

¿QUÉ DERECHOS CONSTITUCIONALES PUEDEN TENER EL ESTADO Y SUS ÓRGANOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO? ENTRE LOS CASOS “PATENTES” Y “BOMBAS”

MANUEL NÚÑEZ POBLETE

RESUMEN: El presente ensayo tiene por objeto examinar críticamente, a partir de la sentencia “*I. Municipalidad de Zapallar c. Contraloría Regional de Valparaíso*” (Tercera Sala, 3 de julio de 2012, rol 2791-2012) de la Excma. Corte Suprema, la tesis que sostiene que el Estado y sus órganos son titulares activos de los derechos fundamentales y de sus respectivas garantías constitucionales. Esta tesis será contrastada con la doctrina opuesta sustentada por el mismo Tribunal en años anteriores y reiterada durante 2012 en el caso “Bombas” (Segunda Sala, 10 de octubre de 2012, rol 5654-2012). En la misma línea crítica, la doctrina de la titularidad y su consecuencia procesal –la legitimación activa propia– será analizada desde dos ejes conceptuales: la doctrina liberal de los derechos y los procesos por conflictos de competencia.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El deber de fidelidad de la jurisprudencia administrativa hacia la jurisprudencia judicial. 3. Los derechos constitucionales que tienen y que no tienen el Estado y sus órganos. 3.1. ¿Qué derechos puede tener el Estado y sus órganos? 3.1.1. Recurso de protección y contiendas de competencia. 3.1.2. Derechos fundamentales del Estado y sus órganos. 4. La reconstrucción judicial de una competencia legal: derecho de propiedad sobre potestades públicas. 5. El fallo de nulidad del caso “Bombas”: *e pluribus unum?* 5.1. Un fallo contra la corriente. 5.2. *E pluribus unum?* 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El 3 de julio del 2012 la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema dictó una importante sentencia¹ que, procurando poner fin a una larga querrela sobre la pertinencia del cobro de patente municipal

¹ Corte Suprema (Tercera Sala), 3 de julio de 2012, “*I. Municipalidad de Zapallar c. Contraloría Regional de Valparaíso*”, rol 2791-2012.

a las sociedades de inversión pasiva, se pronunció sobre cuatro cuestiones capitales para el Derecho público chileno. Se trata de la legitimación activa de los municipios para accionar de protección constitucional, de los efectos de la jurisprudencia judicial sobre potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República, del alcance del derecho de propiedad y de la interpretación de las leyes tributarias. Como puede advertirse, en estas cuatro cuestiones converge buena parte de las aspiraciones del primer constitucionalismo liberal, la libertad, la seguridad y la protección de la propiedad, por lo que sobran razones para detenerse a reflexionar sobre los alcances de los criterios sostenidos en esa sentencia para nuestro sistema constitucional. Para ello el presente ensayo desarrolla, en primer lugar, el alcance de la reciente jurisprudencia sobre el valor de los precedentes de la Corte Suprema en materia administrativa, particularmente frente a la jurisprudencia administrativa contradictoria de la Contraloría General de la República.

Después de explicar el valor del fallo *Zapallar* para la construcción de las relaciones entre la Contraloría y los tribunales de justicia, el texto abordará la premisa que hace del recurso de protección una vía útil para obtener la resolución de conflictos de competencia entre la Contraloría y los servicios públicos. Se trata, en particular, de la titularidad de los derechos fundamentales de parte del Estado y sus órganos. Esta última tesis será expuesta de manera crítica y contrastada con la doctrina liberal defendida en el caso *Bombas*.

Finalmente, el análisis de las cuestiones de principio contenidas en los fallos comentados, permitirá sostener la necesidad de una visión unitaria de la titularidad de los derechos constitucionales. Esta necesidad es apremiante atendida la creciente multiplicación de procesos legales de tutela de los derechos de la persona.

2. EL DEBER DE FIDELIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA HACIA LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Como ha quedado dicho, el fallo *Zapallar* de la Corte Suprema viene a poner fin a una polémica que se arrastraba ya por años y que consistía en decidir si las sociedades de inversión pasiva debían pagar el tributo a que se refiere el artículo 23 del DL 3063 de 1979 sobre rentas municipales. A diferencia de lo sostenido por la Con-

traloría General en diversos dictámenes², el criterio que afirma la Corte –cuyo razonamiento estrictamente tributario no viene al caso analizar– es que dichas sociedades sí tributan y, por lo tanto, los tributos recaudados por ese concepto están bien cobrados y pagados. Las consecuencias políticas y presupuestarias de este criterio judicial no son irrelevantes si se tiene en cuenta que, de haber procedido la restitución de tributos no debidos, las arcas municipales habría sufrido una merma considerable y difícil de financiar.

