

EL DERECHO A LA FUNCION Y SU PROTECCION JURIDICA

MANUEL DANIEL ARGANDOÑA

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho Universidad de Chile

S U M A R I O

I. Introducción. II. El derecho a la función en la carrera funcionaria. 1. Concepto de carrera funcionaria. 2. La estabilidad en el empleo, principio básico del sistema. 3. La consagración constitucional de la carrera funcionaria. 4. Concreción del principio de la estabilidad en el empleo: derecho a la función. III. Referencias constitucionales al derecho a la función. 1. Empleos de carrera: remoción reglada. IV. Protección del derecho a la función en el ordenamiento jurídico. 1. Protección de la ley y frente a la ley. 2. Protección por medios administrativos. 3. Protección por la Contraloría General de la República. 4. Protección jurisdiccional. 4.1. El derecho a la acción. 4.2. La acción contencioso-administrativa. 4.3. Competencia especial (L. O. M. DL 1.289/76). V. El derecho a la función y el recurso de protección. 1. La posible inclusión del derecho en el ámbito del art. 20 de la Constitución. 2. La garantía del derecho de propiedad y el derecho a la función. 2.1. Naturaleza jurídica del derecho a la función. 2.1.1. Origen legal estatutario. 2.1.2. Derecho subjetivo. 2.1.3. Contenido del derecho. 2.1.4. Especie de derecho de propiedad. 3. Protección del art. 20 de la Constitución. 3.1. Derecho de propiedad comprometido. 3.2. La falta del debido procedimiento y el derecho de propiedad. 4. Jurisprudencia. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que a todo funcionario público ha de exigírsele rigurosamente el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, pues de ello depende la eficacia en el rodaje de esa maquinaria tan vasta y com-

pleja que es la Administración, que es impulsada precisamente por la actividad funcionaria; afortunadamente, todavía es el elemento humano el más importante en toda organización, no obstante el prodigioso avance de la técnica. Pero, justamente porque es persona, el funcionario tiene también derechos que deben serle reconocidos formalmente y en su legítimo ejercicio, si se quiere que la función administrativa se desempeñe dignamente. A éstos, sin embargo, se les suele considerar peyorativamente y a veces, por desgracia, por quienes debieran tener especial preocupación por su cautela¹.

La permanencia en el empleo público de quien ha accedido a él por los procedimientos legales, en tanto no concurra una causa legal que la extinga, es un derecho que se ha consagrado precisa y expresamente en nuestro ordenamiento positivo bajo la denominación de "derecho a la función"². Sobre la base de su reconocimiento es posible ejercer todos los demás derechos, pecuniarios y de otra índole, que se otorgan a los que invisten la calidad de funcionarios de la Administración; porque, en verdad, de nada valdría para quien hace de su trabajo en el servicio público su medio de vida, que se le dispensara toda suerte de garantías si no se le asegurara la más importante, esto es, el desempeño de la función sin el riesgo de una remoción arbitraria.

Es un derecho "estatutario", en el sentido de que forma parte del contenido de un estatuto jurídico compuesto de derechos, obligaciones y responsabilidades, fijado de un modo general por el ordenamiento y en cuya elaboración ha sido ajeno aquel que, en su calidad de funcionario, será titular de los derechos, contraerá las obligaciones y deberá asumir, en su caso, las responsabilidades allí preestablecidas; él se incorporará a dicho "status" por el acto administrativo de su designación, que por cierto debe conformarse, en el fondo y en la forma, a la ley estatutaria.

No obstante esta peculiaridad, no puede negársele su categoría de derecho, otorgado precisamente por la ley (Estatuto Administrativo). Como tal, ha de estar protegido en su ejercicio, y su titular, premunido de los medios adecuados para recabar esa protección.

¹El Editorial del N° 58 de Gaceta Jurídica se duele, con razón, de que en cierto fallo de los Tribunales se califique de "granjerías" a algunos de estos derechos.

²Véase art. 37 DFL 538/1960.

La Constitución Política asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos³ y es ésta una garantía en que está comprometida la eficacia de todo el ordenamiento jurídico⁴. En efecto, no sólo debe existir igualdad ante la ley declarativa o formuladora de los derechos de las personas, sino en el ejercicio o en la realización concreta de los mismos⁵. La protección jurisdiccional no podrá faltar nunca, en cuanto el derecho a la acción, que es parte del "debido proceso", está consagrado en dicha garantía⁶; pero el ordenamiento jurídico podrá estatuir, además, otros medios cautelares.

Hay ciertos derechos que, consagrados como específicas garantías constitucionales, han merecido el amparo o protección por medio de acciones o recursos que la propia Constitución instituye directamente⁷. Y hay otros cuyo establecimiento emana de un modo directo, no ya de la Constitución, pero sí de la ley, cuyo ámbito en todo caso, en virtud del principio de juridicidad, está enmarcado en la Carta Fundamental. A estos "derechos legales" alcanza también, por cierto, el principio constitucional de la protección de su ejercicio, que el ordenamiento jurídico tendrá que poner en aplicación por los medios o procedimientos adecuados. Ello no podría obstar, sin embargo, a que en ciertos casos estos derechos se reconduzcan o se encuentren subsumidos en algunas de las garantías amparadas o protegidas directamente por la Constitución Política.

Ahora bien, ¿cuáles son los procedimientos cautelares del ejercicio del derecho a la función que el ordenamiento jurídico ha estatuido? ¿Se hallan ellos sólo en preceptos de carácter legal o aparece también protegido directamente por las acciones o recursos constitucionales?

Creemos de interés ofrecer un esquema de reflexión sobre el más importante de los derechos de los funcionarios y los medios jurídicos que existen para protegerlo en nuestro ordenamiento.

³Art. 19, N° 3, C.P.

⁴Cea Egaña, J. L., "La igual protección de los derechos", en Revista Chilena de Derecho. Vol. 9 N° 3, 522.

⁵Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ses. 100, p. 3 ss.

⁶Id., p. 26.

⁷Arts. 20 y 21 C.P.

II. EL DERECHO A LA FUNCIÓN EN LA CARRERA FUNCIONARIA

1. *Concepto de carrera funcionaria*

Hemos dicho en otra oportunidad que a la carrera funcionaria se la concibe "como un sistema —técnico y jurídico a la vez— en que, por medio de procedimientos y organismos especialmente previstos, se intenta asegurar que sólo la idoneidad, el mérito, la seguridad y la justicia imperen en la selección e ingreso al servicio público, en la permanencia en la función, en el acceso y empleos de mayor jerarquía, en la calificación del desempeño, en el perfeccionamiento, en la aplicación de sanciones y en las remuneraciones y demás beneficios que se otorguen a los funcionarios"⁸.

Es un sistema que, adecuado naturalmente a las particularidades de cada país, se ha institucionalizado en los que han alcanzado mayor adelanto y aún en muchos de menor desarrollo, conjugándose el valor de la eficacia en las funciones públicas con el de la dignidad de la persona que las sirve.

2. *La estabilidad en el empleo, principio básico del sistema*

La seguridad en sus empleos, en tanto su trabajo sea satisfactorio, y la oportunidad de acceder por el mérito objetivamente calificado a empleos superiores, son condiciones imprescindibles para que el sistema de carrera pueda cumplir cabalmente sus fines.

La estabilidad en el empleo es, pues, un principio básico dentro de esta concepción sobre el personal de la Administración del Estado y constituye el mejor incentivo de atracción hacia el servicio público, sobre todo porque compensa relativamente la constante insuficiencia de su retribución pecuniaria. Pero, evidentemente, la estabilidad no puede significar inamovilidad. La eliminación del funcionario por ineficiencia o deshonestidad ha de estar prevista para que la Administración pueda desprenderse, aunque siempre con arreglo a un debido procedimiento, de los elementos que la obstruyan o desprestigien.

