

Santiago, treinta de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos:

De la sentencia en alzada, se reproduce sólo su parte expositiva.

Y teniendo únicamente presente:

Primero: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de carácter cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en la misma carta magna se contemplan, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, perturbe o amenace ese ejercicio.

Segundo: Que se ejerce la presente acción de cautela de garantías constitucionales, en representación de Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez, en contra de la Contraloría General de la República, impugnando la Resolución N° 21 de 22 de agosto de 2018, que declaró vacante el cargo de Subcontralor General, acto que se acusa, amén de ilegal y arbitrario, vulnera las garantías fundamentales previstas en los numerales 2, 3 inciso 5° y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Tercero: Que el control jurisdiccional de este tribunal se persigue por parte de la recurrente en aras de obtener la cautela de los derechos fundamentales amagados a

causa del acto que emana del Contralor General de la República, en tanto la declaración de vacancia del cargo es contraria a la legalidad que determina el fundamento y el contenido de todos los actos administrativos.

Cuarto: Que la sentencia apelada acogió el recurso de protección estableciendo al efecto que la resolución recurrida infringe las garantías constitucionales contempladas en los N°s 2, 3 inciso 5° y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al no observar lo dispuesto en la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, que en su artículo 4° reconoce a ambos funcionarios -Contralor General y Subcontralor- las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los tribunales superiores de justicia, debido a lo cual la remoción corresponde al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema. Ante todo se excluye al Subcontralor de la aplicación del artículo 3° del mismo texto legal, es decir, de la calidad de empleado de exclusiva confianza del Contralor General, porque la disociación que dicha norma contiene entre el Contralor General y "los demás empleados"

de la Contraloría, admite la consideración de un empleado que se diferencia de los "demás", de tal forma que no se encuentra sujeto a la regla de exclusiva confianza aplicable a los restantes empleados de la repartición, quien desde luego no es sino el Subcontralor al tenor de lo dispuesto en el artículo 4°. Lo anterior, explican es reforzado por la equiparación que se concibe en la Ley Orgánica entre el Contralor General y el Subcontralor y, en virtud de las funciones que el ordenamiento jurídico ha confiado expresamente al segundo de los mencionados.

Quinto: Que es aquí donde puede verse con particular claridad que el amparo de los derechos fundamentales se erige sobre la base de estimar que el Contralor General y el Subcontralor gozan de inamovilidad en sus cargos no pudiendo, en consecuencia, ser removidos de ellos, sino en tanto, medie un juicio de amovilidad, sin perjuicio de la sujeción del Jefe de la Contraloría al procedimiento del juicio político que contempla la Carta Fundamental (artículo 4°). En cambio, para llegar a la conclusión contraria, se asume que los funcionarios de la Contraloría, incluyendo al Subcontralor, son de la exclusiva confianza del Contralor General, de tal forma que la decisión impugnada es producto del ejercicio de una potestad discrecional, fundada en la pérdida de la confianza

depositada en quien hasta ese entonces ejercía el cargo de Subcontralor (artículo 3°).

Sexto: Que desde esa perspectiva cobra importancia atender al texto normativo de ambos preceptos legales, desde que inmersos en la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en principio no es necesario acudir a criterios de selección de normas, tales como la jerarquía de las reglas involucradas o de competencia, a fin de resolver una antinomia, al menos aparente, entre ambos preceptos.

Así pues, es conveniente establecer como punto de partida la naturaleza intrínseca de las leyes orgánicas, acorde con la cual estas normas complementarias de la Constitución Política, relativas a determinadas materias expresamente previstas en el texto constitucional, se las sitúa o más bien se las identifica con "textos armónicos y sistemáticos" que responden en cuanto tales, a la idea de cuerpos preceptivos ordenados y metódicos, pero más importante aún, a la noción de correspondencia adecuada entre todas sus partes.

Es por ello que las normas legales relativas a la organización, el funcionamiento y asimismo las atribuciones de la Contraloría General de la República, contenidos en la Ley Orgánica, han de ser interpretadas sobre la base de esta concordada correspondencia entre todas y cada una de

sus partes, por lo que es de utilidad realizar una lectura sistemática de la ley en cuestión.

