

CONTIENDAS DE COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL. ANÁLISIS DE UN CASO DE ACTIVISMO JUDICIAL Y DE ACTIVISMO CONTRALOR

*Francisco Zúñiga Urbina**

Resumen

El presente artículo hace una revisión sobre el caso de contienda de competencia planteada por la CGR en relación con tribunales del Poder Judicial ante el TC y ante el Senado, por la decisión sobre el régimen previsional del personal de la DGAC. Continúa el análisis con la relación de esta contienda con el activismo judicial y con el activismo contralor, y los problemas que generaría tal doble activismo para un Estado de Derecho y la democracia. Se concluye con una revisión del *ethos* activista de la judicatura y del organismo contralor al utilizar la composición de conflictos de poder como mecanismo que invade el ámbito de la competencia del legislador.

I. Introducción.

Las contiendas de competencia

Los recientes casos de contienda de competencia que se disputan entre la CGR, los tribunales de justicia y la Corte Suprema, tanto ante el TC como ante el Senado; nos obligan a revisar algunos conceptos sobre activismo judicial (y activismo contralor), dada la mayor injerencia de tribunales en asuntos políticos que, adelantamos, provocan ciertos problemas en el funcionamiento de la democracia y sus instituciones y en el Estado de derecho. Es decir, junto allí donde es esencial la separación de poderes, para el equilibrio de la democracia y, en general, la deferencia entre poderes públicos y órganos estatales. De este modo, si revisamos el concepto de activismo judicial, podemos extender su uso al activismo de control, que aqueja como patología también al organismo contralor.

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Correo electrónico: fzuniga@zcabogados.cl

En primer lugar, debemos precisar que la “contienda de competencia” es aquel conflicto suscitado entre dos o más tribunales u organismos del Estado, para conocer privativamente un determinado asunto judicial, para lo que se recurre a un tercero imparcial que pueda resolver dicha disputa. El concepto en uso lastra su carga procesal abordada de antaño por las leyes de enjuiciamiento y orgánicas del Poder Judicial, carga procesal de la cual debemos despojarnos para definir la impropia denominación de “contienda de competencia”, producida entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia. En rigor, este tipo de “contienas de competencia” son conflictos de jurisdicción o conflictos de atribución; como en nuestro medio destacan los procesalistas Juan Colombo y Hugo Pereira, siguiendo a Calamandrei¹. En efecto, la cuestión de jurisdicción es un *prius* en relación con la cuestión de competencia, la cual es un *posterius* de aquella; pudiendo operar delimitando los ámbitos de poder del juez nacional frente al extranjero, o del juez nacional frente a la Administración o el gobierno. Tales conflictos pueden integrar la competencia material de la jurisdicción constitucional, cuando el conflicto concierne al reparto de poder (funciones y atribuciones de fuente constitucional). Por ello, es pertinente precisar que existen varios tipos de contienda de competencia, distinguiendo aquellas que se generan entre autoridades judiciales, entre autoridades administrativas o políticas, y aquellas que se suscitan entre autoridades administrativas o políticas y judiciales que podemos también denominar conflictos de jurisdicción o de atribución.

Para que se genere la contienda de competencia, es necesario que concurren los siguientes requisitos: que al menos dos órganos, de igual o distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto; que se trate de una materia concreta y determinada; y que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto².

Sobre las contiendas de competencia no judiciales, la primera racionalización consagrada en la Constitución de 1833, se produce con la asignación al Consejo de Estado de su composición (art. 104 N° 5), Consejo que es un órgano consultivo del Poder Ejecutivo y a su vez, tribunal administrativo, institución de raíz gala y mediada por la Carta de Bayona y la Constitución de 1823; y la segunda racionalización se produce con la

¹ Hugo PEREIRA, *Curso de Derecho Procesal*, p. 152-155; Juan COLOMBO, *La competencia*; Francisco ZÚÑIGA, *Elementos de jurisdicción constitucional*, pp. 209-227.

² Lautaro RÍOS, “Contiendas de competencia”, p. 7. Luis CORDERO, “Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005”, pp. 133-142.

Constitución de 1925, que asigna al Senado la composición de las contiendas de autoridades políticas o administrativas con tribunales superiores de justicia (art. 42 N° 4). Finalmente, la gran reforma constitucional de 1970 abrió la composición de contiendas de competencia “que determinen las leyes” al TC; pero fue una apertura vacía (art. 78 b) literal f).