Sin perjuicio de la estabilidad que asegura en sus empleos a todos

⁸Véase nuestro "Base Constitucional para la carrera funcionaria", en esta Revista, N^{os} 31-32 (1982), 121-131.

sus titulares, que en general son de carrera, dentro del sistema se admite que existan algunos empleos de carácter político o, en la expresión del ordenamiento jurídico chileno, "de la confianza exclusiva del Presidente de la República", cuando la respectiva función, por su categoría o nivel, se halle muy directamente vinculada a la orientación política del gobernante, debiendo facultarse a éste, en estos casos, para remover libremente al funcionario. "Pero, como se ha establecido, los deberes correspondientes a esos puestos deben ser claramente definidos y tener como base una sanción legal, de suerte que tales nombramientos puedan estar totalmente separados del servicio civil de carrera ordinario y que no pueda ser debidamente aumentado su número por presiones políticas"⁹.

3. *La consagración constitucional de la carrera funcionaria*

Obviamente, para que los principios en que descansa el sistema de carrera funcionaria (y el de la estabilidad en el empleo entre ellos) tengan efectiva aplicación, es necesario que sean recogidos por el ordenamiento jurídico, sobre la base de un reconocimiento constitucional del sistema; y, aunque sin los procedimientos y las técnicas que hoy día son aconsejables, debe recordarse que en Chile así ha ocurrido desde hace por lo menos cincuenta años. Estatuto Administrativo se ha denominado al cuerpo legal que regula el vínculo que une al funcionario con la Administración, desde que en la Constitución de 1925 fueron limitadas, en varios de sus preceptos, las facultades del Presidente de la República en relación con los funcionarios públicos, ordenándose que se ejercieran en conformidad a la ley. Dicha Constitución se valió precisamente de la expresión "Estatuto Administrativo" para referirse a esa ley reguladora de la atribución presidencial en esta materia, y acertadamente la Contraloría General de la República ha dado a este cuerpo legal un sentido amplio e institucional, en el que se comprende toda disposición que regle las relaciones entre la Administración del Estado y sus funcionarios, con lo que la vigilancia del cumplimiento del Estatuto Administrativo, que compete legalmente a la Contraloría General, tiene, asimismo, esa amplia extensión¹⁰.

⁹Ibidem.

¹⁰Véanse, entre otros, dictámenes N° 28366, de 1981, y N° 12165, de 1983.

Se verá más adelante que la Constitución vigente, aunque no emplee los mismos términos formales, se remite análogamente al Estatuto Administrativo; pero además —lo que entraña un evidente progreso— ha dispuesto, en el inciso 1º del art. 38, colocado en el párrafo denominado “Bases generales de la Administración del Estado”, que pertenece al capítulo IV —Gobierno, Presidente de la República—, lo siguiente: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

De modo, pues, que será una ley orgánica constitucional la que tendrá que enunciar normativamente los principios que sustentan el sistema de carrera funcionaria y en especial el de la estabilidad en el empleo¹¹, el que seguirá en todo caso siendo parte fundamental del contenido de la ley estatutaria, pero ahora en armonía con aquella normativa orgánica básica, encabezando la regulación de los derechos de los funcionarios.

4. *Concreción del principio de la estabilidad en el empleo: derecho a la función*

El Estatuto Administrativo de aplicación más general, aprobado por el D.F.L. 338, de 1960, destina su título II a los derechos de los empleados y empieza su regulación con el derecho a la función, consagrando de este modo el principio de la estabilidad en el empleo. Dice el art. 37: “Todo empleado, desde que legalmente entre a ocupar un empleo, tiene el derecho a continuar en él, a menos que medie una causa legal de expiración de funciones.

Del mismo modo, un empleado no puede ser cambiado de las funciones que está legalmente desempeñando sino de acuerdo con las causales y procedimientos señalados en este Estatuto”.

¹¹La L. O. C. tendría que asegurar, a nuestro juicio, esa estabilidad mediante el principio de que el funcionario no podría cesar en el empleo sino por su voluntad o por otra causa legal basada en su desempeño deficiente, en la pérdida de requisitos para ejercer la función, en el incumplimiento de sus obligaciones o en la supresión del empleo, salvo en los cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

El derecho a la función comprende, pues, dos aspectos: el funcionario no puede ser alejado de su empleo sino en virtud de alguna de las causales que el propio Estatuto contempla (aceptación de renuncia, declaración de vacancia, destitución, jubilación, término del período por el cual fuera nombrado, supresión o fusión de empleos y fallecimientos. Art. 231); y el funcionario no puede ser cambiado de sus funciones sino en virtud de las causales y procedimientos señalados también en el Estatuto (comisiones, destinaciones, traslado).

Si con prescindencia de las causales y procedimientos estatutarios se cambia de funciones o se aleja de la Administración a un funcionario, se comete ilegalidad y se perturba en su derecho a la función o se priva de él a su titular; irregularidad o abuso frente a cuya eventualidad el ordenamiento jurídico habrá de prever, como en el hecho ocurre, según lo veremos, los medios conducentes a proteger este derecho, cuyo origen emana precisamente de la ley.

III. REFERENCIAS CONSTITUCIONALES AL DERECHO A LA FUNCIÓN

Sin perjuicio de los preceptos que la Constitución destina a las garantías y protección de los derechos y que pueden alcanzar también, en variados aspectos, a este derecho, según se verá, conviene recordar que, específicamente, en las atribuciones constitucionales del Presidente de la República, hay disposiciones que, para regularlas, entienden el derecho a la función de acuerdo con el concepto en que lo define la ley estatutaria y que se remiten expresamente a ésta.

1. *Empleos de la confianza exclusiva del Presidente de la República*

El art. 32, Nº 9, en efecto, faculta al Presidente de la República para nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores y a los alcaldes de su designación; el Nº 10 del mismo artículo le otorga también facultad para designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales; y a todos los funcionarios mencionados los califica como de la confianza exclusiva del Presidente de la República, agregando que se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella. Asimismo, el Nº 12 lo faculta para "nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva

confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley”.

Debe tenerse presente que el Estatuto Administrativo define a los empleos de la confianza exclusiva del Presidente de la República como “aquellos a los que la Constitución Política o una ley les haya dado este carácter, y cuya remoción depende de la sola facultad del Presidente de la República” (art. 16, inc. 2º, letra a).

Esta consagración constitucional de los empleos de confianza, removibles a voluntad del gobernante, debe ser entendida ahora, en cuanto se remite a la ley, a primer término, de acuerdo con la concepción de carrera funcionaria, que la propia Constitución asegura en su establecimiento y aplicación y que deberá contenerse en una ley orgánica constitucional, dentro de la cual el principio de la estabilidad en el empleo tendrá que ser técnicamente acotado, de modo que los empleos “políticos” sean sólo la excepción y calificables así por su naturaleza emergente de su descripción¹²; y, en segundo lugar, de acuerdo con la definición que la ley estatutaria formule sobre el derecho a la función, en armonía con aquella normativa orgánica básica.

Según el tenor literal de la definición estatutaria, podría sostenerse que aún quienes sirven los empleos de la confianza del Presidente de la República tienen la titularidad de ese derecho, ya que su desempeño no puede cesar sin una causa legal, que en este caso será generalmente la aceptación de renuncia no voluntaria. Pero la precariedad del derecho resulta así evidente. Sin embargo, es posible que la cesación se produzca por otra causa: puede acontecer que medie jubilación, o se declare vacante el cargo, o los funcionarios sean alejados de la Administración por la aplicación de medidas disciplinarias. Cuando ello ocurra, el derecho a la función cobrará consistencia, porque podrán entonces los funcionarios, bajo su amparo, exigir que se cumplan plenamente los requisitos y procedimientos establecidos por la ley para tipificar la respectiva causal de expiración de funciones.

2. *Empleos de carrera: remoción reglada*

El art. 32, Nº 12, de la Constitución, en su parte final, dispone que

¹²La L. O. C. debería, a nuestro juicio, además de establecer como excepción esta calidad de empleos, limitar expresamente la posibilidad de extenderla genéricamente y sin referencia a empleos específicos.

la remoción de los funcionarios que no son de la confianza exclusiva del Presidente de la República se hará de acuerdo con la ley, y esta ley es, ciertamente, la ley estatutaria. Hay aquí, pues, un reconocimiento del derecho a la función, que se asegura por el establecimiento legal de las causales por la que puede perderse.

Del mismo modo, una remisión al derecho a la función en la que la Constitución hace en el art. 94, en donde la remoción de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros y del personal de Investigaciones se deja sometida a la ley.