A fin de evitar que la polémica subsistiera, la Corte afirma el principio de sumisión general de la jurisprudencia administrativa a la jurisprudencia judicial. Este principio se expresa en el deber de la Contraloría General de la República de seguir las orientaciones y de

“inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando esta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente de derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor” (considerando 8°).

² Véase significativamente el Dictamen 27.677 de 25 de mayo de 2010. Aplicando el principio de interpretación estricta de las leyes tributarias, la Contraloría señaló que “de acuerdo al principio de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica en análisis –sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible–, sin que el desarrollo reglamentario de tales elementos pueda extender el hecho gravado que ha configurado rigurosamente el legislador, de forma tal que la definición de actividad terciaria que establece el citado artículo 2°, letra c), del decreto N° 484, de 1980, debe interpretarse en términos que comprende únicamente el comercio y distribución de bienes y la prestación de servicios de todo tipo. Además, con relación a las sociedades de inversión pasiva, es necesario puntualizar que el mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979, no grava a determinadas formas de organización empresarial –sociedades, comunidades, personas naturales– ni atiende a su objeto social, sino que grava el ejercicio efectivo de ciertas actividades establecidas en su artículo 23, sin que se haya distinguido entre sociedades o giros civiles y comerciales. (...) En consecuencia, la inversión pasiva, que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, por no involucrar la producción de bienes, ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979”.

Del modo señalado, *Zapallar* limita la potestad dictaminadora de la Contraloría, subordinándola al *Derecho constante* declarado por los tribunales de justicia y determinando que los precedentes administrativos deben corregirse cuando exista evidencia de un criterio judicial contrario y reiterado en el tiempo. Para lo anterior, el fallo aporta dos estándares no siempre fáciles de precisar en la práctica, la uniformidad y la permanencia, al cual debe añadirse un tercero, la pertinencia o identidad material entre lo discutido en sede judicial y lo controvertido en sede administrativa. Dadas estas tres condiciones surgen dos consecuencias para el ente contralor: (i) la obligación de ajustar su actuación a un “bloque de legalidad” que comprende la jurisprudencia judicial y (ii) el deber de reconsiderar la jurisprudencia administrativa, usualmente a petición de parte interesada, y ajustarla al criterio consolidado en sede judicial. Esta última secuela de la decisión judicial se concretó con el Dictamen 71.250, de 16 de noviembre de 2012, que reconsideró la jurisprudencia administrativa anterior invocando para tal efecto una de las sentencias con que la Corte Suprema, en noviembre de 2012, siguió explícitamente el criterio trazado cuatro meses antes por *Zapallar*. Me refiero a “*I. Municipalidad de Santiago c. Contralor General de la República*”³, caso en el cual la Municipalidad de Santiago había impugnado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría por razones no muy distintas a las esgrimidas por la Municipalidad de Zapallar. La vía procesal también era la misma: un recurso de protección, al cual se adhirieron con entusiasmo las municipalidades de Providencia, Macul, La Granja y la Asociación Chilena de Municipalidades.

Vistas en el contexto mayor del año 2012, *Zapallar* y *Municipalidad de Santiago* añadieron importantes piezas al engranaje pluralista de doctrina constitucional sobre el alcance de las atribuciones de la Contraloría. No está de más recordar que se trata de un asunto donde no solo han concurrido las cortes ordinarias y la Contraloría, sino donde también ha intervenido el Tribunal Constitucional —aunque sea para señalar que se trata de disputas de legalidad que

³ Se trata de Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, “*I. Municipalidad de Santiago y otros c. Contralor General de la República*”, rol 5984-2012. Este fallo confirma (eliminando seis considerandos) la sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de junio de 2012, rol 5776-2012.

no resultan propias de la inaplicabilidad⁴ y remitirse a la propia jurisprudencia de la Corte Suprema⁵– y, más remotamente, el Senado. La jurisprudencia de este último órgano sobre la relación entre el recurso de protección y la Contraloría es desempolvada en otro fallo del 2012, también de la Corte Suprema, que se refiere a la relación entre jurisdicción y toma de razón. Aun a riesgo de simplificar, desde la perspectiva del control de la Administración el aporte de las sentencias apuntadas puede resumirse del siguiente modo:

