Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 212
Volumen II
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista de Derecho 212: 463-487, 2002 ISSN 0303-9986

INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE SER ABOGADO PARA SER CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

OSVALDO GARAY OPAZO
Universidad de las Américas

INTRODUCCION

La configuración de Chile como una República Democrática, según reconoce expresamente el artículo 4 de nuestra Constitución, impone, entre otras muchas consecuencias, la asunción de un complejo sistema de controles que garantizan la adecuación de la actuación de los poderes públicos a los principios –valores superiores– que la propia Carta Fundamental garantiza.

De manera enfática, el artículo 38 de la Constitución señala que la Administración Pública deberá asegurar la igualdad de oportunidades en el ingreso a ella, denotando claramente la armonía y condescendencia con lo dispuesto en el artículo 19 Nº 17 y el artículo 1 de nuestra Ley Fundamental. En efecto, los órganos del Estado están al servicio de la persona humana, y su actuación se fundamenta en los principios técnico-profesionales, regulados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado[1].

Contraloría General, art. 87 C.P.E.

La Contraloría es un órgano autónomo y de rango constitucional y está regulado por el capítulo IX de la Constitución. De este modo, el artículo 87 prescribe: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de

[1] Jerarquía y el de la probidad administrativa, arts. 7, 14, 17, 13, 15, 16 L.O.C.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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.

El contralor general de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad".

Asimismo, el artículo 88 desarrolla la función de control de legalidad descrita en el artículo precedente, al disponer: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el contralor general tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al contralor general de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional".

Deliberadamente hemos subrayado este último párrafo, dado que aplicando el principio de supremacía constitucional, el constituyente manifiesta su voluntad en el sentido de que el resto de las materias no tratadas directamente por éste en el presente artículo serán resueltas por una Ley Orgánica Constitucional.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Al efecto, por aplicación de la disposición Quinta Transitoria[2] actualmente tiene ese carácter la antigua ley de la Contraloría, es decir, la Ley Nº 10.336 del año 1964, en lo que no sea contraria a la Constitución.

En consecuencia, son funciones de la Contraloría General de la República:

1. El control de la legalidad de los actos de la Administración,
2. La fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes;
3. El examen y juzgamiento de cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades;
4. La contabilidad general de la nación, y
5. Las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

En aquel marco expresado, el artículo 1 de la LOC de Contraloría, Ley 10.336, establece:

"La Contraloría General de la República, independiente de todos los ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados".

[2] "Quinta. Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, el artículo 2 de la referida norma explicita materias que ya fueron tratadas por el constituyente en el artículo 87 inc. 2, es decir regula, entre otros aspectos, los requisitos para ser contralor y subcontralor general de la República, exigiendo al efecto el título de abogado[3].

Derogación del artículo 2 de la LOC 10.336/64

Coincidimos plenamente con el profesor Lautaro Ríos, al sostener que la actual Ley 19.887, que reformó la antigua 10.336, ha tratado de revivir disposiciones que conforme a la derogación tácita, regulada en el artículo 52 del Código Civil, se encontraban fenecidas a virtud del principio de primacía constitucional, reconocido expresamente en el artículo 6 de nuestra Carta Fundamental.

No obstante por seguridad jurídica, el autor de la modificación efectuada por la norma 19.887 debió haber derogado expresamente la citada exigencia. Dado que ello no ocurrió y con el propósito de dar mayores luces sobre el particular, especialmente cuando el Presidente de la República designe al sucesor del actual contralor general de la República, ratificado por la mayoría absoluta del Senado, tenga en consideración las siguientes observaciones:

1º La disposición del artículo 2 de la Ley Orgánica de Contraloría General de la República impone requisitos o condiciones que hacen imposible el ejercicio en su esencia de la igualdad en la admisión de los cargos públicos.

[3] Artículo 2°. La Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de contralor general de la República.
Habrá también un subcontralor, que reemplazará al contralor en los casos de ausencia o vacancia y mientras se nombre, en este último caso, al titular.
Para el desempeño de ambos cargos se requerirá el título de abogado.
Estará, además, constituida por los departamentos Jurídico, de Contabilidad y de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos; por la Fiscalía; por los subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos, de Crédito Público y Bienes Nacionales, y por la Secretaría General. El contralor general de la República podrá modificar la Planta de Empleos establecida en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley 42, de 1959, o crear aquellos cargos que estime necesarios, siempre que se trate de empleos iguales o inferiores a jefes de departamento, con cargo al presupuesto del propio servicio.
Los departamentos, la Fiscalía y la Secretaría General dependerán directamente del contralor. Los subdepartamentos podrán depender de los departamentos o directamente del contralor, según lo resuelva éste en atención a las necesidades del servicio. No obstante, el contralor general tendrá facultad para suprimir o fusionar algunos de estos subdepartamentos y las secciones de la Contraloría o crear otros con el personal del servicio, fijándoles su dependencia y asignándoles aquellas atribuciones de este organismo que correspondan a la naturaleza del respectivo subdepartamento o sección. En ningún caso el ejercicio de esta facultad podrá producir supresión de personal.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El artículo 19 Nº 26 de la Carta Fundamental asegura el derecho a la certeza o seguridad jurídica, en el sentido de que el legislador no puede violar la esencia de los derechos y debe respetar siempre su libre ejercicio. El mismo precepto refuerza la prohibición que la ley tenga efecto retroactivo y excluye la potestad reglamentaria como instrumento regulatorio del ejercicio de los derechos humanos en general[4].

