

LAS DIFERENCIAS ARBITRARIAS Y EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA CONSTITUCION

INFORME PROF.: ENRIQUE EVANS DE LA C.

Se me ha pedido por la Administradora de Fondos de Pensiones XXX y por sus ejecutivos un Informe en Derecho acerca de la juridicidad de una exigencia que se formula en la Circular N° 482 del Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones. En esa Circular se imparten a las administradoras un conjunto de intrucciones de carácter obligatorio acerca de la confección y presentación de la Memoria Anual de esas sociedades y en el párrafo 5.3 relativo a la Remuneración de Directorio y ejecutivos, se preceptúa: "Además, en las Administradoras que tengan 500 o más accionistas y en aquellas en las que al menos el 10% de su capital pertenezca a un mínimo de cien accionistas, deberá señalarse la remuneración total que durante el ejercicio hayan recibido sus quince más altos ejecutivos o asesores que sean personas naturales, en forma global, Incluyendo gastos de representación, honorarios, viáticos, regalías en general cualquier otro estipendio, sin que sea necesario Indicar el nombre de dichas quince personas."

I: LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES X X X FRENTE A ESTA NORMA ADMINISTRATIVA.

1) El N° 2° del Artículo 19 de la Constitución.

La Constitución, en este número, asegura a todas las personas naturales y jurídicas, la igualdad ante la ley, repitiendo la normativa de la Constitución de 1925. Pero, en el inciso final, agrega que **ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias**, precepto que es novedad en el Derecho Público Chileno, que fue consagrado en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y **que** sin modificaciones fue aprobado en el texto final de anteproyecto de la Nueva Constitución propuesto por la Comisión de Estudio (C.E.N.C.) al Presidente de la República, fué

aprobado por el Consejo de Estado y, finalmente, por el Presidente de la República en su proposición plebiscitaria.

La historia y significación de esta importante garantía, que protege a las personas de la discrecionalidad de los administradores, debe buscarse, por tanto, en las Actas de esa Comisión de Estudio. Desde ya cabe consignar que en el informe con que este organismo remitió al Presidente de la República su anteproyecto, de 16 de Agosto de 1978, se deja expresa constancia que la norma que comento prohíbe las discriminaciones, de la ley y de toda autoridad, que sean arbitrarias, es decir, que “carezcan de fundamento justo” y agrega el informe: “Lo importante que es el establecimiento de este precepto faculta inequívocamente a los órganos jurisdiccionales para ponderar la naturaleza de la discriminación (o distinción), en conformidad a los Recursos que hayan establecido la Constitución o las leyes, evitando que el legislador o cualquier otra autoridad pretendan una **potestad Irrestricta** para establecer diferencias o discriminaciones entre los ciudadanos, por arbitrarias que fueren, criterio que en el pasado ha dejado muchas veces en letra muerta a la disposición constitucional de la igualdad ante la ley”.

La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca. Es natural que en una serie de ámbitos la ley puede hacer diferenciaciones entre personas o grupos, con el objeto de establecer mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos, como el saber leer y escribir para ser ciudadano elector, el haber cumplido determinada edad para ejercer derechos civiles y políticos, cierto grado de parentesco en otras situaciones, o para imponer mayores o menores cargas tributarias, previsionales o personales. Pero el elemento de la esencia de esta garantía es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias, antes sostenida por la doctrina y hoy en la letra expresa de la Constitución.

En una primera aproximación, digamos que se entiende por “discriminación arbitraria” toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable ni en los hechos ni en la moral.

Este importante inciso final del N° 2° del artículo 19 de la Constitución fue propuesto en la C.E.N.C. por don Alejandro Silva Bascuñan en la Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974. He aquí sus palabras:

“El señor SILVA BASCUÑAN expresa que en este aspecto relativo a las igualdades, quiere manifestar desde la partida, para empezar el debate, una preocupación respecto de su consagración, que ya ha expresado en más de una ocasión.

Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos.

Uno de ellos sería que por ningún motivo sociológico —por decir así— se haga distinción entre las personas. En ese sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el Derecho, todas las personas tengan, en razón de su situación de raza, estirpe, condición u otras, un mismo trato.