- a) *La potestad dictaminadora de la Contraloría está sujeta a revisión de juridicidad de los tribunales de justicia.* A diferencia de otros instrumentos jurídicos de control con que cuenta la Contraloría –como la toma de razón– la potestad dictaminadora es posible de ser revisada en sede de protección. Este criterio, que tanto siguen *Zapallar* como *Municipalidad de Santiago*, es extraído de otro importante fallo de 2012, también de la Tercera Sala: “*Encina c. Contraloría Regional de Tarapacá y Dirección del Servicio de Salud de Iquique*”⁶. Cabe subrayar que en esta última sentencia la Corte Suprema se refiere (aunque lateralmente) a los precedentes que emanan del Senado en su potestad resolutoria de contiendas de competencia. Siguiendo expresamente la doctrina de la Cámara Alta, el fallo *Encina* afirma que el recurso de protección es improcedente para forzar a la Contraloría a tomar razón o dejar sin efecto el mismo trámite⁷.
- b) *El valor de la interpretación judicial es superior a la administrativa.* La jurisprudencia judicial, cuando es uniforme y constante, integra un “bloque de legalidad” y es vinculante para la Contraloría General de la República. De aquí emana este deber de sumisión o “inclinación” con que gráficamente la Corte Suprema explica el efecto de su jurisprudencia como fuente de derecho especialmente relevante para el Derecho administrativo.

⁴ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional roles 1390-2009 (8 de abril de 2010) y 1453-2009 (20 de julio de 2010).

⁵ Véanse las sentencias roles 2104-2011, 2134-2011, 2135-2011 y 2141-2011, todas del 14 de marzo de 2013.

⁶ Corte Suprema, 12 de enero de 2012, “*Encina c. Contraloría Regional de Tarapacá y Dirección del Servicio de Salud de Iquique*”, rol 10.499-2011.

⁷ En este caso el valor de la jurisprudencia senatorial pareciera no ser el mismo que la Corte reconoce para sus propios precedentes: “Que el tema de la toma de razón, ya sea para obligar a la Contraloría a efectuarla o para atacar la ya efectuada, también requiere de precisiones, partiendo de la base que no resulta posible obligar a que se tome o no razón, como *por lo demás* lo ha resuelto el Senado de la República en diversas contiendas de competencia” (considerando 7º, cursivas añadidas).

- c) *La potestad dictaminadora de la Contraloría no excluye materias tributarias.* Esta proposición no resulta tanto de lo que ambos fallos dicen como de lo que no dicen. En particular, la Corte Suprema en *Municipalidad de Santiago* elimina un extenso fundamento del fallo de primera instancia que, tratando de conciliar las atribuciones interpretativas del Servicio de Impuestos Internos con la Contraloría General de la República⁸, había resuelto la incompetencia de la Contraloría para resolver materias tributarias. Desafortunadamente no es posible encontrar mayores explicaciones a un problema que excede las relaciones entre la Contraloría y el Servicio de Impuestos Internos y que bien puede presentarse con otros órganos administrativos dotados de potestades dictaminadoras (Consejo para la Transparencia, Dirección del Trabajo, etc.), me refiero a la relación entre una competencia legal y general radicada en un órgano constitucional y una competencia legal y especial radicada en un servicio de rango meramente legal.
- d) El ejercicio de la potestad dictaminadora de la Contraloría puede ser revisado por la vía del recurso de protección cuando él vulnera el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales de los municipios. Este último criterio, que es clave tanto en *Zapallar* como en *Municipalidad de Santiago*, merece un análisis separado.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de junio de 2012, “*I. Municipalidad de Santiago c. Contralor General de la República*”, rol 5776-2012, cuyas motivaciones eliminadas afirmaban: “[L]a facultad para la interpretación administrativa de la ley en el ámbito tributario está entregada exclusivamente al Director del Servicio de Impuestos Internos, conforme lo disponen el artículo 6º, letra A, número 1º, del Código Tributario y la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos. Dicha interpretación administrativa de la ley tributaria solo obliga a los funcionarios de dicho servicio y a otras autoridades, no siendo obligatoria para los contribuyentes ni para los Tribunales Ordinarios de Justicia. No se observa facultad alguna de la Contraloría General de la República, en la normativa que la rige, vinculada a realizar interpretaciones sobre materias tributarias, como es el DL No 3.063 Ley sobre Rentas Municipales, menos aún para declarar que determinadas actividades se encuentran exentas del Tributo, previsto en el artículo 23 del señalado cuerpo legal que grava las patentes comerciales (considerando 5º).” [E]xaminados los Dictámenes No 27.677, de 2010, y No 6512, de 2012, el Contralor General de la República aborda en ellos materias que no son de su competencia legal, conforme las facultades que le otorgan los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República ni la Ley No 10.336, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República” (considerando 6º).

3. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE TIENEN Y QUE NO TIENEN EL ESTADO Y SUS ÓRGANOS

La vía procesal que permitió a las Cortes dirimir el conflicto entre la Contraloría y los municipios sobre la interpretación de la ley de rentas fue, curiosamente, el recurso de protección. En el asunto *Zapallar*, los derechos invocados para solicitar la intervención conservadora de los tribunales de justicia fueron la igualdad ante la ley (artículo 19.2 CPR), la igual repartición de las cargas públicas (artículo 19.20 CPR) y el derecho de propiedad (artículo 19.24 CPR). Como era de esperar, la Contraloría contestó objetando la falta de legitimación del municipio en razón de ser este un órgano público y tratarse de una disputa ajena a la finalidad del recurso de protección. A ello la Corte porteña⁹ responde con una cita de la obra del profesor Eduardo Aldunate que el Tribunal confiesa compartir:

“[S]i bien como lo señala el profesor Eduardo Aldunate, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto los derechos allí mencionados se garantizan ‘a todas las personas’, así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (‘...el que...’) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil (allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir), la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primera de las normas precitadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas en general (Eduardo Aldunate Lizana; *La titularidad de los derechos fundamentales*; Revista de Estudios Constitucionales, año/ vol. 1, número 001, pp.187-201), opinión que este Tribunal de Alzada comparte, toda vez que la actora, en su calidad de corporación territorial, posee autonomía administrativa en relación con el poder central, (...) de todo lo cual se desprende que puede ver afectado con algunos actos de la administración central, por ejemplo, el derecho de propiedad que le asiste en relación con su patrimonio, hipótesis bajo la

⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de marzo de 2012, “*I. Municipalidad de Zapallar c. Contraloría Regional de Valparaíso*”, rol 209-2012.

cual tiene –en concepto de esta Corte–, legitimación activa para recurrir de protección” (considerando 5º).

Este considerando es confirmado por la Corte Suprema, quien refuerza la tesis de la primera instancia agregando que la tesis de la Contraloría carece de sustento:

“Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado” (considerando 3º).

El criterio de la legitimación activa es también sostenido, aunque de modo más breve, en el fallo de la *Municipalidad de Santiago*. Allí, además de reiterarse explícitamente el principio expuesto en *Zapallar*, la misma Sala de la Corte Suprema resuelve:

“Que la alegación planteada por órgano contralor ha de ser desestimada, *pues todo sujeto tiene derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para oponer sus pretensiones*, estos es, a ejercer su derecho a tutela judicial efectiva, la que jamás podría verse restringida si se sostiene ha sido vulnerado un derecho fundamental, más aún cuando se lo asegura explícitamente por el texto constitucional, como es aquel que ha motivado la presente acción”¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, “*I. Municipalidad de Santiago c. Contralor General de la República*”, rol 5984-2012, cursivas añadidas.

La argumentación de *Zapallar y Municipalidad de Santiago* puede resumirse del siguiente modo:

- a) Puesto que/ (i) los municipios son personas autónomas, (ii) el encabezado del artículo 19 constitucional no distingue las personas a que se refiere, y (iii) todo sujeto tiene derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para oponer sus pretensiones;
- b) Entonces/ los municipios pueden objetar y, en su caso, invalidar la actividad contralora por la vía del recurso de protección.

El razonamiento recién anotado –que no parece apropiado por las razones que más abajo se explicarán– se une a otros sostenidos en fallos del 2012 y principios del 2013, donde la Tercera Sala ha construido diversas formas de titularidad estatal de libertades públicas. En efecto, en el caso *Emelpar* (2012) se acogerá la tesis que sostiene que el vínculo entre el Fisco y el Consejo de Defensa del Estado es una relación “cliente abogado” que está amparada por el secreto profesional y que “forma parte del derecho a defensa garantizado en la Constitución Política de la República”¹¹. Posteriormente, en el fallo *Parque Los Estanques* (2013) se afirmará que el deber municipal de expropiar y de pagar la correspondiente indemnización, cuando es instruido por la Contraloría General, puede significar “una conculcación de la garantía del derecho de propiedad en grado de amenaza (...) pues se está obligando a la Municipalidad (...) a desembolsar fondos”¹².

3.1. ¿Qué derechos puede tener el Estado y sus órganos?

La tesis que sustenta la titularidad pública de los derechos constitucionales no es nueva. La ha defendido el Banco Central para reclamar el pago de la llamada deuda subordinada¹³, el Ministerio Público para reclamar el ejercicio de su libertad de expresión¹⁴ o

¹¹ Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, “*Consejo de Defensa del Estado c. Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago*”, rol 2582-2012, considerando 20º.

¹² Corte Suprema, 28 de enero de 2013, “*I. Municipalidad de Providencia c. Contraloría General de la República*”, rol 8268-2012.