La dualidad de “tribunales” (Senado-TC) a cargo de la heterocomposición de contiendas de competencia, diferenciadas por la jerarquía del tribunal con el cual se traba el conflicto, es fruto de la reforma constitucional de 2005 que, sin poseer mayor explicación, es una innovación a la regla proveniente de la Constitución de 1925, recogida en el art. 49 N° 3 de la Carta de 1980. Según lo señala el art. 53 N° 3 de la CPR, es atribución exclusiva del Senado conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Dicha atribución considera diversas actuaciones del Senado, las que incluyen antecedentes y decidir sobre el conflicto planteado y, si bien la norma no se precisa por qué autoridades políticas, se le ha dado un alcance amplio incluyendo a todos los órganos constitucionales que no sean tribunales superiores de justicia, considerando por tanto a la Contraloría General de la República³.

Por último, la CPR vigente también prevé una racionalización de las “cuestiones de competencia” que se susciten entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (art. 126), encomendada a la ley, no dictada hasta ahora; quedando también en el limbo las “cuestiones de competencia” que se traban con órganos o entes públicos dotados de autonomía constitucional; todo lo cual queda condenado a la judicialización, y en especial al proceso de amparo, que es una vía anómala. En este aspecto, la mora del legislador resulta evidente, y es del todo insuficiente la regla de jerarquía prescrita en el art. 39 de la ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado; como lo evidencia la olvidada sentencia del TC, rol N° 80-1989 (cons. 4°).

II. *El activismo judicial*

Antes de revisar el caso en contienda del asunto que podemos designar como “régimen previsional del personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil”, es necesario hacer algunas precisiones sobre el activismo judicial. La relación entre la judicatura y el activismo judicial es compleja,

³ José Luis CEA EGANA, *Derecho Constitucional chileno*, p. 348.

y plantea como problema final el “gobierno de los jueces”, un tema viejo hoy en la teoría constitucional y la ciencia política⁴. En nuestro medio, el activismo judicial está ligado al neoconstitucionalismo de los tribunales, que pasan a ser reguladores de conflictos más allá de lo jurisdiccional, extendiendo su papel a través de la interpretación de diversas normas principalmente de derechos fundamentales.

En palabras del procesalista Augusto M. Morello, una primera aproximación al concepto de activismo judicial tiene que ver con la *creatividad* de las sentencias, el *protagonismo* del tribunal y el *aggiornamento* del servicio de justicia⁵ (admitiendo como naturales o necesarias las filias, fobias, o el amorfo “sentido de la justicia” que tendrían los jueces).

El activismo judicial tiene como rasgo característico la preponderancia del criterio de los jueces frente a otros poderes estatales que debieran intervenir. Esto, sin que se sujete a su competencia legal, que se caracteriza por extender o redefinir los alcances de las normas jurídicas estableciendo significados o interpretaciones novedosas. De esta forma, los jueces activistas son aquellos que determinan los alcances de las normas jurídicas mediante el establecimiento de significados obligatorios o los que definen –o redefinen– decisiones y políticas públicas diseñadas por los otros poderes del Estado⁶.

Desde la óptica conceptual, para William Wayne el activismo judicial puede ser considerado en dos dimensiones: una en sede jurisprudencial, donde se reconocen judicialmente ciertos valores, que otorgan ciertos derechos a grupos sociales minoritarios, débiles o vulnerables y, otra, en la adopción de una posición por los jueces, al defender un derecho vulnerado, que supone invadir la esfera de competencias de otros órganos políticos o administrativos⁷.

De esta manera, el activismo judicial aparece ligado a la libertad (“discrecionalidad”) de creación de los jueces, al protagonismo de los jueces, al *aggiornamento* del servicio de justicia en que sus sentencias, además de heterocomponer el asunto sometido a su competencia, contienen señales innovadoras para los demás poderes públicos, los jueces inferiores u otros

⁴ Una nueva edición ampliada del texto clásico de 1977, escrito desde el originalismo y crítico con el activismo de la Corte Warren asilado en la decimocuarta enmienda relativa a la cláusula de igual protección, de RAOUL BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the. The transformation of the fourteenth amendment*.

⁵ Augusto MORELLO, *La Corte Suprema en Acción*, p. 119.

⁶ Marco FEOLI, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”.

⁷ William WAYNE, “The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age”, pp. 657-676.

órdenes jurisdiccionales, y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, jurisprudencia o en las costumbres; “señales” que, según Pablo Manili, pueden consistir en:

- a. Crear derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por ser este considerado de naturaleza constitucional, ampliando así la norma de derechos protegidos.
- b. Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.
- c. Señalarle al Congreso Nacional la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
- d. Allanar los caminos procesales para facilitar u homologar el accionar del gobierno a través de un salto de instancias.
- e. Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
- f. Combatir excesos del poder en general⁸.

