señor SIEBERT.- ¿Me permite, señor Presidente?

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

El señor SIEBERT.- Quisiera saber si existe alguna posibilidad de determinar hoy que la hora de Incidentes de la sesión de mañana comenzará a las 13. Lo señalo, porque ya se la ha dejado sin efecto en varias oportunidades. Agradecería al señor Presidente que tomara un acuerdo en ese sentido y que, en ningún caso, pudiera ser rectificado mañana.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Si iniciamos la sesión exactamente a las 10:30, la hora de Incidentes correspondería a las 13, como ha dicho el señor Senador. Cabe recordar a los Comités que están citados para mañana a las 10:15.

El señor DÍAZ.- ¿Me permite una breve interrupción, señor Presidente? Solicito que se ponga en primer lugar de la tabla el informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Irá en primer lugar, señor Senador.

No habiendo otro asunto que tratar, se levanta la sesión.

-Se levantó a las 20:56.

Manuel Ocaña Vergara,

Jefe de la Redacción