¹³ Corte Suprema, 22 de enero de 1995, “*Banco Central c. Directorio del Banco de Chile*”, rol 33091-1995.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, 5 de julio de 2004, “*Pérez Calaf c. Juez de Garantía de Rengo*”, rol 21822-2004 y 24 de junio de 2004, “*Pérez Calaf c. Juez de Garantía de Santa Cruz*”, rol 21797-2004; y Corte Suprema, 26 de febrero de 2004, “*Ramírez*”

sus derechos al debido proceso (*vid. infra* 5.1) y, como recién se indicaba, el Consejo de Defensa del Estado para reclamar el derecho a la defensa del Fisco. En el campo específicamente municipal, la lista de recursos de protección a nombre municipal es larga: además de los juicios vinculados a las rentas municipales, y solo a título ejemplar, puede afirmarse sin temor a exagerar que es frecuente ver a los municipios litigando contra la Contraloría, por la vía de la protección, para resolver asuntos laborales¹⁵, cuestiones de función pública¹⁶ o incluso de control de legalidad de las ordenanzas municipales¹⁷. Aparte de la Contraloría, es también posible encontrar litigios “constitucionales” sostenidos por los municipios en contra de órganos de administrativos dotados de potestades de control en materia laboral¹⁸ o sanitaria¹⁹. La diversidad de todos los casos que se acaban de reseñar se encuentra atravesada por un factor común: la pretendida titularidad de derechos fundamentales (de los amparables por protección) por parte del Fisco o de sus órganos y, en lo que a la Contraloría General de la República se refiere, la firme convicción de que la exclusión de recursos a que se refiere el artículo 8° de la Ley orgánica de la Contraloría es letra muerta o que, en el mejor de los casos, ella se refiere solamente a los recursos administrativos. A mi juicio, ambas premisas son erradas.

3.1.1. Recurso de protección y contiendas de competencia

La exclusión de recursos a que se refiere el artículo 8° de la ley 10.336 tiene una especial significación cuando el “afectado” es un órgano administrativo y no un particular. En efecto, para los órganos

Cerda y otros c. Jueces Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, rol 683-2004 y 29 de julio de 2004, “*Pérez Calaf c. Juez de Garantía de Rengo*”, rol 2913-2004.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de marzo de 2008, “*I. Municipalidad de Penca c. Contraloría del Bío-Bío*”, rol 675-2007.

¹⁶ Corte Suprema, 26 de noviembre de 2012, “*I. Municipalidad de Lo Barnechea c. Contraloría General de la República*”, rol 5381-2012.

¹⁷ Corte Suprema, 24 de agosto de 2012, “*I. Municipalidad de Ñuñoa c. Contraloría General de la República*”, rol 4605-2012; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de abril de 2012, “*I. Municipalidad de Huechuraba c. Contraloría General de la República*”, rol 19.846-2011; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2012, “*I. Municipalidad de Huechuraba c. Contraloría General de la República*”, rol 18.864-2011.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de junio de 2007, “*I. Municipalidad de San Antonio c. Inspección Provincial del Trabajo de San Antonio*”, rol 211-2007.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 25 de octubre de 2012, “*I. Municipalidad de Punta Arenas c. SEREMI de Salud de Magallanes y Antártica Chilena*”, rol 72-2012.

de la Administración la mentada norma tiene un sentido peculiar: ella ciertamente excluye el instrumento procesal extraordinario a que se refiere el artículo 20 CPR e implica que, hasta que la legalidad del ejercicio particular de la potestad dictaminadora no sea revisada por un tribunal, ella es definitiva. Incluso más, no parece descaminado sostener que esa disposición legal priva a los municipios –y al resto de los organismos sujetos a la fiscalización de la Contraloría– de la facultad de impugnar judicialmente la facultad dictaminadora de la Contraloría por modos distintos a la incoación de un proceso por contienda de competencia. Y aunque es cierto que la ausencia de un procedimiento judicial general de resolución de cuestiones competencia administrativa²⁰ favorece el uso de vías alternativas como es la acción de protección, lo cierto es que para utilizar esta última acción constitucional hace falta algo más que decir dicho contencioso administrativo general no existe. En efecto, como se demostrará a continuación, y en contra de lo sostenido por la Corte Suprema²¹, para la Administración no es sostenible jurídicamente la existencia de un derecho fundamental al recurso o a la tutela. Lo anterior, en razón de que dicha facultad no emana de la naturaleza humana (artículo 5° de la CPR) sino que es una facultad o competencia expresamente atribuida por la ley (artículo 7° de la CPR).

Los recursos de protección como *Zapallar* y *Municipalidad de Santiago* disfrazan entonces, con el ropaje de una disputa sobre derechos fundamentales, un proceso de discernimiento y atribución judicial de competencias administrativas. Tanto en uno como en otro caso la competencia en discusión es quién y cómo se define el alcance de un tributo municipal. Si es así, aquello que la Contraloría revisa es el marco legal relativo al ejercicio de una potestad (la tributaria) conferida por la ley y no el ejercicio legítimo de un derecho o libertad fundamental. Tamañas criaturas emanarían del ejercicio de la potestad legislativa tributaria si se tratara de derechos

²⁰ Véase el artículo 126 de la Constitución: “Artículo 126.- La ley determinará la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales”.