Este numerando no puede entenderse sino exclusivamente con todos los demás derechos del art. 19, y ha sido visto como una forma de garantía de aquéllos. En efecto, se constituye en una válvula de seguridad del ejercicio legítimo de los derechos.

En este numerando se contemplan 2 derechos-garantías:

1. El derecho de toda persona a que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos respeten la esencia de éstos.
2. El derecho de toda persona a exigir que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos no impidan su libre ejercicio.

Puede darse que el legislador al complementar estos derechos destruya su esencia, que según el Tribunal Constitucional es aquello que lo identifica y que le permite diferenciarlo de otros derechos, así, una ley destruye la esencia de un derecho cuando destruye su identidad.

Por otro lado se garantiza el libre ejercicio del derecho. Según el Tribunal Constitucional, una ley impide el libre ejercicio de un derecho cuando impone requisitos, condiciones o tributos que entraban el ejercicio de un derecho más allá de lo razonable.

El N° 26 se cita a menudo como el fundamento constitucional de que el ejercicio de los derechos en tiempos de normalidad sólo puede ser limitado por vía de ley, y no a través de otro instrumento jurídico.

Breves antecedentes del art. 19 Nº 126

A. Derecho Comparado

Diversas cartas fundamentales incluyen entre sus disposiciones normas de garantía de no afectación de la esencia de los derechos fundamentales, a saber:

[4] Artículo 19º Nº 26.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1) Constitución de Alemania de 1945

Artículo 19. 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

2) Constitución de Portugal de 1976

Artículo 18. 2. La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo las restricciones limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos.

3. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni reducir la extensión ni el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

3) Constitución de España de 1978

Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II ("Derechos y libertades") del presente título ("De los derechos y deberes fundamentales") vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 Nº 1, a).

4) Otras constituciones han incluido normas similares como la Constitución de Corea del Sur de 1948 (artículo 48), de Rumania de 1991 (artículo 148), del Congo de 1992 (artículo 178 Nº 16) y de Eritrea de 1996 (artículo 26 Nº 12).

B. Historia fidedigna de su establecimiento

Como es sabido, la Constitución de 1980 tuvo su origen en distintas etapas, primero la de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, conocida como Comisión Ortúzar (presidida por Enrique Ortúzar), luego revisada por parte del Consejo de Estado y por último, la redacción final de su texto, el cual

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fue sometido a ratificación plebiscitaria el 11 de septiembre de 1980, fue obra de la Junta de Gobierno.

La idea de una norma que asegurara la esencia de los derechos fundamentales frente a la ley se encuentra ya en los primeros objetivos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al señalar que "la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección", asimismo, la Constitución "contemplará normas sobre la interpretación y aplicación de la ley para lograr una efectiva seguridad jurídica y evitar que por la vía de los resquicios, se burle su finalidad".

Concretamente, la idea de proteger la esencia de los derechos nace como una indicación de Pedro Jesús Rodríguez en la Comisión Ortúzar, a raíz del estudio de la Garantía de la propiedad (Nº 24), pero sólo respecto de este derecho. El señor Guzmán, por su parte, propuso incluir una norma de protección a la esencia de los derechos, pero con carácter general extensivo a todos los derechos fundamentales. Su discusión se inició en la sesión Nº 202, donde se dejó constancia que por medio de ella se hacía una reserva legal para limitar, complementar o interpretar las garantías constitucionales. Se encomendo a Enrique Evans la redacción de un anteproyecto de aquel precepto, quien tomó como antecedentes el artículo 19 de la Constitución de Alemania de 1949. El texto propuesto por la Comisión Ortúzar, que se ubicó en un párrafo de Disposiciones Generales al final del capítulo tercero, es el siguiente:

"Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta asegura o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan las normas relativas a los estados de emergencia que la propia Constitución contempla".

El Consejo de Estado por mayoría, lamentablemente suprimió esta norma antedicha por considerarla superflua.

La Junta de Gobierno restableció la norma propuesta, pero como un numeral del artículo 19, dejando constancia que salvo los estados de excepción constitucional, la ley no puede reducir de tal manera la respectiva garantía constitucional que ésta desaparezca.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ANALISIS DEL ARTICULO 19 Nº 26[5]

A. La Constitución asegura a todas las personas: la seguridad...

Reiteradas veces se ha criticado el pleonasmo entre el encabezado del artículo 19 y el Nº 126, de asegurar la seguridad. La sola lectura de la norma hace evidente lo poco feliz del resultado. Hubiese sido preferible sencillamente empezar el número 26 con "Que los preceptos legales..."

B. ... que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza...

(a.1) Destinatario de la norma

Sin perjuicio de ser el legislador el primero en ser llamado a cumplir con esta disposición, al referirse a los preceptos legales, debe entenderse, en virtud del artículo 6 de la Carta Fundamental, que todos "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". En consecuencia, ello también es aplicable a los ministros de la Corte Suprema, que al redactar autoacordados elaborados en virtud de su superintendencia económica, imponen requisitos o condiciones que limitan una garantía en su esencia, a nuestro juicio incurren en notable abandono de deberes, pues incumplen abiertamente la Constitución, particularmente porque se apartan del principio de que el Estado está al servicio de la persona humana.

