

LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO: DE CÓMO SE “LEGISLA” POR VÍA DE DICTÁMENES CONTRALORES Y SENTENCIAS JUDICIALES, CON TOTAL DESPRECIO DE LA CONSTITUCIÓN*

Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Del *venire contra factum proprium* a la idea del *precedente/stare decisis*, en el derecho administrativo. 2. Del *stare decisis* a la *Vertrauensschutz/protección de la confianza*: un traslado incoherente. 3. La Contraloría General de la República como “órgano legislativo autoasignado”: 3.1. Funcionarios públicos “a contrata”. 3.2. Máquinas de azar o destreza. 3.3. Permisos de construcción. 4. La Corte Suprema asume funciones legislativas bajo pretexto de “interpretar” (más allá del “activismo judicial”). 4.1. La *tutela laboral* y los funcionarios públicos. 4.2. Máquinas de azar o destreza. 4.3. Funcionarios “a contrata”. 4.4. La “farándula” de la “acción de amparo económico”. 4.5. Reclamo de ilegalidad municipal contra resoluciones de Director de Obras. 4.6. Otorgamiento de fármacos o tratamientos en enfermedades “raras”. Conclusiones.

*Silere non possum****

INTRODUCCIÓN

No puede menos que ser reconfortante para quien vio nacer las Jornadas de Derecho Público allá en la década de los años 60 del siglo pasado (siendo ayudante *ad honorem* del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chile, que dirigía el profesor don Humberto Cifuentes Barrientos, creador de estas Jornadas) participar en estas que llevan el número 49, ya próximas a ser cincuentenarias. Y también teniendo presente que en los primeros años eran pocos quienes se dedi-

*Texto adicionado con notas de la exposición del autor en las 49 *Jornadas de Derecho Público*, 17 de octubre de 2020, Universidad Católica de Chile.

**Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne). Doctor h.c. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (por concurso público, julio 1973). Ex-Decano (1998-2010) y profesor titular de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

***“La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio” (Cicerón).

caban al derecho administrativo y las sesiones de esta sección no reunían más de diez a quince personas; hoy, en cambio, son multitud... quienes se dedican a esta rama del derecho público, y especialmente jóvenes.

El tema escogido para desarrollar ahora incide en un problema actualísimo, y que ha producido debate entre colegas, y la semana pasada nada menos que entre instituciones como son las más altas magistraturas de la República, a saber el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. No es mi interés aquí el tema en sus casos particulares sino en lo que “subyace” a ellos, y que es de la mayor gravedad, porque implica una verdadera *subversión* lisa y llana de las Bases de la Institucionalidad, desde que viene a violar ni más ni menos que la “supremacía constitucional”, el “principio de juridicidad” y “derechos fundamentales” como el principio de igualdad ante y en el derecho y el debido proceso legal, racional y justo, pilares todos y de los más básicos de un Estado de Derecho.

El título pudiera llamar a engaño si solo se queda en la primera parte porque de allí parto como signo evidente de esa *subversión constitucional* que significa y que se ha extendido también a la justicia suprema, y que ha conducido en la práctica de dictámenes y sentencias a simplemente “legislar” por esta vía, modificando leyes y violando directamente la Constitución. Se advertirá *la extrema gravedad de lo que está ocurriendo*, sin que se insista y publicite este hecho preciso, de legislar por vía no destinada al efecto, sobrepasando todo el ordenamiento jurídico fundamental. Más de alguno podría llegar a afirmar que se trata de una verdadera “sedición suprema....”.

Veámoslo.

1. DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM AL STARE DECISIS

Conocido es el brocardo medieval, aunque de fundamento romano, *venire contra factum proprium non valet*¹, que en castellano es “no puede irse contra los actos propios”, dada su invalidez y que, entre nosotros, en el

¹Sobre este brocardo vid. J. Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Ariel. Barcelona. 1951, y el clásico L. Díez-Picazo, *La doctrina de los actos propios*. Bosch. Barcelona. 1963; M. Sánchez Morón, *Venire contra factum proprium non valet*, en Documentación Administrativa/Madrid, vol. 263-264, 223-246. En Chile, vid. H. Corral Talciani, *La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium non valet*, en *Venire contra factum proprium non valet*. Estudios sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 2010, 19-33.

En el periodo romano ya se encuentran entre otros, textos referidos al tema, como la sentencia de Paulo, en el *Digesto*, 50.17, 155, “a cada cual debe perjudicar su propio acto, no al adversario” o un texto de Pomponio, *ídem* 50.17, 206, “es justo por derecho natural que nadie se enriquezca en perjuicio y lesión de otro”.

derecho administrativo, he tenido ocasión de mostrar su fuente y aplicación frente a la “invalidación de los actos administrativos”, verdadera autotutela declarativa y ejecutiva de la propia Administración del Estado, enteramente inconstitucional, que a pesar de su concreción legal en la Ley N° 19.880/2003, art. 53, es patente su contrariedad a Derecho tanto por ir en contra de la Ley N° 18.575/1986, que es una ley orgánica constitucional, de superior jerarquía normativa que la Ley N° 19.880, que es ordinaria (y, por ende, sujeta a la normación de aquella) como –y es lo principal– en contra de la propia Constitución (art. 19 N°s 24, 2 y 26 especialmente²).

La Administración del Estado no puede jurídicamente actuar desconociendo sus propios actos administrativos (lo mismo sucede en lo contractual), que han producido efectos jurídicos, desde que la misma Constitución con claridad meridiana “asegura a todas las personas” en su artículo 19 N° 24, inciso 1° “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. Precisamente “bienes incorporeales” son los “derechos” que reconocen o conceden (según los casos) a los particulares los actos administrativos, especialmente los de beneficio, derechos que obligan a su autor a respetarlos y que solo un tribunal de justicia y mediante un debido procedimiento legal, racional y justo (art. 19 N° 3 inciso 6°), puede declararlo contrario a Derecho. Pero no la Administración por sí y ante sí, arguyendo que se equivocó, y dictando otro acto administrativo posterior dejándolo sin efecto, y ello pudiendo hacerlo nada menos que en un plazo de dos años desde que se notificó o publicó el acto invalidado. Y más encima, con la consecuencia insólita y aberrante de que durante dos años el acto administrativo en Chile no adquiere “definitividad”, esto es todos los derechos emanados del acto primitivo y las situaciones jurídicas producidas a su amparo para los destinatarios son inestables, quedando al arbitrio de la autoridad que lo emitió. Es una monstruosidad jurídica que merece ser reformada cuanto antes por ser un escarnio que va contra todo sentido de justicia y respeto de los derechos de las personas; lamentablemente no veo autores en nuestro medio que alcen la voz ante la iniquidad manifiesta que ello comporta, más entretenidos en el comentario de textos que avizorar que el Derecho es un instrumento de justicia y no de dominación, como adoran los estatistas.

²Vid. mis trabajos sobre “invalidación” de los actos administrativos, *Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en Revista Chilena de Derecho vol. 16/1989, 475-485; *Sobre la autotutela de la Administración, la jurisprudencia judicial*, en La Semana Jurídica N° 38/2001,5, *Sobre la pretendida autotutela invalidatoria de la Administración*, en Gaceta Jurídica 38/2001, 7-16; *Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los destinatarios. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la Ley N° 19.880*, en Eduardo Soto Kloss (editor) *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 283-297.

Este *venire contra factum proprium* en materia civil es reconocido usualmente bajo el manto del principio de “buena fe”, que don Andrés Bello estableciera de modo claro al regular los contratos y su ejecución e interpretación (art. 1.546, Código Civil).

Esa “buena fe” en el actuar de la Administración del Estado le viene “impuesta” por la propia Constitución en sus Bases de la Institucionalidad (capítulo I) al disponer en su artículo 1º inciso 4º –reconociendo un principio elemental del orden social y político humano– que “El Estado está al servicio de la persona humana”, y nadie está al “servicio de otro” actuando de mala fe, con intención torcida, aviesa o malévola. Además, que el fin del Estado –lo establece el mismo inciso citado– es “promover el bien común” y ello “con pleno respeto de los derechos de las personas”, incluidos primerísimamente en estos “los derechos que emanan de la naturaleza humana” (art. 5º inciso 2º), derechos que son un *límite* al poder de los órganos del Estado (art. 5º inciso 1º). Y más aún que los actos administrativos producen efectos jurídicos que son “bienes incorpóreos”, que ingresan al patrimonio de sus destinatarios y son protegidos por la Constitución al reconocerlos como “derecho de propiedad”, y ello desde que son notificados o publicados, deviniendo “intangibles” (art. 19 N° 24 inciso 1º).

2. DEL *STARE DECISIS* A LA *VERTRAUENSSCHUTZ*

Conocido es en el derecho comparado el *stare decisis*, del que el ejemplo inglés suele ser el más citado, y conocido como un sistema “jurisprudencial” si bien no se trata de tal sistema sino de un sistema propiamente “judicial”, ya que las sentencias que constituyen “precedentes”, vinculantes para el futuro, emanan de los “jueces” y no de los “jurisprudentes/juristas”, como ocurría en la Roma clásica³.

Este efecto vinculante de las decisiones judiciales (entiéndase sentencias ejecutoriadas propiamente tales) en la medida que se trate de situaciones iguales, o sea idénticas (aunque también semejantes), es un sistema que fue adoptado por nuestra Contraloría General de la República desde hace más de 60 años, lo que se mantiene aún hoy, con el agregado de lo que se llama “reconsideración”, sea adoptada de oficio, si bien frecuentemente es a petición de parte (afectada por determinada jurisprudencia contralora).

³Sobre el *stare decisis*, *vid.*, para el régimen inglés, entre otros, S. Whittaker, *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*, trad. C. Banfi del Río, en RCHD vol. 35/2008, N° 1, 37-83 (con bibliografía, 77-79 y jurisprudencia, 80-883).