Este activismo judicial es parte de un proceso de politización de la justicia, propio de las democracias contemporáneas y probablemente un importante indicador de “mala salud democrática”⁹. Entre los factores que contribuyen a que emerjan procesos de judicialización de la política, y dentro de estos los excesos de la judicatura, podemos encontrar: la presencia de un régimen democrático; un sistema de separación de poderes; una cultura de derechos; partidos políticos débiles o coaliciones de gobierno frágiles que produzcan atochamiento tanto en la elaboración como en la ejecución de las políticas públicas y, por último, la delegación a las cortes de la autoridad para tomar decisiones sensibles en ciertas áreas de dichas políticas públicas¹⁰.

En nuestro país el activismo judicial encuentra parte importante de su justificación en el lastre ideológico y neoliberal de la Constitución vigente, por la cual, ante la falta de protección de diversos derechos, en muchas ocasiones los jueces han optado por tomar una posición garantista, extendiendo su papel hacia otras materias para superar el déficit de derechos. Sin embargo, ello tampoco es una buena razón para justificar

⁸ Pablo L. MANILI, “El activismo en la jurisdicción constitucional”, vol. I, pp. 313-314.

⁹ Francisco ZÚÑIGA, “Judicatura y activismo judicial”, pp. 61-62.

¹⁰ Javier COUSO, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, p. 39. Por ejemplo, en la magnitud que tiene en Chile el amparo de derechos fundamentales frente a modificaciones tanto de precios como de planes de salud previsual que otorgan empresas gestoras de seguros privados (ISAPRES); reacción tutelar de la Judicatura, ante la mano del legislador en ejecutar la ley de salud previsual a la Constitución y salvaguarda de la salud de las personas.

el activismo, puesto que sustituye los espacios llamados a controlar dichos conflictos, poniendo en entredicho la democracia y la separación de poderes. Esto transforma al activismo en una opción elitista, que asigna poder a una casta o estamento (jueces, letrados) y lo justifica, negando la democracia política o representativa.

Más allá de lo que se pueda pensar, sobre un activismo que sea favorable tanto a los derechos fundamentales, como a la ampliación de la participación ciudadana y su posible efecto positivo en el sistema político democrático, tildándolo como un activismo “bueno”, frente a un activismo “malo”, entendido como aquel que lesiona los derechos fundamentales y genuflexo con el poder estatal y los gobiernos de turno; debemos señalar que ambos tipos desbordan el papel de la judicatura, por lo que la distinción es artificiosa e interesada ideológicamente, en la medida que permite defender o demonizar al activista de “izquierdas” o de “derechas”, “progresista” – “liberal” o “neoconservador” – “autoritario” – “neoliberal”.

Como hemos sostenido desde el inicio, el activismo judicial no solo es un *ethos* que puede devenir en una patología concerniente a los tribunales del Poder Judicial y en especial a las cortes; también puede aquejar a la CGR que, además posee una estructura organizativa y funcional monocrática y jerárquica, por lo que también podemos hablar de un activismo de control.

En lo que sigue, abordaremos el tema que nos convoca desde el análisis del caso de la contienda de competencia de la DGAC en la arista de la contienda suscitada entre la CGR y la Corte Suprema. También abordaremos de un modo breve la contienda trabada por el organismo contralor ante el TC y de reciente heterocomposición. Por último, desarrollaremos nuestras conclusiones.

III. Activismo judicial en la contienda de competencia en el caso del régimen previsional del personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil

En Chile, los últimos años han sido protagonizados por un fuerte activismo judicial por parte de los tribunales nacionales. Especial asunto, el de la Corte Suprema que, en uso del llamado “bloque de constitucionalidad”, ha extendido la protección de derechos no recogidos de forma expresa en la Constitución o en leyes infraconstitucionales. Esto, mediante la inclusión de *facto* nuevas garantías o, por el contrario, dejando de aplicar ciertas normas que serían incompatibles y que pasan a ser derogadas tácitamente (como ocurre *v.gr.* con la inconstitucionalidad sobrevenida).

Esta vez analizaremos otra arista del activismo judicial con el caso de la DGAC, en el cual un número de 1317 funcionarios de dicha institución demandaron ante el Juzgado de Letras Civil contra el fisco de Chile para que declarase la aplicación del sistema previsional correspondiente, la cual habría estado en situación de incertidumbre por un vacío legal al respecto. En primera instancia, la demanda fue rechazada y luego revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago en agosto de 2016, sentencia en la que se declaró que a los funcionarios les correspondería la aplicación del sistema previsional contemplado en el DFL 1 de 1968 de la Subsecretaría de Guerra, interpretando genérica y retroactivamente las normas sobre régimen previsional.

