

CONTROL JUDICIAL DE LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Alejandro Vergara Blanco

Profesor de la Universidad Gabriela Mistral

La sentencia de la Corte Suprema de 16 de mayo de 1991, que falla el recurso de protección «*Rosas Díaz, Luis Angel y otros con Director de la Policía de Investigaciones*», plantea varias interrogantes. Para responderlas describiré, en primer lugar, sucintamente, los antecedentes del caso; en seguida, expondré la doctrina sobre el núcleo de los problemas jurídicos en que incide el asunto, analizando los principios del Estado de Derecho, las potestades administrativas, su ejercicio, su motivación y el control judicial. En fin, analizaré en forma crítica, con este acervo doctrinario, cómo se ha planteado y resuelto el recurso de protección en tal sentencia.

I. ANTECEDENTES

A través de diversos oficios, con fechas 3 y 9 de noviembre de 1990, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, solicitó al Ministro de Defensa Nacional disponer el llamado a retiro temporal de la Institución, a contar de la fecha de tales oficios, a 18 funcionarios de dicha Institución.

No se conoció en el proceso los antecedentes o motivos que originaron tales oficios. Luego de recibidos, el Presidente de la República, a través del Ministerio de Defensa, dictó una serie de Decretos Supremos en virtud de los cuales se disponía el retiro temporal de los recurrentes⁽¹⁾ de los que tomó razón la Contraloría General de la República.

1. El recurso de protección y su informe. Con el objeto de impugnar la situación de retiro en que quedaban, los funcionarios de la Policía de Investigaciones afectados por tales decretos recurrieron de protección en contra del Director General de la Policía de Investigaciones, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Así queda planteada la acción, la que, en

¹ Los decretos supremos, todos de 1990, llevan los números: 350, 351, 352, 353, 355, 357, 358, 359, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375 y 376.

ningún momento menciona a los decretos del Presidente de la República como actos ilegales o arbitrarios, ni a esta Alta autoridad como sujeto pasivo del recurso. Quedaba así también, entonces, planteado el ámbito competencial del Tribunal respectivo.

Se señala en el recurso que se han vulnerado normas legales y reglamentarias que se cita, «*simulándose un procedimiento con el objeto de eludir las vías reglamentarias para determinar administrativamente la responsabilidad funcionaria*». A su vez, se precisa que con ello se han vulnerado las siguientes garantías fundamentales: derecho de propiedad; igualdad ante la ley; la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; y, el respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, establecidas en el artículo 19 N^{os}. 24, 2, 3 y 4, respectivamente, de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de Santiago solicitó informe al Director General indicado, al tenor del recurso interpuesto, señalando que esta autoridad «*debía remitir todos los antecedentes que existan sobre el asunto, que lo ha motivado*». Luego de recibido el Informe del Director, de escuchados los alegatos de las partes, y estando la causa en estado de acuerdo, como medida para mejor resolver, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó oficiar al Director General de la Policía de Investigaciones «*a objeto que remitiera copia de los respectivos decretos dictados por el Señor Presidente de la República que habría dispuesto el retiro temporal de cada uno de los recurrentes*». Por oficio, dicha autoridad remitió fotocopias de los decretos supremos, totalmente tramitados. Con estos antecedentes el tribunal dictaría sentencia.

2. Sentencia de la Corte de Apelaciones. Este Tribunal, luego de citar el artículo 90, letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N^o 1, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1980, concluye que tal norma «*confiere al Presidente de la República la facultad privativa de disponer el retiro temporal de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, sin que sea necesario fundamentar las causas de su decisión*». Agrega que «*el Presidente de la República puede, por su propia decisión, llamar a retiro temporal a cualquier funcionario y ello es inherente a su calidad de personal de nombramiento supremo que revisten los recurrentes conforme a los artículos 6, 7, 90 y 115 del estatuto del Personal de Investigaciones de Chile*». En virtud de lo anterior, estima que no hay, ni puede haber, perturbación, amenaza o privación de garantías constitucionales, por lo que desestima los recursos de protección.

3. Fallo de la Corte Suprema. Apelado que fue el fallo anterior por los recurrentes, conoció del asunto la Corte Suprema, la que dictaría sentencia con fecha 16 de mayo de 1991, revocando la anterior, y acogiendo los recursos de protección. La Corte Suprema señala, en la parte que interesa para este comentario, que en los oficios del Director General, «*en ninguno de los casos se expresa la razón de hecho*» (consid. 2^o); que «*la causa eficiente de la decisión (...) está absolutamente ausente*» (consid. 3^o); y, que

«no se mencionan en los Decretos Supremos hechos, actos o conductas de los funcionarios retirados y que, a su vez, merecieran según la ley -o la discrecionalidad- la medida en referencia» (consid. 4º).

Esto le lleva a afirmar que *«la falta de motivación (...) resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen -por principio- para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este sólo hecho, arbitrario» (consid. 7º).* Sostiene tal sentencia que, *«el poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional (...), el que está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la ley, y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conducta dados» (consid. 8º).*

Reconociendo que existe una facultad discrecional de otra autoridad distinta al Director Superior del Servicio ⁽²⁾, el sentenciador, para eludir el análisis de tal discrecionalidad respecto del autor de los Decretos Supremos ya indicados, discurre así: *«dada la especificidad de las normas legales citadas (...), la jerarquía superior de una Dirección general no está facultada para eludir las o ignorarlas a cambio de echar mano al fácil expediente del retiro temporal con el fundamento en la mera discrecionalidad, privando de este modo al funcionario de su derecho constitucional al debido proceso (...). En la especie, un director general de Servicio conduce su plan por la vía del Jefe de Estado con la intención evidente de hacer uso de una discrecionalidad de la cual él carece (consid. 12º)».* Esto le lleva a concluir que, en la especie, *«se hace uso arbitrario de una facultad discrecional»*, y en virtud de tales fundamentos, y otros que constan en la sentencia, acoge los recursos de protección, y, textualmente, declara: *«que los funcionarios recurrentes deben volver jurídicamente al estado anterior a los Decretos (...), y en tal virtud se reincorporarán al Servicio, con todos sus derechos, incluidos los concernientes al tiempo intermedio entre el retiro temporal y esta sentencia una vez ejecutoriada, sin hacerse exclusión de derecho alguno; sin perjuicio de que, si procediere, se inicien sumarios o investigaciones sobre hechos, actos o conductas de esos funcionarios, en conformidad a la ley».*

Sólo a esta sentencia se refiere este comentario, y no a los sucesos posteriores (de los que sucintamente doy cuenta en seguida), en virtud de los cuales, como se verá, se dejaría prácticamente incumplido este fallo.

4. Antecedentes posteriores ⁽³⁾. Con posterioridad a la dictación de esa sentencia (y al cierre de este comentario), con fecha 25 de mayo, la defensa

² Se trata del Presidente de la República, autor de los decretos, contra el cual no se dirigió el recurso de protección y no fue parte en el mismo.

³ Estos antecedentes son posteriores al cierre de este trabajo, y según fluye del texto de las conclusiones, concuerda, en parte, con el criterio definitivo de la Corte Suprema, en la resolución ulterior de 5 de septiembre de 1991, a la cual concurrieron tres ministros firmantes del primer fallo de 16 de mayo.

de) recurrido Director General solicitó una reconsideración de oficio, la que fue estimada improcedente por la Corte Suprema.

Luego, con ocasión del cumplimiento de este fallo, y luego de un primer requerimiento, y de una petición del recurrido Director, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de julio de 1991, deja sin efecto un apercibimiento que había dictado. Con posterioridad la Corte Suprema, conociendo de la apelación de esta resolución, la confirma, señalando que «no habiéndose deducido este recurso en contra del Jefe de Estado, resulta también, evidente que a él no le alcanzan los efectos del fallo por no haber sido parte en la causa, y por tanto no se le ha oído ni se le ha pedido informe, sin perjuicio de que él mismo pudiese disponer su cumplimiento, si es que lo estimase procedente», lo que significó, en los hechos, anular todo efecto de la sentencia anterior, de 16 de mayo de 1991, que se comenta (4).

II MOTIVACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION Y SU CONTROL JUDICIAL

Un correcto análisis del problema planteado por esta sentencia pasa, necesariamente, por la comprensión de temas tan centrales como ciertos principios fundamentales del Estado de Derecho, esto es, la legalidad y el control judicial; las potestades administrativas; los actos reglados y discrecionales; en fin, el importante tema de la motivación de los actos administrativos, y la posibilidad de su descomposición.

1. Principios del Estado de Derecho. La cláusula, el supervalor jurídico del Estado de Derecho, de gran contenido histórico (5), está compuesto, junto a otro, de dos principios integrantes: el principio de la legalidad y el principio del control judicial (6)

a) Legalidad. (7) Este principio es uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose

4 A mi juicio, esta última resolución equivale a una verdadera nulidad de derecho público o constitucional, pues no se basa en disposición procesal alguna (ya que se había producido el desasimio) sino, más bien, en los artículos 6º y 7º de la Constitución, aunque la Corte Suprema así no lo diga.