²¹ Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, “*I. Municipalidad de Santiago y otros c. Contralor General de la República*”, rol 5984-2012, considerando 5°: “Que la alegación planteada por el órgano contralor ha de ser desestimada, pues todo sujeto tiene derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para oponer sus pretensiones, esto es, a ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, la que jamás podría verse restringida si se sostiene ha sido vulnerado un derecho fundamental”.

fundamentales: si así fuera, el Congreso Nacional podría crear órganos que, a imagen y semejanza de la persona, gozarían de propiedad sobre la *potestas* y –como *Zapallar* y *Municipalidad de Santiago* lo sostienen– sobre el producto de la recaudación tributaria.

Cuando la disputa no es comprendida como un conflicto sobre el contenido de dos competencias legales (la de dictaminar *versus* la de cobrar una patente municipal) y es, por el contrario, analizada como si se tratara de una vulneración de derechos se produce una consecuencia que deteriora notoriamente las coordenadas de libertad y servicialidad que definen las *Bases de la Institucionalidad* y el capítulo III de la Constitución. En efecto, al convertir la potestad de recaudar tributos en el objeto de un derecho constitucional, se diluye el verdadero sentido de la regulación constitucional de la potestad tributaria cual es, precisamente, resguardar que el ejercicio de esa facultad no afecte, precisamente, la propiedad particular.

3.1.2. Derechos fundamentales del Estado y sus órganos

Hay varios sentidos en los cuales es correcto decir que el Estado tiene derechos. En el Derecho internacional los Estados son iguales entre sí, disfrutan de ciertas formas de inmunidad y de derechos en el plano de sus relaciones. En el Derecho constitucional de los Estados compuestos, los gobiernos de los Estados tienen derechos que oponer a la federación, pudiendo incluso sostener que dichos derechos son constitucionales en la medida en que están asegurados por la Carta Fundamental. Aun en los Estados unitarios es posible concebir la existencia de derechos en favor de órganos estatales, particularmente cuando se trata de organismos dotados de autonomía y/o competencias reconocidas por la Constitución. En este último sentido, los “derechos” de los órganos constitucionales sirven para impedir que ellos, sin que medie una reforma a la Constitución, sean privados por la autoridad legislativa de sus atributos constitucionales. En otras palabras, en razón de la rigidez constitucional, al Poder Legislativo le está vedado intervenir en las competencias o atribuciones reservadas por la Constitución a esos órganos constitucionales. Muy distinto es, en cambio, sostener que esas competencias o atributos son derechos en el sentido *iusfundamental*. Como lo he sostenido en otro lugar²², los poderes públicos están dotados de

²² Ver NÚÑEZ (2001).

potestades y no de derechos. A diferencia de estos últimos, las primeras emanan de la ley y se ejercen en la medida de la misma. Dicho de otro modo, las potestades existen porque existe la ley y en la medida de esa misma ley. En razón de lo anterior es que, salvo que se trate de potestades constitucionales o de diseños constitucionales, el legislador es soberano para dar y quitar poderes. Esta forma de entender las potestades no solo permite comprender el modo en que los sujetos de derecho público actúan al interior de los procesos administrativos sino también las categorías que justifican su actuación en los procesos judiciales. En estos últimos, la actuación de la Administración rara vez corresponde al ejercicio de una potestad constitucional. Por el contrario, y de ordinario, la actuación de la Administración se explica por un entramado más o menos complejo de competencias administrativas (en cuando al sujeto) legales que se despliegan en un proceso judicial que, no por ser judicial, las priva de su naturaleza administrativa. De allí se sigue que frente a aquella ley procesal permite a un órgano público accionar o recurrir, no se sigue que a este le corresponda un derecho fundamental a la acción o al recurso. Muy por el contrario, del mismo modo en que ella es concedida puede ser sustraída la competencia para accionar o para recurrir.

Esta concepción, que podríamos llamar personalista de los derechos o centrada en la persona es compartida por la generalidad de la doctrina. El mismo Eduardo Aldunate, que voluntariosamente cita la Corte de Valparaíso para apoyar la extensión de los derechos fundamentales a los municipios, señala en su obra fundamental que “[e]sta posición [la de extender sin más los derechos fundamentales a las personas no naturales] no es recomendable desde la perspectiva desarrollada a partir de la premisa de que los derechos son, ante todo, atributos de los individuos frente al poder”²³. Y más precisamente respecto del Estado, nuestro autor afirma perentoriamente que “[r]esulta incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos (...) facultades o ámbitos de protección que reconoce como innatos o consustanciales a los individuos, o bien defiende como proyección de su desarrollo en el ámbito jurídico”²⁴. Por lo que al Tribunal Constitucional se refiere, es digno de apuntar que la doctrina que

²³ ALDUNATE (2008) p. 157.