Séptimo: Que en aquello que concierne a la organización de la Contraloría General, es decir, acerca de la distribución u ordenación al interior de tal entidad, entre otras disposiciones sobre la materia, el artículo 3° de Ley Orgánica Constitucional establece:

“El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.

Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad”.

A su turno, el artículo 4° del mismo texto normativo, en aquello que es de interés del recurso, dispone:

“El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema”.

Octavo: Que de las disposiciones legales en referencia es claro que en la primera de ellas se reproduce el mecanismo de designación del Contralor General, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 98 de la Carta Fundamental y, al mismo tiempo, también se subordina a los empleados de la repartición a la exclusiva confianza del Contralor General quien, con independencia de otra autoridad, puede disponer de su nombramiento, promoción y remoción.

Así las cosas, la aproximación inicial al contenido del artículo 3° de la Ley N° 10.336, permite concluir que quien secunda la labor del Contralor General dentro de la estructura orgánica de la institución, vale decir, el Subcontralor, también es de la exclusiva confianza de aquél, al igual que los demás empleados de la Contraloría, razón por la que tanto su nombramiento como la remoción del cargo, corresponden a la máxima autoridad del órgano contralor.

Sin embargo, lo dicho no parece compatible con la correspondencia adecuada que supone una ley de esta naturaleza, pues la inamovilidad de ambos funcionarios reconocida por la segunda de las normas en tensión, a saber, el artículo 4° de la Ley Orgánica, debe necesariamente ser interpretada de acuerdo a la sistematicidad que supone la ley a la que se le ha

encomendado la regulación de la organicidad de la institución, siendo entonces inconcuso que las disposiciones en cuestión no pueden ser dilucidadas aisladamente, sino en relación con las demás normas jurídicas que a la sazón resulten útiles para desentrañar su alcance.

En suma, el método o criterio de interpretación por cierto ha de ser conforme a la debida correspondencia y armonía entre una norma con las demás del mismo texto que, determinan y delimitan su alcance, excluyendo, desde luego, cualquier interpretación que conduzca sin más a privar de eficacia a alguna norma contenida en ella.

Todo ello, siempre condicionado a que se reconozca en todo momento como límite más importante, el mismo texto constitucional.

Noveno: Que desde esa perspectiva, cabe consignar que la correcta hermenéutica de las normas involucradas descarta la eventual antinomia entre aquéllas.

En efecto, es necesario observar que es ajeno a cualquier controversia que, tanto el nombramiento como la promoción y posterior remoción de los empleados de la entidad fiscalizadora superior del país, está encomendada por la Ley Orgánica al Contralor General, debido a lo cual el precepto contenido en su artículo 3° se erige como la generalización acerca de la designación, desarrollo y

separación de los empleados de la Contraloría General. Antes que nada, como es evidente la estructura orgánica de la institución debe entonces circunscribirse a tal precepto, acorde con lo cual la totalidad de los empleados de la institución quedan comprendidos bajo la fórmula de nombramiento, promoción y remoción que se contiene en ella.

De cualquier manera en este punto no debe olvidarse que esa generalidad cede en la medida que otro imperativo sea la regla especial establecida por el legislador.

Llegados a este punto, la apreciación de la necesaria conexión antes vista, hace necesario considerar que en el artículo 4° de la Ley Orgánica, se prevé una norma de especialidad que escapa a la generalidad contenida en la regla que le antecede, puesto que en dicho precepto legal se establece una garantía o privilegio de inamovilidad que únicamente concierne a las personas que ejercen una determinada función y que, por lo demás, resulta ser contraria al modo habitual de separación de los funcionarios de la institución, en tanto el Contralor General y el Subcontralor no pueden ser removidos de sus funciones, sino mediante la adopción de un procedimiento que contempla determinadas garantías en su favor, dentro de las cuales se exige que la decisión sea adoptada por el Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de

amovilidad, siempre y cuando sobrevenga una incapacidad en el ejercicio de su encargo, por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.

Por ende, la sistematicidad de las normas jurídicas, obliga a comprender que el Subcontralor, junto con el Contralor, goza de inamovilidad en su cargo.