Pero, a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que es el de que el constituyente tiene que asegurar que, sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias. Si la igualdad ante la ley se refiere —como hasta el momento lo ha entendido aún la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema— nada más que la hecho de la frente a la ley todas las personas tienen igual naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, ectétera, le parece que no queda suficientemente resguardada, aún cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada con el constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas.

En otras oportunidades ha señalado —y lo manifestó en un alegato en la Corte Suprema— lo que cree que es un caso muy concreto de hasta qué punto la Constitución debe impedir este tipo de abusos, en el sentido de que se dicte, por ejemplo, una legislación que disponga la jubilación con treinta y cinco años de servicios para los empleados particulares con apellidos desde la A a la M, y de cuarenta años deservicios para los comprendidos entre la M y la Z. Entonces, ése es un tipo —exagerado por cierto— de discriminación que sería notoriamente arbitraria.

La Constitución debe defender el principio de que ninguna autoridad —ni siquiera el legislador— crea cumplir la igualdad ante la ley sólo con respetar otros aspectos sociológicos de la persona, sino que debe evitar, también que se haga discriminación no racional alguna, manifiesta e indiscutiblemente arbitraria, que se hagan distinciones que no tengan una indiscutible o, por lo menos, una base en el bien común, como podría ser el ejemplo que ha dado.

Le atribuye a esto una trascendencia enorme, no sólo en nuestra jurisprudencia. Cree que se debe incluir un precepto que condene incluso al legislador, si acaso realiza una discriminación absolutamente arbitraria, pues le parece que no basta el principio de la igualdad ante la ley referido sólo, como hasta ahora se ha entendido y como está incluso en las redacciones de este precepto, a no hacer distingos en razones de tipo sociológico”.

El autor de este informe piensa que se ha ido creando conciencia en los tribunales chilenos de la enorme trascendencia institucional de la actual preceptiva sobre la igualdad ante la ley. La prohibición para que el legislador discrimine arbitrariamente, si es infringida, puede ser sancionada por la institución de la inaplicabilidad. Si quien discrimina arbitrariamente es la autoridad política o administrativa, el afectado puede hacer valer el recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución para los casos de arbitrariedades o ilegalidades o reclamar la nulidad del acto por inconstitucional conforme a los artículos 6º y 7º (sanción nulidad) y 73, incisos 1º y 2º (que otorgan a los tribunales de justicia plena jurisdicción en lo administrativo), de la Constitución, en un juicio de lato conocimiento. Recordemos, a título ejemplar, que existen en nuestro país numerosísimos organismos estatales que fiscalizan, con atribuciones abundantes, la actividad privada en los más variados sectores: la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Bancos, La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, el Banco Central de Chile. Pueden existir ocasiones en que al resolver materias que la ley coloca dentro de sus atribuciones, esos entes administrativos incurran en discriminaciones arbitrarias,

que agraven o perjudiquen a uno o más particulares y que constituyen excesos o abusos de poder que, repetidos, son inconstitucionales, y por tanto nulos. El Poder Judicial empieza ya a ejercer amplísimas atribuciones para restablecer, a través de la sentencia en recursos de urgencia, como el de protección, o a través de sentencias en juicios de lata tramitación como los de nulidad del acto antijurídico, la institucionalidad infringida por la autoridad administrativa. La inexistencia de tribunales administrativos no implica en el actual ordenamiento jurídico, en modo alguno, indefensión para quien es víctima de una arbitraria discriminación, injusta, o irracional, o injustificable en la ética o en los hechos, por parte de una autoridad administrativa.

De estos antecedentes aparece que una distinción realizada por la autoridad entre personas sometidas a un mismo estatuto jurídico tiene carácter arbitrario en dos situaciones:

uno) cuándo el acto administrativo emana de una decisión funcionaria discrecional, no autorizado - ni contemplado - expresamente en ley alguna.

Esta forma de distinción arbitraria asume la forma de un acto extralegal, ilegal, en resumen antijurídico y se encuentra, además, sancionado en el artículo 7º de la Constitución y en el artículo 2º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, y

dos) cuándo el acto administrativo realiza una discriminación discrecional respecto de alguna o algunas personas sometidas a la misma regulación jurídica sin que esa distinción se funde en criterios de racionalidad inobjetable o en requerimientos ineludibles de justicia. El acto pasa así a ser **discriminatorio e ilegítimo**.