Pues bien, este sistema de “precedentes”⁴ en la emisión de Dictámenes contralores significa que la CGR en su actividad de “decir el Derecho” a la Administración del Estado (Ley N° 10.336 art. 1°, en aplicación de la Constitución, art. 98)⁵ y cómo ella debe aplicarlo, *es solo una creación contralora, jurisprudencial* (Ley N° 10.336, arts. 5° inciso 3°, 6° incisos 1°, 2° y 4°/final, 9° inciso final y 19), que contiene “una idea de orden” innegable para el actuar de esa Administración, a fin de que haya “uniformidad” por sus distintos organismos en la aplicación del Derecho que la regula a ella y al aplicarlo a los particulares, cosa esta última de innegable sentido de justicia como es concretar la igualdad entre ellos “ante” y “en” el Derecho (hoy art. 19 N° 2 de la Constitución) en su relación con la Administración e incluso para los funcionarios públicos en la relación jurídica laboral que los une a su empleador Estado⁶.

Muy distinto, en cambio, es que la Administración del Estado en su actividad de ejecución del Derecho y de prestación de servicios (satisfacción de necesidades públicas) tenga que decidir, y siempre, de un modo determinado (como ocurre en el ejercicio de las llamadas potestades regladas), ya que en su labor diaria y constante, en los más diferentes ámbitos de actuación, existen siempre situaciones nuevas, diversas y pareciera que no son frecuentes que se den las mismas condiciones, sean de regulación normativa, de tiempo y de personas. Y lo frecuente en la actividad administrativa del Estado y conforme con las atribuciones jurídicas que le confiere la ley a sus órganos, es que esta (la ley) atribuya “elementos” discrecionales en sus potestades⁷.

⁴Sobre “precedentes” vid, en nuestro derecho chileno, mi *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes*, en RCHD vol. 26 N° 2/1990, 399-403; también, R. Céspedes Proto, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en RCHD vol. 28/N° 1/2001, 149-159. En España, vid. L. M. Díez-Picazo, *La doctrina del precedente administrativo, doctrina legal*, en Revista de Administración Pública/Madrid, 98/2002, 7-42; también, S. Díez Sastre, *El precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*. M. Pons. Madrid. 2008; de interés, R. Rivero Ortega, *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público, reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho*, en Revista de Administración Pública cit. 157/2002, 89-118.

⁵Que viene de antiguo, DL 258/1932 y asumido por la Constitución de 1925 en su artículo 22 (según reforma constitucional de 1943) y luego en su ley orgánica 10.336/texto refundido de 1964, que retomará la Constitución de 1980 (art. 77/98).

⁶Conforme a su ley orgánica constitucional N° 10.336 cit. artículos 6° inciso final, 9° inciso final y 19.

⁷Debe insistirse (frente a un error casi común entre autores), en que *no existen “potestades” discrecionales*, lo que existe son “elementos” en la potestad conferida en que la ley atribuye un “margen de apreciación” al órgano atribuido, como, por ejemplo, el “qué”, vale decir la “decisión” misma que ha de adoptar para satisfacer real, verdadera y efectivamente la necesidad pública, y, por cierto, para que sea válida habrá de ser racional y debidamente fundamentada. Puede ser útil ver “la teoría de las potestades”, en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 (Principio de juridicidad), 53-63, con la distinción que hacemos entre los distintos “elementos” de la potestad (quién, cómo, cuándo, por qué, para qué, y qué), los cuales algunos de ellos son “esencialmente

No puede olvidarse que la tarea de la Administración, en tal sentido, es esencialmente *prudencial*, lo que difiere en gran medida de la tarea contralora, de “decir el Derecho” que ha de ser aplicado “por” y “a” ella, que es naturalmente una actividad que sin ser jurisdiccional en nuestro ordenamiento constitucional chileno (ya que es actividad administrativa, de control) es propiamente jurídica, debiéndose obviamente conformarse a la Constitución, como órgano del Estado que es.

De allí que no cabe en Chile sostener un “régimen de precedentes” en la Administración activa o de ejecución, de prestación o incluso reguladora. No se puede simplificar de tal manera y decir que rija en plenitud y como principio jurídico este sistema o régimen. El asunto no es de “precedentes”, sino que *hay que indagar de qué actos se trata*, por cuanto v. gr., si se trata de “actos autorizatorios” habrá que estarse a la comprobación de si el requirente ha cumplido efectivamente los requisitos que la ley indica para hacer ejercicio del derecho que ya posee, y si los posee, debidamente comprobados, solo cabe emitir la correspondiente autorización. Pero ¡cuidado! porque si esa autorización es por plazo, no por el hecho de habersele dado una vez tiene forzosamente que otorgársele nuevamente, una vez que vuelva a solicitarla, ya que deberá comprobarse nuevamente el cumplimiento exacto de esos requisitos. Ello es bien claro cuando se habla de patentes comerciales, v. gr. de expendio de bebidas alcohólicas, ya que puede que por determinada ordenanza municipal se restrinja su número en determinado sector de la comuna, si hay razones, por ejemplo, de orden público y sus alteraciones, en tal caso no hay derechos adquiridos para que se renueve desde que la regulación normativa se ha modificado. Será la autoridad municipal que sea prudente la que proveerá a que no se produzcan perjuicios o los paliará según proceda en el ordenamiento respectivo. En el supuesto caso de actos “concesorios” –hablando aquí en términos generales, atendida la diversa tipicidad de los distintos actos concesorios– y de los propiamente tales, que corresponden a la “libre” (si puede hablarse de “libertad” de los órganos del Estado) decisión, dada la inexistencia de obligación de otorgar un beneficio, deberá aquí no atenerse a “precedentes” que existieren en el tema sino a que no se viole la indispensable “igualdad ante el Derecho”, pilar básico de un Estado de Derecho y debidamente fundamentados esos actos, esto

reglados”, como el quién (órgano atribuido), el cómo (procedimiento legal que ha de seguirse necesariamente para emitir un acto), el cuándo (momento en que ha de actuar el órgano, es decir cuando se presenta la necesidad pública que él debe satisfacer, sin perjuicio de las potestades de “previsión”, como en materia sanitaria, o de emergencias, etc.), el por qué (que es el hecho/necesidad pública que estimula al órgano para actuar), y el para qué, la finalidad que se persigue con el ejercicio de la potestad, o sea, “satisfacer” determinada necesidad pública que el legislador ha puesto como deber jurídico bajo su competencia. Para “discrecionalidad” puede verse mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 437-442.

es “justificados” en los hechos y en el Derecho, con el fin de no caer en la arbitrariedad, lo que lo hace inválido, esto es nulo, como lo dispone la misma Constitución (art. 7º).

Esta idea de “precedente” con su carácter vinculante, que tiene plena aplicación en la actividad contralora, fundamentada en su ley orgánica y ello desde décadas, *se ha pretendido extender* a la actividad administrativa por medio del artificio de la llamada “confianza legítima”, artefacto germanizante (¡otro injerto extranjerizante! que perturba el ordenamiento) que carece de sustento normativo en nuestro derecho, en cuanto se pretende aplicarlo a situaciones que no están de acuerdo a su propia naturaleza, según veremos.

No es nuestra intención aquí dedicarnos a estudiar esta “protección de la confianza”, *Vertrauensschutz*, que ha pasado a usarse como “confianza legítima”. Otros se han ocupado de ello y ya desde unos 40 a 50 años especialmente en Europa, y en su derecho comunitario⁸. En Chile ha sido el profesor Bermúdez Soto con su trabajo del 2005 en la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral (vol. 18 N° 2, 83-105) quien se ha ocupado de ello pero como “límite a la potestad invalidatoria” de la Administración, lo que aparece (poniéndole otro nombre) como un instrumento de seguridad jurídica para proteger “derechos adquiridos” (que no se quiere nombrarlos, en razón del “síndrome estatista...”, o como dice la CGR “situaciones consolidadas”) de las personas frente a la Administración y su pretensión de dejar sin efectos por sí y ante sí sus propios actos.

Esa llamada “confianza legítima” sería solo otro nombre del *principio de seguridad jurídica* (estabilidad de los actos, administrativos en este caso) que la Constitución reconoce y asegura a toda persona en su art. 19

⁸Sobre “seguridad jurídica” la bibliografía es sobreabundante y no viene al caso referirse aquí, solo recomendaría J. Alvear Téllez, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el derecho público chileno*, en *Actualidad Jurídica* 16/2007, 143-170.

Sobre “confianza legítima” *vid.* en castellano, entre otros, R. García Macho, *Contenido y límite del principio de confianza legítima. Estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Civitas. Madrid. 1989, 453-466, también en *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas/Madrid N° 56/1987, 557-572; F. Castillo Blanco, *La protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*. M. Pons. Madrid. 1998; J. García Luengo, *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*. Civitas. Madrid. 2002; L. Medina Alcoz, *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* cit. N° 130/2006, 275-326; J. B. Lorenzo de Membiela, *El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública*, en *Revista de Administración Pública*/Madrid N° 171/2006, 249-263; G. Silva Tanayo, *La confianza legítima*, en *Revista Régimen de la Administración Pública/Buenos Aires*, N° 399/2011, 27 ss.; L. E. Rey Vázquez, *El principio de confianza legítima*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Argentina. Córdoba. 2016; P. J. Jorge Coviello, *Actualidad de la protección de la confianza legítima en la República Argentina*, en *Revista Argentina de Derecho Público/Buenos Aires*, N° 1/2017 (rev. digital); en Chile, R. Letelier W., *Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos*, en *RCHD* vol. 41/2014, 609-634.

N^{os}. 2 y también 26, en cuanto protección de la “esencia de los derechos” o “contenido esencial” de ellos⁹.