Décimo: Que lo anterior no constituye una interpretación disconforme con la Ley Fundamental, debido a que no se otorga a los dos artículos mencionados de la Ley Orgánica, un significado que vaya más allá o fuera del ámbito de la Constitución Política y que por ende sobresalga de su texto. En otras palabras, la inamovilidad que se reconoce en la Ley N° 10.336, no representa un conflicto con las normas constitucionales, en especial, aquellas concernientes al jerarca del órgano contralor.

Undécimo: Que el fundamento de esta afirmación reside o puede ser enarbolado sobre la base de las siguientes consideraciones:

El artículo 98 de la Constitución Política, exige que la designación del Contralor General por el Presidente de la República, se realice con acuerdo del Senado, adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio y por un periodo de ocho años, y que ella recaiga en quien cumpla las exigencias propias del cargo a desempeñar relacionadas con la idoneidad del seleccionado. Las únicas causales de

cesación en el cargo contempladas en la Constitución Política, son cumplir 75 años de edad y la remoción decretada por el Senado en caso de ser acogida la acusación constitucional que, no menos de diez y no más de veinte de los miembros de la Cámara de Diputados, formulen en su contra por notable abandono de sus deberes.

Es especialmente importante el reconocimiento en la Carta Política de la designación del Contralor General, así como de las causales de cesación en el cargo -las que incluso conllevan que se encuentre afecto al procedimiento del juicio político-, si se considera la preponderancia así como la naturaleza de la función que por mandato constitucional se le encomienda: encabezar el órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, en cuya virtud debe ejercer las funciones investigadoras básicas del organismo contralor, dentro de las cuales quedan comprendidas las labores relativas al control jurídico, contable y financiero. Por cierto la dirección superior de la institución también se plasma con detalle en las diversas atribuciones que la Ley Orgánica encarga al Contralor como Jefe de la Contraloría General.

El corolario de lo señalado es que la labor confiada al Contralor General es lo que determina o más bien condiciona la particularidad de su nombramiento y las causales de cesación de sus funciones, en tanto es a él a

quien corresponde velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado, promoviendo una gestión institucional eficiente en resguardo de la probidad, la transparencia y también el uso correcto del patrimonio público.

Duodécimo: Que por el contrario, el Subcontralor, funcionario que sigue en la jerarquía al Contralor General y de quien por lo demás recibe su nombramiento al igual que los demás funcionarios de la Contraloría, tiene a su cargo el desarrollo de una función dentro de la organicidad del cuerpo contralor que en esencia es diferenciada con aquella que por mandato constitucional se le asigna al Jefe de la Contraloría, pues en términos generales sus funciones están centradas en aspectos tales como: a) Reemplazar al Contralor General en los casos de ausencia temporal o accidental, o mientras se nombre al titular en caso de vacancia. b) El desarrollo de tareas de estudio de los antecedentes que por disposición del Contralor pasen a su despacho y presentar a éste los informes o proyectos que emanen de su estudio. c) Firmar "por orden del Contralor" la parte del despacho del Contralor General que la parte del despacho del Contralor General que éste señale por resolución escrita, pudiendo incluir en ella los pronunciamientos sobre la toma de razón de los decretos y resoluciones respecto de determinadas materias, sin

perjuicio de la responsabilidad constitucional del Contralor. d) Dirigir la labor de examen de cuentas, y f) Cooperar, en general, a la labor que corresponde al Contralor de acuerdo con la ley.

Es decir, a pesar de subrogar a su superior administrativo jerárquico en caso de ausencia o vacancia de éste, la atribución de firmar por "orden del Contralor" el despacho que el mismo le señale y la actuación como juez de primera instancia en el Juicio de Cuentas, no es posible concebirle como el depositario del control administrativo que por mandato constitucional corresponde al Contralor General.

Décimo tercero: Que desde esa perspectiva sin duda son las funciones asignadas en uno y otro caso, las que permiten justificar a su vez las diferencias que reviste el nombramiento y las causales de cesación en el cargo que a nivel constitucional, son requeridas únicamente de quien debe asumir la dirección del organismo contralor y el desempeño de las funciones eminentemente fiscalizadoras, comprensivas del control jurídico, contable y financiero.