5 Para lo cual véanse: Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado* (Madrid, 1959 = Alianza Editorial, Madrid 1987), pp. 157 ss.; Luis Legaz Lacambra, *El Estado de Derecho, en Revista de Administración Pública* Nº 6 (1951), pp. 13 ss.; Elías Díaz, *Teoría General del Estado de Derecho, en Revista de Estudios Políticos*, Nº 131 (1963), pp. 30 ss. Para un concepto meramente normativista del Estado de Derecho, que no comparto, por cierto, véase: Hans Kelsen, *Teoría General del Estado* (trad. esp., Barcelona, 1934), p. 120.

6 El tercer principio integrante del Estado de Derecho es el principio de garantía patrimonial, que ahora es innecesario analizar.

7 Hablo de «legalidad» por convencionalismo doctrinario, pues es evidente, por lo que desarrollaré, que este principio no sólo dice relación con las «leyes», o con «el bloque de legalidad» de que habla Hauriou, sino con la «juridicidad», terminología esta última más adecuada, pero que complicaría el entendimiento de una materia en que tradicionalmente se ha adoptado el término «legalidad».

erigido en la manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho ⁽⁸⁾ históricamente ⁽⁹⁾, se concibió la actividad administrativa sujeta a una norma específica. Así, una norma debía ser el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual sólo podía realizarse válida o lícitamente en la medida que la norma habilite para ello. En ausencia de dicha habilitación normativa, la acción debe considerarse prohibida. No obstante, esta doctrina de la vinculación positiva (*positive Bindung*), debe matizarse, sobre todo frente al «tema capital» ⁽¹⁰⁾ de las potestades discrecionales ⁽¹¹⁾.

La Administración, en virtud de este principio, debe someterse plenamente, en todas sus acciones al sistema normativo, constituido este último por las leyes dictadas conforme a la Constitución y por los derechos y garantías fundamentales. Conforman esta legalidad vigente junto a los principios y garantías constitucionales un haz de juridicidad inevitable para toda actuación de la Administración. Dentro del «bloque de la legalidad» de que habló Hauriou, las actuaciones administrativas sólo pueden llevarse a cabo en caso que exista una habilitación legal previa. Por tanto, para verificar el apego al principio de legalidad, se tendrá que saber si la administración dispone de una habilitación conferida por una norma con rango de ley para realizar lícitamente la acción administrativa.

En fin, se trata de descubrir si existe una potestad administrativa, un poder jurídico, conferido por el ordenamiento, potestad que siempre, de acuerdo al haz de juridicidad, es conferido en consideración a un fin, a una función. Por tanto, existiendo una potestad administrativa, conferida con algún motivo cercano o que diga razón con la función de interés público propia de la actuación administrativa, dicho ejercicio será legítimo, perfectamente razonado de acuerdo al principio de legalidad. En otras palabras, y acercándonos a los contenidos normativos de los artículos 2, 6, 7 y 20 de la Constitución, existiendo en el ejercicio de una potestad administrativa un motivo que diga razón con la función de interés público, el acto respectivo no podrá considerarse en ningún caso ilegal o arbitrario.

- b) Control judicial.** La vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control, a través de los cuales puede asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo. En el sistema jurídico chileno -como, en general, en los sistemas jurídicos occidentales ⁽¹²⁾- la pieza fundamental dentro del conjun-

⁸ Cfr. Juan Alfonso Santa María Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Madrid, 1988), p. 195

⁹ Como expusiera Manuel Ballbe, *Voz Derecho Administrativo*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, 1950), 1, p. 55 ss..

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, 1987), 1, p. 414.

¹¹ Para el tema, véase, especialmente, García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) pp. 409 ss. y Santa María, *Fundamentos* (Nº 8) pp. 199 ss.

¹² Cfr. Santa María, *Fundamentos* (n. 8) p. 204.

to de garantías del principio de legalidad está, o debiera estar, constituida por el control judicial.

Cualquier acto o conducta positiva o negativa de la Administración y de sus agentes puede y debe ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier persona o entidad a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses, enjuiciamiento que tiene por objeto la comprobación del ajuste de dichos actos o conductas con el sistema normativo y cuya sentencia, resultado de un debido proceso, se impone vinculadamente a todas las partes⁽¹³⁾, hay materias administrativas exentas de control judicial⁽¹⁴⁾, o, en otras palabras, este principio no tiene excepciones⁽¹⁵⁾, conclusión que es *communis opinio* en la doctrina⁽¹⁶⁾.

De este principio fundamental se deriva una prohibición taxativa de que una norma (de cualquier rango que sea: legal o reglamentaria) excluya la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de algún tipo a actos o reglamentos emanados de las administraciones públicas⁽¹⁷⁾. Es más fuerte esta conclusión, si tenemos en cuenta que este principio general del control judicial ha sido calificado como «cláusula regia» del Estado de Derecho⁽¹⁸⁾, y tiene tras de sí un sólido desarrollo dogmático⁽¹⁹⁾ y constitucional⁽²⁰⁾.

Además, desde este principio del control judicial, surge un ámbito subjetivo que es concretizado como garantía fundamental: el derecho a un «racional y justo procedimiento», en los términos del Artículo 19 Nº 3 inciso 5º de la Constitución. Y, en la medida que se afectan a actos de la Administración, este derecho a la acción o al proceso ofrece esta misma vertiente recién señalada y la misma conclusión, que formulo en términos concisos y enfáticos: la justiciabilidad de todos los actos de la administración, frente a todos los cuales debe haber necesariamente recursos jurisdiccionales⁽²¹⁾.

¹³ Cfr. Santa María, *Fundamentos* (n. 8) p. 206.

¹⁴ Aurelio Guaita, *Control judicial y responsabilidad de la Administración en, Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978* (Madrid, 1985), 8, p. 344.

¹⁵ Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos* (Madrid 1982), p. 106.

¹⁶ Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) 11, p. 497; Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa* (Madrid, 1989), p. 30. Véase aplicaciones concretas en: Eduardo García de Enterría, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del «fumus boni iuris»*, en: *Revista Española de Derecho administrativo* Nº 69 (enero-marzo 1991), pp. 65 ss., y el mismo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «aparición de buen derecho»*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* Nº 70 (abril-junio 1991), pp. 255 ss.

¹⁷ Cfr. Santa María, *Fundamentos* (n. 8) p. 207.

¹⁸ Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) 11, p. 497.

¹⁹ Véase la doctrina que venimos citando, y, por todos: Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución. Comentario al artículo 106*, (Madrid, 1985), pp. 1455 ss.

²⁰ Véase artículo 113 de la Constitución italiana y 106 de la Constitución española, de 1978; y, en Chile, artículo 6, 7, 38 inciso 2º y 73 de la Constitución.

²¹ O, como señala Santa María, *Fundamentos* (n. 8) p. 208, a quien vengo citando: «no cabe excluir por la ley, el recurso judicial frente a determinados tipos de actos, cualesquiera que sean éstos, sin incurrir en violación de la Constitución».

Pero, agrego, este control jurisdiccional total sobre los actos de la Administración también involucra que, respecto a ella, y al enjuiciamiento de sus actos, se respete, a su favor, un «racional y justo procedimiento», y, antes de emitirse el fallo respectivo por el Tribunal, el que debe entrar al fondo del asunto, la Administración debe haber tenido un derecho a la defensa, una audiencia previa, derecho a las pruebas suficientes para justificar las motivaciones de sus actos, cuando estas motivaciones (que siempre existen: véase *infra*) no están expresadas en el respectivo acto. Es esta una justa contrapartida a la apertura total de la actuación administrativa, y al control de sus motivaciones en sede judicial, ambos, entonces, presupuestos necesarios del Estado de Derecho.

2. Potestades administrativas. Analizaré en este apartado el tema de las potestades administrativas, y las formas en que, válidamente, pueden manifestarse a través de actos de la Administración, ya sea que estos se encuentren reglados o sean discrecionales. Analizaré también la motivación de los actos administrativos, y la falta de expresión de las mismas. En relación con lo anterior, veré los presupuestos necesarios para la configuración de una desviación de poder. En fin, y en directa relación con el caso, razonaré sobre la descomposición de los actos administrativos, y sus consecuencias.

a) Potestad, función y desviación de poder. Sin necesidad de conceptualizar con gran detalle la potestad⁽²²⁾, o analizarla históricamente⁽²³⁾, para definir hoy esta institución, más bien es necesario vincularla a la idea de poder jurídico, como ha quedado plasmada, en cuanto al punto de vista doctrinario, desde la clásica formulación de Santi Romano de los binomios «poder - potestad»⁽²⁴⁾.

Así, las potestades públicas constituyen un poder jurídico, pero el que no se ejerce libremente por la administración, sino en función de un interés, al cual está sujeta. Se presentan, entonces, las potestades administrativas como potestades funcionales⁽²⁵⁾, pues siempre han de ejercerse para el cumplimiento de un fin; tal es su función. Las potestades administrativas, por tanto, pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada «potestad - función»⁽²⁶⁾.

Si las potestades deben ejercitarse en función de un interés, de un fin, éste, en materia administrativa, no puede ser otro que el interés público. Cuando

²² Últimamente, y con gran desarrollo doctrinal, véase: Emilio Suñe Llinas, *Sobre el concepto de potestad*, en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (Madrid, 1989), pp. 1343 ss.

²³ Véase: José Luis Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo* (Madrid, 1974), 1, p. 159, sobre las relaciones de la potestad con el antiguo concepto de *regalía*.