En esa tesitura la idea no es otra que afirmar –con otros términos– el *principio del respeto de los derechos adquiridos* emanados de los actos administrativos, como efectos jurídicos de ellos, como ya lo señalábamos allá en 1984, y respecto específicamente de los actos administrativos recientemente en 2017¹⁰. En ese sentido, la “confianza legítima” no es sino, pura y simplemente, el “respeto del Derecho”, de la Constitución y de las normas dictadas en su conformidad (art. 6º), algo que es bien obvio en un régimen de Derecho que reconoce, asegura y protege el ejercicio de los derechos fundamentales (ejercicio que ha de ser de acuerdo con la Constitución y esas normas dictadas en su conformidad para que sea válido).

Lo dicho, que parece tan elemental, sin embargo, desgraciadamente, ha sufrido una “alteración” y un giro no solo bastante fuerte sino “incoherente” con esa protección de la seguridad jurídica/estabilidad y de los derechos adquiridos.

Efectivamente, a partir de los años 2015/2016 la CGR le ha dado a la llamada “confianza legítima” una dimensión totalmente diferente a la referida, que como hemos señalado aparece muy en consonancia con el ordenamiento constitucional y las Bases de la Institucionalidad, fundamentos de este ordenamiento.

Como resulta de Dictámenes contralores especialmente de 2016 en adelante, se evidencia una clara pretensión de *legislar* en ciertas materias que se han elegido para ello, a través de una verdadera “invención”, que carece de todo asidero normativo y que solo se sustenta en una frase que recuerda lo peor del absolutismo imperial romano: *Contralorus dixit*.

Adelantando el parágrafo que sigue, ha de decirse que lo que se pretende –en total contradicción con el Derecho vigente (Constitución y normas legales dictadas en su conformidad/art. 6º)– es hacer de lo que son “meras expectativas” unos verdaderos “derechos”, sin fundamento normativo alguno que lo sustente.

⁹En castellano pueden verse, entre otros, J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994 (con bibliografía alemana hasta 1987 en 366-367); M. Lorenzo Rodríguez-Armas, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución española)*. Comares. Granada 1996.

¹⁰Vid. mi *Derecho público y derechos adquiridos, réquiem para una ineptia doctrinaria*, en RDJ t. 81/1984, Primera Parte, Sección Derecho, 13-23 y reciente, *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53.

3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO LEGISLATIVO AUTOASIGNADO

Si bien lo referido en el párrafo precedente es el detonante de estas reflexiones, nuestro interés en esta exposición es mostrar cómo en este rubro de la *Vertrauensschutz*, se ha desencadenado tanto en la CGR como también en la Corte Suprema (al menos en la tercera sala que es la que conoce de lo constitucional y administrativo) una oleada, marejada o avalancha de *pretensión de legislar* en algunos temas, “saltándose la legislación vigente” (que no reinterpreándola) y, obviamente, la Constitución, el principio de supremacía constitucional, su obligatoriedad y aplicabilidad directas, y el principio de juridicidad (art. 7º), “creando” normas e interviniendo en las atribuciones que la propia Constitución ha conferido claramente al legislador, esto es materias que son de exclusiva “reserva legal”.

Refiriéndonos primeramente a la CGR veamos cómo se autoasigna, bajo guisa de “interpretar” normas legales aplicables a la Administración la potestad de “crear” normas concernientes, entre otras materias, 1) al régimen jurídico de los empleos “a contrata” de la Administración (art. 3º Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo general), 2) en lo referente al otorgamiento de patentes comerciales por parte de las municipalidades a locales con máquinas electrónicas de juegos de azar o destreza (Ley Nº 18.695 DL 3063/1979 y Ley Nº 19.995), y 3) en temas de urbanismo, como los llamados “permisos de construcción”/propiaamente autorizaciones de edificación.

3.1. Sin entrar en mucho detalle, basta mirar el texto del artículo 3º letra c) de la Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo para comprender que la figura del “empleo” a contrata (que no es un “cargo” público, es decir permanente y creado por ley en la Planta de un determinado organismo de la Administración del Estado, sino una “actividad” y actividad “temporal”) es *esencialmente* temporal; de allí que la persona que desempeña esa “actividad”, con la calidad de funcionario público, asimilada en sus remuneraciones a las de un cargo público específico, solo es designada por un “plazo”, que “expira” el 31 de diciembre del año en que fue designada, expiración que se produce en esa fecha “por ministerio de la ley” (dicho art. 3º letra c) referido), expiración *ipso iure*.

La misma disposición estatutaria establece que tal designación puede ser prorrogada por otro año, siempre que ello se disponga con treinta días de anticipación a su expiración. Además, y aparece obvio, que tratándose de una designación por un plazo determinado, quien asume esa “actividad temporal”, de función pública, *carece de todo derecho para continuar en él expirado que sea dicho plazo*¹¹.

¹¹La Contraloría, desde antiguo (D 9287/1990 y 12.696/1993), ya disponía que el personal contratado “no integra la Planta ni forma parte del Escalafón del Servicio, dada la naturaleza transitoria de estos desempeños”.

Pues bien, la CGR a partir del año 2016, designado Contralor General el profesor Bermúdez Soto (autor ya citado), declaró (v. gr., D 22.766/24.3.2016) que la persona designada a contrata y que le ha sido prorrogada por el año siguiente, no podía no prorrogársele nuevamente ya que por aplicación del principio de confianza legítima (inexistente en nuestro ordenamiento) tendría el “derecho” (aunque no se utiliza el término, pero indiscutiblemente lo es en esta visión) a continuar en el ejercicio de esa actividad a contrata, a menos que existiera una casual de extinción del cargo público prevista en la Ley N° 18.834, título VI (arts. 146-156). En otros términos, según la CGR a quien le ha sido prorrogado una vez la contrata mencionada, deberá prorrogársele por el siguiente, y así sucesivamente a menos que por vía del correspondiente debido procedimiento administrativo sumarial se le comprobara algún ilícito disciplinario que merezca una medida disciplinaria de destitución, o bien fuera calificado en lista 4 de exoneración; pero cosa curiosa, adviértase que la misma CGR ha dictaminado que los contratados no están sujetos a calificación, desde que no forman parte del Escalafón del Servicio dada su transitoriedad. O sea, sin decirlo la CGR los declara “funcionarios de planta”, aplicándole *sin ley alguna que lo disponga*, su régimen jurídico y sin que exista el “cargo” correspondiente en dicha Planta, desde que solamente por ley se pueden crear “cargos públicos”, según lo dispone de modo expreso la Constitución y ello desde antiguo (hoy art. 62/65 inciso 4° N° 2), y ley que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República¹².

Ha de decirse que este planteamiento indicado ha tenido una aplicación frecuente, constante y reiterada según lo muestra numerosos dictámenes contralores¹³. Se advierte claramente que se trata de una

¹²El prof. Bermúdez afirma que esto de la confianza legítima viene de antes de su asunción al cargo de Contralor General de la República y cita al efecto algunos dictámenes de fechas anteriores (vid. su *Derecho Administrativo* cit., pp. 120-122), términos que del contexto de esos dictámenes se refiere en realidad al principio de la “seguridad jurídica”, especialmente en los que versan sobre la “invalidación” de los actos administrativos, como son los N°s: 61.817/2000, 54.179/2004, 2.256/2014, pero en caso alguno a la teoría alemana ni a la idea que él sustenta como principio que fundamenta la exigencia de concreción de las “meras expectativas”. No puede olvidarse que hay muchísimo espacio y distancia entre una “mera expectativa” y un “derecho” propiamente tal, del mismo modo que existe un mundo de distancia entre lo que “se espera”, es decir lo no se posee (expectativa) y lo que ya “es actual”, y ya se posee (derecho).

Vid. sobre el tema los muy numerosos dictámenes desde 2016, entre otros, y solo a título ejemplar, en 2016 los N°s: 22.766, 23.518, 33.419, 70.966, 78.454, 85.700 (básico), 85.704, 92.273; en 2017, N°s: 9.317, 11.316, 11.318, 11.909, 12.248, 12.421, 18.901, 19.822, 25.143, 33.999, 37.403; en 2018, N°s: 6.400 (complementa el D 85.700 cit.), 7.951, 10.035, 11.027, 13.576, 16.512 (complementa D 6.400 cit.), 17.783, 30.121 y en 2019 N°s: 25.296, 27.868, 28.514, 30.121, 30.123, etc.; agradezco a nuestra ayudante Katherine Zambrano R. su colaboración en la pesquisa de esta jurisprudencia.

¹³Lo que hay –como decíamos– es que la Contraloría ha transformado por sí y ante sí una “mera expectativa” en un “derecho propiamente tal”. Prescinde la Contraloría de una verdad inamovible: la “mera expectativa”, como su nombre lo indica con claridad, es una

“creación” contralora sin sustento jurídico alguno ni en la Constitución ni en la ley y que directamente contraría la ley específica que pretende o dice “interpretar”, y *arrasa con la supremacía constitucional* (art. 6°), *con el principio de juridicidad* (art. 7°, *al carecer de competencia puesto que es materia legislativa su regulación, esto es de competencia del legislador no de la CGR*), y *la igualdad ante la ley* (art. 19 N° 2), esos sí “principios” y “fundantes” de la institucionalidad jurídica del Estado y bases inamovibles del Estado de Derecho.

Caso típico de la CGR erigiéndose en legislador, modificando sin rubor alguno la ley que regula el tema y aplicando simplemente su mera voluntad (recordando aquello de “la voluntad del emperador/rey es ley”).