Así también quedó consignado en las actas de la Comisión Ortúzar, al señalar el señor Evans que queda marginado el poder administrador de toda facultad para regular, complementar o interpretar las garantías que establece la Constitución. Agregó también el comisionado señor Evans que, primero, de la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegure la Constitución, corresponde exclusivamente al ámbito de la ley; segundo, que por lo tanto ni el poder administrador ni ningún otro poder público pueden atribuirse

[5] El texto original de la Constitución ha sido modificado por leyes posteriores. Entre ella, y respecto al tema que nos preocupa, el artículo 19 Nº 126 contaba con un inciso segundo, el cual fue derogado por el artículo único Nº 110 de la Ley de Reforma Constitucional, Nº 118.825, de 17 de agosto de 1989. El texto de este inciso era: "Se exceptúan las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla".

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional.

B. Reserva legal

La Constitución contempla una reserva legal de la facultad de regular, complementar y limitar los derechos y libertades que ella establece (que debe coordinarse con el artículo 60 Nº 20), pero con un carácter especial y no general, porque luego de dar dicha competencia a los preceptos legales, se la condiciona a la existencia de un mandato o autorización expresa por parte de la carta fundamental. Esta conclusión obliga a una interpretación restrictiva de la competencia que da el constituyente al legislador.

Materia reservada a la ley

Según la norma que nos ocupa, la Constitución permite a los preceptos legales complementar, regular o limitar las garantías que ella establece. Existe una impropiedad en la referencia a las "garantías", ya que éstas se han entendido que son "las acciones y recursos consagrados para defender los derechos, las libertades, las igualdades y las inviolabilidades" y la materia objeto de la ley son los derechos fundamentales, no la garantía de ellos.

Por otra parte, el N° 26 se refiere a los derechos que la Constitución establece. El alcance de la expresión "que la Constitución establece" debe interpretarse como aquellos derechos que la Carta Fundamental regula en todo su articulado y extensión, y no limitado al artículo 19 o al Capítulo III de los Derechos y deberes constitucionales. Lo anterior concuerda con la historia fidedigna, pues en la sesión Nº 150 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el señor Diez señaló que todos los derechos deben respetarse en su esencia, no sólo los relativos a los derechos individuales sino también a toda otra disposición constitucional que constituya garantía para el gobernado frente al gobernante, aun cuando no esté en el capítulo de las garantías individuales.

Alcance del término precepto legal

Debe entenderse por preceptos legales cualquier norma con fuerza de ley, como la misma ley en sus diversas competencias o jerarquías (interpretativas, orgánico-constitucionales, de quórum calificado y simples), y los tratados internacionales ratificados por Chile.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los Decretos con fuerza de ley deben excluirse por así disponerlo el artículo 61 inc. 2 (en relación al art. 32 Nº 3) que señala: "Esta autorización –para dictar DFL– no podrá extenderse a ... materias comprendidas en las garantías constitucionales".

Con respecto a la administración, el artículo 32 Nº 8 dispone que el Presidente de la República no puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que son propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

> C. ...no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Esta parte final del artículo presenta dos ideas, que son las que le dan identidad y trascendencia al mismo, a saber:

(i) Que los preceptos legales no pueden afectar la esencia de los derechos, y
(ii) Que tampoco pueden impedir su libre ejercicio, ya sea imponiendo condiciones, tributos o requisitos.

Para dar el correcto sentido a estas dos ideas es menester primero determinar cuál es la esencia de los derechos y qué es el libre ejercicio de un derecho. En los siguientes apartados se intentará dilucidar estos conceptos, centrándose en la esencia de los derechos.

CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. Historia fidedigna

De la lectura de las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución se pueden deducir las siguientes consecuencias en lo relativo al concepto de esencia del derecho:

"1) Hubo consenso en la Comisión que precisar el concepto aludido era tarea prácticamente imposible, sin perjuicio de aceptar que existe una cierta conciencia en cuanto a que debe entenderse por esencia del derecho todo aquello que es consustancial a él, en términos tales que faltando, deja de ser tal o se

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

confunde con otro derecho, criterio que, por lo demás, es aceptado dentro del derecho positivo privado chileno (se refiere al artículo 1444 del Código Civil, 'Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente').

2) Hubo acuerdo en que hay dos alternativas para determinar qué se entiende por 'esencia':

(i) recurrir a los textos vigentes, esto es, la esencia del derecho es la que está definida en un texto de derecho positivo, lo cual conduce al verdadero congelamiento de ese derecho, ya que si más adelante se dice que no puede afectarse la esencia del derecho a través de una ley, ello significa que aquella legislación pasa a ser permanente y poco menos que a tener rango constitucional.

(ii) entender por esencia del derecho lo que está definido o concebido desde un punto de vista científico y general, criterio que permite la dinámica de la institución.

3) Hubo acuerdo en que aceptando este último criterio, la precisión del concepto de 'esencia' corresponde a la labor jurisprudencial de los tribunales, que permitirá ir acomodando la norma constitucional a las nuevas modalidades de la vida colectiva y a sus nuevas necesidades; pero para ello, es menester proteger los derechos, prohibiéndose la alteración de su esencia, ya que la falta de amparo es la que genera los abusos".