En el caso que me ocupa, el Sr. Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones obliga sólo a las Administradoras de Fondos de Pensiones que tengan quinientos o más accionistas y a aquellas en que al menos el 10% de su capital pertenezca a un mínimo de cien accionistas, a incorporar a su Memoria anual la remuneración total que, cualquier concepto hayan percibido sus quince más altos ejecutivos.

Esta orden del Sr. Superintendente es arbitraria, primero por ser antijurídica. No me he encontrado en la preceptiva vigente, desde el Decreto Ley 3.500 de 1980 su Reglamento Decreto Nº 50 de Trabajo y Previsión Social, las modificaciones al Decreto Ley 3.500 hasta la del artículo 37 de la Ley 18.681 de 31 de Diciembre de 1987, pasando por el D.F.L. 101 de 1980 la Ley de Sociedades Anónimas, 18.046 de 1981 y su Reglamento, texto alguno que faculte al Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones para formular distinciones en el estatuto jurídico de las sociedades sometidas a su control ni, menos para obligar que se hagan públicas las remuneraciones de los ejecutivos de una, dos, tres o todas las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Pero, la Circular que comento es, además, claramente objetable en cuanto formula una distinción que afecta a algunas Administradoras y que no tiene fundamento racional alguno, en los hechos, ni se explica por una exigencia de justicia. La obligación que impone la Circular que comento afecta a las Administradoras que tengan 500 accionistas, o más. Pregunto: ¿por qué no a las que tengan 50, 100, 200 o 400 accionistas o más? ¿por qué no a las que tengan menos de 10 accionistas? ¿por qué no a todas las Administradoras? Y a continuación la misma exigencia se formula a las Administradoras en las que al menos un 10% de su capital pertenezca a un mínimo

de cien accionistas. Pregunto: ¿por qué no a lo menos un 8% del capital, o un 20%, o u 40% o un 51%, pertenezca a un mínimo de 20, 80, 200 accionistas?: ¿Por qué no a todas? ¿Dónde está la racionalidad o la justicia de esta normativa? ¿Qué exigencia **evidente**, indiscutida, inobjetable de razón o de equidad ofrece fundamento a la medida? Ninguna, sólo la discrecionalidad funcionaria, constitutiva de un acto que se traduce en una distinción arbitraria, en un atropello a los derechos constitucionales que estamos analizando y a las leyes que regulan la acción del Superintendente. Porque no puede olvidarse que las Administradoras de Fondos de Pensiones administran **dos** patrimonios: el de la Sociedad Administradora, que es propio y de donde sale el dinero para pagar los ejecutivos y el del Fondo de los afiliados, que no puede ser tocado para otros fines que los previsionales previstos en la ley. De modo que ni aún el argumento tan obvio de la defensa de los afiliados de **una o dos** Administradoras, que son las afectadas, podría ser esgrimido para entender lo que, por falta de lógica, de racionalidad, de justicia, resulta ilegítimo. Y tampoco puede alzarse un criterio inspirador de la medida en defensa de los accionistas. Ellos tienen, estatutaria, y legalmente, acceso a toda la información que deseen; pero no debe olvidarse que han delegado su poder en mandatarios llamados la Administración de la Sociedad y que estos Directores son los llamados a contratar y despedir los Ejecutivos y fijarles las remuneraciones, respondiendo de todo ello a los accionistas a través de severos mecanismos establecidos por la legislación vigente.

Otras Consideraciones:

1) La Circular que estoy analizando, buscando tal vez rodear de alguna juridicidad una exigencia puramente discrecional, utilizó parcialmente los elementos definitorios de las sociedades anónimas abiertas que menciona el art. 2º de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, para establecer los porcentajes de accionistas y de capital de los Administradores a los que afecta. Ello resulta improcedente e inútil, si ese fué el propósito, desde el momento en que **todas** las Administradoras de Fondos de Pensiones se rigen por la preceptiva legal de las sociedades anónimas **abiertas** (arts. 132 de la Ley recién citada). Por consiguiente, el haber usado los citados porcentajes no quita, en modo alguno, el carácter arbitrario a la medida y puede considerarse una expresión de que se tuvo conciencia de ella y se procuró otorgar algún grado de explicación racional a la Circular.