²⁴ Véase: Santi Romano, *voz poder-potestad*, en *Fragmentos de un diccionario jurídico* (trad. esp., Buenos Aires, 1964), pp. 320 ss.

²⁵ Cfr. Juan Miguel de la Cuétara, *Las potestades administrativas* (Madrid, 1986), p. 47.

²⁶ Concepto éste desarrollado por García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) 1, p. 423.

la administración cuenta con la cobertura legal previa, su actuación es legítima⁽²⁷⁾, pues la potestad se encuentra en tal habilitación legal. La actuación se encuentra, en principio, dentro de la legalidad. Digo «en principio», pues queda por descubrir si tal actuación, legitimada por ley, se ha realizado en función del interés público, esto es, si se ha cumplido su finalidad, y para descubrir esto habrá que revisar el estatuto de la potestad y las motivaciones del acto administrativo.

Si al analizar las motivaciones (se hayan expresado éstas o no) se descubre que con ellas no se cumple el fin para el cual se estableció la potestad, habrá una «desviación de poder». Pero sólo podrá descubrirse una desviación de poder en caso que se halla hurgado en los motivos, sean expresos o no. Sin recabarse los motivos, a mi juicio, no hay forma de entrar al fondo del asunto, y poder enjuiciar legítima y certeramente si la potestad se ha ejercido en función del interés público que justificó su establecimiento.

b) Potestades regladas y discrecionales⁽²⁸⁾. Antes de analizar el problema de la motivación del acto administrativo (calidad que revisten los Decretos Supremos del Presidente de la República), revisaré brevemente el tema de los poderes o facultades regladas o discrecionales, pues, en alguna medida, aunque no sustancial, a mi juicio, incide en el problema de que trata esta sentencia.

La distinción ya clásica de las potestades regladas y discrecionales⁽²⁹⁾, dice relación, por un lado, con aquellos casos en que la ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, en los que se habla de potestad reglada; y, por el contrario, en otros casos, en que se habla de potestad discrecional, definiendo la ley, porque no puede dejar de hacerlo, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la administración, el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, bien de ambos elementos⁽³⁰⁾.

²⁷ Por ejemplo, recuerdo que, en la especie, el artículo 90, letra b), del DFL N° 1, de 1980, citado, faculta al Presidente para que «disponga», retiros. Es esta una cobertura legal, una habilitación legal.

²⁸ Véase, entre otros Osvaldo Oelckers Camus, *Notas a la potestad discrecional de la Administración pública*, en *Revista de Derecho*, XLIV, N° 165 (Concepción, 1977), pp. 161-168; Ana María Díaz Muñoz, *La ilegalidad y la arbitrariedad de la Administración* (Memoria, Concepción, 1983) pp. 114; y, últimamente, Hugo Caldera Delgado, *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*, en *Revista Chilena de Derecho*, XVI, N° 2 (Santiago, 1989), pp. 423-428. Véase, además: Eduardo García de Enterría, *El control de los poderes discrecionales de la Administración*, en *Revista de Derecho Público*, N° 17 (Santiago, 1975), pp. 81-90; Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, en: *Anuario de Derecho Administrativo I* (Santiago, 1975-1976), pp. 445-464; Julio A. Prat, *El poder discrecional de la administración*, en *Anuario de Derecho Administrativo II* (Santiago, 1977-1978), pp. 61-77; y, finalmente Juan Carlos Cassagne, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, en *Revista de Derecho Administrativo II*, N° 3 (Buenos Aires, 1990), pp. 95-107.

²⁹ Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) 1, p.429.

³⁰ Véase, además, Eduardo García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Madrid, 1981), p. 292, quien, sucinta y claramente dice: «la atribución de potestad puede hacerla el ordenamiento con determinación o con indeterminación de las condiciones de ejercicio, distinción de la que resulta el par de conceptos básicos potestad reglada -potestad discrecional».

El ejercicio de potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente (31). A diferencia de esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una «estimación subjetiva» (32) de la propia administración, con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular (33).

Pero, esta verdadera habilitación subjetiva, no altera, ni puede alterar, en nada, las conclusiones anteriores a que me he referido, en orden a los principios básicos de la legalidad y del control judicial. En otras palabras, toda potestad, sea reglada o discrecional, está sujeta, por imperativo superior, al control judicial, pues éste es, como he dicho, un principio fundamental del Estado de Derecho (34). Renunciar al control judicial de la discrecionalidad, como han dicho con entera razón García de Enterría y Fernández, «sería consagrar una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos» (35).

No obstante, a mi juicio, este control judicial no puede ni deber significar introducirse en la entraña de la decisión discrecional, sino sólo verificar la existencia de los motivos que tuvo la administración para obrar, y si ellos son legítimos, validar tal acto, en caso de impugnación. Es por esta razón que pienso que el núcleo del asunto que resolvió la sentencia que comento no era discernir si la facultad discrecional de la administración (en este caso, del Presidente de la República para dictar los Decretos Supremos) está o no sujeta a control judicial, pues de ello no cabe dudas, y tales decretos son perfectamente justiciables; a mi juicio, el verdadero asunto (y que lamentablemente no abordó en forma certera la sentencia), está en verificar la motivación de los actos administrativos respectivos, y si hubo posibilidad procesal de probar tales motivos para su autor.

3. La motivación de los actos administrativos.

a) De la motivación, en general. La motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a

³¹ Salta a la vista que, en el caso de los Decretos Supremos de que trata esta sentencia, no está en presencia de una potestad reglada, de acuerdo a esta definición. Cfr., además, García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) p. 430.

³² Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) *ibidem*.

³³ Este es, evidentemente, el caso de los Decretos Supremos.

³⁴ Como ha dicho recientemente Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, (n. 16) p. 20, lo que debe hacerse, en todo caso, es "embridar al poder con el Derecho".

³⁵ Cfr. Su *Curso* (n. 10) 1.p. 433.

adoptarlo⁽³⁶⁾. La motivación constituye una mera formalidad no esencial del acto administrativo⁽³⁷⁾, la que puede ser explicitada o no⁽³⁸⁾. Entonces, en cuanto a la motivación, existen dos fases normales del nacimiento del acto. Antes de la producción del respectivo acto, debe contar la autoridad respectiva con una habilitación legislativa, con una potestad, con un poder jurídico, para hacer algo. Dentro de esa habilitación legislativa pueden estar insertas ciertas exigencias, como ser un cierto procedimiento, un cierto tipo de acto, y la necesidad, o no, de motivación. Pero lo que deberá existir siempre es: a) una *habilitación legislativa*⁽³⁹⁾, por necesidad jurídica; y b) *un motivo*, por necesidad natural, pues nada en la vida de los hombres carece de motivo, lo que ocurre es que los motivos, en los actos administrativos, cuando la ley lo exige, deben exteriorizarse, y, además, deben ser legítimos, lícitos, o, en otras palabras, no ilegales ni arbitrarios.

Cabe distinguir, por tanto, entre los motivos y la motivación⁽⁴⁰⁾. *Motivos* siempre existirán pues ellos constituyen la causa del acto administrativo, esto es, aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa; y es esta causa la que no debe ser, nunca, ni ilegal ni arbitraria⁽⁴¹⁾. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo.

Por otro lado, *la motivación* es un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija. Entonces, si la ley, luego de establecer la potestad, a renglón seguido no establece expresamente que los actos deban motivarse, para su validez, no es necesario hacerlo.

Otra cuestión es, si con ocasión del control judicial posterior de un acto administrativo no motivado formalmente, se exija de la Administración dar a conocer dichos motivos, para averiguar si tales motivos no han sido ilegales o arbitrarios. En ese caso en que no se habían expresado los motivos, el acto administrativo respectivo se habrá, simplemente, *descompuerto*. Por un lado, los motivos, que siempre existen, como digo, habrán quedado constando en el procedimiento administrativo respectivo. Ahí se encuentran los motivos, los que, por otro lado, no se exteriorizan en el acto administrativo respectivo (en nuestro caso, en los Decretos Supremos del Presidente), simplemente porque la legislación no lo exige. Si la ley exigiese que el acto respectivo fuese motivado, en ese caso no podría operar esta

³⁶ Cfr. José María Boquera Oliver, *Estudios sobre el acto administrativo* (Madrid 1986) p. 218.

³⁷ Cfr. Boquera, *Estudios*, (n. 36), pp. 218 ss.

³⁸ Véase, Juan Luis de la Vallina, *La motivación del acto administrativo* (Madrid, 1967), p. 49.

³⁹ En nuestro caso facultad para que el Presidente «disponga»: artículo 90, letra b), DFL N° 1 de 1980, citado.

⁴⁰ Cfr. Boquera, *Estudios* (n. 36) p. 218, dice: «los motivos son una cosa, y motivación otra», en la misma línea de pensamiento que aquí expongo.