Jurisprudencia nacional

Pese a ser la intención de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que el concepto de la esencia de los derechos fundamentales se conformara y enriqueciera a través de la jurisprudencia, no ha sido objeto éste de estudio sistemático por la doctrina y jurisprudencia nacional. Sin embargo, es posible citar un fallo de nuestro Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1987, que señaló:

"Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Jurisprudencia y doctrina extranjera

Para poder determinar el concepto de esencia de los derechos fundamentales es posible recurrir a la doctrina y jurisprudencia alemana y española, teniendo en consideración que la Ley Fundamental de Bonn sirvió de base para la norma objeto de análisis.

El Tribunal Constitucional Alemán ha expresado a este respecto:

"La garantía referida a la esencia puede ser interpretada de un modo absoluto o de un modo relativo. De un modo relativo, la garantía exige justificación para los límites (de suerte que todo límite que posea justificación respeta la esencia del derecho), y entendida de un modo absoluto, la garantía significa que existe un núcleo mínimo del derecho en cuestión que ninguna limitación podría transgredir".

Las doctrinas alemana y española han planteado dos teorías del contenido esencial, la relativa y la absoluta, para explicar esta garantía llamada "el límite de los límites".

Teoría relativa del contenido esencial

Para esta teoría, el concepto de contenido esencial de los derechos no alude a ningún contenido en sentido usual de este término sino que se refiere a un juicio de razonabilidad de los límites al derecho, de modo que la esencia del derecho sólo se vería afectada cuando no es posible justificar el límite que se le impone, esto es, la constitucionalidad de la limitación ha de juzgarse tan sólo a partir de la relación entre ésta (la limitación al derecho) y el bien cuya protección se persigue, como un juicio de exigibilidad o de proporcionalidad, y no a partir del derecho que resulta limitado.

En consecuencia, dentro de la denominada teoría relativa, el derecho carece de contenido propio frente al límite, es decir, no se puede hablar de contenido esencial sin referirse a una limitación que se imponga al derecho, la garantía consiste básicamente no en la prohibición de imponer al derecho cualquier límite, sino en la exigencia de que el límite impuesto no sea arbitrario.

Para entender esta teoría, tomemos como ejemplo el derecho de propiedad, que fue el derecho a raíz del cual se incorporó la garantía de la intangibilidad de la esencia de los derechos fundamentales, pero trataremos especialmente el

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dominio, es decir la propiedad sobre las cosas corporales, teniendo presente los siguientes supuestos:

– El dominio es el derecho real para usar, gozar y disponer de una cosa corporal arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno (artículo 582 del Código Civil).

– El art. 19 Nº 24 asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales (dominio) o incorporales.

– El art. 19 Nº 24 inc. 2, en relación al art. 19 Nº 26, autoriza a la ley a establecer limitaciones y obligaciones al dominio que deriven de su función social, es decir, el interés general de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

– El art. 19 Nº 24 inc. 3 dispone que nadie puede ser privado de su propiedad (titularidad del derecho), del bien sobre que recae (la posesión) o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (usar, gozar y disponer de una cosa corporal), sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, el derecho de dominio que nos sirve de ejemplo no tiene necesariamente un contenido esencial en sí mismo, sino que éste se determina por la justificación que tenga la ley para la imposición de cualquier limitación sobre la propiedad sobre cosas corporales. En el particular caso de la propiedad, el constituyente señaló anticipadamente cuál es el único factor de justificación aceptable para la imposición de una limitación, en otros términos, cuál es la razón que considera justificada para que la ley no sea arbitraria en las limitaciones al dominio. Este factor de justificación es la función social de la propiedad. En consecuencia, para esta teoría el precepto legal no será inconstitucional en la medida que las limitaciones al derecho de dominio deriven de la función social de la propiedad.

Teoría absoluta del contenido esencial

Esta teoría consiste, a la inversa de la anterior, en que independientemente del juicio de razonabilidad de la limitación al derecho fundamental que la ley establece, éste tiene un núcleo duro que no puede ser afectado y que por tanto es intangible para el legislador, confundiéndose dicho núcleo con la esencia del

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derecho. Para graficarlo se recurre a una imagen de dos círculos concéntricos (o un huevo frito), donde el círculo interno (la yema en el huevo frito) es el núcleo duro que jamás puede ser tocado o traspasado por el legislador, por cuanto importa violar el contenido esencial del derecho, en cambio el círculo exterior (la clara del huevo frito) es la parte del derecho que puede ser tocado, regulado, comple-mentado o limitado por preceptos legales cuando la Constitución así lo manda o autoriza.

Aplicando la teoría absoluta al ejemplo propuesto anteriormente, podría señalarse que su núcleo duro, o el contenido esencial de la propiedad sobre las cosas corporales es, siguiendo en esto al profesor Guzmán Brito: la de exclusividad de la titularidad sobre una cosa corporal.

De esta forma, si la ley que regula el dominio mantiene la titularidad del derecho sobre la cosa en forma exclusiva, no se vulnera su contenido esencial, en cambio, si la ley priva o limita la exclusividad sobre la cosa, se vulnera la esencia del derecho de dominio y sería inconstitucional dicha norma legal.

Teoría mixta del contenido esencial

Para algunos autores conviene poner en relación la denominada teoría absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) con la teoría relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de una pragmática integración de elementos teóricos.