IV. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *Protección de la ley y frente a la ley*

Así como ocurre con los demás derechos de las personas, los medios protectores del ejercicio del derecho a la función deben estructurarse por el legislador (art. 19 N° 3, C. P.) para que puedan hacerse valer frente a cualquier autoridad que lo desconozca o lo interfiera. Pero dada su naturaleza, es en general la Administración la que está obligada a respetar este derecho, sujetándose a los preceptos legales que lo consagran y amparan. La impugnación que el afectado pueda deducir tendrá, pues, por objeto obtener que se modifique o se remueva el acto administrativo que conculque su derecho, reparándose, en su caso, el daño.

Lógicamente, no puede haber perturbación o violación del derecho si las causales que lo extinguen o el procedimiento que cambie las funciones, de modo diferente al establecido, son determinados por un acto del legislador, ya que siendo el régimen estatutario de la competencia de la ley, puede ser modificado o sustituido por ésta. Pero es también obvio que si la ley, al variar el régimen, incurre en inconstitucionalidad, el interesado podría —como en el caso de cualquiera ley así viciada— deducir el recurso de inaplicabilidad, de acuerdo con el art. 80 de la Constitución. Ello podría darse, por ejemplo, si al ordenarse la retroactividad de una ley nueva, se intentare tener por extinguida una función, con repercusión en los derechos incorporados al patrimonio, por el tiempo que hubiera sido desempeñada legítimamente bajo el imperio de la ley anterior.

2. *Protección por medios administrativos*

Contra los actos administrativos agraviantes para el titular del derecho, hay vías de protección por las que, dentro de la Administración misma, aquél podría reclamar.

Hay procedimientos especialmente regulados por la ley para la dictación de determinados actos, como los que deben preceder a toda medida disciplinaria (investigaciones o sumarios)¹³, en los que existen posibilidades otorgadas al inculcado para ser debidamente oído y defendido, ya que es exigencia constitucional que para estos efectos haya un "justo y racional procedimiento", que es parte sustancial de la garantía de protección de los derechos¹⁴. Si la causal por la que se pusiere término a la función fuera una medida disciplinaria (petición de renuncia o destitución), el afectado tendrá, pues, en dicho procedimiento administrativo los recursos para impugnar el eventual atropello a su derecho. Pero aún tratándose de actos administrativos no sujetos a un procedimiento que regule expresamente la impugnación, siempre será viable la interposición de los recursos de reconsideración, ante la misma autoridad que los haya emitido, y jerárquico, ante el superior, que son de principio, sobre la base del derecho de petición el primero y de la jerarquía —que impera en la organización administrativa— el segundo.

Así y dentro del ámbito de la propia Administración, cabe recabar la protección del derecho a que nos estamos refiriendo, cuando por un acto de la misma aparezca vulnerado.

3. *Protección por la Contraloría General de la República*

En relación con el objeto de nuestras reflexiones interesan dos especies de decisiones o actos que, en el ejercicio de sus amplias atribuciones de control jurídico, puede emitir la Contraloría General de la República: el pronunciamiento sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicio, y los dictámenes.

El acto de tomar o no razón de una resolución o decreto, como control de juridicidad, constituye una fase del procedimiento de ela-

¹³Véase Tít. IV Estatuto Administrativo.

¹⁴Véase Art. 19, N° 3, inc. 5º, C. P.

boración del acto administrativo de que se trate; es un acto trámite y sus efectos se proyectan hacia la Administración y no hacia los terceros¹⁵. Pero los administrados pueden recurrir a la Contraloría para solicitar que "represente" el decreto o resolución que lesione sus derechos, en una vía que si bien no aparece regulada procedimentalmente ha sido admitida en la práctica por el órgano de control, el que pondera los fundamentos legales del reclamo para los efectos de su pronunciamiento, todo ello, ciertamente, sobre la base del derecho a petición. Ahora bien, creemos que nada obstaría a que, sin perjuicio de otros recursos, el funcionario pueda también emplear esta vía de reclamo si estima amagado su derecho a la función por el acto administrativo en trámite de control jurídico.

En cuanto a los dictámenes, conviene recordar que la Contraloría General tiene atribuida legalmente la vigilancia del cumplimiento del Estatuto Administrativo, en su amplio sentido¹⁶ y tiene también la potestad de dictaminar sobre la aplicación de las leyes y reglamentos de los servicios públicos, los presupuestos, los fondos o bienes del Estado y las atribuciones y deberes de los funcionarios¹⁷; que estos dictámenes constituyen jurisprudencia administrativa¹⁸; que esta jurisprudencia es obligatoria para la Administración¹⁹, y que los dictámenes son de tal modo vinculantes que en sede administrativa no podrá jurídicamente producirse una decisión contraria²⁰.

La función de control que, con arreglo a la Constitución y a la ley, corresponde a ese alto organismo fiscalizador, es un medio especial de protección para el estatuto de los funcionarios que ofrece el ordenamiento jurídico chileno, por el cual resulta cautelado el derecho al empleo, tanto para la acción de oficio de la Contraloría General como por el reclamo que el interesado impetire ante ella frente a los actos ilegales de la Administración.

¹⁵Arts. 87 y 88 C. P. y 10 de Ley 10.336. Véase nuestro "El control jurídico de la Administración", Ed. Universitaria, 1960, y Soto Kloss, "La toma de razón y el poder normativo de la C. G. R.", en La C. G. R. - 50 años de vida institucional. Santiago 1977, 164-189.

¹⁶Art. 1º de Ley 10.336.

¹⁷Id. arts. 5º, 6º, 7º y 9º.

¹⁸Id. art. 6º, inciso final.

¹⁹Id. art. 9, inciso final.

²⁰Véase nuestro "Control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República", en esta Revista N°s 29-30, pp. 255 ss.

4 *Protección jurisdiccional*

4.1. *El derecho a la acción*

Plantear la procedencia de un reclamo ante un tribunal por el acto administrativo que conculque el derecho a la función no es más que proclamar la vigencia de un principio básico en el Estado de Derecho, según el cual toda persona ha de estar facultada para recurrir a la tutela del juez en el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce²¹.

El derecho a la acción fue unánimemente reconocido como fundamental en un Estado de Derecho al debatirse el establecimiento del que actualmenté es el art. 19 de la Constitución Política, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución²². No se quisieron mencionar los requisitos que exige la garantía de un racional y justo procedimiento, para que no se entienda limitativo su sentido; pero se partió de la base de que "la igualdad ante la justicia" supone, primero, el derecho a ocurrir a los tribunales si los derechos son violados y, luego, el de ser oído, con justicia, por tribunales interdependientes e imparciales, del modo como la Declaración de Derecho de las Naciones Unidas dejó formulado el concepto del debido proceso²³.

Esta concepción concuerda plenamente con el principio de juridicidad consagrado fundamentalmente en los arts. 6º y 7º de la Constitución Política, que obligan a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas; condicionan la validez de sus actos a la previa investidura legal de sus integrantes y a que actúen dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley; y establecen, finalmente, que la infracción a estas normas acarreará la nulidad de los actos antijurídicos y generará las responsabilidades que la ley señale. Y, en relación con estos preceptos, debe considerarse que la función jurisdiccional del Estado ha sido radicada constitucionalmente, en general, en el Poder Judicial (Cap. VI, C. P.).

Es forzoso concluir, pues, en que sin la intervención judicial no será posible obtener la nulidad ni hacer efectivas las responsabilidades

²¹Véanse arts. 8 y 10 de Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²²Actas . . . , ses. 101, pp. 3 ss., y ses. 103, p. 20.

²³Id. ses. 100, p. 8.

con que la Constitución, en aquellos preceptos, asegura la juridicidad de los órganos públicos. Porque en verdad no puede ser sino por los jueces como se declare la nulidad de los actos antijurídicos de la Administración, cuando ésta no se allane por sí misma a invalidarlos, o el derecho a reparación, o la orden de aplicar una sanción penal; todo lo cual constituye eminentemente el cumplimiento de la función jurisdiccional.

En consecuencia, sea por las acciones o recursos ordinarios, sea por los especiales que la ley tenga establecidos, el derecho a la función se halla, como todo derecho otorgado por la ley, protegido jurisdiccionalmente.