3.2. Un segundo caso que he detectado ya en 2016 y recientemente de nuevo hará tres semanas, ocurre con ocasión de la actividad comercial que incide en los locales con máquinas electrónicas de juegos, unos de azar (muy frecuentes) y otros de destreza (que exigen un pensar racional). Su fuente, para estos efectos (aunque el tema viene de antes), son los Dictámenes 92.308/13.12.2016 y 25.715/27.9.2019. En síntesis, el primero (reiterado y complementado por el segundo) señala que para obtener una patente comercial ante la municipalidad respectiva para realizar la referida actividad no basta solicitarla sino que agrega que es necesario contar con el “informe” de la Superintendencia de Casinos de Juego que determine que la(s) máquina(s) que se utilizarán son de juegos de destreza y no de juegos de azar¹⁴, “informe” que ninguna ley (y la materia es de expresa “reserva legal”, art. 60/63 N° 19 de la Constitución y Ley N° 19.930) lo exige y que CGR dispone que debe ser acompañado por el interesado a su solicitud.

Se advertirá que CGR, por medio de un dictamen, *crea e impone*, por una parte, una obligación para el solicitante –sin sustento legal– y, por otra, además, un *acto trámite* en el procedimiento administrativo que no contempla la ley de la materia y que, igualmente, es de *reserva de ley* (art. 60/63 N° 18) y no por acto administrativo como es un dictamen

mera “esperanza” (la *spes* latina), esto es algo que se espera o pueda esperarse que suceda, porque es posible pero solo probable; y se “espera” precisamente lo que no se tiene, lo que no se posee, y aquí *lo que no se tiene ni posee es derecho alguno para que se prorrogue esa contratación*, que es lo que con claridad establece la ley. La Contraloría va contra texto expreso y sin empacho, despreciando lo que expresamente establece la ley, ley que debe respetar. ¿Qué respeto se puede tener a un organismo estatal quien no respeta el objeto mismo de su función, como es “controlar la legalidad de los actos de la Administración” (art. 98 de la Constitución)?

¹⁴Para mayores detalles puede verse mi comentario a *Castilla Sánchez y otros c/ Contraloría General de la República* (Corte de Apelaciones de Santiago, 25.7.2018, que acoge protección/amparo económico, rol 169-2017, y Corte Suprema/tercera sala, 30.10.2018, que revoca y rechaza, rol 19.054-2019, en *Ius Publicum* 42/2019, 303-315, comentario en 315.318.

contralor¹⁵. Impone una obligación a un ciudadano para el ejercicio de una “actividad económica”, que la propia Constitución establece que *solo puede ser regulada por ley* (art. 19 N° 24 inciso 1° “normas legales que la regulen”) y crea un trámite de procedimiento administrativo que solo la ley puede establecer (art. 7° inciso 1° de la Constitución. “Los órganos del Estado actúan válidamente... en la forma que prescriba la ley”, y la “forma” es el procedimiento, el cual ha de ser establecido por ley/ art. 60/63 N° 18; procedimiento que ha de ser “racional y justo”, agregará el art. 19 N° 3 inciso 6°). Es más, tan contra texto expreso es que la propia Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, dispone que es un “ilícito disciplinario” (prohibición de hacer/deber de abstención) el exigir en las tramitaciones administrativas requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes (art. 84 letra e)¹⁶.

3.3. Otro tema que levanta desde hace tiempo bastante “polvareda” jurídica es la que se origina por las reclamaciones que particulares deducen ante la CGR en contra de decisiones de los Directores de Obras de las municipalidades; en lugar de acudir al Seremi Regional de Vivienda y Urbanismo respectivo en los casos previstos en el artículo 12 del DFL 458/1976, ley general de construcciones y urbanismo o ante los tribunales de justicia, a través del recurso de protección (art. 20 de la Constitución).

Produce un importante impacto en la actividad de construcción esta intervención contralora, no porque ella expida órdenes de no innovar, puesto que carece de competencia para ello, sino por la incertidumbre de la decisión contralora que pueda emitir, además que origina una situación jurídica muy especial como es que mientras conoce la CGR de la reclamación de esos afectados por una resolución de dicho Director de Obras municipales, puede que estos u otros igualmente afectados, recurran a los tribunales de justicia, sin que ello se ponga en conocimiento de aquella. Pues bien, después de un tiempo que no suele ser muy breve, la CGR se pronuncia sobre tal reclamación pero tomando conocimiento de estar el tema en sede judicial deja sin efecto el dictamen emitido, en razón de lo dispuesto por su ley orgánica constitucional N° 10.336, art. 6° inciso 3°, que le prohíbe actuar/“intervenir” en asuntos “sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

¹⁵Que es un “acto administrativo” y típico lo hemos demostrado allá a comienzos de la década de los años 80 cuando sostenía la CGR, de modo demasiado incoherente, que era una “mera opinión” (curiosamente “vinculante”... para todo organismo de la Administración) para escabullirse de ser impugnados por la acción de protección. Puede verse mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, capítulo IV, párrafo 5, 366-382.

¹⁶Puede ser de interés revisar el considerando 1° N° 2 del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago citado.

Pero, además de esta situación, que no suele ser tan infrecuente, ocurre que el propio Dictamen contralor que recae en la reclamación aludida se podrá impugnar en protección, como sucede muy a menudo, y en que valga recordar tres casos que fueron muy conocidos hace más de una década en estas materias, como fueron los casos de construcciones en el ex-Estadio Santa Rosa de la Universidad Católica, y en el sector de Plaza Las Lilas, ambos en Santiago, y el colegio de los Sagrados Corazones de Viña del Mar, Sporting Club de esa ciudad, casos en que la Corte Suprema dejó sin efecto lo decidido por la CGR (que había estimado ilegal esas resoluciones municipales), por estimarlas, en cambio, conformes a Derecho¹⁷.

Todo este incordio deriva –a mi conocimiento– de no entender algo tan simple como que el inciso 3º del referido artículo 6º *no da competencia alguna* a la CGR para conocer de esas reclamaciones, desde que dispone expresamente que ella *no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso*, y precisamente esas reclamaciones inciden directamente en asuntos que son de suyo litigiosos, ya que oponen a quienes *v. gr.*, han obtenido un permiso de edificación con aquellos que se oponen por afectarles en sus derechos, según pretenden. Nadie puede controvertir que ello es *per se* un asunto litigioso, que no corresponde a CGR intervenir ni pronunciarse, desde que aparece esencialmente de *reserva judicial* (art. 73/76 de la Constitución). Por no entenderlo así es que se producen estas controversias, y esta afectación a la actividad de la construcción (que es motor importante de la actividad económica del país), en circunstancias que ante tales reclamaciones deberá declararse pura y simplemente incompetente, en razón del claro texto de su propia ley orgánica que la regula^{17bis}.

4. LA CORTE SUPREMA ASUME FUNCIONES LEGISLATIVAS BAJO PRETEXTO DE “INTERPRETAR” (MÁS ALLÁ DEL “ACTIVISMO JUDICIAL”)

La Corte Suprema, en su tercera sala, que es la competente en lo constitucional y administrativo, no se queda corta en los brazos de la “creatividad” y “legislando”, decidiendo contra texto expreso y en temas que inciden en varias materia, como de funcionarios públicos, de salud, qué decir en lo ambiental y varias otras, incluso en materia de “amparo económico” donde la “farándula” creativa ya lleva más de veinte años de vida, en un juego

¹⁷Vid. dichos casos en RDJ t. 103/2006, 2.5, 479-413, mi comentario en 413-419, también en *Sentencias Destacadas* (Libertad y Desarrollo), vol. 2006, 131-143.

^{17bis} Sobre este tema véase el lúcido trabajo del Prof. Iván Aróstica M., *La Contraloría hoy*, en *Actualidad Jurídica* 16/2007, 127-142, que conserva plena actualidad.

de pimpón impropio de la más alta magistratura judicial de la República, sin perjuicio de lo que hace años algunos llamaron “activismo judicial”¹⁸.

No puede soslayarse que esa “creatividad” suele ser fruto de la personalidad fuerte de algún o algunos ministros de la sala, o su poder de convencer, o su mayor conocimiento de la materia, lo que arrastra a los demás, que menos conocedores del tema, y por qué no ya cansados de un muy largo ejercicio de la función judicial, asienten o, a lo más, redactan una prevención o voto en contra breve, para desahogo de su conciencia (como solía decirse hace siglos, cuando la gente se preocupaba de salvar su conciencia...). Lo lamentable es que como cambia constantemente la conformación de la sala, la continuidad de las decisiones adoptadas se quiebra y termina produciéndose una desigualdad ante el Derecho que viola de modo ostensible la justicia, la equidad y la razón, y ello producto de quienes precisamente ejercen la justicia de la República.

1. Un caso que ha “retumbado” a nivel institucional es el que apenas hace una semana se ha producido con ocasión del espíritu “creativo” de la Corte Suprema, tercera sala, en relación con la llamada “acción de tutela laboral”, interpuesta por funcionarios públicos que bajo el régimen de la “contrata” (ya vista) no se les ha prorrogado o bien se les remueve antes de la expiración del plazo de designación, v. gr. “por necesidades del servicio”¹⁹.

La aplicación supletoria del Código del Trabajo (art. 1º inciso 3º) a esta función pública ejercida bajo dicho régimen “a contrata”, la Corte Suprema (cuarta sala) la estimó procedente, no advirtiendo que como diría el Tribunal Constitucional (roles 2926 y 3853) los Tribunales del Trabajo *carecen de competencia* para conocer del tema cuando hay una relación laboral pública, no privada, que es la que cae bajo su competencia. De

¹⁸Sobre “activismo judicial” conocido es la obra de S. Verdugo y J. F. García, *Activismo judicial en Chile ¿Hacia un gobierno de los jueces?* Ediciones Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile, 2013; también de ellos *Activismo judicial, un marco para la discusión*, en Revista Jurídica del Perú tomo 153, noviembre 2013, 63-82; de J. F. García, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas*, en Actualidad Jurídica N° 20/2009, 81-121; con S. Verdugo, *Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del poder judicial*, en Actualidad Jurídica 27/2013, 199-219; puede ser de interés nuestros *Sobre jurisprudencia*, en Actualidad Jurídica 32/2015, 105-115, también *De veleidades supremas*, en Gaceta Jurídica 436/2016, 7-14.