Posterior a ello, con fecha 28 de diciembre de 2016, la CGR promueve contienda de competencia con el objeto de que el Senado se pronuncie sobre la institución a la que le correspondería el conocimiento y decisión del asunto, residenciado en la actualidad, en el Poder Judicial, merced de un recurso de casación presentado ante la Corte Suprema deducido en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (causa “Rodríguez Mendoza con Fisco”, rol N° 76325-2016)¹¹.

Dicha contienda no es importante solo por su resolución en única instancia por el Senado sino que, también, por las consecuencias generales que podría tener aparejadas para el fisco y la hacienda pública, la determinación de un nuevo régimen previsional.

A nuestro juicio, la definición del régimen previsional de los trabajadores del sector público es una cuestión que corresponde exclusivamente al dominio-competencia del legislador, por lo que tanto la Corte Suprema como el Contralor General de la República se arrogan competencia sobre la materia, extendiendo su radio a cuestiones que no son parte de su esfera de control y decisión, es decir, hacia ámbitos que son propios de competencia y decisión legislativa.

Ahora bien, los fundamentos de la CGR para promover la contienda de competencia se referían principalmente a los siguientes puntos:

¹¹ La CGR es un órgano de control interórgano de la Administración del Estado, garante del principio de legalidad, según lo previene el art. 98 de la CPR, que señala: “Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

La Corte Suprema es el tribunal supremo del Poder Judicial; y tiene las funciones de casación, tribunal de amparo de derechos fundamentales y custodia de la cosa juzgada.

- a. Efecto de la sentencia definitiva en una acción declarativa de mera certeza: para la Contraloría, la pretensión de los funcionarios y lo que resuelve la sentencia es un pronunciamiento o decisión de alcance general y abstracto sobre el régimen previsional aplicable al personal de la DGAC, facultad que no les confiere disposición alguna del ordenamiento jurídico a los tribunales de justicia.
- b. Sustitución de competencia de los tribunales de justicia: la potestad exclusiva en materias administrativas, a través de la facultad de interpretar leyes y determinar alcance de las normas al emitir dictámenes y dentro de las que se incluyen las referidas al régimen previsional al que están afectos los funcionarios de la DGCA, es de la CGR. Luego, los tribunales estarían atribuyéndose una competencia que sería privativa de la CGR, contrariando el principio de legalidad.
- c. Error en el procedimiento aplicado: Según la CGR, el camino a seguir debía ser la impugnación de dictámenes que se refiriesen al régimen previsional aplicable a los funcionarios, lo que habría permitido a los tribunales, a través de un recurso de protección o de nulidad de Derecho Público, conocer dentro de sus facultades el asunto. Al contrario, la acción emprendida solo habría buscado dejar sin efecto la jurisprudencia administrativa de la CGR, eludiendo lo que ha dispuesto en el ámbito administrativo sobre la materia, el organismo contralor.

Por otra parte, la Corte Suprema con fecha 23 de enero de 2017, concurrió ante el Senado para solicitar que se le declare como competente para conocer del recurso de casación en el fondo deducido, desechándose la contienda promovida, con los siguientes argumentos, cuyo resumen se expone a continuación:

- a. Principio de inexcusabilidad de tribunales de justicia: dicho principio establecido en el art. 76 inciso segundo de la Constitución obliga a los tribunales a pronunciarse sobre el caso o asunto sometido legalmente a su decisión, en tanto la materia no se encuentre entregada al conocimiento de un tribunal especial o de una autoridad que ejerza jurisdicción.
- b. Acción declarativa de mera certeza: para la Corte Suprema, el conflicto sometido a su conocimiento no corresponde a una declaración de mera certeza, sino a una acción de naturaleza constitutiva, ya que la decisión implicaría una alteración de cómo es aplicada la normativa en la actualidad.
- c. Agotamiento de la vía administrativa: Según la Corte Suprema, el agotamiento de la vía administrativa es una garantía para los

administrados, pero no para el órgano de control, como parte de la Administración, por lo que no puede obstaculizarse el acceso a la justicia de los recurrentes, quienes tendrían el derecho de optar la forma de impugnación más adecuada a sus fines.