4.2. *La acción contencioso-administrativa*

Desde diversas perspectivas ha sido analizada la situación que sobrevino en Chile en relación con la competencia de los tribunales para resolver las contiendas que se promovieren por actos arbitrarios o ilegales de la Administración. Nos remitimos a los documentados estudios sobre la materia²⁴. Pero, para los efectos del desarrollo de nuestro tema, no podremos dejar de acotar algunos antecedentes y formular nuestra conclusión.

Recordemos, en primer término, que el art. 38 de la Constitución vigente, ubicado dentro de las "bases generales de la Administración del Estado", luego de cometer esta organización básica a una ley orgánica constitucional, en el inciso 19, habilita, en el inciso 29, a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, para reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

²⁴Véanse Ríos Alvarez, Lautaro, "Los tribunales de lo contencioso administrativo y el artículo 38 de la nueva Constitución", en R. D. P., N°s 29-30, pp. 195 ss.; Caldera Delgado, Hugo, "Competencia de los tribunales ordinarios sobre los actos y omisiones de los órganos de la Administración del Estado", en xv Jornadas de Derecho Público, Edeval, U. de Valparaíso, pp. 263 ss.; Pantoja Bauzá, Rolando. "La justicia administrativa en Chile", es Anuario de Derecho Administrativo, Ed. R. D. P., vol. 1, pp. 263 ss.; Soto Kloss, Eduardo, "La fórmula 'y en su contra no procederá recurso alguno' y el Estado de Derecho", en G. J. N° 27, pp. 2 ss., entre otros.

Cabe desde luego comprobar que este precepto, al instituir la acción de reclamo contra la Administración está evidenciando el propósito del constituyente de reforzar, en el ámbito contencioso administrativo, la eficacia de la garantía general de toda persona para ser tutelada judicialmente en sus derechos, cometiendo al legislador el afinamiento técnico en la oportunidad que lo determinare; pero sería imposible entender, con lógica, que la preocupación especial por garantizar los derechos de los administrados hubiera querido significar la suspensión de toda garantía...

Conviene también recordar —porque esa era la jurisprudencia cuando advino la Constitución de 1980 y pensamos que, dentro de los términos de esta Carta, conserva plena validez— que, en 1977 y por sentencia aprobada por la Corte Suprema, en relación con el art. 87 de la Constitución de 1925, se había admitido la competencia *directa* de los jueces comunes para conocer de las demandas de nulidad de un acto de la Administración, y no tan sólo *por la vía indirecta* de dejar sin aplicar al caso sub-lite un acto ilegal, como hasta entonces generalmente se aceptaba²⁵.

Asimismo, interesa anotar que, según consta en las Actas de la Comisión de Estudio de la Constitución, hubo consenso en admitir que las causas contencioso administrativas están en la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, sin perjuicio de que legalmente se determine su especialización orgánica, es todo caso bajo la superintendencia de la Corte Suprema; y sólo se debatió acerca de la forma en que se expresaría tal principio, pues para algunos miembros de la Comisión bastaba la supresión del entonces art. 87 para entender que aquellas causas quedaban en la competencia general que el artículo correspondiente al actual 73 señala, y otros eran partidarios de decirlo explícitamente en este precepto. Tanto en el texto propuesto por la Comisión como en el que aprobó el Consejo de Estado se optó por la mención expresa, al tiempo que se introdujo la disposición consagratoria del derecho a reclamar “ante los tribunales que determine la ley” por los actos lesivos de la Administración²⁶. Pero, como

²⁵Véase fallo Undurraga Fonck con Cora, Undurraga Riesco con Cora, en esta Revista N^{os} 21-22, p. 233.

²⁶Véanse el informe de la C.N.E.N.C., en oficio 792, de 18/10/1978, remitido al Presidente de la República, y el del Consejo de Estado, de 1^o/7/1980, N^o 13, asimismo remitido al Presidente de la República.

es sabido, el texto promulgado el 11 de septiembre de 1980, que eliminó el antiguo art. 87, no alude expresamente a las causas contencioso administrativas en el art. 73, sobre el Poder Judicial, seguramente porque el concepto de "causa civil" fue entendido de modo amplio y no restringido, así como todos los miembros de la Comisión de Estudio y el Consejo de Estado lo habían interpretado; es decir, como causa no eclesiástica, que incluye a todas las que no siendo de esta índole tampoco son criminales. Es éste un sentido que, en palabras del entonces Presidente de la Corte Suprema, invitado a la correspondiente sesión, "se necesita que tenga dada la naturaleza que reviste el precepto de este artículo" (el actual artículo 73 de la c. p.) Si se acordó allí finalmente hacer mención expresa de las causas contencioso administrativas fue sólo "para evitar cualquier duda de interpretación"²⁷.

Cabe reiterar aquí que la misma Comisión, sobre la base de la proposición inicial de uno de sus miembros, había aprobado antes la consagración del denominado derecho a la acción y la constitucionalización del principio de la inexcusabilidad de los jueces. Como lo dijera el autor de la iniciativa, "si hay un derecho establecido en la Constitución o en la ley y no existe un órgano que lo ampare, deben asumir esa función los tribunales ordinarios de justicia; y éstos deben ser, en último término, los "herederos del remanente" —por así decirlo— para conocer de los conflictos de carácter jurídico..."²⁸.

Es cierto que el art. 38 se remite a los tribunales contencioso administrativos que determine la ley; pero esta remisión no puede ser entendida sino en el sentido de que el legislador ha de determinar cuándo y cómo se organizarán esos tribunales, en todo caso bajo la superintendencia de la Corte Suprema, según lo ordena el art. 79 de la Constitución. La hipótesis de que, mientras ello no ocurra, la actividad administrativa escapa a todo control jurisdiccional había sido estimada absurda por la jurisprudencia recién recordada²⁹, cuando se pronunció sobre el art. 87 de la Constitución de 1925, y sin duda es inadmisibles en el contexto constitucional vigente.

El derecho a la función, por lo tanto, está incluido en esta vía de reclamo en contra de los actos lesivos de la Administración.

²⁷Actas..., ses. 304.

²⁸Actas... ses. 100, p. 22 y ses. 103, p. 10.

²⁹ Véase nota 25.

Si se observa, el texto del art. 38 se refiere a la "lesión de derechos", concepto que, a no dudarlo, está inspirado en el art. 19-4 de la Constitución Alemana, que consagra la cláusula general de protección jurisdiccional del ciudadano, texto éste que, no obstante incluir literalmente sólo a "los derechos", ha sido en doctrina interpretado en sentido muy amplio, extendiéndose a situaciones no comprendidas en el derecho subjetivo típico³⁰; pero sin ningún esfuerzo interpretativo, en el término "derechos" que emplea el citado artículo 38, y en la tutela que él consagra, cabe cobijar la eventual lesión del derecho a la función, tutela en la cual se comprende, ciertamente, la acción de nulidad y la de reparación, en su caso.

4.3. *Competencia especial (L.O.M.)*

Los funcionarios municipales, a quienes se aplica el Estatuto Administrativo (D.F.L. 338/1960) en virtud del art. 19 del D.L. 1289/1976, ley orgánica de municipalidades, gozan del derecho a la función. Ahora bien, el art. 59 transitorio de esa ley consagra el denominado reclamo de ilegalidad contra los actos u omisiones de los Alcaldes o sus funcionarios, procedimiento que sin duda están habilitados para incoar, mediante la reclamación correspondiente, los funcionarios de las municipalidades que vieren amagados su derecho a la función por un acto u omisión ilegal del Alcalde.

Como es sabido, la acción contencioso administrativa debe ser dirigida ante la Corte de Apelaciones respectiva, en los términos previstos en el citado artículo 59 transitorio³¹.

V. EL DERECHO A LA FUNCIÓN Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN

1. *Posible inclusión del derecho en el ámbito del art. 20 de la Constitución*

Como es sabido, el art. 20 de la Constitución vigente ha consagrado el recurso de protección en favor de quien, por causa de actos u omisio-

³⁰García de Enterría, Eduardo. "Derecho Administrativo", II, Civitas, 1982, p. 42.