¹⁹*Vid.* sentencia de la Corte Suprema de 7.10.2019, rol 21.027, recaída en apelación de protección deducida por *Ramón Chanqueo Filumil, Marvy Navarrete Jaque, y otro*, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tercera sala, de 10.10.2019, rol 566-2019, que lo rechazaría, lo que confirmara la Corte Suprema, pero con considerandos no solo provocadores sin incendiarios. Se trataba de una protección dirigida en contra de un fallo del Tribunal Constitucional (recaída en inaplicabilidad art. 1º inciso 3º y art. 485 del Código del Trabajo), declarados inaplicables en el litigio entre “Navarrete Jaque y Municipalidad de San Miguel”, en conocimiento en ese instante en la Corte Suprema por recurso de unificación de jurisprudencia rol 37.905-2017.

allí que extender esa aplicación a funcionarios públicos –si bien ha debido haber una preocupación laudable en dicha sala de proteger a esos funcionarios²⁰– no resulta aceptable jurídicamente ya que significa “crear” por vía de “sentencia judicial” suprema una competencia que solo la ley puede hacerlo, conforme con lo que dispone la Constitución (art. 7º inciso 1º), que establece la “reserva legal” del tema.

2. En esta competencia en la carrera “creacionista” debe también mencionarse la misma materia de las patentes municipales referida en el párrafo 3.2. precedente, para el ejercicio de la actividad comercial de locales de juegos electrónicos de azar o destreza. Se recordará que la CGR fue recurrida ante los tribunales (Corte de Apelaciones de Santiago) en acción de protección, por su dictamen 92.308, de 23.12.2016, y si bien dicha Corte lo acogió (como “amparo económico”), la Corte Suprema no menos “creativa” que la propia CGR, revocando se le ocurrió “interpretar” el artículo 37 bis de la Ley Nº 19.880, sobre procedimientos administrativos, que establece el deber de los órganos administrativos cuando deben “dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en la competencia de otros organismos” deberá pedirles informes “para precaver conflictos de normas” para “resguardar la coordinación, cooperación y colaboración” entre ellos. Y lo hace aplicable también a actos administrativos de “efectos individuales” como son las patentes comerciales, y así cohonestando el proceder contralor (el cual no había hecho mención de la disposición legal mencionada, enteramente inaplicable al caso).

Lo decíamos en el comentario a dicha sentencia judicial suprema (referido en aquel parágrafo 3.2. nota 14)): una norma legal dispuesta para ser aplicada en la emisión de un acto administrativo “de efectos generales” la Corte Suprema la aplica sin ninguna vergüenza al caso de patentes comerciales conferidas por las municipalidades, actos que son típicamente “de efectos individuales”. ¿Cómo los jueces, y supremos, no van a saber que no son lo mismo y que tienen un régimen jurídico diferente en su publicidad y en sus efectos (e incluso en su procedimiento de elaboración, como sucede por ejemplo en materias como ambiente y urbanismo)?

3. También la Corte Suprema se ha embarcado en aceptar la protección de la confianza legítima en ese incoherente traslado de transformar las “meras expectativas” en “derechos”, para declarar en procesos del amparo de protección (art. 20 de la Constitución) la ilegalidad de la no renovación de los funcionarios sujetos al régimen de “a contrata”, asumiendo que ellos

²⁰Vid. nuestro *Recurso de protección y tutela laboral*, que es un comentario a *Bussenius c/Cenabast* (Corte Suprema 30.4.2014, rol 10.972-2013), en *Ius Publicum* 35, 105.115 que trata de explicar el fundamento de esos fallos; los casos se han ido multiplicando, *vid.* últimamente, entre otros, Corte Suprema roles 3.497-2019 y 8.272-2018.

tendrían un “derecho” a seguir en la “actividad transitoria”, “temporal”, con tal de habérseles renovado por una vez esa designación. ¡Qué decir si ha habido renovación por más de tres veces o más o lleva más de diez años siendo renovada su contrata! ¿Llegará la Corte Suprema a decir en un futuro cercano que dicha persona deberá ser parte de la Planta e integrar su Escalafón y ocupar un “cargo” público y determinarlo, como modo de interpretar los artículos 3º letra c) y 10º de la Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo? Baste aquí solo indicar algunos casos recientes en el tema²¹.

4. Un caso que ya excede toda imaginación es lo sucedido con la acción llamada de *amparo económico* (Ley Nº 18.971/10.3.1990), acción que fuera creada con el objeto de proteger el ejercicio del derecho fundamental de las personas respecto de la iniciativa privada en materia económica (art. 19 Nº 21 inciso 1º de la Constitución) frente al notorio estatismo que campeaba con anterioridad al 11.9.1973, impidiendo la “actividad empresarial” del Estado y sus organismos a menos que ella fuera autorizado de modo expreso y específico a través de una ley de quórum calificado (aprobada “por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”/art. 66 inciso 3º de la Constitución) y sometida dicha actividad a la misma legislación aplicable a los particulares (art. 19 Nº 21 inciso 2º). Es decir, toda empresa estatal que quisiera ser creada ha de ser autorizada en dicha forma legal, y expresándose su nombre, su giro, su objeto y su estatuto jurídico. Esta acción de amparo –dispuso en su artículo único inciso 3º– se tramita según el procedimiento aplicable a la acción del amparo de *habeas corpus*²².

²¹ Así como ocurre en otras varias materias, los fallos de la Corte Suprema van de aceptar la confianza legítima a rechazarla, según sean los integrantes de la tercera sala; podría decirse que en este año 2019 se ha solido aceptarla, pero recientemente en *Cecilia Peña Burgos c/Subsecretaría del Interior* (Corte Suprema, 17.10.2019, rol 13.461-2019, sala Ministros Aránguiz, Cisternas, Sandoval, Vivanco y abog. integrante A. Quintanilla P. redactor; voto en contra Ministro Aránguiz) la protección deducida en contra de la no renovación de su contrata para 2019 (habiendo sido designada en el año 2015) ha sido rechazada, por cuanto dicha categoría de funcionarios públicos es “transitoria” según lo dispone expresamente la ley (Ley Nº 18.834, artículo 3º, en este caso) y, por tanto, la autoridad no ha cometido ningún acto ilegal o arbitrario al no renovar dicha contratación; en el mismo sentido últimamente, *Solis Arellano c/Ministerio del Interior* (Corte Suprema, 25.11.2019, rol 15.964-2019) protección rechazada. Valga reiterar que esta es la solución que se conforma con la aplicación de la normativa vigente, ya que obligar a la Administración a prorrogar esas contrataciones porque ya ha sido prorrogada una vez y el funcionario a contrata ha desempeñado la función por dos años, es algo que está fuera de todo el ordenamiento jurídico chileno vigente, y repetimos que es una desfachatada “invención” de la CGR, seguida por la Corte Suprema, y una pretensión de legislar carente de todo asidero en la Constitución (es simplemente una posición política, posición ajena a las funciones propias de la CGR y de los jueces, incluidos los supremos).

²² Sobre el tema la bibliografía no es escasa; *vid. v. gr.*, entre otros, I. Aróstica M., *Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y del recurrido*, en *Gaceta Jurídica* (GJ) 182/1995, 7-1, también *Acción de amparo económico. Un recuento jurisprudencial*, en *Revista de Derecho*

Su texto, que es bien claro, ha sido entendido, sin embargo, aproximadamente a partir de 1995, v. gr., casos *Menichetti c/Banco del Estado* (en RDJ t. 92/1995, 2.5, 18-23); *Compañía Minera Santa Laura c/Municipalidad de San Bernardo* (Gaceta Jurídica 186/1995, 139-142), también *Emeres Ltda. c/Municipalidad de Til Til*, en RDJ t. 93/1996, 2.5, 79-85); o *Asoc. de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.* (RDJ t. 93/1996, 2.5, 140-143, entre otros) que podía ser también deducido en amparo del inciso 1º del artículo 19 N° 21, dado que el artículo único de la Ley N° 18.971 no distingue entre ambos incisos. Así, de acuerdo con ello, este derecho fundamental aparecía protegido por dos acciones de amparo, la de “protección”, amparo general, con un plazo de 15 días corridos en aquel tiempo, hoy de 30 días corridos, y este “amparo económico”, con un plazo para deducirlo de 6 meses de cometida la infracción por un órgano estatal a dicho artículo 19 N° 21 inciso 1º de la Constitución, es decir ejercer actividad empresarial sin contar con la expresa autorización de ley de quórum calificado para realizarla.

Además de lo ilógico de tal situación, puesto que quien se veía rechazado un recurso de protección podía después recurrir de amparo económico si estaba aún en plazo, y como en aquella época estaban radicadas las causas de distinto modo que ahora, era la tercera sala quien conocía de la protección, pero el amparo económico debía ser conocido por otra sala (usualmente, la cuarta), que podía acogerlo no obstante haberse rechazado en la tercera la protección sobre el mismo asunto, si bien con pretensiones distintas y procedimientos diferentes.