- d. Sobre la alegada falta de emplazamiento de la CGR: La CGR aduce como error del procedimiento y fundamento de la contienda de competencia, la falta de emplazamiento que le afectó, lo que mermó su derecho de defensa en el juicio. Ante ello, la Corte Suprema señala que la CGR no habría sido parte en el juicio por lo que no fue emplazada.

La Corte Suprema señala en última instancia que la contienda de competencia plantea un problema institucional en caso de aceptarse, esto es, el de declarar que el máximo tribunal no tiene potestad para conocer del recurso de casación en el fondo deducido, quedando firme lo resuelto con anterioridad, a falta de recursos pendientes.

El planteamiento escrito de la Corte Suprema, contestando la contienda promovida y expuesta por el ministro Sergio Muñoz G., en calidad de presidente subrogante del máximo tribunal ante el Senado, fue observado más tarde por el Contralor General de la República mediante una suerte de “réplica”; y este escrito contestado por la Corte Suprema mediante una suerte de “dúplica”¹².

Sin embargo, y a pesar de todos los argumentos presentados por la Corte Suprema y la CGR, a nuestro parecer no existe en rigor contienda de competencia. En efecto, para establecer una contienda, positiva o negativa, se requiere un conflicto atributivo de potestad de la misma naturaleza ya sea formal, material o ambas. En la especie, tenemos por una parte una atribución de fuente legal: potestad dictaminante de la CGR y, por otra, una potestad de fuente constitucional y legal de la Corte Suprema abierta vía casación en el fondo, sobre un conflicto acerca del derecho objetivo (determinación del régimen previsional de los funcionarios de la DGAC).

¹² Se consignan los documentos consultados para elaborar este trabajo, obrantes en poder de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a saber:

1. Presentación que promueve la contienda de competencia presentado por la CGR con fecha 28 de diciembre de 2016.
2. Presentación de la Corte Suprema solicitando que se rechace la petición de la CGR o se dirima la contienda declarando que es competente la autoridad jurisdiccional para conocer de recurso de casación en el fondo, con fecha 23 de enero de 2017.
3. Escrito de la CGR, una suerte de “réplica”, mediante el cual formula un conjunto de puntualizaciones relativas a la presentación que hiciera la Corte Suprema, con fecha 3 de marzo de 2017.
4. Escrito de la Corte Suprema, una suerte de “dúplica”, mediante la cual formula observaciones a la presentación de la CGR, con fecha 17 de marzo de 2017.

Cabe mencionar, por lo demás, que en el conflicto intervienen como sujetos procesales los funcionarios demandantes y el fisco representado por el Consejo de Defensa del Estado; no siendo parte el organismo contralor el cual carece de personificación, actuando con la personalidad y patrimonio del mismo fisco.

La pretensión de la Corte Suprema y de la CGR de resolver el conflicto se extiende más allá de sus competencias, politizando en la defensa de la competencia de cada uno, en el conocimiento de una materia que es de dominio legal en lo básico (art. 63 N° 4 de la Constitución), de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 63 N° 14 y art. 65, inc. 4°, N° 6 de la Constitución). El dominio de ley y la iniciativa exclusiva quedan reforzadas si la legislación previsional tiene incidencia financiero-presupuestaria, lo que ocurre de forma evidente con la previsión de los funcionarios de la DGAC, volviendo abstracta y general una decisión de tribunales.

IV. El otro activismo

Con fecha 24 de noviembre de 2016, el Contralor General de la República, señor Jorge Bermúdez Soto, en representación de la CGR, promueve contienda de competencia entre el organismo de control y el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago ante el TC, en virtud de lo dispuesto en el art. 93 N° 12 de la CPR. Solicita el Contralor General de la República que se acoja la contienda a su favor, declarando que es la Contraloría, el órgano competente de forma exclusiva determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC.

La Segunda Sala del TC declaró admisible la contienda y suspendió el procedimiento civil. Para la CGR, los juzgados de letras carecen de facultades para declarar en forma general y abstracta la normativa aplicable a los funcionarios y órganos de la Administración, relativa a pensiones y jubilaciones, no pudiendo inmiscuirse en las atribuciones de otros poderes públicos, o actuar fuera de los “negocios de su competencia”. Sostiene además, que una interpretación de dicha índole, que tiene efectos generales y abstractos, corresponde efectuarla a la Contraloría como entidad fiscalizadora, de conformidad con el art. 6° de su ley orgánica constitucional N° 10.336.