Para esta doctrina debería haber relativo consenso en la existencia de un núcleo duro del derecho, cuya violación, traspaso o violencia hacen que el derecho mismo se torne irreconocible, y otra parte de los derechos que permita limitaciones por el legislador, pero sólo mediante juicios de "razonabilidad" adecuados, en ponderación de otros bienes y derechos fundamentales.

Las teorías absoluta y relativa no pueden ser interpretadas en forma excluyente y radical porque podrían conducir a ilícitos constitucionales dado que la praxis evidencia confrontaciones continuas entre derechos que han de ser legítimamente ponderados.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha dicho con respecto al artículo 53 de su Carta Fundamental de 1978 (citado más arriba), que "el tribunal, al realizar un juicio sobre la constitucionalidad de una ley debe averiguar:

a) Si el tipo descrito en la ley de desarrollo se identifica con lo que, en general, se concibe como ese derecho en concreto,

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Si los límites de ejercicio impuestos por la ley reguladora lo hacen o no practicable, o lo dificultan más allá de lo razonable, o lo dejan desprotegido jurídicamente. En este sentido, los límites actuarían como un perfil negativo para el derecho: el contenido esencial vendría definido por lo que no es inherente al mismo en sentido negativo, es decir, serviría para precisar que acciones u omisiones jurídicas limitativas no constituyen violaciones del contenido esencial".

Comentando la sentencia transcrita, Angel Latorre, miembro del Tribunal Constitucional español, ha señalado que se pueden apreciar dos criterios complementarios:

1) El primero consiste en partir de un tipo abstracto, previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre juristas, de modo que constituyen el contenido de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito.

2) El otro criterio parte de los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho se somete a limitaciones que lo hacen impracticable o lo despojan de la necesaria protección.

En conclusión, el respeto a la esencia del derecho para la doctrina española y recogida por nuestro Tribunal Constitucional[6], según se desprende del fallo mencionado anteriormente, supone dos elementos:

– Respetar la tipicidad del derecho en cuestión para no hacerlo irreconocible (no afectar el núcleo duro de la teoría absoluta), y

– Evitar que sea impracticable o irrealizable (que las limitaciones sean razonables, proporcionales, no arbitrarias como señala la teoría relativa).

Volviendo al derecho de dominio que nos ha servido de ejemplo, según esta teoría ecléctica, es necesario primero delimitar el derecho (el círculo exterior o los márgenes del huevo frito), es decir definir los contornos del derecho de

[6] Respecto de un decreto supremo de ejecución que reglamenta una ley que establece limitaciones a la propiedad en razón de su función social, ver sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1997, Rol Nº 253, sobre requerimiento por inconstitucionalidad de decreto supremo Nº 171, de 1996, que aumenta la superficie que debe cederse gratuitamente a la municipalidad al realizar un loteo.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dominio como aquel que nos da la propiedad o titularidad, exclusividad sobre una cosa corporal para usar, gozar y disponer de ella. Con esta definición tenemos delimitado el derecho, donde la exclusividad sería el núcleo duro del derecho (el círculo interior o la yema del huevo) y los atributos del dominio serían la parte que puede ser limitada por el legislador (el espacio entre el círculo interior y el círculo exterior, o la clara del huevo), pero siempre y cuando dicha limitación sea el resultado de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

En consecuencia, se afectaría la esencia del derecho de dominio toda vez que se vulnera la exclusividad de la titularidad sobre la cosa o las limitaciones al uso, goce o disposición de la cosa que no deriven de su función social.

LIMITES Y LIMITACIONES DEL DERECHO

Explicado el fundamento de las teorías del contenido esencial y previo a poder pronunciarse acerca de cualquier caso concreto de cuáles son las limitaciones que el legislador puede imponer a un derecho fundamental sin contravenir la garantía del contenido esencial, es necesario, como ya se adelantó en la teoría mixta, delimitar el contenido o alcance efectivo de lo que el derecho realmente protege, porque todo derecho es limitado, o dicho en otros términos tiene un contorno, límites o fronteras.

El contenido de un derecho es el que reconoce la Constitución y que la ley regula por mandato de aquélla, por lo tanto "si se examina la propia letra del numeral N° 26 del artículo 19, se verá que cuando se refiere a los límites a los derechos exige autorización de la propia Constitución, que no es posible concebir esta limitación sin que esto esté contenido en el propio derecho, de lo que resulta, de otra parte, que en la idea de limitación como algo externo al derecho hay sin duda una imprecisión conceptual, pues si el derecho es limitable por el legislador está claro que la limitación no es en rigor una operación externa sobre el derecho tal como está constitucionalmente reconocido, ya que este reconocimiento incluye la limitabilidad como uno de sus elementos integrante. Lo que se quiere expresar al calificar la limitación como operación llevada a cabo desde el exterior del derecho es su carácter constitutivo del límite, y no meramente declarativo del límite preexistente".

En doctrina comparada, suele distinguirse entre 'límites' y 'limitaciones' de un derecho. Los límites equivaldrían, propiamente hablando, a aquello que configura como tal al derecho, o sea, a la fisonomía normativa que el ordenamiento confiere al derecho en cuestión: por ejemplo, la Constitución al consagrar el derecho a

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reunión en el 19 Nº 13 expresa que debe hacerse en términos pacíficos, sin armas.