Por eso es que tan sólo el jefe superior del servicio mas no quien le secunda, es sujeto de responsabilidad constitucional por sus actuaciones, a causa del notable abandono de sus deberes.

Décimo cuarto: Que en este punto es útil añadir que lo anterior torna carente de sentido aquella alocución conforme a la cual se visualiza al Subcontralor en una posición de privilegio o dispensa respecto del Contralor General, al gozar ambos de idéntica garantía -la inamovilidad en sus cargos- pero sin que el primero se encuentre sometido a la rigurosidad del nombramiento y las causales de cesación en el cargo que constriñen al segundo.

Ello en razón de que, tal como se adelantó, las características peculiares de la designación y las causales que ponen término al ejercicio del cargo, se producen a causa de la notable divergencia entre las funciones que a cada uno de ellos corresponde, siendo entonces evidente que en la especie no se trata de privilegiar a uno de ellos en desmedro del otro, sino de imponer una mayor severidad en cuanto al nombramiento, permanencia y las causales de remoción que le son aplicables a quien es el jefarca del órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado.

Décimo quinto: Que aclarado lo anterior, se debe recalcar que en la especie, la garantía de inamovilidad que la Ley N° 10.336 reconoce en su artículo 4°, apunta a un aspecto completamente diverso a lo hasta ahora señalado, puesto que tal indemnidad no se relaciona de ningún modo con la designación, permanencia o las causales de cesación

en el cargo, sino que, por el contrario, guarda relación con la independencia de la que, tanto el Contralor como el Subcontralor se encuentran investidos para el ejercicio de sus funciones, como única manera de evitar que se tornen estériles las normas sobre autonomía e independencia del órgano contralor, debido a lo cual no pueden ser removidos sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley, como quiera que la mentada autonomía, les permite desempeñarse con plena libertad en el ejercicio de sus tareas, en relación a los restantes órganos sobre los que recaen primordialmente sus acciones de fiscalización, tanto más de los órganos principales que forman parte de la Administración del Estado.

De ahí que con certeza se pueda concluir que la autonomía e independencia garantizada a través de la inamovilidad de ambos funcionarios, no resulta ser contradictoria con las diferencias anotadas, relativas al tratamiento disímil que uno y otro recibe acerca de su designación, permanencia y las causales que permiten su remoción.

Décimo sexto: Que las consideraciones hasta ahora efectuadas, permiten asimismo descartar la contingencia de haber sido derogada tácitamente la normativa que dispone la mentada inamovilidad. En efecto, la disyuntiva es abordada sobre la base de la sustitución que el Decreto Ley N°

3.551, de 1980, del Ministerio de Hacienda, efectuó respecto de los incisos segundo y tercero del artículo 3° de la Ley N° 10.336, por el siguiente: "Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad". De esa manera, según propone la parte recurrida, es incuestionable que se produjo la derogación tácita del artículo 4° de la citada Ley, en tanto la inamovilidad del Subcontralor no es compatible con la remoción por la pérdida de confianza propuesta en la norma que le antecede.

Décimo séptimo: Que es claro que el tipo de derogación que se propone se produce cuando la nueva ley contiene disposiciones que no son susceptibles de conciliar con aquellas contenidas en la ley anterior. Es en razón de aquello que ante una divergencia incompatible entre distintas normas que integran el ordenamiento jurídico, corresponde sin más atender a la forma en que tendrá aplicación cada una de las disposiciones en juego en relación al caso específico, examinando desde luego la posible compatibilidad de los preceptos involucrados. De ahí que ante la eventualidad de advertir una falta de congruencia, de la que surgen a la postre soluciones también contrapuestas, será necesario remontar el análisis al paso siguiente donde el problema se transforma en una

cuestión de subsistencia o de derogación del precepto legal.