³¹Lo dicho aquí debe entenderse en el contexto de la vigencia plena, jurídica y práctica, del principio constitucional de la carrera funcionaria y

nes ilegales o arbitrarias, se viere privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que, de entre los establecidos en el art. 19, aparecen taxativamente cautelados por dicho recurso. El derecho a la función, que está reconocido en el art. 37 del Estatuto Administrativo, no se encuentra directa y expresamente mencionado en dicho artículo 19, que es el que asegura a todas las personas las garantías y derechos fundamentales, ni, en consecuencia, tampoco puede hallarse de ese mismo modo en la mención que se contiene en el art. 20 cuando señala a los comprendidos en la protección.

Puede ocurrir, sin embargo, que la violación del derecho a la función tipifique o configure, por así decirlo, la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de aquellos derechos o garantías expresamente cautelados. En la medida en que ello se produzca, estaría legitimado el funcionario lesionado en su derecho para impetrar, mediante el recurso previsto en el citado art. 20, a la Corte de Apelaciones respectiva, las providencias necesarias al restablecimiento del imperio del derecho y su debida protección, sin perjuicio de los demás derechos que pudiera hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Ahora bien, de la sola mención de los derechos y garantías protegidos por el artículo 20 y que no hace falta reproducir aquí, aparece que, en hipótesis, únicamente la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, la libertad de trabajo y el derecho de propiedad podrían, de algún modo, vincularse con el derecho a la función. Pero el análisis de su contenido, según el texto que los consagra, obliga todavía a otras exclusiones.

La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos se encuentra incluida en el recurso del art. 20, pero solamente respecto de lo prevenido en el inciso 4º del Nº 3 del art. 19 de la Constitución. Este Nº 3 es el que reconoce, en general, esta garantía y su inciso 4º la especifica en cuanto a 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 ésta". El contenido de la ga-

de la estabilidad en el empleo, que por cierto pugna con lo dispuesto en el art. 22 del D. L. 3551, de 1981, que declara de la confianza exclusiva de los alcaldes a todos los funcionarios municipales salvo los jueces de policía local.

rantía así protegida, supuesto que la eventual vulneración del derecho al empleo tendría que derivar de un acto administrativo ilegal o arbitrario, no resulta ser pertinente en la protección de este último.

En cuanto a la libertad de trabajo, su protección se refiere al derecho a la libre elección y libre contratación, y a que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, con las excepciones indicadas en el inciso 4º del Nº 16 del art. 19; es, más bien, por lo tanto, una protección frente a la discriminación que al respecto se produzca y que no provenga de la idoneidad de las personas, semejante a la garantía reconocida en el Nº 17 siguiente, esto es, la de la igual admisión a las funciones públicas, sin otros requisitos que los legales³². No es en realidad la estabilidad en el empleo el derecho que se asegura por el precepto del Nº 16³³.

El derecho de propiedad sí que podría relacionarse con el derecho a la función ¿De qué modo? Es lo que trataremos de dilucidar.

2. *La garantía del derecho de propiedad y el derecho a la función*

2.1. *Naturaleza jurídica del derecho a la función*

2.1.1 *Origen legal estatutario*

Recordemos la definición del Estatuto Administrativo: es el derecho a permanecer en las funciones a que un empleado ha accedido legalmente, mientras no medie una causa legal de expiración de las mismas, y a no ser cambiado de ellas, sino de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley. Este derecho, así como los restantes del funcionario, y sus deberes y responsabilidades, se encuentran establecidos en el "status" fijado en general para los que revisten esa calidad por la ley, denominada precisamente, en nuestro ordenamiento, Estatuto Administrativo.

De acuerdo con esta teoría estatutaria, mediante la cual se explica la naturaleza de la relación jurídica que vincula al funcionario con la Administración, y que es la que se aplica en nuestro ordenamiento, el Estado dispone del poder, por un acto del legislador, de alterar

³²Así se ha fallado por la C. Suprema. Véase G. J. Nº 52, p. 111.

³³Id., p. 112.

unilateralmente la situación funcionaria y aún de suprimir los empleos, aunque respetando, por cierto, los derechos que se hubieren incorporado al patrimonio de sus titulares. Se da también la unilateralidad en el origen de la relación, puesto que es la ley la que determina los elementos que forman su contenido, sin que en ello intervenga el que, por el acto administrativo de investidura, pasará a convertirse en funcionario público. Pero el "status" al que éste se incorpora está conformado por deberes y obligaciones que el funcionario ha de cumplir y también por derechos que puede ejercer, el más importante de los cuales es el de la función; recíprocamente, la Administración puede exigir aquéllos y está en la obligación de respetar estos últimos. Hay, entonces, bilateralidad en el contenido de esta relación jurídica.

Se ha dicho ya que el funcionario no puede, frente a la ley, invocar un derecho adquirido a permanecer en sus funciones. El derecho debe ser ejercido en los términos fijados por la ley estatutaria y ésta puede ser modificada por un nuevo texto de igual naturaleza. La creación y supresión de empleos públicos es materia de ley según la Constitución (arts. 60, Nº 14 y 62, inc. 4º, Nº 2), y su supresión o fusión es una de las causas legales a que, por definición, queda condicionado este derecho.

Pero si el derecho a la función está reconocido positivamente en la ley, es obvio que su titular puede invocarlo frente a la Administración, cuando ésta pretenda desconocerlo, sea porque no se atiene a las causales legales, sea porque las aplica irregular o ilegítimamente. ¿De qué naturaleza es este derecho? ¿Es un verdadero derecho real sobre una cosa? ¿Es un derecho a la legalidad o una situación jurídica subjetiva? ¿Es un derecho subjetivo perfecto?

2.1.2. *Derecho subjetivo*

Ha habido quienes, considerando que las prerrogativas de la Administración la habilitarían para reorganizar los servicios públicos y aún para hacer desaparecer los derechos de los funcionarios, han intentado compatibilizar estas presuntas potestades con la estabilidad en el empleo, que juzgan con razón indispensable no sólo desde el punto de vista humano sino técnico, argumentando que el empleo es como una cosa cuya propiedad pertenece al funcionario. Investido así de una especie de derecho real, la Administración debería respetar la perma-

nencia de su titular en el cargo y tendría que indemnizarlo si por un acto administrativo dicho cargo es suprimido³⁴.

No es este el caso en nuestro ordenamiento, en donde la Administración no es libre para disponer de los derechos de los funcionarios, que están regulados por la ley, a la cual aquélla está subordinada, de tal modo que si por un acto de la autoridad administrativa se lesiona el derecho a la función se estaría infringiendo la ley estatutaria.

Por otra parte, no resulta posible encuadrar este derecho en la categoría de derecho real, definido en el C. Civil. No se tiene él, en realidad, directamente sobre una cosa corporal sino respecto a determinada persona; por la inversa, sólo se puede reclamar de la Administración (en su respectiva personificación jurídica), que, por disposición de la ley, se halla en la obligación correlativa de respetar la permanencia de su titular en la función, mientras no medie una causa legal que la autorice para darle término. Si hubieran de emplearse las denominaciones del mismo Código, diríase que se encuentra entre los derechos que éste califica de personales.

Pero cabría aún preguntarse: ¿se trata realmente de un derecho subjetivo típico o común, o solamente de un interés protegido indirectamente por la norma legal?

Recordemos que el concepto de derecho subjetivo tradicional es entendido como "la potestad de obrar o de exigir algo protegida o sancionada por la ley"³⁵, o como "el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición"³⁶.

Así entendido, puede darse el derecho subjetivo, en el ámbito del Derecho Público, en los casos que García de Enterría sistematiza de la siguiente manera: a) En los derechos de naturaleza patrimonial, sea que se trate de derechos reales (como el del propietario o el del titular de servidumbres sobre bienes de la Administración), sea que se trate de derechos personales, que derivan, como las obligaciones que

³⁴Véase Serra Pinar, "La relación jurídica del funcionario con la Administración", sep. Depto. D. P. U. Ch.

³⁵Fernández Concha, Rafael, "Filosofía del Derecho", Ed. Jurídica. 1966, tomo I, p. 120.

³⁶García de Enterría, Eduardo, p. 36.

le son correlativas, o del contrato o de un hecho dañoso o de la ley; b) En los derechos que crea, declara o reconoce un acto administrativo singular en favor de personas determinadas, como una concesión; c) En situaciones de libertad individual articuladas como derechos subjetivos.