Ante tal desahogado, la Corte Suprema retornó, hacia el año 2008, a la interpretación correcta, en el caso *González Illanes c/Municipalidad de Santiago*, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la pre-

(Universidad Finis Terrae) 2/1998, 95-105, y *Acción de amparo económico (una defensa de la iniciativa privada frente al Estado empresario)*, en su Derecho administrativo económico. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2000, 137-164; A. Cárcamo F., *Revisión crítica a la jurisprudencia judicial que ha desnaturalizado la acción de amparo económico ¿un cambio sin retorno?*, en Diario Constitucional N°s. 376/2.4.2015 y 380/16.4.2015; J. M. Errázuriz G., *Recurso de amparo económico ante la jurisprudencia ¿carácter declarativo?* en Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae) 6/2002, 441-447; R. Huidobro S., *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en Revista de Derecho Público (Universidad de Chile/RDP) 43-44/1988, 78-116; J. Jaederlund L., *El recurso de amparo económico, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 1999; E. Navarro B., *El recurso de amparo económico en la jurisprudencia 1990-1995*, en CJ 200/1997, 47-55; *Comentario a recurso de amparo económico de Aguas Cordillera c/Ministerio de Obras Públicas*, en RDP cit. 61/1998-1999, 225-229; *El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial*, en Estudios Constitucionales (Universidad de Talca) Año 5, 2/2007, 99-119; E. Soto Kloss, *Amparo económico y rol subsidiario del Estado*, en Temas de Derecho (Universidad Gabriela Mistral) 8/1993, 105-136; *La actividad económica en la Constitución Política de la República. La primacía de la persona humana*, en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales (3a. ed.). Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 133-141; P. Varas A., *Amparo económico*, en RDP cit. 49/1991, 45-70.

tensión deducida (9.12.2008, rol 8013-2007) fallo que subido en consulta fue revocado por la Corte Suprema (Tercera Sala, 1.4.2009, rol 501-09) en razón de establecer que esta acción es procedente solo en cuanto se afecte al recurrente por una actividad empresarial de un órgano del Estado no estando este autorizado expresamente para ello en conformidad a lo dispuesto por su inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución, solución a la que se llega luego de indagar en el sentido lógico-histórico del artículo único de la Ley N° 18.971 y su intención y espíritu, y a su sentido sistemático (unidad o conexión con otras instituciones del ordenamiento jurídico).

Pero, a pesar de lo lógico del razonamiento, muy pronto volvió la Corte Suprema a un vaivén en que se alternaban las soluciones casi a distancia de pocos meses, ya que el inciso 1° del N° 19 citado –se sostuvo– “no distinguía” quién era el ofensor, por lo tanto podía ser un ente estatal o una particular... Así, el tema va y viene según sean los integrantes de la tercera sala suprema, lo que linda –con el debido respeto– en lo farandulesco; para no alargar este punto reenvío a nota esta situación insólita^{22bis}. Hoy, al momento de escribir esta exposición, se ha mantenido lo que corresponde según su propio texto y su origen, esto es la acción de amparo económico procede cuando hay infracción del inciso 2° del referido art. 19 N° 21 de la Constitución, para amparar el derecho fundamental de la iniciativa privada en materia económica, impidiéndose de este modo que el Estado intervenga en actividades “empresariales” cuando se le ocurra, sino solo y únicamente en la medida que el legislador así lo decida y con mayorías especiales, conforme lo dispone su artículo 66 inciso 3°.

^{22bis} Llama la atención este vivén supremo si se atiende a que el proyecto de ley que envió el Presidente de la República, don Augusto Pinochet Ugarte, a la Junta de Gobierno llevaba por título “Regula la actividad y participación productiva del Estado y de sus organismos”, proyecto que planteaba la “excepcionalidad” de la intervención del Estado en la actividad económica. Precisamente esa *excepcionalidad* se manifestaba en esta acción para asegurar la aplicación del inciso 2° del artículo 19 N° 2 de la Constitución, lo que explicaba muy bien y acertadamente el fallo supremo *González Illanes* (redacción Ministro A. Oyarzún Miranda).

En esta “farándula” que se producirá aproximadamente entre 2008 y 2013, a meses de distancia entre ellos, se encuentran, a ocho meses de *González Illanes* cit., el fallo recaído en *Rubio Pellón c/Entel* (Corte Suprema, 3.12.2009, rol 8715-2009) en el cual se extiende la aplicación de esta acción al amparo de ambos incisos; solución la cual, igualmente a ocho meses, se abandona por la de aceptar solo el amparo económico por el inciso 2° del artículo 19 N° 2 CP. en *Sociedad Industrial Química Lima Ltda. c/Condominio Núcleo Industrial Santiago Sur* (Corte Suprema, 7.9.2010, rol 5802-2010), pero cinco meses después se decide, nuevamente, que esta acción procede por la afectación de los dos incisos del referido artículo 19 N° 21 CP en *Readi Cattán c/Alcalde de la Municipalidad de San Miguel* (Corte Suprema, 15.2.2011, rol 867.2011/Sala de Verano); en *Basáez Tapia c/Alcalde de la Municipalidad de La Ligua* (Corte Suprema, 11.7.2012, rol 274-2012) se vuelve a la procedencia solo por la vulneración del inciso 2° indicado, solución que fue reiterada durante ese año (v. gr. en *Urrutia Ferrada c/Alcalde de la Municipalidad de Linares*, de 5.2.2013, rol 979-2013 y en *Agrícola La Arbolada Ltda. c/Dirección General de Aguas*, de 17.4.2013, rol 1623-2013). Pero a solo un mes de

Pero no solo lo dicho, porque la Corte Suprema también ha pretendido “legislar” al respecto de esta acción. En *Productos del Mar Ventisqueros S. A. c/Gobernador Provincial de Palena*, de 28.6.2001 (RDJ t. 8/2001, 2.5, 145-160) se deducía este amparo ante la omisión de actuar del recurrido para mantener el orden público gravemente alterado por bloqueo de camino por pescadores artesanales, que impedía el único acceso terrestre a las faenas de dicha industria. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acoge la pretensión y ordena a la autoridad recurrida “adoptar todos los resguardos” para que los derechos garantizados por la Constitución no sean afectados en su esencia (confirmado por la Suprema). En el fallo supremo aparecerá una “prevención” del Ministro don Ricardo Gálvez B. (en RDJ cit. nota de p. 160) que sostiene que esta acción es “declarativa” y, por ende, el tribunal estaría impedido de dictar órdenes al organismo estatal ofensor/recurrido, como sucede en los amparos, a través de las facultades conservadoras del tribunal en esos casos (puede verse mi crítica a tal planteamiento en RDJ cit. en nota a pp. 146-147; también A. Cárcamo/2015 cit. V. B). Esta postura será mayoría tiempo después, con lo cual la acción

este último caso citado, la Corte Suprema no resiste mucho tiempo con la misma solución y decide, nuevamente, que esta acción de amparo económico procede por la afectación de ambos incisos, en *Manejo de Residuos Industriales S.A. c/Servicio de Impuestos Internos* (fallo de 27.5.2013, rol 1944-2013).

Pero si se sigue el recuento, ese cambio constante (¡viva la revolución! pareciera la consigna suprema...) continúa, con cierta calma en el primer semestre 2014 en que se alinea sobre la solución de aceptar esta acción solo para amparar la vigencia del inciso 2º e impedir la actividad empresarial estatal sin que se adecue a esa norma. Así, encontramos v. gr., *González Obando con Ministerio de Obras Públicas* (28.1.2014, en GJ 403/2014, 33-36), *Muellajes Australes Spa. c/Empresa Portuaria de Puerto Montt* (20.3.2014 en GJ 405/2014, 49-50), *Empresa de Transporte Público de Pasajeros Centauro S.A.* (12.5.2014, en GJ 407/2014, 60-61). También en 2015 se sigue esta línea como en los casos *Villaruel Briell c/Municipalidad de San Fabián de Alico* (5.3.2015, rol 3529-2015, confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 16.2.2015, rol 47.2015), y *Recabarren Catalán c/Servicio Nacional de Aduanas y otros* (6.7.2015, rol 7334-2015, con voto en contra (si bien el fallo dice prevención) de Ministra Egnem, que sostuvo la procedencia del amparo económico por los dos incisos del art. 19 Nº 21 de la CP. Pero esa continuidad se rompe nuevamente ya en 2016 con *Carrillo Saavedra c/Ganadera Cañadon Grande* (5.10.2016) en que se acepta esta acción por vulneración del inciso 1º del referido artículo 19 Nº 21 CP, y también con *Oliveros Valero y otros c/Municipalidad de Valparaíso* (15.5.2018, rol 8413-2018, con prevención Ministra Sandoval que sostiene su procedencia solo por la vulneración del inciso 2º de la referida disposición constitucional) y con *Campos Mellado c/Servicio Nacional de Aduanas* (27.7.2018, rol 5-2018, con voto en contra Ministra Sandoval), solución que una vez más será modificada en esta “farándula” unida a “juego de azar”, en el recentísimo *Santana Rodríguez c/Municipalidad de La Cisterna* (4.11.2019, rol 22.358-2019, voto en contra Ministro Muñoz que sostiene la procedencia de este amparo también por la afectación del inciso 1º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución).

En prensas este estudio. Grupo Led Chile c/M. de Providencia (C. Suprema, 16.1.2020, rol 234-20), vuelve a admitir esta acción por los 2 incisos. ¿Seguirán jugando a la lotería la Corte Suprema, su tercera sala? Cabe preguntarse ¿no tiene otra entretención menos sádica, ya que es a costa de los litigantes que acuden a los tribunales en búsqueda de justicia frente a los agravios sufridos y no para ser objeto de escarnio?

del artículo único de la Ley N° 18.971 perdería todo efecto práctico porque de acogerla el tribunal simplemente “declaraba” que el organismo estatal denunciado había cometido o cometía una infracción al referido artículo 19 N° 21 de la Constitución, lo que incluso permitía que el infractor siguiera cometiendo la infracción declarada pues ninguna decisión jurisdiccional de imperio se lo impedía. Por su parte, el afectado debía, si quería obtener satisfacción cumplida, acudir nuevamente a la justicia para obtener un amparo proteccional (art. 20 citado) y la orden pertinente de cesar el recurrido en su actividad ilícita. En otros términos, al “legislar” el tribunal supremo sosteniendo que no era una acción de amparo, sino meramente declarativa (no obstante que se tramita de acuerdo con el procedimiento del *habeas corpus*, acción de amparo la más típica), “desinflaba”, “eliminaba”, “destruía”, toda la energía del “amparo” dejándola desprovista de toda eficacia práctica, es decir venía a “derogarla”, *por vía judicial*, siendo que el procedimiento (sea administrativo, sea judicial) es de exclusiva *reserva legal* (art. 7° inciso 1° de la Constitución).