²⁴ ALDUNATE (2008) p. 158.

asimiló ciertos órganos públicos a los cuerpos intermedios se ha moderado recientemente en la dirección correcta²⁵.

La doctrina comparada no va por senderos muy distintos. Un número antiguo del *Annuaire international de justice constitutionnelle* —que no ha perdido un ápice de actualidad— contiene un número importante de autorizados estudios alemanes, españoles, belgas, franceses y portugueses en el mismo sentido que viene destacándose en este ensayo²⁶. Y si miramos al país del norte, no está de más recordar que en Estados Unidos la posibilidad de recurrir al *Bill of Rights* por parte de personas jurídicas de derecho privado es un fenómeno extraordinariamente reciente²⁷ y que ninguna luz arroja para afirmar lo propio con la federación o los estados.

A lo señalado podrían añadirse todavía dos precisiones. En primer lugar, podría argüerse que que hay organismos públicos, como las empresas estatales, que actuando como sujetos privados podrían invocar en su favor los derechos fundamentales que la Constitución admite para las personas jurídicas. Y en segundo lugar, podría sostenerse que más que puridad dogmática el recurso de protección persigue otorgar una solución rápida y eficaz. Lo primero es correcto, a condición de entender que aún las empresas del Estado —particularmente las creadas por ley— no resultan del ejercicio de ninguna libertad asociativa sino que del mero ejercicio de la potestad legislativa y por lo tanto carecen de cualquier derecho para oponer a ese mismo legislador en caso que este desee transformarlas o, incluso, suprimirlas. Consecuentemente, derechos legales tienen, pero de verdaderos derechos fundamentales, oponibles al legislador, ellas carecen.

En cuanto a la segunda precisión, es preciso decir que hay dos grandes usos alternativos que puede darse a la acción de protección cuando el análisis de la titularidad de los derechos fundamentales cede por razones de conveniencia política o judicial. El primero puede ser llamado “uso alternativo inocuo” y es el que se presenta

²⁵ Véase STC rol 1892, de 17 de noviembre de 2011, en relación con STC rol 523-2006, de 19 de junio de 2007.

²⁶ DITTMAN (1991) p. 185; CRUZ VILLALÓN (1991) p. 231; MODERNE (1991) p. 251; RIBEIRO MENDES (1991) p. 339; PFERSMANN (1991) p. 207; y DÉLPÉRE (1991) p. 217.

²⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 21 de enero de 2010, 558 U.S. 310 (2010).

cuando los órganos del Estado recurren a la protección como sucedáneo de acciones que podríamos considerar, en términos muy amplios, propias de las relaciones privadas. En esta categoría de usos pueden inscribirse las acciones dirigidas a obtener el cumplimiento de un contrato civil, el restablecimiento de un servicio básico (la luz, el agua), la restitución de un bien municipal (el clásico caso de las “tomas”) o el uso y goce de un bien nacional de uso público (como acontece cuando se cierra u ocupa ilegalmente una calle). En estos casos, podría admitirse que la ortodoxia constitucional cede frente a la utilidad y conveniencia pública, después de todo, lo que para las personas privadas obra como derecho fundamental, podría funcionar para las públicas como una simple regla de derecho objetivo (propiedad en vez de derecho constitucional de propiedad, legitimación para accionar o recurrir en vez de derecho a la tutela judicial o derecho al recurso, propiedad fiscal o civil en vez de derecho fundamental, y así sucesivamente).

La segunda categoría de usos alternativos o heterodoxos corresponde al “uso inicuo”. En este caso, el recurso al lenguaje de los derechos a favor de órganos estatales subvierte los términos de la relación poder *vs.* libertad a cambio de otorgar al Estado un remedio judicial rápido y desformalizado. Como se demuestra a continuación, un ejemplo de uso inicuo es el que recibe la protección judicial de la propiedad constitucional cuando se admite que el ejercicio de las potestades puede ser amparado bajo el alero de las propiedades.