⁴¹ Recuérdese que la «arbitrariedad» está excluida de cualquier decisión administrativa: Artículo 19 N° 2 de la Constitución, por ejemplo.

descomposición del acto a que me he referido, separando su causa o motivo de la exteriorización. Dicha causa o motivo sólo tendría que exteriorizarse por el autor del acto en caso de revisión judicial posterior, cuando se ponga en duda su legalidad o no arbitrariedad; en dicha revisión se deberá, es obvio, dar audiencia al autor del acto, para que tenga posibilidad de probar la licitud de su causa de obrar (o motivo).

b) La doctrina y la jurisprudencia. Si bien, como dicen García de Enterría y Fernández, «no hay en Derecho (...) ningún espacio franco o libre de ley en que la administración pueda actuar con un poder jurídico y libre»⁽⁴²⁾. Como he dicho, siempre hay motivos, y éstos deben probarse, y darse lugar a la Administración para hacerlo. Y así expresamente lo sanciona la doctrina en general, además de la señalada, pues «el origen de la obligación de motivar sólo es la ley»⁽⁴³⁾, y, «los actos administrativos pueden ser enjuiciados por el juez aunque no se motiven. Conocerá -el juez- los motivos del acto cuando examine el expediente (...). La motivación no es condición *sine qua non* de la fiscalización jurisdiccional»⁽⁴⁴⁾.

Como recuerda Aróstica⁽⁴⁵⁾, fallos hay, y no pocos⁽⁴⁶⁾, que permiten a la autoridad venir a expresar y probar los motivos que tuvo en cuenta para emitir su acto durante el proceso mismo, de donde se entiende que la decisión impugnada, más que irregular por carecer de motivación, lo será en la medida que tenga motivos ilegítimos. Además, el Anteproyecto de ley de bases de procedimiento administrativo (que en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 N° 18 de la Constitución se debe dictar en Chile), se establece que sólo deberán motivarse «los actos que por disposición de la ley deban precisamente motivarse»⁽⁴⁷⁾.

Y no otra es la actual realidad legislativa, jurisprudencial y doctrinal española, la misma que cita el fallo, a lo que me refiero enseguida.

c) Crítica a la sentencia. De los considerandos séptimo, octavo y noveno de la sentencia de la Corte Suprema que comento, parecieran desprenderse conclusiones diferentes a las señaladas, y ello ocurre de ese modo pues se cita una conclusión fuera de contexto, no teniendo en consideración la base

⁴² Cfr. García de Enterría y Fernández, *Curso* (n. 10) 1, p. 417. Véase, además, José Antonio García Trevijano. *Los actos administrativos* (Madrid, 1986), pp. 146 ss, sobre motivación de los actos administrativos.

⁴³ Cfr. Boquera, *Estudios* (n. 36) p. 218.

⁴⁴ Cfr. Boquera, *Estudios* (n. 36) p. 221.

⁴⁵ Iván Aróstica Maldonado, *La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho X* (Valparaíso, 1986), p. 514.

⁴⁶ Véase, por todos: sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 1982, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXIX* (1982) 2, 5, p. 186; sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXXI* (1984) 2, 5, p. 113; y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXX* (1983) 2, 5, p. 94.

⁴⁷ Cfr. Anteproyecto, art. 75 N° 5

legislativa española, sobre la que se construyó tal doctrina y jurisprudencia. En efecto, la doctrina que cita ⁽⁴⁸⁾ dice lo que el fallo explicita, lo mismo la jurisprudencia, que se puede ver en tal obra. Lo que ocurre es que el sentenciador olvida la legislación vigente en España y el contexto en que se aplica tal conclusión, y los hechos concretos de los fallos que trae a colación ⁽⁴⁹⁾.

Lamentablemente, en el fallo se cita esta doctrina extranjera, se la mimetiza a nuestra realidad, sin parar mientes que el contexto legislativo es otro. Esa doctrina no cabría aplicarla ni siquiera en España a un caso similar al que se refiere la sentencia. Exceso inexcusable, además, de un Tribunal cuya gran mayoría de sus sentencias, aún definitivas, carecen en absoluto de motivación (pero no de motivos), cuando, simplemente, señalan «no ha lugar», «confirmase», etcétera, pues no hay ley alguna que les obligue a motivar, en su caso.

La ley de Procedimiento Administrativo, española, de 17 de julio de 1958, actualmente vigente, dispone en su artículo 93,2, que «*las resoluciones contendrán solamente la decisión, salvo en los casos a que se refiere el artículo 43, en que serán motivadas*». Por tanto, la regla general, en la misma España, de donde es la doctrina que se cita, es que los actos no necesitan ser motivados, y la motivación, como dice la propia doctrina española, que el mismo fallo cita, «es una forma que debe imponer la ley» ⁽⁵⁰⁾

Ahora, si la ley exige motivar, es cosa diferente, y ahí sí se aplica esta doctrina. Pero ocurre que en Chile, en este ordenamiento jurídico que hoy nos rige, *no se exige motivar expresamente en este tipo de actos*, por lo que la falta de motivación no puede ser considerada, por sí sola, como una arbitrariedad, como, en forma excesiva (y fuera de contexto, como he probado), se dice en esta sentencia. Sólo es arbitraria la falta de motivación cuando la ley exige que se expresen esos motivos. Y esa es la base fáctica y legal que está detrás de la doctrina española citada.

Por tanto, la hipótesis fáctica del caso chileno es otra, pues no hay ley alguna que exija motivar tal acto; por tanto, si no se ha motivado, tal hecho, por sí, no puede, en ningún caso, significar arbitrariedad, sino la exigencia para el juez de averiguar tales motivos, en la sede que corresponda, para garantizar que su sentencia culmine un «racional y justo procedimiento». A mi juicio, un fallo que no entra al fondo, y no averigua los motivos de un acto (que no tenían por qué exteriorizarse, de acuerdo a lo dicho), se pone él

⁴⁸ Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad* (Madrid, 1991), 144 pp. El fallo cita sus páginas 106 y 107. Véase ahora tal trabajo en: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid 1991), 3.

⁴⁹ Se trata de las sentencias de 22 de junio de 1982, la que puede verse en: *Repertorio de Jurisprudencia* (Editorial Aranzadi, Pamplona 1982) Nº 4.829; sentencia de 15 de octubre de 1985, en idem. (1985) Nº 4.595; sentencia de 29 de noviembre de 1985, en idem. (1985) Nº 5.602; y, sentencia de 7 de febrero de 1987 en idem. (1987) Nº 2.908.

⁵⁰ Cfr. Boquera, *Estudios* (n. 36) p. 221

mismo en una situación de desnudez, pues no respeta las reglas básicas de un justo y racional proceso, y sobretodo cuando anula un acto sin darle audiencia previa al autor del acto, y sin entrar al fondo del asunto.

Recuérdese, en fin, que el artículo 8º de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, establece expresamente que *«los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos»*.

En conclusión, creo haber comprobado suficientemente que la motivación es diferente a los motivos, y que éstos siempre concurren, en todos los actos, pues constituyen su causa, su base fáctica. En los casos en que la ley no exige que se exterioricen tales motivos, esto es, que en el acto no se señale la motivación o la fundamentación (en otras palabras, cuando la ley no exija que sea «fundado»), tal requisito no es necesario cumplirlo. Y así, si en tal caso, legítimamente, no se ha señalado el motivo, no significa que no exista, sino simplemente el acto se ha descompuesto, y de tales motivos ha quedado constancia sólo en las piezas del expediente o procedimiento administrativo previo al acto terminal.

En caso de control judicial al juez le corresponde entonces, antes de fallar, entrar al fondo del asunto, y exigir esos motivos, esas causas, pero exigir las del autor del acto, respetando su derecho a la defensa, y a ser oído. A nadie, ni a la Administración, se le puede condenar anulándole un acto propio, sin audiencia previa, pues eso también es un atentado al Estado de Derecho.

4. El control judicial «racional y justo». El recurso de protección se dedujo en contra del Director General de la Policía de Investigaciones por una actuación de hecho absolutamente diferente a lo que, en definitiva, juzgó el Tribunal.

En medio del proceso se tomó conocimiento de la existencia de los decretos supremos respectivos, y sin dar siquiera audiencia al autor de tales actos (el Presidente de la República), como lo exige el auto acordado sobre tramitación y fallo de recursos de protección, en sus numerandos 3º y 12º, y sin poder, por tanto producir un «racional y justo» procedimiento, pues no se pudo entrar al fondo del asunto, se falla la causa sin siquiera hurgar en los motivos de unos actos que se anulan, los que, eventualmente, podrían tener motivos legales y excluidos de cualquier arbitrariedad; sólo que para descubrirlo tendría que haberse solicitado los expedientes administrativos respectivos, y cualquier otra información al autor del acto. Nada de eso se realizó en la causa.

El ámbito de la acción, si bien está vinculado a un acto, para poder producir un efectivo control judicial del mismo, no es posible juzgar apariencias, sino, por exigencias de un «justo y racional» proceso que también merece la Administración, es necesario entrar al fondo. Si no se ha entrado al fondo del asunto, se ha equivocado el ámbito de la acción, pues no es posible que juzgando a un órgano de la Administración, se condene a otro órgano que no fue parte. La utopía de la unidad de la administración (que, sin fundamento

alguno, desliza la sentencia en su considerando 17º), como una sola, no pasa de ser eso, una utopía, lo que sólo es aplicable, si se quiere, a efectos fiscales, pues lo que existe, en verdad, son diferentes Administraciones Públicas que actúan bajo una misma personería jurídica -fisco- en el caso de los órganos centralizados, y bajo personerías diferentes, en el caso de los órganos autónomos o descentralizados (51).

En un procedimiento «racional y justo» se enjuicia al verdadero autor de un acto, haciéndolo parte del proceso respectivo, exigiéndole, como debe ser, los motivos del acto que se estima ilegal y arbitrario, y sólo después de haber entrado al fondo del asunto y sólo en tal caso dictar sentencia.