Pero hay, además, diversas situaciones en que pueden encontrarse las personas frente a la legalidad a que está sometida la Administración, como sería, v.gr., la del vecino a quien interesa el cumplimiento en su barrio de la Ordenanza de Urbanización, o la del que se siente perjudicado por el incumplimiento de normativas generales de obras públicas o de orden económico. No se califican generalmente estas situaciones como derechos subjetivos para su protección, es sabido que el Derecho Francés ha ideado, dentro del recurso por exceso de poder, el denominado recurso objetivo, en que se abre un verdadero proceso al acto; en Italia se ha hablado de "intereses legítimos"; en Alemania, de "reflejos del derecho objetivo". García de Enterría sostiene que en estos casos hay otra especie de derecho subjetivo público, que surge precisamente cuando un ciudadano ve amagado su ámbito material o moral de intereses por actos u omisiones ilegales de la Administración. No es un derecho que cualquiera persona tenga, abstractivamente, en favor de la legalidad, sino que nace sólo cuando por la Administración, ilegalmente, se perjudica el círculo vital de los intereses del administrado, a fin de que se restablezca a éste en la integridad de tales intereses. Es por eso un derecho subjetivo "reaccional o impugnatorio"³⁷.

Ahora bien, si nos hemos remitido a esta especial visión de los derechos subjetivos públicos ha sido sólo para dejar establecido que, en el caso del derecho a la función, no es necesario recurrir a la especie que el citado autor describe como derecho subjetivo "reaccional" (con otros criterios, interés legítimo, derecho a la legalidad, derecho reflejo), para configurarlo como tal. El derecho a la función es en verdad un derecho subjetivo de derecho público, pero de aquellos que son típicos o comunes. Se trata, en efecto, de un poder o facultad de naturaleza patrimonial reconocido por el derecho subjetivo (Estatuto Administrativo), en favor de un sujeto concreto (el funcionario) y que puede hacer valer frente a otro sujeto (la Administración), obli-

³⁷Ibidem.

gado legalmente a respetarlo, y que se halla tutelado por acciones judiciales.

Es sin duda un derecho de naturaleza patrimonial. La permanencia en la función y su ejercicio constituyen precisamente el origen o la fuente de la retribución económica y las más de las veces el único medio de vida de su titular, y de ello derivan, además, todos los demás derechos funcionarios, gran parte de los cuales son de carácter económico o pecuniario.

La tutela judicial de este derecho viene dada, en nuestro ordenamiento, como se ha dicho, en general, por el control jurisdiccional que ha sido entregado institucionalmente al Poder Judicial y que es parte integrante de las garantías que la Constitución reconoce o asegura a todas las personas; y, en especial, por la acción que se prevé en el art. 38 de la Carta, precedentemente analizado, sin perjuicio de la tutela específica que se otorga en el ámbito municipal por el art. 59 transitorio del D.L. 1289, de 1975.

2.2. *Contenido del Derecho*

Desde que alguien ha sido investido legalmente de la condición de funcionario, adquiere y goza del derecho a la función que, en virtud de la norma estatutaria, le corresponde en su calidad de tal. Es un derecho a la estabilidad en el empleo, asegurada por la ley en tanto no advenga una causa legal prevista para su término; él es en sí mismo un bien o cosa incorporal, en cuanto derecho que puede exigirse de la Administración, obligada como está esta última, por disposición de la ley, a no perturbarlo ni desconocerlo durante todo el tiempo en que legalmente las funciones subsistan.

2.2.1 *Especie de derecho de propiedad*

El texto constitucional vigente con anterioridad (art. 10 Nº 10 c. p. 1925) reconocía "el derecho de propiedad en sus diversas especies". El art. 19, Nº 24, de la Constitución actual, al encabezar el precepto en el cual se regula fundamentalmente este derecho con arreglo a los principios inspiradores de la Carta, asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". Fue éste un aspecto muy debatido en la elaboración del texto; pero hubo unanimidad en los miembros de

la Comisión de Estudio en cuanto a la amplitud que debería darse a la garantía, de modo que cubriera a todos los objetos sobre los que puede alcanzar la propiedad.

Vale la pena citar especialmente dos de aquellas intervenciones. Así, el señor Silva Bascañán expresó, entre otros conceptos, "que ninguna de las palabras que se usen en el precepto pueda dar la impresión de que se ha querido restringir su aplicación a las cosas corporales, y esencialmente a las cosas corporales inmuebles, porque, entonces, la amplitud y generalidad que se pretende dar a la norma, y que debe ser de naturaleza tal que en forma indiscutible cubra siempre 'el derecho de propiedad en todas sus especies', podría significar un debilitamiento del derecho de propiedad mismo, al no darle uniformemente al concepto toda la amplitud esencial del beneficio...". Y el señor Ortúzar (Presidente), para insistir en la conveniencia de encabezar la disposición refiriéndola a las cosas corporales e incorporeales, precisó que para entender que la garantía comprende los derechos incorporeales hay que invocar "el art. 583 del C. Civil que ha dispuesto que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad, lo que es casi una ficción legal porque, definido el derecho de propiedad como un derecho real, es evidente que no podría haber sobre las cosas incorporeales un derecho de propiedad... Suprimida dicha norma —lo que está en manos del legislador hacerlo— el día de mañana se podría sostener que la garantía constitucional está referida a las distintas formas de propiedad, como, por ejemplo, a la propiedad agraria, la minera, la intelectual, y otras formas que pueden surgir en el futuro". Por eso propuso el texto, que en definitiva fue aprobado, que corresponde al actual inciso 1º del Nº 24 del art. 19, más arriba transcrito³⁸.

Ahora bien, si el derecho a la función constituye en sí mismo un bien incorporal, no cabe duda de que sobre él existe una propiedad garantizada por el precepto constitucional citado. Es el derecho de propiedad sobre un bien incorporal o la propiedad de un derecho, lo que en modo alguno es un juego de palabras. Ya según la filosofía y durante la vigencia del Código Civil ha sido aplicable este concepto dual acerca del derecho y del bien: en el ejemplo del Código, hay una cosa usufructuada y hay un derecho de usufructo sobre esa mis-

³⁸Actas ses. 166, pp. 5 y 13.

ma cosa; hay una prestación y hay un derecho a exigirla. Esta especie de derecho de propiedad sobre los derechos de que habla el Código Civil está ahora consagrada con mayor amplitud, y en la propia Constitución Política.

Ciertamente el derecho a la función es un derecho y por tanto hay una propiedad sobre él, aunque con características muy especiales, que sin embargo no lo desnaturalizan.

Se adquiere él con la condición de funcionario y se pierde cuando se deja de poseer esta calidad por una causa legal; pero esta temporalidad, que puede durar por toda la vida activa de una persona, no es incompatible con la titularidad del derecho de dominio. Lo demuestra el caso de la propiedad intelectual e industrial (Nº 25, art. 19 c. P.). Y hasta el típico derecho personal, que para el Código Civil está constituido por los créditos, tiene también su término porque se extingue con el pago (art. 583).

Es también un derecho personalísimo, en cuanto es inalienable e intransmisible, pero tampoco por eso deja de ser propiedad. Aún tratándose de derechos reales, como el de uso y habitación, hay, en el ámbito civil, derechos personalísimos (art. 819 c. c.).

Es indudable que el derecho a la función no está otorgado por la ley para que entre en el comercio, sino para cumplir otros valores, porque es de justicia amparar en su empleo a quien se ha incorporado legalmente a la carrera administrativa y se desempeña dignamente, procurándose de ese modo un medio de subsistencia. Pero, por eso mismo, es un derecho que se incorpora al patrimonio del funcionario mientras dure su condición de tal. Y es que el derecho de propiedad, como se dijo en los debates que condujeron al texto constitucional vigente, hay que entenderlo de acuerdo con el respectivo estatuto jurídico que regule sus diferentes especies³⁹.

Si es encuadrable, pues, el derecho a la función en el esquema del Código Civil, en cuanto propiedad de un bien incorporal, debe ser más justa y exactamente apreciado en la perspectiva del derecho público, supuesto que deriva de una relación de este carácter y que los bienes de esta clase tienen ahora, como objetos de propiedad, una connotación constitucional.