4. LA RECONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE UNA COMPETENCIA LEGAL: DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE POTESTADES PÚBLICAS (TRIBUTARIA Y, AHORA TAMBIÉN , EXPROPIATORIA)

Un segundo aspecto crítico de los fallos comentados radica en el uso alternativo del derecho de propiedad. Tanto *Zapallar* como *Municipalidad de Santiago* invocan la integridad patrimonial de los municipios como justificativo del agravio constitucional que amerita la intervención conservadora de las cortes. El argumento no es particularmente nuevo, pues la propiedad suele ser esgrimida como el primer derecho afectado tratándose de multas indebidas, tributos indebidos o, como acontece con la práctica municipal re-

ciente, con las potenciales restituciones de tributos indebidamente cobrados o posibles expropiaciones a que se vea obligado el Municipio (*Parque Los Estanques*). En este caso, al revés de lo que acontece con las exacciones indebidas, lo que protegen las cortes es la propiedad sobre los tributos bien cobrados. Se ofrece así una versión “publicada” de esa “propietarización” de los derechos que distrajo la atención de la doctrina nacional a mediados de los años noventa. Esta nueva versión se caracteriza por la propietarización y, por ende, la privatización de las potestades públicas. En efecto, si sobre los tributos y las multas ya percibidos es posible predicar propiedad, como señala el considerando 8° del fallo de segunda instancia en *Zapallar*, entonces el ejercicio de la potestad recaudatoria, emanada de la potestad tributaria, es una nueva forma de adquirir el dominio —que se encuentra garantizada por la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19.24 de la Constitución— y, en consecuencia, la potestad revisora de legalidad no es tal sino una forma de regulación e intervención del dominio. Lo anterior ciertamente excede todo el campo dogmático que se conocía de las garantías de la propiedad y de la legalidad tributaria.

Una línea similar a la sostenida en *Zapallar* y *Municipalidad de Santiago* se advierte en *Parque Los Estanques*, donde la potestad contralora es, en definitiva, considerada como una forma ilegítima de amenazar la propiedad comunal:

“[A] la luz de lo expuesto, la decisión de la recurrida —contenida en el Dictamen N° 18.196 de 29 de marzo de 2012— aparece como ilegal, toda vez que desconoce implícitamente la calidad de servicio público de la actividad realizada por Aguas Andinas S. A., así como la destinación que con dicha finalidad se hizo respecto del inmueble de autos, que requería, para su utilización en el funcionamiento del servicio, que tuviera la condición de Área Verde; calidad y destinación hecha por el Estado que priman sobre las normas de caducidad establecidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones... *De este modo, la actuación de la Contraloría General de la República ha significado una conculcación de la garantía del derecho de propiedad contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política en grado de amenaza, pues se está obligando a la Municipalidad de Providencia, previa una nueva declaración de utilidad pública, en los términos del artículo 59 inciso sexto de la*

Ley General de Urbanismo y Construcciones, a desembolsar fondos para expropiar un terreno, que incluso en parte fue donado por otra Municipalidad propietaria, para mantener la condición de Área Verde, en circunstancias que dicha expropiación no es ni ha sido necesaria conforme a lo que se ha venido razonando”²⁸.

Esta forma de entender la propiedad, la potestad tributaria y la potestad contralora otorga un curioso y nuevo argumento al Fisco cuando disputa tributos a los particulares y altera los términos de su relación con el particular. En efecto, sea a partir de la teoría de los privilegios fiscales o de la servicialidad del Estado, la relación entre el individuo y el Estado nunca se había considerado como una de tipo igualitaria. Ahora, de mantenerse el estándar desarrollado en los fallos comentados, la relación tiende peligrosamente a convertirse en una de igualdad. Se produce entonces una nueva forma de subversión de la idea de Estado de Derecho, la que se ocasiona tanto cuando el Estado desconoce la condición de persona como cuando eleva a la dignidad de la persona a algo que no lo es.

5. EL FALLO DE NULIDAD DEL CASO “BOMBAS”: *E PLURIBUS UNUM?*

5.1. Un fallo contra la corriente

Entre *Zapallar y Municipalidad de Santiago* la Segunda Sala de la Corte Suprema dictó un fallo que contradijo la doctrina oficial al afirmar la doctrina correcta que desestima la tesis de los derechos constitucionales públicos. El 10 de octubre de 2012, la Segunda Sala de la Corte Suprema, resolvió dos recursos de nulidad interpuestos por dos órganos estatales —el Ministerio Público y el Ministerio del Interior— en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que absolvió a los imputados por diversos delitos en el llamado caso “Bombas”²⁹. Entre otras de las causales deducidas para fundar estos recursos, el Ministerio Público adujo

²⁸ Corte Suprema, 28 de enero de 2013, “*I. Municipalidad de Providencia c. Contraloría General de la República*”, rol 8268-2012, cursivas añadidas.

²⁹ Corte Suprema, 10 de octubre de 2012, rol 5654-2012. Las figuras penales era el delito de colocación de artefacto explosivo, colocación de artefacto incendiario y financiamiento de asociación ilícita.