III. CONCLUSIONES

1. Si el Presidente de la República, y no el Director General de la Policía de Investigaciones, ostenta una potestad administrativa para llamar a retiro temporal a ciertos funcionarios, el ejercicio de dicha potestad discrecional está sometida, dentro de un Estado de Derecho, por una parte, al principio de legalidad, en virtud del cual, para ejercerla, debe tener la habilitación legal previa, y un motivo legítimo, cercano al interés público; y, por otra, al principio del control judicial, pues todos los actos de la Administración están sujetos a dicho control, sin excepción y esto es válido aún cuando el Presidente actúe a proposición del Director referido (como en todos los asuntos públicos, normalmente el jerarca máximo actúa sobre la base de proposiciones de sus colaboradores), pues lo contrario sería pensar que el Presidente es un mero instrumento de tal Director. El autor del acto, y de sus motivos, es por lo tanto, el Presidente de la República.
2. No es obligatorio motivar los actos administrativos en Chile, por regla general, y por el sólo hecho de no motivarlo no puede, en ningún caso, cuando la ley no lo impone, considerarse ilegal o arbitro un acto administrativo. Si en un acto determinado, no se han expresado motivos (o, en otras palabras, no es motivado o fundado), no significa, ni puede significar que tal acto carezca de motivos, o que éstos son ilegítimos. Sólo no se han señalado, y el no señalarlos, cuando así no se exige expresamente, no infringe ni la Constitución ni las leyes.
3. Cuando un acto administrativo no motivado es sometido a control judicial, es en esta sede donde se podrán demostrar los motivos, pues el juez debe, como imperativo de un «justo y racional proceso», indagarlos para llegar al fondo del asunto. Para demostrar los motivos, y su licitud o no arbitrariedad,

51 Véase, por todos, antecedentes en: Gustavo Reyes Román y Eduardo Soto Kloss, *Régimen de la administración del Estado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980), pp. 16 ss.; y, Mariano Baena del Alcázar, *Organización administrativa* (Madrid, Tecnos, 1984), quien, como toda la doctrina española, por el fraccionamiento evidente que se produce en los hechos, habla de «las administraciones públicas» (pp. 101 ss.), así, en plural, refiriéndose a la idea de que no es una sola, sino que cada órgano constituye, propiamente, una Administración distinta.

el juez debe dar lugar a que el autor del acto pueda demostrar los motivos o causas de tal acto, y sólo en tal caso el Tribunal podrá concluir si tal motivo fue arbitrario o ilegal. El juez debe dar lugar a que se demuestre la licitud de los motivos del acto, pues, en un justo y racional proceso, luego de darle audiencia a tal autor, y de entrar al fondo del asunto (lo que es preceptivo para el juez), y sólo en ese momento, podrá estar en condiciones de controlar legítimamente la actuación administrativa.

4. En virtud de lo anterior, no me parece del todo correcta la doctrina de la sentencia comentada ⁽⁵²⁾, ni la forma en que fue llevado tal proceso, pues a pesar de ser notorio que a los jueces los guió un criterio excelente (hacer justicia frente a unos actos que parecían ilegales y arbitrarios), no existió por su parte, un procedimiento racional y justo, al no indagar los motivos de unos actos cuyo autor no fue parte en el recurso, pese a lo cual dichos actos fueron anulados.

Quizás estos mismos errores de los sentenciadores conspiraron para que, en definitiva, como es sabido, la sentencia quedara incumplida (véase la resolución de la Corte Suprema, de 5 de septiembre de 1991).

⁵² A diferencia de la posición de Eduardo Soto Kloss, *Comentario en Informe Constitucional N° 100* (Santiago 19 de junio de 1991) p. 3-9; por cierto, en un comentario de gran calidad, en el que, a mi juicio, se recibió con demasiado entusiasmo esta doctrina jurisprudencial.

ANEXOS

Sentencia de la Corte Suprema:

SANTIAGO, dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada sólo en su parte expositiva, se eliminan sus considerandos y teniendo, en su lugar presente:

Primero. Que el problema sobre el cual deberá pronunciarse esta Corte, conociendo por la vía de la apelación, se empieza a suscitar cuando el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, don Horacio Toro Iturra, decide llamar a retiro temporal a 17 funcionarios con la calidad denominada «personal de nombramiento supremo», para cuyo efecto despacha al señor Ministro de Defensa Nacional sendos oficios, con particularización de cada caso, oficios que rolan en autos a fojas 44, 45, 82, 83, 168, 169, 214, 215, 227, 434, 436, 438, 439, 441, 442, 444, 446, 448, 450, 451, 453, 454, 456, 457, 459, 460, 463. Su propósito, incontestablemente, es inducir a la autoridad superior para que se proceda a dictar los Decretos Supremos que se conformarán a su propia decisión.

Segundo. Que los textos de tales oficios son idénticos entre sí, y además, en ninguno de los casos se expresa la razón de hecho que el Director General del Servicio haya tenido en consideración para tomar la decisión conducente, en último término, a la aplicación de dicha medida extremadamente grave.

Tercero. Que, aun cuando la causa eficiente de la decisión del Director del Servicio está absolutamente au-

sente, dicho funcionario, sin embargo, insinúa la fundamentación legal y formal que tendrían los Decretos Supremos que propone que se dicten. Dice en cada uno de los oficios aludidos: «2. Lo anterior puede efectuarse en conformidad a lo establecido en el artículo 90, letra b), del D.F.L. Nº 1/80, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile y el artículo 48, del Decreto Nº 5, de 20.01.82».

Cuarto. Que los Decretos Supremos que se dictaron para cada caso siguiéndose las directivas y proposiciones antedichas, son todos de idéntico texto entre sí. Al igual que en el caso de los oficios del Director General, no se mencionan en los Decretos Supremos hechos, actos o conductas de los funcionarios ya retirados y que, a su vez, merecieran según la ley -o la discrecionalidad- la medida en referencia.

Quinto. Que en los Decretos Supremos que se dictaron se expresa el fundamento formal contenido en el artículo 90, letra b) del D.F.L. Nº 1, de 1980. Se menciona, además, que es «facultad del Presidente de la República para disponer el retiro». En el Informe ordenado por la Corte de Apelaciones al Director General recurrido de protección, éste insiste en la señalada «facultad discrecional de S.E. el Señor Presidente de la República».

Sexto. Que de lo anterior aparece de manifiesto que, tanto en los Oficios del Director recurrido como en los decretos Supremos que les siguieron, la causa única de los llamados a retiro no sería otra que una facultad discrecional concedida al Jefe de Estado, y que dicha facultad, a mayor abundamiento, tendría la dimensión superlativa de relevar a la autoridad de la expresión de la causa real o efectiva consistente en hechos, actos o conductas del sancionado.

Séptimo. Que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de derecho en el que no hay margen -por principio- para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás-Ramón Fernández, «Arbitrariedad y discrecionalidad», págs. 106 y 107 Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Octavo. Que, aun más, el poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conductas dados. Ese poder funcional, por último, está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental, vale decir, mucho más allá de los límites más reducidos de un mero Decreto.

Noveno. Que, además, para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional «debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera». Desde luego, «en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de

gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión». Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a «aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen». Lo que aparece citado textualmente en las líneas precedentes corresponde a fragmentos de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de España, y que son de las fechas que en seguida se indican: 29 de noviembre de 1985, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985 (Ver Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, Pamplona, España).

Décimo. Que cabe recordar, de modo indispensable, que nuestro ordenamiento positivo contempla específicamente las disposiciones legales que debieron aplicarse en este caso ante el comportamiento supuestamente indebido de unos funcionarios que, a juicio de la autoridad policial, merecían alguna sanción.

Undécimo. Que, de acuerdo con los números 4 y 5 del artículo 140, del D.F.L. Nº 1 de 1980, sobre Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile, en relación con el inciso 2º del artículo 141 del mismo cuerpo legal, se establece que la «petición de renuncia» y la «separación» y «baja por mala conducta» «sólo podrán aplicarse previo sumario administrativo». Se reiteran las normas recién citadas en el artículo 8º del Decreto Nº 40, de 15 de junio de 1981, que es el Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile. Allí se formula la siguiente exigencia: «procede la instrucción de un sumario administrativo o la práctica de una investigación sumaria». En la especie dicho

sumario o dicha investigación faltaron, absolutamente, como que no aparecen ni siquiera aludidos directa o indirectamente en los antecedentes traídos a la vista.

Duodécimo. Dada la especificidad de las normas legales citadas en el considerando anterior, la jerarquía superior de una Dirección General no está facultada para eludirlas o ignorarlas a cambio de echar mano al fácil expediente del retiro temporal con el fundamento en la mera discrecionalidad, privando de este modo al funcionario de su derecho constitucional al debido proceso, entre otras cosas. Excusado sea decir que, de paso, en la especie un Director General de Servicio conduce su plan por la vía del Jefe de Estado con la intención evidente de hacer uso de una discrecionalidad de la cual él carece.