Por oposición a esos límites 'naturales' (que no equivalen, como se acaba de decir, sino a la configuración del derecho) existen las limitaciones que se caracterizan por ser extrínsecas al derecho mismo y en interés de terceros o de bienes jurídicos colectivos y que no se traducen en la privación de ninguna facultad que sea inherente al derecho de reunión sino en una modalidad específica de su ejercicio que, como se dijo, no le pertenece naturalmente, así por ejemplo la reunión en lugares de uso público son una modalidad afecta a las ordenanzas de policía, requisito que se establece de modo heterónomo en interés de terceros.

Es por todo lo anteriormente indicado, que la doctrina española señala que para analizar la constitucionalidad de una ley hay que previamente definir un tipo abstracto del derecho (que no necesariamente coincide con el núcleo duro), previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre juristas, jueces y en general de los especialistas del derecho, de modo que constituyen el contenido de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, en otras palabras los "límites" del derecho. A partir de ese derecho tipo se aplica la ley y se analiza si las "limitaciones" son resultado de un juicio de justificación, razonabilidad o proporcionalidad, en cuyo caso, la ley es constitucional, y en definitiva el contenido efectivo del derecho queda conformado por el que la ley señala, siendo la limitación un elemento integrante de éste.

En párrafos anteriores hemos sostenido que se afectaría la esencia del derecho de dominio toda vez que se vulnera la exclusividad de la titularidad sobre el mismo o no se limita el uso, goce o disposición de la cosa por su función social. ¿Puede el legislador, en razón de la función social limitar a tal punto los atributos del dominio que constituya una privación de los mismos? En principio sí, porque la Constitución de antemano señala que no es arbitrario limitar en razón de la función social y, si no se afecta la exclusividad del derecho (el núcleo duro), no se vulnera su contenido esencial. Pero el constituyente anticipando esto señaló expresamente en el art. 19, Nº 24, inciso 3 que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad (de la exclusividad de la titularidad, y en este caso reitera la norma del artículo 19 Nº 26), del bien sobre que recae (es decir su posesión) o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de ley expropiatoria por causa de utilidad pública o de interés nacional. ¿Qué significa esto?: Que los atributos del dominio pueden limitarse por la función social de la propiedad, pero no de forma tal que signifique una privación de los mismos,

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

salvo cuando esta privación sea por utilidad pública o interés general (que es una fracción de la función social), en cuyo caso procede indemnización por daño causado[7].

II Art. 19 N° 17: Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y empleo públicos

Es el derecho que asiste a toda persona para exigir que no se produzcan discriminaciones arbitrarias en el acceso a los cargos, empleos o funciones públicas, es decir, que no se repartan los empleos de manera injusta, contraria a la razón o al orden público. En armonía con esta disposición, encontramos que el art. 38 inc. 1 establece que la LOC determinará la organización básica de la administración pública, garantizará la carrera funcionaria y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

La Constitución es una ley cualitativamente diferente: es una premisa sobre la cual se rigen formal y materialmente las demás leyes, es la "ley de leyes". Es pertinente recordar que el concepto de supremacía constitucional, el cual sin duda constituye el eje o núcleo de funcionamiento de todo sistema jurídico, deriva de la Constitución norteamericana de 1787 y de toda la gran producción jurídica de la Suprema Corte norteamericana. A dicho concepto se amalgamó la

[7] Respecto a la diferencia entre limitación de la propiedad (art. 19 Nº 24 inc. 2) y la privación de la misma o alguno de sus atributos esenciales (art. 19 Nº 124 inc. 31) ver fallo de 2 de diciembre de 1996, del Tribunal Constitucional, rol Nºs 245 y 246, en que se planteó la constitucionalidad del decreto Nº 11 de 1996, del M. Bienes Nacionales, de ejecución del Decreto Ley Nº 11.399, de 1977, que establece la obligación de los propietarios de predios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas. El Tribunal señaló que en principio esta obligación "constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso y goce" (considerando 23). Luego, analizando el caso concreto concluye que "esta vía de acceso es evidente que causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno... En este caso no hay privación total del uso y goce, pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado" (considerando 34) y reitera el sentenciador que "la limitación al dominio que impone el derecho ... si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad" (considerando 40). A la misma conclusión, pero por un camino distinto, en el voto de prevención del ministro García Rodríguez, señaló que "puede darse el caso de que tales limitaciones u obligaciones, lleguen a exceder su propia terminología y a constituirse, aun con esa denominación, en efectivas privaciones de atributos o facultades esenciales del dominio. En tal caso, como privaciones efectivas, darán derecho a indemnizaciones, pero tal indemnización no podrá establecerse sino de acuerdo con la preceptiva constitucional aplicable a aquéllas, esto es, la correspondiente a una expropiación".

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

idea de Herman Heller, quien afirmó en 1926 que todo poder público dimana del pueblo, así como el de Hans Kelsen, quien sostuvo que la soberanía se deposita en la Constitución. Tales conceptos se incorporaron en la mayoría de las constituciones modernas de occidente, como la mexicana de 1917 y la chilena de 1980.