La jueza suplente del 29° Juzgado Civil de Santiago indica que ante su tribunal no se ha opuesto excepción de incompetencia, que sería la vía procesal para corregir un problema de competencia del tribunal y, que aun cuando no exista norma jurídica que haga mención a las acciones decla-

rativas de mera certeza, a la que correspondería la demanda interpuesta por los funcionarios de la DGAC, conforme al mandato constitucional (arts. 6, 7 y 76), el juez en atención al principio de inexcusabilidad, debe dar tramitación y fallar el asunto sometido a su decisión, incluso, a falta de ley que lo resuelva.

Finalmente, una vez producida la vista de este litigio, con fecha 18 de enero de 2017, el TC a través de la Segunda Sala, ha dictado sentencia en causa rol N° 3283-2016 por contienda de competencia promovida por el Contralor, solicitando que se declarara por parte del tribunal cuál es la institución competente para determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGCA por tener competencia exclusiva sobre la interpretación normativa al respecto, dotado de potestad dictaminadora para informar el sentido y alcance de las normas aplicables a funcionarios de la Administración del Estado. Recogemos los argumentos principales del TC:

- a. La sentencia judicial desborda la potestad legítima o natural, trabando una contienda de competencia, ello por cuanto la normativa previsional de funcionarios públicos puede ser interpretada con fuerza general y obligatoria para la Administración del Estado, pero solo a través de dictámenes que debe pronunciar en exclusiva la CGR. En este sentido, al revisarse el asunto por el tribunal en sede común, se habrían eludido instancias constitucionales.
- b. Usurpación de competencia legislativa, puesto que la determinación de la legislación que regula el sistema previsional de las Fuerzas Armadas y por tanto de la DGCA solo puede ser modificada con imperio general y con efecto retroactivo únicamente por decisión de los “poderes colegisladores”. En este sentido, incorporar otra clase de personal al régimen previsional de las Fuerzas Armadas significaría modificar la normativa existente, lo que exige la concurrencia de los poderes colegisladores.

En efecto, señala el TC que la incorporación al régimen de previsión y seguridad social de las Fuerzas Armadas de una determinada categoría de funcionarios es materia de exclusiva reserva legal (no reserva judicial) conforme al art. 63 N° 4 de la Constitución, y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en virtud del art. 65, inciso cuarto, N° 6, siendo, además, una norma básica que debe ser aprobada por ley orgánica constitucional según indica el art. 105 de la Constitución. La incorporación al estatuto previsional castrense a un número importante de funcionarios civiles de la DGAC, ameritaría en este sentido un cambio constitucional y legal radical, que excede la competencia de la interpretación judicial.

La argumentación del TC expresada en la sentencia al aceptar la contienda de competencia resulta en absoluto contradictoria, pues acepta el conflicto solo con la interposición de una acción declarativa de mera certeza, para luego señalar que es la sentencia de determinado tribunal la que implicaría una intromisión en las potestades entregadas tanto al Poder Legislativo, como a la CGR. En este sentido, debemos señalar que no es posible que la sola interposición de la acción suscite una contienda de competencia, cuando el tribunal civil solo realiza un estudio formal de los requisitos para dar curso a las acciones sometidas a su conocimiento (art. 256 *Código de Procedimiento Civil*). Bajo el principio de inexcusabilidad, el tribunal se encuentra obligado a admitir a tramitación asuntos sometidos a su conocimiento si estos cumplen con los requisitos formales. De esta forma, admitir lo contrario, significaría una limitación injustificable al derecho a la acción y a la tutela judicial del derecho asegurado por nuestra Constitución en el art. 19 N° 3.

Asimismo, resulta paradójica la conclusión a la que arribó el TC que primero reconoce el principio de impugnabilidad de los actos administrativos para luego señalar que las vías de reclamo existentes no están todas a disposición de los funcionarios públicos, para la defensa de derechos laborales o previsionales, limitando tanto el derecho de defensa de los funcionarios públicos como a la acción general de nulidad de Derecho Público.

La decisión favorable del TC respecto de la contienda de competencia importa un prejuicio sobre la pretendida irreprochabilidad de las resoluciones de la CGR; una suerte de inmunidad de jurisdicción inconciliable con un Estado de derecho. El imperio del Derecho significa en último término, que los tribunales de justicia son los llamados a realizar el control judicial de los actos administrativos, según lo dispone el art. 38 de la Constitución.

Además, considerar que la contienda de competencia se traba con motivo de la interposición de una demanda ante un tribunal en una acción de mera certeza, y no con motivo de una decisión recaída en juicio; es una aporía que trae como consecuencia el quebrantamiento del principio de separación y reparto de poderes que la Constitución realiza. En efecto, la aporía es plena: si la acción declarativa de mera certeza importa incursionar en el ámbito reservado al legislador; tampoco es de recibo que la potestad dictaminante de la CGR, que es sub Constitución y sub *lege*, pueda sustituir la voluntad del legislador.