Declimotercero. Que, de acuerdo con todo lo relacionado precedentemente, se advierte que, por el camino de un número determinado de Decretos Supremos, ya individualizados, y que se apoyan en decisiones documentadas del Director recurrido, se hace uso arbitrario de una facultad discrecional, vulnerándose, a la vez, trascendentes derechos y garantías constitucionales inherentes a los bienes y derechos de la personalidad, sobradamente examinados por la doctrina y tutelados por esta Corte en innumerables oportunidades. El recurso de protección interpuesto por los funcionarios afectados, en contra del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, hace precisamente caudal de las infracciones a la Constitución Política, según se examinará en seguida.

Declimocuarto. A juicio de esta Corte, y con sujeción a los recursos de protección promovidos, se han vulnerado los siguientes derechos y garan-

tías consagrados en la Carta Fundamental:

- a) La garantía de todo ciudadano - funcionario o no- a ser sometido al «debido proceso», que involucra, a su vez, «las garantía de un racional y justo procedimiento. De acuerdo con tales conceptos, no ha de faltar, por lo menos, un sumario administrativo, una acción o querrela y su oportuno conocimiento, la adecuada defensa y la producción de una prueba necesaria, libre y eficaz; lo dicho sin perjuicio de otras muchas expectativas que ofrece la noción del «debido proceso» (Constitución Política, artículo 19, Nº 3, inciso 5º).
- b) La garantía que dispone que «nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta». Constitución Política artículo 19, Nº 3, inciso 4º). A juicio de un autor, «Comisiones especiales son las que, de modo individual o colectivo, se arrogan la facultad de tribunales sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales o independientes creados con carácter permanente por el legislador» (José Luis Cea Egaña, «Tratado de la Constitución de 1980», Pág. 272. Editorial Jurídica de Chile, 1988).
- c) El derecho al «respeto y protección privada y pública y a la honra de la persona y de su familia» (Constitución Política, artículo 19 Nº 4). Faltándose, además, al artículo 10 del Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile, anteriormente citado, justamente la operación retiro temporal se publicitó indebidamente y a pesar de haberse omitido el

derecho al debido proceso; a este respecto abundan en los antecedentes pruebas sobre entrevistas, declaraciones, reportajes y crónicas con materiales obtenidos del Servicio o bien a través de las expresiones vertidas directamente por funcionarios del mismo Servicio con gran despliegue publicitario (por ejemplo, fojas 2 a 44, fojas 50 a 81) (a fojas 3 aparece una declaración oficial del Departamento de Relaciones Públicas de la Policía de Investigaciones, involucrando a los funcionarios llamados a retiro).

Acogidas las causas precedentes de infracción a normas del Capítulo III de la Constitución sobre «Los derechos y deberes constitucionales», es inoficioso que esta Corte se refiera a otros fundamentos de idéntico sentido que contienen los recursos de protección interpuestos.

Decimoquinto. Que no es procedente desconocer el rango administrativo del más alto nivel que corresponde al Director General de la Policía de Investigaciones, don Horacio Toro Iturra, para excluirlo de la legitimación pasiva que ostenta ente subordinados suyos que él ha juzgado administrativamente en los hechos; con mayor razón si gestó personalmente los Decretos Supremos que se dictaron y en estos últimos se admite de modo expreso que se tuvo en vista en cada caso un oficio determinado de la citada autoridad máxima en su calidad de Director General de la Policía de Investigaciones de Chile. A mayor abundamiento, el fundamento legal de cada Decreto Supremo es siempre el mismo que señaló el Director General, vale decir, la letra b) del artículo 90 del D.F.L. N° 1, de 1980. Por lo mismo que esta Corte rechaza expresamente el razonamiento en

contrario contenido en el considerando 7° de la sentencia apelada y que va dirigido a desvanecer el efecto de protección debida.

Decimosexto. Que, por lo demás, la Constitución Política, en su artículo 20, atiende primordialmente a los actos o conductas infraccionales y sus efectos, por encima del sujeto mismo causante de dichas infracciones, que viene a resultar, especialmente en este caso, algo formal y de segundo plano; como que en la disposición citada recién se dice a la letra que el recurso de protección se dirige al fin reparatorio inmediato y para nada menciona al sujeto causante: «La Corte de Apelaciones ... adoptará de inmediato las providencias juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ...»

Decimoséptimo. Que, por último, la sana doctrina nos indica que, a despecho de un excesivo formalismo, ha de centrarse el asunto en la Administración, que es una misma.

Y vistos las disposiciones Constitucionales y legales citadas en el cuerpo de esta sentencia, y el auto acordado de esta Corte, de 29 de marzo de 1977, como también el artículo 20 de la Constitución Política, se revoca la sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno escrita a fojas 509 y se decide que se acogen los recursos de protección interpuestos por don Luis Angel Rosas Díaz, don Roberto Eduardo Soto Retamal, don Armando Emir Ulloa Urrutia, don Gabriel Antonio Bravo Serra, don Julio Alcaide Vitale, don Marco Antonio Albornoz de la Fuente, don Horacio Ramiro Alvarez Fuentes, don Hernán Alejandro Becker Weisser, don Mateo Espinoza Torres, don Daniel Gangas Manríquez, don Pablo Goñi Sidman, don Ricardo Eleno

Martínez Moraga, don Víctor Samuel Parra Hormazabal, don José Marián Ponce Cartes, don Rodolfo Ernesto Sandoval Herrera y don Mario René Ubilla Muñoz en contra del Director General de Investigaciones don Horacio Toro Iturra y se declara que los funcionarios recurrentes deben volver jurídicamente al estado anterior a los Decretos del Ministro de Defensa Nacional, todos del año 1990, y en tal virtud se reincorporarán al Servicio, con todos sus derechos, incluidos los concernientes al tiempo intermedio entre el retiro temporal y esta sentencia una vez ejecutoriada, sin hacerse exclusión de derecho alguno; sin perjuicio de que, si procediere, se inicien sumarios o investigaciones sobre hechos, actos o conductas de esos funcionarios, en conformidad a la ley.

Regístrese y devuélvase.
Redacción del abogado integrante don Fernando Fueyo Laneri
Nº 16.790.-

Pronunciado por los ministros Señores Marcos Aburto O., Servando Jordán L., Enrique Zurita C., Osvaldo Faúndez V., y el abogado integrante señor Fernando Fueyo L.

La sentencia ordenada reproducir, en lo pertinente, es del siguiente tenor.

SANTIAGO, veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS:

Comparecen interponiendo recurso de protección en contra de don Horacio Toro Iturra, Oficial de Ejército en Retiro, por sí y en su calidad de Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, persona jurídica de Derecho Público, con domicilio ambos en Santiago, General Mackenna 1314, los siguientes fun-

cionarios de la Policía de Investigaciones de Temuco: a fojas 34 don Luis Angel Rosas Díaz, Subcomisario de la Policía de Investigaciones de Temuco, con domicilio en Temuco, Llanquihue 01645; a fojas 82 don Roberto Eduardo Soto Retamal, Oficial Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Temuco, calle Follilco 1140; a fojas 158 don Armando Emir Ulica Urrutia, Oficial Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Temuco, Avenida Estadio 01965; a fojas 198 don Juan Carlos Yannucci Avila, Oficial de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Temuco, Tolhuaca 765 Block C Depto. F; a fojas 218 don Gabriel Antonio Bravo Serra, Oficial de la Policía de Investigaciones de Chile, domiciliado en Santiago, calle Rosas 1488 Departamento 409-A; a fojas 250 don Julio Alcaide Vitale, Comisario de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Nelson Salvador 045 de Temuco; a fojas 264 don Marco Antonio Albornoz de la Fuente, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Cacique Callupi 01825 de Temuco; a fojas 278 don Horacio Ramiro Alvarez Fuentes, detective de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Cacique Colíman 2965 de Temuco; a fojas 311 don Hernán Alejandro Becker Weisser, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Pedro Nolasco 890 de Temuco; a fojas 324 don Mateo Espinosa Torres, detective de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Tolileo 1154 de Temuco; a fojas 338 don Daniel Gangas Manríquez, detective de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Abelardo Silva 930 Pob.

Trigales de Temuco; a fojas 354 don Pablo Patricio Goñi Sidman, detective de la Policía de Investigaciones de

Chile, con domicilio en Santander 02040 Villa Galicia 3 de Temuco; a fojas 368 don Ricardo Eleno Martínez Moraga, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en los Halcones 0460 de Temuco; a fojas 382 don Víctor Samuel Parra Hormazabal, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Islas Baleares 1595 de Temuco; a fojas 395 don José Marian Ponce Cartes, detective de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Roberto Fulton 2360 de Temuco; a fojas 409 don Rodolfo Ernesto Sandoval Herrera, detective de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Pasaje Quintero 0939 de Temuco; y a fojas 423 don Mario René Ubilla Muñoz, Sub-comisario de la Policía de Investigaciones de Chile, con domicilio en Lago Calafquen 1510 Villa Rochdale de Temuco.