Décimo octavo: Que, sin embargo, como es evidente, privar de fuerza obligatoria a una norma jurídica anterior por estar en contraposición con una posterior, torna indispensable que se evidencie una antinomia entre ellas, cuestión que en la especie resulta inexistente. En efecto, la sistematicidad anotada en los considerandos preliminares, permite reconocer en ambas normas jurídicas una relación que les torna plenamente compatibles, en vista de que el artículo 4° de la Ley Orgánica, establece una norma de especialidad que escapa a la generalidad contenida en la regla que le antecede, por cuanto se establece a reglón seguido una garantía o privilegio en resguardo de la independencia de quienes ejercen una determinada función y que por lo demás resulta ser contraria al modo habitual de separación de los demás funcionarios de la institución.

Décimo noveno: Que de la misma forma es pertinente destacar la continuidad del sistema jurídico, en orden a atribuir de manera persistente en el tiempo la mentada garantía de inamovilidad, tanto al Contralor como al Subcontralor, aspecto que sin duda es posible vislumbrar a través de la reconstrucción que se puede derivar de los diversos textos legales relativos a la materia.

Vigésimo: Que en tales circunstancias el análisis procede efectuarlo en relación a lo dispuesto por el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de 1927, del Ministerio de Hacienda, sobre la creación de la Contraloría Nacional de la República, el que ya en ese entonces reconocía al Contralor General como el funcionario a cargo de la Contraloría, auxiliado en sus funciones por el Subcontralor, pero en uno y otro caso, concebidos en condiciones diversas a las que ahora son aplicables en relación al nombramiento, permanencia y cesación de sus funciones.

Es así que el artículo 2° del texto normativo establecía: "La Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la República; será nombrado por el Presidente de la República, a quien deberá dar cuenta del recto desempeño de su cargo. Durará seis años en sus funciones, pudiendo ser reelegido".

La norma legal del artículo 3° a su vez disponía: "Habrá también un Subcontralor, que secundará al Contralor General en el desempeño de sus obligaciones y lo reemplazará en los casos de impedimento o ausencia y lo substituirá en los casos de renuncia o remoción, mientras el Presidente de la República nombra la persona que deba ejercer el cargo en propiedad".

A su turno, el artículo 39 del aludido texto normativo señalaba: "Los funcionarios y empleados de la Contraloría General, serán nombrados y removidos por el Contralor General, quien dará cuenta al Presidente de la República de cualquier nombramiento, suspensión o remoción".

De las disposiciones legales en referencia, quedaba así diferenciada la concesión de las atribuciones asignadas al máximo jerarca de la naciente institución, para designar y al mismo tiempo remover de sus funciones, entre otros, al Subcontralor, desde que en los albores del órgano contralor no se contempló el reconocimiento de la garantía de inamovilidad para el personal superior de la Contraloría.

Vigésimo primero: Que lo enunciado no fue objeto de reforma una vez derogado el texto normativo antes visto, puesto que con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 2960 Bis, de 1927, del Ministerio de Hacienda, se reorganizó la Contraloría General de la República, colocando el nombramiento del Subcontralor, al igual que en el caso del Contralor General, de cuenta del Presidente de la República, en tanto la separación o remoción de sus cargos quedó al margen del mencionado texto normativo, a la vez que, tampoco fue objeto de reconocimiento, algún mecanismo que garantizara la inamovilidad de tales funcionarios en sus cargos.

Vigésimo segundo: Que a pesar de ello la consagración normativa de aquel privilegio, sobrevino prontamente con la dictación del Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En efecto, el nombramiento del Contralor dependía en todo momento del Presidente de la República, al tiempo que, la designación de los empleados de la Contraloría continuaba entregada al Contralor General, incluyendo, de igual modo, al Subcontralor, acorde con lo dispuesto en el artículo 3° vigente a ese entonces, según el cual: "El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República. Los demás empleados de la Contraloría serán nombrados por el Contralor General. Los nombramientos y ascensos del personal de la Contraloría se harán en conformidad a las disposiciones que contengan el Reglamento, debiendo recaer los ascensos en empleados de la misma oficina".

Sin embargo, es del todo evidente que el legislador estableció una innovación al incorporar por vez primera la inamovilidad del personal superior de la Contraloría, tal como se desprende de la norma legal del artículo 5° que, en aquello que es interés del recurso, establecía: "El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia (...)".