En consecuencia, la Constitución exige que la ley establezca requisitos objetivos que han de cumplirse para acceder a estos cargos[8]. Por esta razón, la misma Constitución cada vez que instituye un cargo, recuerda tal deber. Sin embargo, existen ciertas personas a las cuales la Constitución o las leyes les han privado este derecho: los que pierden la ciudadanía (art. 17), los condenados por el Tribunal Constitucional, y los condenados en un juicio político. Además, hay ciertos cargos que son de exclusiva confianza del Presidente de la República, en los cuales no se hace carrera funcionaria (ministros de Estado y jefes de servicios públicos).

Principios estatutarios

Están constituidos por un conjunto de principios que rigen las relaciones de los funcionarios con la administración del Estado. La LOC establece estos principios que más adelante sirvieron de base o fundamento para dictar los estatutos administrativos correspondientes y que hoy están contenidos en la Ley 18.834 que establece el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos y la Ley 18.833 que establece el Estatuto Municipal de los Empleados Municipales.

El art. 7 L.O.C. establece que los funcionarios de la administración del Estado están afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado, deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el Servicio, obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico y observar estrictamente el principio de probidad administrativa que implica una conducta funcionaria moral intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado. Por tanto en el art. 7 se define el principio de probidad administrativa, el art. 14 de la ley establece las normas estatutarias del personal de la administración del Estado que deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico-profesional y jerarquizado.

[8] Los requisitos objetivos para acceder a las funciones y empleos públicos son los siguientes: 1. Ser chileno. 2. Ser mayor de 18 años. 3. Ser ciudadano. 4. Tener salud compatible con el cargo. 5. No haber sido condenado. 6. Haber cursado a lo menos la enseñanza básica.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El art. 13 L.O.C. establece que para ingresar a la administración del Estado se deberá cumplir con los requisitos generales que determine el respectivo estatuto, además de los exigidos para el cargo que se provea; todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular con igualdad de condiciones a los empleos de la administración del Estado.

El art. 15 L.O.C. establece que el personal de la administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pueda afectarle; en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento; sobre este particular el Estatuto Administrativo en el art. 114 y siguientes establece las normas para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios público y en cuanto al procedimiento se establecen dos sistemas: la investigación sumaria, el sumario administrativo.

El art. 16 L.O.C. establece que el personal de la administración del Estado estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la administración y de usar su actividad o cargo en fines ajenos a sus funciones.

El art. 78 letra h del Estatuto Administrativo vuelve a establecer esta prohibición. Estas normas no pretenden que los funcionarios públicos no tengan militancia política, sino que se prohíbe hacer proselitismo (propaganda) político dentro de la administración.

Del art. 17 L.O.C. se establece que la administración del Estado asegurará la capacitación y el perfeccionamiento a su personal, conducentes a establecer la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública.

El art. 21 del Estatuto Administrativo establece las normas relativas a la capacidad funcionaria.

Los instrumentos internacionales

En el marco del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, coinciden en la proscripción de la discriminación arbitraria.

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]

Art. 2. 1° Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2º Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Art. 26. 2º La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Art. III. Derecho de libertad religiosa y de culto: Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Art. XIV. Derecho al trabajo y a una justa retribución: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 1. Obligación de respetar los derechos:

1º Los estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2º Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre:

1º Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2º Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

Art. 12. Libertad de conciencia y de religión:

1º Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión, sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su profesión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

El principal obstáculo a la protección internacional de los derechos humanos es el hecho de que la mayoría de los países no aceptan la intervención en sus asuntos internos, y no reconocen la discriminación de sus propios ciudadanos. En cierta medida esta dificultad ha podido ser solventada por organizaciones como la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Algunas organizaciones independientes, como Amnistía Internacional, trabajan por la protección de los derechos humanos y contra la discriminación en todo el mundo.

Doctrina

El destacado catedrático constitucionalista español Pedro Cruz Villalón[9] destaca el término "anticonstitucionalidad" como una nueva categoría de actos provenientes del poder público contrarios a la ley suprema. Es preciso recordar que, antes de 1978, España no contó formalmente con una Constitución moderna durante aproximadamente cuarenta años, y las conductas eran catalogadas como meramente ilegales (y no como "anticonstitucionales"). Por tanto, el nuevo vocablo tiene un gran significado y un importante trasfondo jurídico, político y social. El autor resalta la declaración de la Constitución española que establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho", y expone que a partir de la misma es posible hablar de todo un desarrollo ideológico, sustentado básicamente en la afirmación de los derechos fundamentales, la

[9] Cruz Villalón, Pedro. Constitución y cultura constitucional. Ed. Tecnos, Madrid.

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

organización de la democracia representativa mediante el impulso al pluralismo político y sobre la base de un régimen parlamentario y un Poder Judicial independiente, y la pauta de estructuración del territorio. Posteriormente, y después de haber expuesto tal análisis, el autor destaca la necesidad de descubrir la esencia de la Constitución, afirmando que no es posible llegar a tal cometido mediante el mero análisis de su contenido formal o el señalamiento de su articulado. En este sentido, explica que "la Constitución tiene sus propias exigencias como fuente específica del derecho".