En efecto, por medio de un acto administrativo legalmente emiti-

³⁹Actas... ses. 157, p. 5.

do, se produce la incorporación de una persona al estatuto funcionario, lo que significa para ella contraer las obligaciones y ser titular de los derechos que aquel estatuto determina, desde que el acto administrativo de designación en el empleo genera sus efectos propios, que no son otros que los de introducirle en ese "status". Actos-condición han solido denominarse por la doctrina, por eso, estos actos. Se adquiere así por el funcionario su derecho a la función y, en los términos de la ley estatutaria, se incorpora a su patrimonio irrevocablemente, frente a la Administración; sólo puede ser modificado, alterado o extinguido por los procedimientos y por causas legales.

3. *Protección del art. 20 de la Constitución*

3.1. *Derecho de propiedad comprometido*

De cuanto hemos dicho hasta aquí puede inferirse que el derecho a la función, aun cuando no está entre los que señaladamente se comprenden en el recurso contemplado en el citado art. 20, sí cabe incluirlo en la garantía de la propiedad que asegura el N^o 24 del art. 19 de la Constitución. Y cuando la Administración se aparta de la ley estatutaria y pone fin al derecho o lo interfiere, sin acudir a los procedimientos o a las causales legales, en realidad está perturbando o privando al funcionario, por un acto arbitrario o ilegal, de la propiedad sobre ese bien incorporal que es el derecho a la función; queda así legitimado el agraviado para recurrir de protección, supuesto, claro está, que concurran los demás requisitos que se exigen para esa tutela judicial.

Los casos en que la irregularidad puede darse, generalmente, serán aquellos en que, sin cumplirse las condiciones previstas por la ley, se pide la renuncia y subsecuentemente se declara la vacancia del cargo, o, asimismo, se ordena la destitución de un funcionario. En tales casos la perturbación o privación de la propiedad sobre el derecho aparecería configurada mediante la violación de otra de las garantías reconocida por el art. 19 de la Constitución: la que, en su N^o 3^o, exige un racional y justo procedimiento para juzgar la conducta de una persona, aún en sede administrativa, procedimiento que, tratándose de las situaciones antedichas, estaría constituido por el sumario administrativo.

Conviene detenerse un tanto en este aspecto.

3.2 *La falta del debido procedimiento y el derecho de propiedad*

Como fue recordado antes, en lo que atañe a la igualdad ante la justicia, el recurso de protección sólo es procedente si se infringe el inciso 4º del Nº 3 del art. 19 de la Constitución Política, esto es, cuando alguien es juzgado por comisiones especiales y no por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Ahora bien, si se trata del derecho a la función, no podría fundarse el recurso en la infracción de tal garantía, porque lo que estaría en juego sería el ejercicio de la potestad disciplinaria, que es administrativa y no del orden judicial.

El ejercicio de la potestad disciplinaria, es cierto, debe someterse a las reglas procedimentales del sumario y su vulneración constituye a su vez un atropello a la garantía que, acerca de la exigencia de un racional y justo procedimiento, se asegura por el inciso 5º del Nº 3 del art. 19; pero es ésta una garantía que no está amparada por el recurso de protección y quien intente acogerse a esta tutela jurisdiccional no podría invocarla con buen éxito como el solo fundamento de su reclamo.

Sin embargo, el incumplimiento de las normas legales del procedimiento podría ser un fundamento valedero para el recurso protectivo en referencia, en favor del derecho a la función, si aquella irregularidad hubiere sido el medio por el cual se hubiere vulnerado la propiedad de este derecho, con violación de la garantía reconocida en el Nº 24 del art. 19. Porque, en efecto, si lo que se impugna por arbitrario o ilegal es el acto administrativo que aplica una medida disciplinaria expulsiva, que ha transgredido el procedimiento legal, violando así el derecho a la función, la garantía atropellada no es solamente la que se asegura por el inciso 5º del Nº 3 del art. 19 (la del justo y racional procedimiento), sino fundamentalmente la de la propiedad, expresamente cautelada por el recurso de protección.

En relación con el debido procedimiento, no podemos dejar de mencionar el informe de la Contraloría General de la República Nº 029735, de 13 de noviembre de 1984, recaído en recurso de protección "Japaz, Victoria", Nº 274-84, por el que se impugnaba el acto emitido por el Contralor General, como órgano de apelación, conforme a la letra c) del art. 225 del Estatuto Administrativo, confirmatorio de la medida de petición de renuncia de la recurrente. Sostiene

allí la Contraloría General que el recurso de protección no puede entablarse para obtener un pronunciamiento que recaiga en materia de responsabilidad administrativa, pues ésta queda sujeta a un procedimiento que asegura la adecuada defensa de los afectados. No procedería, por tanto, recurrir por esta vía contra las resoluciones finales de este procedimiento⁴⁰.

Ahora bien, así formulado, tal principio nos parece contrario al texto y a la filosofía del art. 20 de la Constitución. Por cierto, no se discute aquí que, en la especie, el procedimiento hubiera estado en todo ajustado a la ley, como tampoco que la recurrente hubiera invocado sólo, como fundamento del recurso, la falta de un racional y justo procedimiento, que ya se ha visto que no es una garantía tutelada por la protección. Pero es cosa muy diferente afirmar que el imperio del derecho no puede ser quebrantado por un acto administrativo que afine un procedimiento, pues los eventuales vicios de éste trascienden a la decisión final. Y es obvio que la sola existencia de un procedimiento previsto por la ley no puede cohonestar la arbitrariedad o ilegalidad en que se incurra en él o en el acto final, o en ambos; ni puede obstar, por lo tanto, a la tutela de la protección frente a un acto administrativo⁴¹.

4. *Jurisprudencia*

En numerosos fallos sobre recursos de protección se han resuelto situaciones estatutarias de estudiantes sancionados por la autoridad de universidades estatales y aún privadas, que se han visto así impedidos de obtener el título o grado correspondiente, o que han sido eliminados de su condición de estudiantes. Según los recurrentes, ellos habrían incorporado a su patrimonio el derecho a un bien incorporal. Tales casos presentan, en este sentido, alguna concomitancia con la situación del derecho a la función que hemos estado analizando.

Ellos han sido objeto ya de acertados comentarios⁴², razón por la

⁴⁰Véase G. J. N° 53, p. 137.

⁴¹Se ha expresado un criterio semejante al de Contraloría, aunque "a mayor abundamiento" (cons. 8°), en fallo Haydée Díaz, rec. protección (G. J. N° 63, p. 10), en el que, además, se incurre en el error, a nuestro juicio, de dar categoría de "resolución judicial" al pronunciamiento de la Contraloría General de la República en sumario administrativo.

⁴²Véase Soto Kloss, Edo. "El recurso de protección, orígenes, doctrina y

cual diremos sólo, muy en general, que el tribunal supremo ha rechazado la existencia del derecho de propiedad que han invocado los estudiantes como fundamento del recurso; aunque en el caso de Aída Cerro, a quien le cancelaron la matrícula cuando estaba en condición de recibir su título de Asistente Social de la Universidad de Concepción, la Corte Suprema confirmó unánimemente el fallo del tribunal a que, no obstante que éste había aceptado el fundamento de la recurrente en relación con el derecho de dominio, al establecer que "es evidente que aparece lesionado el legítimo derecho para obtener un título profesional logrado a través de los años de estudios".

La tendencia jurisprudencial es, repetimos, la de entender que, verbigracia en el caso Ahumada Collao, los derechos al reconocimiento de la calidad de egresada de la Universidad Técnica del Estado (hoy de Santiago), aun cuando realizaba el Seminario habilitante para el título de pedagoga, lo mismo que el derecho al término total de sus estudios, de que fuera privada por la expulsión, "no están englobados entre los que señaladamente pueden ampararse por este recurso". Razonaba sobre la base de los arts. 576, 577 y 578 del C. Civil.

Es necesario advertir, sin embargo, que se ha manifestado siempre un destacado voto disidente dentro del tribunal máximo⁴³. Se ha basado principalmente en el Código Civil, con citas de Claro Solar y Ducci Claro, en cuanto reconoce "una especie de propiedad sobre las cosas incorporales", aunque agregando que ésta se encuentra asimismo protegida por el precepto constitucional. El derecho a la permanencia, movilidad y promoción en los estudios, conforme a la organización interna, "conducentes a un grado académico o a un título profesional de nivel universitario", está entre los derechos incorporales, según el disidente; bienes incorporales sobre los cuales recae la garantía de la propiedad.