Como se ve la diferencia que se marca tempranamente en el ordenamiento jurídico, vuelve indiscutible que la separación del cargo, a diferencia de la designación en él, no queda entregada a la voluntad de quien encabeza la institución de control, pues, ante todo, se impone la necesidad de impedir la remoción en aras de garantizar la autonomía en la adopción de las decisiones que en función de sus cargos le corresponden.

Vigésimo tercero: Que más tarde la nueva Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336, de 1952, no contravino en su artículo 3° la facultad de nombramiento entregada al Contralor General, al establecer: "El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado. Los demás empleados de la Contraloría serán nombrados por el Contralor General. El Contralor podrá designar personal a contrata, de acuerdo con las necesidades del Servicio, con los fondos variables que se le concedan especialmente, o con los contemplados el artículo 165 de esta ley".

Tampoco en su artículo 6° se dispuso la modificación acerca de la inamovilidad reconocida al Subcontralor, puesto que el inciso primero de dicho texto legal instituyó: "El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan

para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia (...)"

Por el contrario, a través del inciso segundo de este último precepto legal, inclusive, se salvaguardaron las medidas conducentes para impedir su remoción sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley, al establecer: "La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial firme tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema".

Más aún se diferencia la remoción del Contralor, al igual que la del Subcontralor, con la exclusión de los demás funcionarios de la institución, al incorporar en su inciso tercero que la "remoción de los demás empleados se hará en la forma que determina el Estatuto Administrativo".

Vigésimo cuarto: Que desde ese entonces la garantía anotada se mantiene incólume acorde con la norma jurídica contenida en el Decreto Ley N° 2421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, el que en su artículo 4° dispone:

“El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema (...)”.

Vigésimo quinto: Que en igual sentido se pronuncia el Profesor Patricio Aylwin Azócar al señalar que la Contraloría General de la República: “(...) es un servicio público de la administración central pero dotado de autonomía por la naturaleza de sus funciones. Es de origen constitucional. Está a la cabeza de la organización de la C.G.R., el Contralor de la R., nombrado por el Presidente de la R. acuerdo del Senado; el Sub Contralor; el Secretario General; Un Fiscal; y tres departamentos (...)”. A continuación agrega: “Todo el personal es nombrado por el Contralor quien con el Sub-Contralor gozan de la inamovilidad de que disponen los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, previo juicio de amovilidad de acuerdo al C.O.T. Por otro lado el Contralor puede ser removido de acuerdo al artículo 39 del C.P., en

base a una acusación constitucional por notable abandono de sus deberes (...)”. (Aylwin Azócar Patricio. Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Tomo I, Santiago, 1962, p. 170).

Vigésimo sexto: Que de todo lo expuesto se colige que la formulación de la ley, entre todos los sujetos que componen el órgano contralor, contempla un tratamiento diferente del personal superior de la institución, en razón de la independencia que debe amparar el ejercicio de sus funciones.

Vigésimo séptimo: Que en atención a lo razonado, careciendo de sustento legal que la respalde, a causa de no ser el Subcontralor un cargo de libre remoción por razones de confianza, el proceder de la máxima autoridad de la Contraloría General de la República, contenido en la Resolución N° 21 de 22 de agosto de 2018, es contraria a las normas legales referidas y actualmente vigentes, en especial, el artículo 4° de la Ley N° 10.336, por lo cual el recurso corresponde sea acogido, amparando los derechos fundamentales de la persona por quien se recurre.

Vigésimo octavo: Que, en las condiciones descritas, el acto impugnado es ilegal y vulnera la garantía constitucional establecida en el N° 2 de nuestra Carta Fundamental, la igualdad ante la ley, que predica que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias

arbitrarias, derecho fundamental que fue desconocido a la recurrente, toda vez que para separarla de su cargo se dio aplicación a la misma disposición que se emplea para prescindir de los empleados del órgano contralor, en circunstancias que el tratamiento diverso que el ordenamiento jurídico reconoce sobre la remoción del personal superior de la institución, imponía la obligación de acudir a una disposición diferente para resolver un caso también desigual.