Cruz Villalón expone someramente un par de principios torales de toda teoría constitucional: la juridicidad y supremacía de la Constitución. Respecto al primero de ellos, afirma que "la Constitución es una ley, derecho positivo, y es precisamente su juridicidad lo que le confiere su particular valor frente a las que le han precedido en la historia; la Constitución es derecho escrito, texto, palabra con pretensión de significar y obligar". El concepto citado es de vital importancia, pues resalta la naturaleza jurídica de la Constitución, que aunque pudiera resultar obvio, constituye un concepto que ha sido olvidado y confundido en numerosos estados. Particularmente en México, las constituciones escritas devienen de acontecimientos históricos intensos y de coyunturas sociales y políticas muy particulares. Por tal virtud, estamos acostumbrados a observar a nuestras constituciones como ordenamientos ricos en contenido e ideales, pero carentes de juridicidad y aplicación directa y efectiva que hagan posible la materialización de dichos ideales; la Constitución adolece en gran parte de efectividad, al ser necesaria la elaboración e instrumentación de numerosas leyes orgánicas, reglamentarias y ordinarias –e inclusive reglamentos– que hagan posible su óptimo funcionamiento. Bajo esta tesitura, el autor continúa explicando que la Constitución no debe concretarse en la delimitación de las esferas de competencia y en la estructura de los poderes públicos, sino que debe imponer restricciones positivas al poder, vinculantes a todas las entidades que lo integran.

Posteriormente, y siguiendo el propósito central de desentrañar el significado de una Constitución, el autor expone un tema novedoso: la cultura constitucional. ¿Qué entiende Cruz Villalón por este concepto? Después de indicar lo que no es, define a la cultura constitucional como un componente imprescindible de la Constitución, como un elemento que fortalece su juridicidad, una socialización de las categorías constitucionales, y la vislumbra también como un "caldo de cultivo" o "idea preconfigurada" del contenido de una Constitución, la cual, afirma, no nace de cero del seno de una Asamblea, sino de un concepto preexistente. Cultura constitucional es, por tanto, no sólo el conocimiento de la

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Constitución, sino esencialmente de todo lo que la Constitución es para un país, así como la conciencia en los ciudadanos de su importante repercusión social y política. Explica que a este respecto es pertinente mencionar que las reformas constitucionales están claramente ligadas al concepto de cultura constitucional, y que es claro advertir que la Constitución española prácticamente no ha sufrido reformas desde su promulgación en 1978 y, por tanto, contiene anacronismos como en materia de integración comunitaria o de estructuración del Senado. Se aprecia en diversos aspectos, según el autor, una deficiente cultura constitucional.

El autor finaliza diciendo que cultura es Constitución, y afirma que no se trata de un juego de palabras. La Constitución como ley fundamental no queda como una mera cultura constitucional, ya que todas las instituciones están debidamente juridificadas. En este sentido, la cultura es Constitución cuando la nación se construye con base en una aceptación de aquellas instituciones fundamentales; por tanto, llega a darse el caso que por una parte la cultura afirma la Constitución y la fortalece, y por la otra la Constitución expande enormemente la cultura política, en donde se puede hablar finalmente de una cultura de la Constitución, donde los individuos y las fuerzas políticas reclaman una Constitución a la altura de los tiempos y las circunstancias.

REFERENCIAS

Apara Riadi, Soraya y Zeballos Marín, Gustavo. Memoria de Grado, "La esencia de los derechos y su libre ejercicio en la nueva Constitución", Santiago, 1985.

Cea Egaña, José Luis. "La esencia de los derechos y su libre ejercicio en la nueva Constitución", Revista de Derecho Público Nos 129-30, tomo I, Santiago, 1981.

Freixes San Juan, Teresa. "El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva". Pontificia Universidad Católica de Chile.

Guerrero Del Río, Roberto y Navarro Beltrán, Enrique. "Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año I. Nº 11, Santiago, 1997.

Guzmán Brito, Alejandro. "Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo", Santiago, 1995.

Linazasoro Campos, Gonzalo. Derecho fundamental e interpretación,

Artículo: Derecho Administrativo: Inconstitucionalidad del requisito de ser abogado para ser Contralor General de la República
Revista: Nº212v2, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Osvaldo Garay Opazo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

instituciones modernas de Derecho Civil, homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Santiago, 1996.

Navarro Beltrán, Enrique. "Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980", en Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991, Santiago, 1992.

Oyarte Martínez, Rafael. "Límites y limitaciones al Poder Constituyente" en XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

Peña González, Carlos. "Protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno", Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Seminarios, Nº 28, julio de 1993, Universidad Diego Portales, pág. 216.

Reyes Riveros, Jorge. "El principio de juridicidad y la modernidad", en XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

Ross, Alf. "El concepto de Estado y órganos del Estado en el Derecho Constitucional", en Estudios de sociología. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1962.

Rubano Lapasta, Iris Mariela. "Control administrativo. Jurisdicción contencioso administrativa", en XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

Rufián, Dolores y Palma, Eduardo. La descentralización, Problema Contemporáneo en América Latina, Cepal, Documento de la Dirección de Programas y Políticas Sociales, Santiago, 1993.

Soto Kloss, Eduardo. "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República", en La C.G.R. 50 años de vida institucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977.

Viret, Jean. "Les Relations Contractuelles Etat - Region", en Schmitt, Dominique. La Región á la Heure de la Descentralisatión (Notes et éstudes documentaires), N° 4772, 1985.

Zúñiga Urbina, Francisco. "Función pública en la jurisprudencia constitucional", en XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

Zúñiga Urbina, Francisco. "Concepto de ley y tipos de leyes", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Ponencia en las XXVII Jornadas de Derecho Público. Valparaíso, 1996.