5. Otro tema en que aparece esa idea de “legislar” por vía de sentencias se encuentra en la decisión suprema de establecer que el Alcalde es competente para conocer de los “reclamos de ilegalidad” (art. 151 LOCM 18.695) que afectados interpongan en contra de resoluciones del Director de Obras, autoridad a quien la propia ley referida (art. 24 letra a) N° 2) le otorga potestades “desconcentradas” para otorgar los llamados “permisos de edificación” (que propiamente son “autorizaciones” para construir), potestades de las que carece el Alcalde, situación jurídica que la ley ha dispuesto, y ya desde antiguo, con el claro objetivo de impedir la politización de algo tan técnico como es la materia urbanística en la ciudad. La misma ley general de urbanismo y construcciones (DFL/Minvu N° 458, de 13.4.1976, artículo 12) ha previsto de modo expreso que compete al Secretario Regional respectivo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo resolver las reclamaciones emitidas por dicho Director de Obras²³.

En otros términos, dada las *potestades desconcentradas* de los Directores de Obras de las municipalidades, la ley ha dispuesto un “recurso administrativo” para recurrir en contra de sus resoluciones, al modo de un “recurso administrativo jerárquico” (impropio, en verdad, dado que no hay vínculo jerárquico alguno entre tal Director y este Secretario Regional Ministerial, salvo por tratarse de la materia urbanística), y con un procedimiento administrativo que la misma ley señala (Título III, capítulo 2°, párrafo 1°, de los permisos).

²³Útil es recordar que el texto original de este DFL 458 cit. art. 12 disponía que dicha Secretaría Regional conocía de ello “en segunda instancia”, en vía “administrativa”, obviamente, como un procedimiento administrativo de segundo grado, expresión que fue derogada por Ley N° 19.472, de 16.9.1996.

Ciertamente, el afectado no queda desprovisto de defensas jurídicas frente a la decisión administrativa del Seremi referido, en esta segunda instancia administrativa, que así lo es, porque siempre tendrá abierta la posibilidad de ocurrir ante la justicia ordinaria por las acciones constitucionales y legales que el ordenamiento le otorga, *v. gr.* recurso de protección (art. 20), nulidad de derecho público (art. 7°), amparo económico (según sea el caso), etc. Y el Alcalde se encuentra fuera del tema, porque si carece de potestades para decidir en materia urbanística en cuanto “permisos de construcción” menos podrá tener potestades para conocer de la materia por vía de “recurso jerárquico” (este sí sería propiamente tal) y decidir en segundo grado de lo que carece en primer grado. El hecho de ser el jefe superior del servicio municipal no le habilita para pronunciarse en esta materia porque le ha sido expresamente sustraída al entregarse toda ella al Director de Obras, que si bien jerárquicamente dentro de la escala jerárquica de la municipalidad es subordinado al Alcalde, *no lo es en cuanto al otorgamiento (o negativa) de permisos de edificación.*

Un caso semejante se produce con el Director de Tránsito y Transporte Públicos quien posee “potestades desconcentradas” para otorgar los llamados “permisos de circulación” o “licencias” para conducir vehículos motorizados (Ley N° 18.695 art. 26 letra a). ¿Admitirá la Corte Suprema también que se impugne *v. gr.* la negativa de conceder dicho permiso de conducir (que es jurídicamente una “autorización”) por medio del reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM)?

No obstante la claridad de los textos de la ley de municipalidades (Ley N° 18.695, artículos referidos) y de la ley de urbanismo y construcciones (DFL/Minvu 458/1976 art. 12), la Corte Suprema, sin embargo, a partir aproximadamente de la década del 2000 ha “inventado” la solución de hacer competente al Alcalde para conocer del tema, fundada en que él es el “Jefe Superior del Servicio” desconociendo enteramente la ley vigente y modificándola simplemente por resolución judicial por la pretendida vía de “interpretar” esos textos, “interpretación” que prescinde del texto y “crea” otro sustituyendo aquel. Véanse en nota algunos de estos fallos por vía ejemplar²⁴.

²⁴Respecto de la jurisprudencia recaída en este tema agradezco al colega don Renzo Mondino su gentileza por su colaboración; baste señalar, últimamente, en este mismo predicamento, *Campos Sallato y otros c/Municipalidad de La Reina* (Corte Suprema, 11.6.2019, rol 12.637-2018) en donde tres concejales de ese municipio deducen este reclamo de ilegalidad en contra de este, en razón de que su Director de Obras ha otorgado dos permisos de edificación en terrenos que han sido donados al ente edilicio con cláusulas modales para ser destinados a fines comunitarios y no para construcciones habitacionales. La Corte de Apelaciones de Santiago (20.42018) rechazó la pretensión aludida por existir una vía de reclamación especial para impugnar esos permisos, como es la LGUC, artículo 12. La Corte Suprema acoge la casación en contra de este fallo, lo anula y declara procedente la acción intentada por dichos concejales, por cuanto —dice ella— que habrían dos vías para controvertir esos actos administrativos del Director de Obras, aquel de la LGUC y el reclamo de ilegalidad

6. En temas de salud es notoria la actividad de la Corte Suprema en cuanto ordenar el otorgamiento de prestaciones médicas al Ministerio de Salud, o al Fondo Nacional de Salud o a las Instituciones de Salud Previsional/Isapres (instituciones privadas), en casos de las llamadas enfermedades “raras” (infrecuentes) o de cáncer, prestaciones de fármacos de muy alto costo para la mejoría o mantención de esos pacientes, especialmente niños en el caso de aquellas.

No creo que se pueda negar que hay allí –en principio– una intención que se estima humanitaria, proveyendo de medicamentos o tratamientos a esos pacientes que no están en condiciones de adquirirlos²⁵. Pero jurídicamente no puede soslayarse ni escabullirse lo siguiente: ¿en qué queda la igualdad ante la ley, ante y en el Derecho? Porque se le da esa posibilidad de medicarse al que recurre a los Tribunales de Justicia en amparo de protección (art. 19 N° 1, derecho a la vida), pero y ¿en qué quedan los demás pacientes que no han recurrido a ellos, o no pueden hacerlo? Parece olvidar la Corte Suprema una situación semejante que se produjo con el llamado caso de los “dializados”, por la década de los años 80 del siglo pasado, en donde comenzó a acoger las protecciones deducidas por algunos pacientes con el fin de obtener esa prestación de un Hospital público, pero luego advirtió muy sensatamente la injusticia que significaba esa atención preferente de aquellos que habían obtenido sentencia favorable frente a la larga lista de espera de los que paciente-mente aceptaban el turno que les correspondía en esa atención, espera que se prolongaba por meses antes de ser atendidos; ante ello, la Corte comenzó a desechar esas protecciones²⁶.

municipal (art. 151 LOCM), vías que toca al afectado elegir, o bien el recurso administrativo de aquella ley o bien la acción judicial que preve esta. Curiosamente, en ninguno de los dos fallos aparece mención alguna del problema central que existe en el tema, como es parecen desconocer que el Director de Obras referido ha sido dotado por la ley orgánica constitucional de municipalidades (18.695) de “potestades desconcentradas” en la materia, pero ¿sabrán esos ministros qué es la “desconcentración”?

²⁵Vid. entre otros, *Llantén Llantén c/Fonasa* (Corte Suprema, 19.12.2017, rol 43.250-2017) protección acogida; *Vera Stuardo c/Ministerio de Salud* (Corte Suprema, 19.6.2018, rol 8.523-2018) protección acogida; *Díaz Hernández c/Fonasa y otros* (Corte Suprema, 6.11.2018, rol 17.043) protección acogida; *Faraggi Wiehoff c/Isapre* (Corte Suprema, 4.12.2018, rol 23.017-2018) protección acogida; y *Alarcón Aros c/Fonasa y otros* (Corte Suprema, 2.1.2019, rol 25.009-2018) protección acogida. Pueden citarse otros casos de protecciones acogidas, v. gr. *Villa Lezama c/Fonasa y* (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 8885-2019 en Diario Constitucional de 16.7.2019; y muy reciente, *Ligüeno Soto c/Hospital San José*, rol 73.984-2019, en Diario cit. N° 221 de 28.11.2019. Sobre este tema, de interés y reciente vid. V. Tuells, *Interrogantes sobre discapacidad y medicamentos de alto costo. ¿Qué respuestas puede dar una obra social provincial*, en Revista Académica Discapacidad y Derechos (Buenos Aires) N° 7/mayo 2019.

²⁶Vid. a título ejemplar *Sepúlveda Farías c/Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau* (Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 25.11.1987 que acoge la protección deducida y Corte Suprema, 28.12.1987 que revoca y rechaza, en RDJ t. 84/1987, 2.5, 277-284; también

Y no solo ello ya que la discriminación va también por otro lado porque para cumplir con el fallo judicial el Ministerio de Salud y el Fondo Nacional de Salud (organizaciones estatales ambas y ambas integrantes de la Administración del Estado) deben destinar fondos a ese fin, fondos que están asignados a otros compromisos de salud, disminuyendo así las prestaciones en esos rubros, lo que perjudica a esos beneficiarios en provecho de una persona que obtuvo un beneficio especialísimo ante la Justicia; por favorecer a uno se perjudica al todo, a la multitud o a muchos. ¿Es eso verdaderamente justicia?²⁷

Pero, además, lo que aquí sucede es que la Corte Suprema modifica la ley y la Constitución, así de claro.