Lo comparecientes precedentemente individualizados expresan que el día 3 de noviembre de 1990 unos, y el día 9 del mismo mes y año otros, fueron notificados que por disposición superior han sido llamados a retiro de la Institución en conformidad al artículo 90 letra b) del Estatuto del Personal de la policía de Investigaciones de Chile a contar de las fechas señaladas. Este llamado a retiro obedecería a una medida disciplinaria que el Director General les aplica, usando facultades propias del Presidente de la República, en razón de imputaciones que los vinculan con actos delictivos específicamente el tráfico de estupefacientes en la ciudad de Temuco. Agregan que se ha simulado un procedimiento con el objeto de eludir las vías reglamentarias para determinar administrativamente la responsabilidad funcionaria sin que se haya efectuado ninguna investigación interna o externa con tal fin, ya que no se ha interpuesto denuncia alguna en relación con los hechos referidos, especifican

que se han vulnerado las normas de los artículos 115, 140 y 141 del D.F.L. Nº 1 de 1980, Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile, y 8, 10 y 16 del Decreto Nº 40 de 15 de junio de 1981, Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile, que dan derecho a todo funcionario desde que legalmente entre a ocupar un cargo o empleo a continuar en él a menos que medie una causa legal de expiración de funciones, disponiendo que las normas sobre aplicación de las medidas disciplinarias que se enumeran, como las relativas a investigaciones y sumarios administrativos serán las que establezcan los reglamentos; y los artículos citados del reglamento disponen que los superiores podrán sancionar por propia iniciativa a sus subalternos cuando las faltas estén claramente establecidas o aparezcan de manifiesto en antecedentes fidedignos siempre que no sean de mucha gravedad, procediendo en los demás casos la instrucción del correspondiente sumario administrativo o la práctica de una investigación sumaria; que estos cuando ejercitan atribuciones disciplinarias deberán guardar la reserva y discreción necesaria, y que no se impondrán sanciones colectivas cuando aparezcan varios funcionarios inculpados.

Precisan que se han vulnerado cuatro de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, privándolos del legítimo ejercicio de tales derechos. Ellos son:

- 1.** Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales (artículo 19 Nº 24) puesto que desempeñaban sus cargos en propiedad y el acto ilegal señalado los priva injustificadamente de éstos sin previo proceso o sumario.
- 2.** Igualdad ante la ley (artículo 19 Nº 2) en cuanto señala que «ni la ley ni

autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». El acto arbitrario en virtud del cual fueron llamados a retiro sin observar los procedimientos y las normas constitucionales legales y reglamentarias ya señaladas vulnera esta garantía.

3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 Nº 3) en cuanto dispone que «nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por esta». Los antecedentes expuestos constituyen vulneración al derecho al debido proceso ya que el recurrido, ejerciendo sus facultades disciplinarias ha resuelto sin el proceso previo previsto en los Estatutos, lo que reviste mayor gravedad si se considera que los motivos del acto ilegal del que reclaman tiene directa relación con imputaciones graves concernientes a delitos perseguibles de oficio respecto de los cuales se ha prescindido del pronunciamiento de los órganos judiciales en la determinación de la verdad de los hechos y de la efectiva participación de los recurrentes.

4. El respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (artículo Nº 19 Nº 4, que se ha vulnerado por la profusa difusión dada a estos hechos atribuyéndoseles responsabilidades que no tienen.

A fojas 43, 130, 107, 214, 225, 435, 437, 440, 443, 445, 464, 447, 449, 452, 455, 458 y 461 el señor Director General de la Policía de Investigaciones de Chile don Horacio Toro Iturra informa los recursos de protección deducidos en su contra por los funcionarios individualizados precedentemente. Manifiesta que en cada caso «se solicitó al Supremo Gobierno el llamado a retiro temporal

del recurrente, en virtud de la facultad discrecional de S.E. el señor Presidente de la República, contenida en el artículo 90, letra b) del D.F.L. Nº 1, de 1980, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile. Paralelamente, en la oportunidad indicada, se adoptaron las medidas administrativas del caso, retirándose al funcionario su Tarjeta de Identificación Policial y su arma de cargo». Se especifica en cada informe la fecha del llamado a retiro, adjuntándose en fotocopia el correspondiente oficio dirigido al señor Ministro de Defensa Nacional en que le solicita se sirva disponer el llamado a retiro temporal de la Institución a contar del 3 o del 9 de noviembre de 1990, con declaración de vacancia de sus empleos.

Por resoluciones corrientes a fojas 46, 246 y 261 se acumularon a estos autos Nº 516-90 los recursos de protección números: 517-90, 518-90, 519-90 y 525-90; 537-90; y 538-90, 539-90, 540-90, 541-90, 542-90, 543-90, 544-90, 545-90, 546-90, 547-90 y 548-90.

A fojas 489 rola certificado expedido por el Secretario Subrogante del Primer Juzgado del Crimen de Temuco en escrito presentado por el apoderado de los recurrentes en el proceso rol 79.529 sobre denuncia por infracción a la ley sobre tráfico ilegal de estupefacientes, que atestigüa que:

a) el proceso fue iniciado por denuncia de la Policía de Investigaciones de Chile de fecha 12 de noviembre de 1990;

b) han prestado declaración indagatoria los siguientes ex-funcionarios de Investigaciones: Luis Rosas Díaz, Roberto Soto Retamal, Armando Ulloa Urrutia, Juan Yannucci Avila, Gabriel Bravo Sierra, Julio Alcaide Vitale, Marco Albornoz de la Fuente, Horacio Alvarez Fuentes, Hernán Becker Weisser, Mateo Espinoza Torres, Da-

niel Gangas Manríquez, Pablo Goñi Sidman, Ricardo Martínez Moraga, Víctor Parra Hormazabal, Joel Ponce Cartes, Rodolfo Sandoval Herrera y Mario Ubilla Muñoz;

c) a la fecha (10 de diciembre de 1990) no se ha dictado en contra de las personas referidas órdenes de aprehensión, detención preventiva, incomunicación o encarceración reo.

Aparte de la señalada se tuvo por acompañada la prueba que obra en autos, se trajeron los autos en relación y se escucharon los alegatos de las partes.

A fojas 491 como medida para mejor resolver se ordenó oficiar al Director General de la Policía de Investigaciones de Chile a objeto que remitiera a esta Corte copia de los respectivos decretos dictados por el señor Presidente de la República que habría dispuesto el retiro temporal de cada uno de los recurrentes.

Por oficio reservado N° 3351 de 31 de diciembre de 1990 del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile que rola a fojas 508 se remiten fotocopias de los decretos supremos totalmente tramitados de todos los recurrentes, a excepción del que disponía el retiro temporal de don Juan Carlos Yannucci Avila que fue retirado, por lo que dicha determinación ha quedado sin efecto. Las fotocopias de los decretos supremos que llaman a retiro temporal a los recurrentes a contar del 3 de noviembre o del 9 de noviembre de 1990 rolan de fojas 492 a 507.

Por resolución corriente a fojas 508 vuelta se decretó: a sus antecedentes, rija el estado de acuerdo.

Considerando: (...)

Redactó el abogado integrante don Raul Concha Fernández.

Rol N° 516-90 p.

La resolución posterior de la Corte de Apelaciones de Santiago, es la siguiente:

SANTIAGO, treinta de julio de mil novecientos noventa y uno.

Vistos y teniendo, además, presente:

1º Que se ha presentado a fs. 604 el señor Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, solicitando que se deje sin efecto la resolución de once de julio último escrita a fs. 580, en razón de que, habiendo puesto en consideración del señor Presidente de la República, por intermedio del señor Ministro de Defensa Nacional, el cumplimiento de la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en este recurso de protección, se le indicó que esto no sería posible por cuanto dicha autoridad había decidido que no corresponde dejar sin efecto los retiros temporales de los recurrentes;

2º Que para los efectos del cumplimiento de una sentencia dictada en autos, el procedimiento que debe seguirse se encuentra establecido en sólo dos disposiciones; en el N° 12 del Auto Acordado de la Corte Suprema de 29 de marzo de 1977, sobre tramitación y fallo del recurso de protección el que sólo señala que si el encargado de cumplir la sentencia no lo fechoría en los plazos que la Corte de Apelaciones ordenare, podrá ésta imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía, alguna de las medidas que en esa disposición se indican. Por otra parte, y no indicándose la tramitación específica para el cumplimiento del fallo, de acuerdo con las normas generales debería estarse a las disposiciones contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil y, no siendo posible ejecutar la resolu-

ción conforme con los artículos 231 a 237 de ese cuerpo legal, deberá aplicarse en el cumplimiento de esta sentencia lo dispuesto en el artículo 238 de dicho Código, correspondiendo, por tanto, al Juez de la causa dictar las medidas conducentes a tal cumplimiento;

3º Que de la simple lectura de este expediente, desde el momento que se ordenó el cumplimiento del fallo dictado por la Corte Suprema, es posible concluir que esta Corte ha estado utilizando las dos disposiciones legales propias del que las medidas conducentes al efecto han sido tomadas de acuerdo a los antecedentes de que se disponía, *procediéndose en consecuencia:*

4º Que con la presentación del informe evacuado por el señor Director General de la Policía de Investigaciones, funcionario que fue parte en este recurso, y en especial de los folios privados que se acompañan a fs. 615 y 618, los que habían sido guardados en custodia por su carácter de secretos, han surgido antecedentes nuevos que es necesario considerar en el proceso de cumplimiento de la sentencia;

5º Que en lo referente a la ejecución del fallo se han aportado hechos nuevos que son los siguientes:

- a) que ha existido en el recurrido de protección y que es el obligado a cumplir el fallo la intención, manifestada en el escrito de reposición, de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia con cuyo objeto lo puso en conocimiento del señor Presidente de la República, *por intermedio del señor Ministro de Defensa Nacional, y,*
- b) que por razones que a estos sentenciadores no complete analizar, ya que al hacerlo sería entrar

a discutir un fallo ejecutoriado, el señor Presidente de la República ha manifestado su intención de no reincorporarlos.