Ultimamente ha continuado, en casos similares, la tendencia jurisprudencial negativa; pero interesa poner de relieve otra disidencia que, manifestada esta vez en la Corte de Apelaciones de Santiago, merece ser destacada tanto por la profundidad de su fondo como por la elegancia de su forma⁴⁴.

jurisprudencia", párrafo "Recurso de protección y derechos de los estudiantes", Ed. Jurídica, 1982.

⁴³El del Ministro señor Enrique Correa Labra.

⁴⁴La del Ministro señor Carlos Cerda Fernández. Véanse los dos casos

En el caso Caroca Moya el disidente está por acoger el recurso en cuanto se refiere al derecho de propiedad, en resumen, por los siguientes fundamentos: 1. Del Estatuto Orgánico de la Universidad de Santiago, D.F.L. 149/81, y del D.F.L. 1, de 1980, "fluye con toda nitidez que quienes cumplen los requisitos de ingreso y registran matrícula en la Corporación, adquieren, gozan o tienen desde ese mismo instante el derecho a recibir de ésta la formación conducente al grado o al título que sólo un ente universitario puede procurarles, de manera que mientras desarrollan los distintos períodos académicos pertinentes, detentan la mera expectativa de obtener el grado o título, mas gozan plenamente de los derechos y prerrogativas del alumno o estudiante, entre los que obviamente se cuentan las evaluaciones, las promociones y el nombre o condición de tal". 2. El ámbito propio de la acción protectiva que nos ocupa no es el del derecho privado, sino el del público —específicamente el político— pues a la sociedad entera incumbe el imperio de los derechos de las personas, por individuales que éstos sean, y no se ve por qué la Constitución haya de someterse y circunscribirse a la ley propia de las regulaciones conmutativas. 3. El centro de atención del derecho civil de la época de nuestro Código es el objeto, la cosa —res—, cuya primera y principal dimensión es corpórea: la tierra; el tratamiento jurídico de la tierra marca toda la legislación relativa a los bienes. La propiedad de lo corporal resulta ciertamente triunfante. Pero es innegable que ese estado de cosas ha evolucionado y hoy se mira con más atención el campo de lo incorporal, esto es, de aquello que para don Andrés Bello era susceptible de "una especie de propiedad". En este ambiente surge la Constitución en vigencia —de 1980—, que asegura a las personas el derecho de propiedad, en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corpóreales o incorporales. 4. No hay oposición, sin embargo, sino diferencia de estilo, originado en sus diversas naturaleza y época, entre el articulado constitucional y el civilista, y si alguna hubiere, debería primar aquél.

En el caso Maritza Colón López se repitieron idénticamente el fallo de mayoría y el voto disidente, tratándose de una situación igual a la anterior.

Hay que hacer presente que en los casos que acabamos de citar el

que se citan, respectivamente, en G. J. N° 54, p. 84, y G. J. N° 57, p. 68.

fallo de mayoría no dilucida el fondo del fundamento sobre el derecho de propiedad, porque estima que el acto impugnado no ha sido arbitrario, al haber existido y no ser falsas —como el recurrente lo afirma— las faltas que se le atribuyen.

Toda la jurisprudencia a que hemos estado aludiendo —ya lo dijimos— recae en situaciones que, si bien análogas, por referirse también a bienes incorpóreos o derechos estatutarios, no son idénticas a la del derecho a la función que pudiera invocar un funcionario, con arreglo al art. 37 del Estatuto Administrativo, en relación con la garantía de la propiedad.

Pero hay, sí, un fallo más directo y que cabe destacar. Es el que recayó en el caso Enrique González Bontá, de 28 de julio de 1980, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Se sostiene en él que debe hacerse extensiva la garantía constitucional del derecho de propiedad al caso de autos (en que se invocaba el fuero gremial de un dirigente), en el sentido de que se halla protegido por ella el derecho a la inamovilidad de que es titular el recurrente, del que no puede ser privado por la autoridad administrativa sin transgredir el art. 100 del Estatuto Administrativo. Pues bien, la Corte Suprema revocó este fallo, con fecha 2 de septiembre de 1980, pero no se pronunció sobre el derecho de propiedad, porque, a su juicio, en la especie no se cumplían, por los motivos que señaló, los requisitos exigidos por el art. 100 del Estatuto Administrativo para el fuero invocado por el recurrente y, por lo tanto, no gozaba éste de la inamovilidad allí establecida. Estimó, por eso, innecesario hacerse cargo de las demás consideraciones en que el recurso se basaba.

Creemos que la doctrina del tribunal a quo en este caso, sobre el derecho de propiedad comprometido en el derecho a la función —no rebatida por la Corte Suprema— es la que debería ser mantenida jurisprudencialmente, en virtud de las consideraciones que nos hemos permitido exponer.

VI. CONCLUSIONES

Las reflexiones precedentes se podrían concretar en las conclusiones que siguen:

1. El derecho a la función definido en el art. 37 del Estatuto Administrativo es la consagración positiva del principio de la estabili-

dad en el empleo, que es fundamental en el sistema de carrera funcionaria que, asegurado por el art. 38 de la Constitución, debe ser normado básicamente en una ley orgánica constitucional.

2. Es un derecho estatutario, en el sentido de que es adquirido por un funcionario —al mismo tiempo en que contrae los deberes y obligaciones— cuando, investido de tal condición por el acto legal de su designación, se incorpora a ese “status”.

3. Es un derecho subjetivo, patrimonial, otorgado por la ley en favor de un sujeto (el funcionario) y que puede hacer valer contra otro sujeto (la Administración), protegido por la tutela judicial.

4. Para su protección, hay diversos medios en el ordenamiento, como los procedimientos y recursos administrativos, y la acción que, de oficio o a petición de parte, debe cumplir la Contraloría General de la República dentro de sus atribuciones, especialmente en la vigilancia del cumplimiento del Estatuto Administrativo y, eventualmente, al considerar la solicitud del interesado para que se abstenga de cursar un decreto o resolución que a este respecto lo agraviare.

5. Como todos los derechos de las personas, el derecho a la función está amparado en su ejercicio por la acción judicial, en virtud del precepto del art. 19, Nº 3º, de la Constitución Política y del principio de juridicidad consagrado en los arts. 6º y 7º, en relación con las atribuciones constitucionales del Poder Judicial.

6. Especialmente, por la lesión a este derecho puede reclamarse al juez, según lo dispuesto en el inciso 2º del art. 38 de la Constitución, juez que, entretanto el legislador no organice los tribunales contencioso administrativo, es el del fuero común.

7. Con arreglo al art. 5º transitorio del D.F.L. 1289/1976, los funcionarios municipales pueden deducir el reclamo de ilegalidad allí establecido, si tal derecho les es desconocido. Este derecho resulta para ellos, sin embargo, en la práctica, ilusorio —en manifiesta disonancia con la garantía reconocida por el art. 38 de la Constitución— por lo dispuesto en el art. 22 del D.F.L. 3551/1981, que los ha calificado, genéricamente, de la confianza exclusiva del respectivo alcalde.

8. El derecho a la función es un bien incorporal que su titular incorpora al patrimonio mientras la función no expire por una causa legal, y, no ya sólo en el marco civilista, sino en el más amplio del

derecho público, es un derecho que, originado en una relación de este carácter, está amparado por la garantía de la propiedad, según el N° 24 del art. 19 de la Constitución.

9. Consecuentemente, el recurso de protección podría ser entablado contra un acto ilegal o arbitrario de la autoridad administrativa que implicara una amenaza, perturbación o privación del mismo, porque dicho acto estaría violando la propiedad de tal derecho, que aparece cautelada por el recurso, aunque éste no proteja expresamente la garantía del art. 19, N° 3, sino en el contenido del inciso 4º, no pertinente al derecho a la función.

10. La infracción a la garantía de un racional y justo procedimiento (inciso 5º del N° 3 del art. 19 c. P.) no está entre las protegidas por el mencionado recurso; pero tal infracción puede constituir el medio por el cual se vulnere el derecho a la función, especialmente en el caso de la aplicación de medidas disciplinarias, y entonces el fundamento del recurso vendría dado por la violación de la propiedad sobre el bien incorporal constitutivo del derecho.