V. Conclusiones.

La extensión del ETHOS activista en el Estado

El *ethos* es un conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter e identidad de una persona o comunidad, y que exten-demos a servidores públicos y órganos del Estado. El *ethos* activista hoy se extiende por doquier, de propio de la judicatura se extiende en los casos de contienda de competencia comentados al Contralor, a la CGR, y; en otras materias, a ciertas autonomías constitucionales como el Ministerio Público o, incluso, de autonomías legales como el Consejo para la Transparencia.

El *ethos* activista de control utiliza la composición de conflictos de poder (contiendas de competencia) como un medio para empoderar a una institución estatal de control (CGR) frente al Poder Judicial; pero a nuestro juicio usurpando en rigor el ámbito de la competencia del legislador.

En este *ethos* activista, se producen ciertas conjunciones o alineaciones de órganos del Estado (TC-Senado); que tienen como teatro el reparto de poder estatal, amenazando el arreglo institucional que cristaliza en la Constitución¹³.

Cabe esperar que las relaciones entre los diversos tribunales y órganos de nuestro país pueda ser, de forma coordinada, orientada al balance de poder desde la competencia tasada de cada uno, interactuando en la posición institucional y legal que les corresponde. La política democrática, la deliberación, los espacios de ciudadanía, en fin, la producción de nuevas normas, no deben ser sustituidas por decisiones de una “aristocracia togada” sin poner en entredicho la democracia misma y el imperio de la ley tan propia de un Estado de derecho. Esto transforma al activismo en una posición elitista negadora de la democracia¹⁴.

Eso es aún más importante, cuando la Corte Suprema es un tribunal que influye innegablemente en otros jueces del Poder Judicial, que a través del activismo puede extender el efecto de decidir en materias que son propias de la competencia del legislador. La injerencia de la judicatura atenta contra el equilibrio de poderes en un Estado de derecho, donde los tribunales deben mantener su vinculación primaria al principio de legalidad, extrayendo de la producción jurisprudencial el nexo que puedan tener con ideologías no neutrales.

¹³ Allan R. BREWER CARÍAS. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El Juez constitución y la destrucción de la democracia en Venezuela*.

¹⁴ ZÚÑIGA, “Judicatura...”, *op. cit.*, p. 64. También Mario D. SERRAFERO, “El rol político de las Cortes Supremas y los tribunales constitucionales”, vol. III, pp. 71-107.

La cuestión de competencia del caso que analizamos, debe abordarse en su lectura o clave hermenéutica constitucional desde las definiciones fundamentales que adopta la Constitución acerca de la forma de Estado: república democrática y Estado de derecho; siendo prevalente entonces la salvaguarda del principio de separación de poderes, y del control judicial de los actos de la Administración. Es de suma relevancia entender desde esta perspectiva el activismo, expresado en la contienda de competencia entre la Corte Suprema y la CGR, dado que la única potestad que podría ser puesta en cuestión, sea por la potestad dictaminante al interpretar la ley administrativa y previsional de manera general y obligatoria para la Administración y los administrados-peticionarios, o por la potestad jurisdiccional en sede de juicio declarativo de mera certeza para los justiciables, es la potestad legislativa¹⁵.

Así, ni los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial ni un órgano de la Administración del Estado en su función fiscalizadora o dictaminante como la CGR, poseen competencia legislativa, por lo que ni en sede judicial declarativa de mera certeza a través de una sentencia ni en sede administrativa a través de un dictamen, se pueden establecer

¹⁵ Recientemente, la Tercera Sala de la Corte Suprema en caso de protección rol N° 82.471-2016 de 20 de abril de 2017, recoge conceptos de competencia y potestad dictaminante del organismo cautelar, atinente a este trabajo:

“Quinto: que uno de los principios de la organización administrativa es el de la competencia, que está constituida por la cuota, parte o proporción de poder que se le confiere a cada autoridad que la integra, definida como ‘la medida de la potestad que corresponde a cada entidad y cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano en relación a (sic) los demás’. Es por lo mismo que se extraen las consecuencias inmediatas derivadas de la actuación de la autoridad, puesto que ‘es un elemento esencial de todo ente y de todo órgano, presupuesto de su lícita actividad y límite de la misma’. Lógico es precisar que, si actúa dentro de la esfera de sus atribuciones, el actuar de la autoridad es legítimo, válido y no merece reproche en este sentido. Por el contrario, en el evento que los actos dictados por un órgano excedan sus facultades, determinándose que no es competente, dichos actos se encontrarán ‘viciados de incompetencia’ y, por lo mismo, “no son válidos”, cesando sus efectos, los que no serán reconocidos por el Derecho (...).