Efectivamente, hay aquí un prescindir de la Constitución y de la ley violándolas en toda su amplitud creando normas al respecto. Viene a modificarse la Ley de Presupuesto por resolución judicial, siendo que el manejo y aplicación de esa ley corresponde única y exclusivamente al Presidente de la República (art. 62/65 inciso 3° de la Constitución). No se olvide que esta ley proviene del proyecto que el Presidente de la República (insisto, que posee la “iniciativa exclusiva” para ello) debe presentar al Congreso Nacional tres meses antes de la fecha en que debe regir (1° de enero del año siguiente), y ni siquiera el Congreso puede aumentar o disminuir la estimación de los ingresos, el cual solo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto (artículo 64/67 Constitución). Pues bien, para poder cumplir

Agurto Díaz c/Agurto Cárdenas (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 21.11.1998, que acoge y Corte Suprema, 16.3.1998, que revoca y rechaza), en RDJ t. 95/1998, 2.5, 12-16. En el mismo sentido, *Obregón del Camino y otros c/Fonasa* (Corte Suprema, 23.12.2013, rol 12.700-2013, en Revista de Derecho Público Iberoamericano 4/2014, 257-264, comentario nuestro. La Corte Suprema reincide en lo del caso de los “dializados” hace pocos días en *Garrido Retamal c/Hospital Barros Luco* (11.11.2019, rol 23.228) en que ordena se realice por el recurrido una intervención quirúrgica al recurrente que se encuentra en lista de espera por un lapso cercano a los dos años y con 275 pacientes en dicha lista.

Este planteamiento de “sobrepasar” al legislador por la vía judicial y establecer una pretendida “discriminación positiva” que, bajo esa visión, no sería “arbitraria” (recuérdese art. 19 N° 2, ambos incisos, CP), *diste mucho de ser justa* pues privilegia por vía particular a algunos en desmedro de otros o de todos. Si no fuera muy fuerte, me atrevería a decir que en ello se cae muy directamente en una “demagogia judicial”... Sugiero la lectura al respecto del artículo de A.-M. Le Pourhiet (profesora de la Universidad de Rennes I/Francia), *Discriminations positives ou injustice?*, en *Revue Française de droit administratif*/1998, mayo-junio, 519-525, que escrito hace más de veinte años conserva plena actualidad.

²⁷En el plano de personas creyentes, cristianas, se dirá que el planteamiento de la Corte Suprema sería manifestación de la “misericordia”, esa “compasión ante la miseria ajena” (*miseri cordia*/corazón que se conmueve ante la miseria o sufrimiento de otro), que es fruto de la caridad que ha de tenerse con todo prójimo (primer mandamiento del Decálogo); pero no cabe olvidar –dentro de esta misma perspectiva– que para que pueda ser ejercida la caridad debe ejercerse primero la justicia, la cual es supuesto necesario de aquella; primero ha de concretarse la justicia y una vez ella cumplida debidamente podrá venir la caridad, esa *misericordia*, ese compadecerse (*cum patere*, o sea padecer con) del mal ajeno, y sentirlo como propio en su corazón (*corde*/corazón).

el fallo judicial que ordena al Ministerio de Salud otorgar esa prestación, deberá el Presidente de la República –a través del Ministerio de Hacienda, por delegación– emitir un decreto supremo, sujeto a la toma de razón de la Contraloría General de la República, que modifique la “disposición de fondos”, en cuanto a su “reasignación”; solo así podrá darse cumplimiento a esa finalidad. O sea, por una sentencia recaída en un recurso de protección (artículo 20 de la Constitución), la Corte Suprema modifica pura y simplemente la Ley de Presupuesto de la Nación ordenando al Presidente de la República a reasignar fondos, lo que no aparece contemplado ni en la Constitución ni en la Ley de Administración Financiera del Estado (DL 1273/1975), ni, por cierto, en la Ley de Presupuesto de 2019, ni dentro de las competencias de las Cortes de Apelaciones ni Suprema.

Pero hay más aún.

Si el Congreso Nacional no puede aprobar un nuevo gasto sin que se indique su fuente de financiamiento que permita sufragarlo (véase también el art. 89/100 de la Constitución) ¿cómo puede una sentencia judicial, aun suprema, “crear nuevos gastos” sin que existan fondos para ello, como ha sucedido, por ejemplo, frente a Fonasa, que carece de fondos para asumir el gasto de otorgar prestaciones de remedios carísimos? ¿No es, acaso, autoproclamarse el juez como “legislador” y violar de modo escandaloso textos expresos de la Constitución? ¿No es esto erigirse en directo y desvergonzado sustituto evidente de la Administración del Estado y pretender gobernar asumiendo potestades que la Constitución solo entrega al Presidente de la República? ¿No es esto, precisamente lo que se llama “gobierno de los jueces”? ¿No es esto, propiamente, *una subversión en contra del orden constituido*?

Una cosa es la función de controlar la conformidad a Derecho de un acto, hecho u omisión de un organismo de la Administración del Estado, pero otra muy pero muy distinta es que sin ley alguna que lo prevea “cree un juez de la República, un gasto público” no previsto en la Ley de Presupuesto y violando directamente la Constitución, la cual exige que todo gasto público debe tener su fuente de financiamiento, el cual, por lo demás, es de reserva legal y no judicial. Y cuyo manejo y administración corresponde exclusivamente al Presidente de la República²⁸.

²⁸Merece recordarse aquí que la Reforma Constitucional de 1943, Ley N° 7727, de 23 de noviembre, que introdujera tres incisos en el artículo 21 de la Constitución de 1925 (incorporando a la Contraloría General de la República en el texto fundamental), tuvo por finalidad precisamente impedir que el Congreso y sus parlamentarios alteraran con sus mociones de tipo populista y electoreros, el manejo de las finanzas públicas por parte del Presidente de la República, con gastos que no estaban previstos en la Ley de Presupuesto de la Nación, haciendo imposible, con esas interferencias, el ordenado manejo de ellas. Ahora, 2019, a sesenta y seis años de aquella reforma constitucional, se viene a revivir ese pernicioso artificio de imponer a la Administración un actuar que la propia Constitución le ha entregado al Presidente de la República como “reserva gubernativa”.

CONCLUSIONES

Después de haber leído el texto precedente las conclusiones pareciera que afloran de manera muy clara y nítidas. Bajo el pretexto de “interpretar” ciertas disposiciones jurídicas del ordenamiento vigente, se les da no solo un sentido distinto sino simplemente se llega al extremo insólito en contralor y jueces supremos de “inventar” normas que no existen en nuestro Derecho, creación que solo compete según la Constitución al legislador.

Haciendo el símil con la música, es cierto que difícilmente dos intérpretes de determinada obra, me refiero a la música clásica, lo hagan de manera idéntica, pero en lo que no cabe duda alguna es que sí será idéntico su estricto apego a la partitura, respecto de los sonidos que allí están escritos en la caligrafía musical. El intérprete no podrá introducir notas distintas de las que están escritas, ya que significará simplemente que está desafinando o se dirá que no conoce la partitura y, por tanto, es un mal intérprete.

En cambio, aquí, según hemos mostrado en los diversos ejemplos que hemos escogido, lo que ha habido es “inventar” textos que no existen, o sea directamente “legislar” careciendo de la competencia para ello, que la Constitución ha radicado en el legislador, en la ley, porque es de “reserva legal”; o bien se le da al texto existente un sentido del que carecen, o aún se lo aplica de manera torcida con el fin de lograr una finalidad que no está en el origen de las disposiciones que se aplican.

Lo dicho no significa otra cosa que *un abierto desprecio de la Constitución*, un derogarla sin rubor legislando según el propio criterio, y *subvirtiendo claramente las bases mismas del Estado de Derecho* que nuestra Constitución ha estructurado y ha tenido aplicación durante cerca de 40 años. ¿No resulta sintomático que esta verdadera revolución jurídica que se ha venido gestando desde hace algunos años, pueda fácilmente engarzarse con este conato revolucionario que el extremismo de izquierda ha desencadenado en Chile en los meses de octubre a diciembre de este año 2019 en que este autor hacía las notas de este trabajo?²⁹ ¿Y no resulta curioso, acaso, el que

Con razón suele decirse que el “activismo judicial”, asunción por los jueces de atribuciones de que carecen, no es sino una forma descarada de interferir en las políticas públicas que corresponde propiamente establecer y aplicar al gobernante, y al legislador al plasmarlas en las leyes que deben contenerlas, en la medida que así lo estatuya la Constitución y luego corresponde aplicar a la Administración.

²⁹Pablo Monje, miembro del Comité Central del PC, en un artículo del diario El siglo, órgano de ese partido, de fecha 28.10.2019, diez días después de comenzar la violencia incendiaria de metros y supermercados y mobiliario público y monumentos nacionales e iglesias, dice textualmente, “Si esto no es una insurrección ¿qué es? Es hora de definiciones y definiciones revolucionarias. Construir poder popular, poder en la base, el debate, el cabildeo, y la movilización permanente, el juicio a la derecha, y su salida del poder y, como corolario y demanda estructural, el fin del modelo neoliberal, fases de insurrección popular que se van instalando lenta pero inevitablemente”. Imposible más claro. Para quien ha vivido el período aciago 1970-1973, nada nuevo bajo el sol, parece escuchar a los mismos “cabezas calientes”

ese extremismo violentista ha pedido como algo esencial una “nueva” Constitución, sin propiedad privada, sin principio de subsidiariedad, sin Tribunal Constitucional, y con la primacía del Parlamento para legislar a su arbitrio? ¿Estaremos *ad portas* de una nueva revolución de octubre, no de 1917/bolchevique, sino de octubre de 2019, pero igualmente leninista?

de esa época; el discurso leninista es el mismo, ayer, ahora y siempre... Ellos ejecutan siempre la misma partitura, música infernal, de violencia y muerte.