Vigésimo noveno: Que, finalmente, en relación a la argumentación que la materia discutida en autos es propia de un juicio de lato conocimiento, se debe precisar que en virtud de la competencia conservativa esta Corte puede adoptar todas las medidas que estime conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales, según lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituyendo la acción una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto a los atropellos de los derechos constitucionales producto de una acción u omisión que sea ilegal o arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una

tutela efectiva a los recurrentes, cuestión que se justifica en la especie.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de dieciséis de octubre de dos mil dieciocho que acoge el recurso de protección presentado en favor de Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz y de la Ministra señora Sandoval, en cuanto se confirma la decisión de reincorporar a la actora al cargo de Subcontralora, por las siguientes consideraciones:

1°) Que conforme se ha expresado en la sentencia los Ministros que suscriben este parecer particular concuerdan en el hecho que no es suficiente cautela declarar la ilegalidad y dejar sin efecto la Resolución N° 21, de 22 de agosto del año en curso, que declaró vacante el cargo de Subcontralor General, quedando en condiciones la afectada de interponer las acciones que estime pertinente en defensa de sus derechos patrimoniales.

2°) Que al determinar las medidas que se deben adoptar, esta Corte no puede desconocer que, una vez que es removida la Subcontralora Pérez, se nombra a la Subcontralora María Soledad Frindt, en cuya designación no

se ha planteado, analizado o dispuesto nulidad alguna y quien no fue parte de este arbitrio constitucional. Lo anterior es trascendente, toda vez que determina la improcedencia de ordenar la reincorporación de la actora en su calidad de Subcontralora General, pues tal decisión implicaría vulnerar el derecho de defensa de la Subcontralora Frindt, quien por lo demás, acorde con los razonamientos expuestos, ejerce un cargo del que es inamovible, como se ha resuelto por esta Corte en los autos Rol N° 3598-2017.

3°) Que, por otro lado, las medidas que se decretan para proteger el derecho constitucional conculcado deben tener en consideración la naturaleza cautelar del arbitrio, cuestión que impide adoptar una decisión de fondo declarativa de derechos, como sucede en el caso de ordenar su reincorporación. De esa manera, considerando que la designación como Subcontralor General envuelve la inamovilidad del cargo del cual abruptamente fue removida a través del acto cuya ilegalidad se ha constatado, lo que corresponde disponer el pago de seis meses de remuneraciones a contar del alejamiento del cargo, como medida paliativa de carácter alimenticio, sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora eventualmente pudiere impetrar.

Se previene que el Ministro señor Prado concurre a la decisión del fallo, estimando que según una correcta hermenéutica legal, la Subcontralora goza de inamovilidad con lo cual su remoción corresponde al Sr. Presidente de la República, previo juicio de amovilidad, teniendo en consideración, además, que la eventual contradicción entre el texto de la ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República (fijada por Decreto del Ministerio de Hacienda N° 2.421, de 1964, modificada por el Decreto Ley N° 3.551, de 2 de enero de 1981 y la Ley N° 19.817, de 26 de julio de 2002 y que contiene la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) y el actual artículo 98 de la Carta Fundamental, modificada mediante la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, no se salva por la vía de predicar simplemente la derogación tácita de las normas colacionadas, de acuerdo a la institución prevista en el artículo 52 del Código Civil, o incluso su caducidad, apelando a la incompatibilidad o contradicción existente entre conciliar un texto normativo de rango constitucional y una norma de jerarquía inferior, ya que, en tal supuesto, lo que procedería es plantear derechamente este conflicto a su cargo, formulando la respectiva incidencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme lo establecen los artículos 93 N° 6 de la Carta Política y 80 y 81 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del

Tribunal Constitucional, lo cual ha sido ratificado por la reciente doctrina más autorizada (Vgr, Enrique Navarro Beltrán, Las Acciones Constitucionales Económicas ante los Tribunales de Justicia, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2018, págs. 153 a 159).

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención, sus autores.

Rol N° 26.588-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica y el Ministro señor Prado por estar con permiso administrativo el día de hoy. Santiago, 29 de noviembre de 2018.