Noveno: que, en lo que interesa al análisis, conforme a las normas transcritas, el mandato constitucional es claro y categórico. La Contraloría General de la República sobre materias que son de su competencia. A través del dictamen, el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular. Estos informes constituyen verdaderas interpretaciones de la ley, respecto de la forma en que ésta debe ser entendida, son instrucciones para los jefes de servicios y fiscales, y, por tanto, vinculantes. En consecuencia, el dictamen constituye una interpretación jurídica vinculante para la Administración del Estado y, para el caso concreto y ante la petición del administrado, la Contraloría está autorizada para emitirlos a propósito de este deber de comprobación. En otras palabras, la recurrida se ha limitado a ejercer sus facultades en situaciones en las que ha sido expresamente requerido para ello por una persona interesada”.

o fijar normas generales, abstractas, ciertas y obligatorias sobre un sistema previsional; caracteres materiales propios de la ley y que le son exigibles constitucionalmente cuando se trata de relaciones jurídicas en que la técnica de los derechos fundamentales asegura intereses y voluntades colectivo-prestacionales como ocurre con la seguridad social.

Sin embargo, existe un riesgo mayor en el choque de activismos (judicial y contralor), y es que los órganos convocados a heterocomponer conflictos de jurisdicción (Senado y TC), terminen con sus decisiones alimentando una hoguera de activismos. Recordamos en este punto la imagen de los fieles del monje dominico Girolamo Savonarola, quienes quemaron en la Florencia renacentista un martes de carnaval objetos pecaminosos (lujo, ostentación, poder, corrupción, gloria) en “la hoguera de las vanidades” (“faló delle vanità”); hoguera que puede terminar consumiendo a sus autores.

La exigencia de ley material en el desarrollo de un derecho fundamental, como el derecho a la seguridad social, tiene directa relación con el principio de igualdad constitucional, de suerte que los usuarios del sistema previsional gocen de prestaciones uniformes sea que se otorguen por instituciones públicas o privadas de gestión. En este sentido, solo la ley cumple los estándares exigidos en la Constitución para declarar o asignar a trabajadores del sector público o privado, o a categorías de estos, en un régimen de previsión social. El acusado incumplimiento de una obligación positiva por parte del Estado, resulta difícil de revertir a través de la actuación judicial. El Poder Judicial es el menos indicado para realizar planificaciones de política pública, entre otras razones, porque el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general. Así, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio y porque carece de medios para dictar o sustituir las medidas generales en decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez¹⁶.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Disponible en www.miguelcarbonell.com/

¹⁶ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, pp. 13-24.

- artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2017].
- ALLAN R. BREWER CARÍAS, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El Juez constitución y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Madrid, Iustel, 2017.
- CORDERO V., Luis, “Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, N° 72, Santiago, 2010.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, tomo III.
- COLOMBO, Juan, *La competencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- COUSO, Javier, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, N° 2, Santiago, 2004.
- FEOLI, Marco, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 2, Coquimbo, 2015.
- MANILI, Pablo Luis, “El activismo en la jurisdicción constitucional”, en Pablo Luis MANILI (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2010, 3 vols.
- MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1989.
- PEREIRA, Hugo, *Curso de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1993, tomo I.
- RÍOS, Lautaro, “Contiendas de competencia”, en *Gaceta Jurídica*, N° 168, Santiago, 1994.
- SERRAFERO, Mario D., “El rol político de las cortes supremas y los tribunales constitucionales”, en Pablo Luis MANILI (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2010, 3 vols.
- WAYNE, William, “The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age”, in *SMU Law Review*, vol. 43, Dallas, Texas, October, 1989.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Judicatura y activismo judicial” en *Revista de Derecho Público*, vol. 73, Santiago, 2010.
- ZÚÑIGA, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central, 2002, 2 vols.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República.
- Ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado
- Ley N° 10.336 orgánica de la Contraloría General de la República.

JURISPRUDENCIA CITADA

Rodríguez Mendoza Héctor Eduardo con Dirección General de Aeronáutica, Fisco de Chile, 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, rol C-4017-2012.

Rodríguez Mendoza con Fisco, Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), rol N° 76325-2016.

Contraloría General de la República y el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2017 (contienda de competencia), rol N° 3283-2016.