6º Que de acuerdo a lo que establece el artículo 24 de la Constitución Política de la República, es al Jefe del Estado a quien le corresponde la conservación del orden público en el interior de la República, lo que realizará por intermedio del señor Ministro de Defensa Nacional, respecto de las fuerzas de orden y seguridad pública, que son las encargadas de garantizar el orden público y seguridad pública interior en la forma que determinen sus respectivas leyes orgánicas, según lo señalan los artículos 90 de la Constitución Política de la República, artículo 1º Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1980, Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile y el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, Decreto Ley 2460 de 1979. En el ejercicio de estas altas funciones al señor Director General le corresponde la Jefatura Superior de dicha policía, conforme lo estatuye el artículo 9 de su Ley Orgánica, quien por disposición del artículo 50 del Estatuto del Personal de Investigaciones de Chile, ejerce sólo el mando, la Dirección y la Administración de la Institución, quedando entregados el nombramiento y el retiro temporal de los funcionarios, según lo indican los artículos 6º, 7º, 15º, 85º y 90º letra b) del citado Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1980 y la reincorporación del personal en retiro temporal, según artículo 25 del Estatuto, a la autoridad que determina el nombramiento de ese personal por medio de un Decreto Supremo;

7º Que de lo expuesto, es posible concluir que el Director General de la Policía de Investigaciones, no tiene atribución ninguna que le permita ni nombrar ni reintegrar al personal de la

Planta de Investigaciones de Chile, de nombramiento Supremo, por lo que estos sentenciadores estiman que el recurrido no puede ejecutar la orden emanada de la Excm. Corte Suprema y ha dado cumplida satisfacción a ello poniendo en conocimiento lo resuelto a quien efectivamente detenta las facultades de reincorporar a los funcionarios recurrentes;

8º Que en virtud de estas consideraciones, el Tribunal deberá acoger la solicitud de reposición en la forma como se dejará dicho en lo resolutive.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales citadas en el cuerpo de esta resolución, se acoge el recurso de reposición planteado en lo principal de fs. 604, sólo en cuanto, se deja sin efecto la resolución de once de julio último, escrita a fs. 580 en aquella parte en que se apercibe al recurrido de imponérsele alguna de las medidas que establece el Nº 12 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección y en su lugar, y proveyendo el otrosí de fs. 577 se resulte no acceder al apercibimiento allí solicitado. Se concede en el sólo efecto devolutivo el recurso de apelación subsidiario interpuesto a fs. 604 en la parte que no se acoge la reposición tal como está solicitada en su peticitorio.

Acordada con el voto en contra del Ministro Suplente señor Victor Montiglio Rezzio, quien estuvo por rechazar la antedicha solicitud de reposición teniendo, únicamente en consideración:

1º) Que en estos autos, por resolución de 16 de mayo de 1991, escrita a fs. 538, se acogió los Recursos de

Protección interpuestos por los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Temuco en contra del director General de Investigaciones, don Horacio Toro Iturra, ordenándose textualmente que: «se declara que los funcionarios recurrentes deben volver jurídicamente al estado anterior a los Decretos Nros. 552, 370, 371, 350, 351, 376, 373, 357, 359, 374, 375, 369, 358, 355 y 368 del Ministerio de Defensa Nacional, todos del año 1990, y en tal virtud se reincorporarán al Servicio con todos sus derechos, incluidos los concernientes al tiempo intermedio entre el retiro temporal y este sentencia una vez ejecutoriada, sin hacerse exclusión de derecho alguno; sin perjuicio de que, si procediere, se inicien sumarios o investigaciones sobre hechos, actos o conductas de los funcionarios en conformidad a la Ley».

2º) Que la referida resolución se encuentra firmada y ejecutoriada, lo que significa que se ha producido en la especie el restablecimiento del imperio del derecho en la forma en ella señalada, objetivo fundamental del Constituyente al consagrar en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado el recurso de protección.

3º) Que por resolución de once de julio pasado, escrita a fs. 580, atendida la ejecutoria de la resolución recaída en los expresados recursos de protección, se dispuso su cumplimiento, conforme a lo prevenido en el Nº 12 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección.

4º) Que al solicitarse por el recurrente de fs. 604, que se acoja el recurso de reposición respecto de la reso-

lución señalada en el considerando precedente y que se ordena, en consecuencia, «dejar sin efecto dicha resolución, declarando en su reemplazo que el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, no está legalmente posibilitado para reincorporar a los recurrentes de autos, por existir sendos Decretos Supremos de llamados a retiro del Presidente de la República, regularmente cursado por la Contraloría General y plenamente vigente, que dispusieron sus retiros temporales, está impugnando no la resolución que le ordenó el cumplimiento de lo resuelto en estos autos, sino que la sentencia misma recaída en el recurso de protección de que se trata, lo que resulta no sólo extemporáneo, sino que improcedente por encontrarse dicha resolución judicial como antes se dijo firme y ejecutoriada, y

- 5º) Que, a mayor abundamiento, y como quiera que el recurrente de reposición pretende obviar el cumplimiento del fallo judicial, merced a sostener que no es de su incumbencia sino que del Ejecutivo, la reincorporación de los funcionarios a quienes favorece el fallo firme, implica una calificación improcedente a la legalidad de la resolución que se trata de ejecutar, expresamente sancionada como indebida por la disposición contenida en el inciso final del artículo 73 de la Constitución Política del Estado.

Proveyendo el primer otrosí de fs. 604, estése a lo resuelto.

Nº 516 - 90.

La resolución final de la Corte Suprema, conociendo de la apelación de la anterior, es la siguiente:

SANTIAGO, cinco de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Vistos y teniendo presente:

1º Que en estos recursos de protección, acumulados, fueron deducidos en contra del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile por dieciséis funcionarios de esa repartición, por haberseles exonerado de sus cargos con infracción de diversas garantías constitucionales y solicitaron textualmente: «tener por interpuesto el presente recurso de protección en contra de don Horacio Toro Iturra ... ordenando la reincorporación inmediata a mi cargo».

2º Que el recurrido informó cada uno de los recursos en comunicaciones del mismo tenor que la de fojas 43 que dice textualmente; «... el infrascrito solicitó al Supremo Gobierno por oficio reservado el llamado a retiro temporal del recurrente en virtud de la facultad discrecional del Presidente de la República contemplada en el D.F.L. Nº 1 de 1980, se adjuntó fotocopia del Oficio (R) citado precedentemente.

3º Que la sentencia de dieciséis de mayo último, escrita a fojas 538 acogió los recursos de protección y ordenó la reincorporación de los recurrentes.

Que durante la tramitación del cumplimiento del fallo se han producido los siguientes antecedentes:

- a) a fojas 575 vta. la Corte de Apelaciones de Santiago decretó el cùmplase y ordenó dirigir oficio comunicándolo al recurrido;

- b) a fojas 577 los recurrentes acompañaron documento que acredita la negativa a dar cumplimiento a lo resuelto.
- c) a fojas 578 vta. se ordenó pedir informe al recurrido sobre el cumplimiento de lo ordenado.
- d) a fojas 579 vta. se certifica que con fecha once de julio de 1991 se recibe en la Presidencia de la Corte de Apelaciones un oficio reservado del Director General de Investigaciones, que se guarda en custodia.
- e) por resolución de once de julio de 1991 que se lee a fojas 580 se fija el plazo de 72 horas para dar cumplimiento al fallo que acogió los recursos, bajo apercibimiento de imponerse a los recurridos alguna de las medidas que dispone el Nº 12 del Auto Acordado respectivo.
- f) en contra de la resolución a que se hace referencia en el acápite precedente el señor Director General recurrió de reposición, apelando en subsidio; reposición que fundamenta en el contenido de los oficios secretos que se señalaron en la letra d);

4º Que resulta evidente que el fallo que acogió el recurso de protección lo ha hecho referido a lo que corresponde en derecho, dadas las circuns-

tancias de hecho que en el mismo se analizan, pero de ello no puede inferirse que sea el Director General de Investigaciones, en contra del cual se ha reclamado, quien deba cumplir con esa finalidad y es obvio que dicho funcionario sólo podrá disponer para ese fin lo que se encuentra a su alcance de acuerdo a las facultades legales de que se encuentra investido, que en este caso y en concreto se reducen a solicitar al Presidente de la República las reincorporaciones que la sentencia ordena.

5º Que, en consecuencia y no habiéndose deducido este recurso en contra del Jefe del Estado, resulta, también, evidente que a él no le alcanzan los efectos del fallo por no haber sido parte de la causa, y por tanto no se le ha oído ni se le ha pedido informe, sin perjuicio de que él mismo pudiere disponer su cumplimiento, si es que lo estimare procedente.

Que con el mérito de lo expuesto y en especial del texto de los oficios agregados a fojas 615 y 618, se confirma la resolución apelada de treinta de julio último, escrita a fojas 623.

Devuélvase .
Rol Nº 16.790.-

Pronunciado por los Ministros Señores Marcos Aburto O., Servando Jordán L., Enrique Zurita C., y los abogados integrantes señores José Fernández R. y Pedro Montero F.