2) El artículo 3º, letra a) del D.F.L. 101 de 1980, autoriza a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones para ejercer la facultad que a la Superintendencia de Valores y Seguros otorga el art. 4º, letra e) del Derecho Ley 3.583, de 1980. Esta disposición señala que a la Superintendencia corresponde: "Fijar las normas para la confección y presentación de las memorias, balances, estados de situación y demás estados financieros de los sujetos fiscalizados y determinar los principios conforme a los cuales deberán llevar su contabilidad".

Esta preceptiva justifica en derecho el resto de la Circular que comento; pero ella no puede ser interpretada como una facultad omnimoda, ilimitada y discrecional que otorgue atribuciones como para imponer a las sociedades administradoras obligaciones específicas no previstas en ley y que son puramente caprichosas, sin fundamento racional. La facultad del Superintendente debe entenderse por cierto, en armonía con el resto de la legislación aplicable a las Administradoras, en especial con el contenido de los artículos 46 inciso 1º y 74 de la misma Ley de Sociedades Anónimas que regulan la presentación a los accionistas de una Memoria, un Balance General, Estado de Pérdidas y Ganancias y los Informes de Auditores externos o de inspectores de cuentas, informaciones que deben ser suficientes, fidedignas y oportunas, comprometiéndose con ello la responsabilidad del Directorio. Este es el sistema vigente que no autoriza en parte

alguna divulgar y publicitar las remuneraciones de los ejecutivos. El superintendente no sólo obra ilegal y arbitrariamente sino que, además, como veremos, amenaza la vigencia y ejercicio de otras importantes garantías constitucionales.

2) El N° 22 del artículo 19 de la Constitución.

El Constituyente de 1980, influido por variadas experiencias de los años 1970–1973, quiso rodear de un rígido marco cautelar a las personas frente a los excesos y abusos de administrador.

Fué así como en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se generó un precepto, el N° 22 del artículo 19 de la Carta de 1980 que complementado y ratificando el N° 2 del mismo precepto, asegura la “no discriminación en trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” y agrega que es materia de ley establecer gravámenes especiales.

El contenido de esta garantía es simple, pero importante. Hemos recordado que el inciso final del N° 2° del artículo 19 prescribe que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Si bien, conceptualmente, esta expresión protege a las personas en contra de toda clase de resoluciones arbitrarias de la autoridad, sea cual fuere, ya que la Constitución no distingue, la Comisión de Estudio quiso dentro del debate sobre orden público económico que se produjo entre junio y julio de 1978, casi al término de las tareas de la Comisión, recalcar en una norma especial que ni el Estado ni sus organismos, también sin distinción alguna, pueden dictar decretos, reglamentos resoluciones o adoptar acuerdos que se traduzcan en una discriminación arbitraria en materia económica. **Y conste que ni el Estado ni cualquiera entidad que cumpla funciones públicas pueden asilarse en facultades que les haya otorgado la ley, para efectuar esas discriminaciones.** Si la ley contiene diferencias arbitrarias, es inconstitucional; si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad, especialmente del sector económico o de instituciones, como las diversas Superintendencias (de Bancos e Instituciones Financieras, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Valores y Seguros), discriminar arbitrariamente a una persona imponiéndole un gravamen particular, el acto así emitido sería nulo por violar el precepto en análisis y conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Como ya lo hice presente, se entiende por “discriminación arbitraria” toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos y agentes que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético en un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional o razonable.

Puede apreciarse con la Constitución de 1980 hace una doble exigencia de “racionalidad”, de “razonabilidad”. La primera, al proscribir, en el citado N° 2° del artículo 19, toda distinción arbitraria de la ley o de cualquier autoridad; la segunda, al prohibir, en el N° 22 del mismo artículo, toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Este último derecho limita la acción y la intervención del Estado en la vida económica nacional. La Constitución prohíbe otorgar privilegios o crear o **imponer cargas o gravámenes** que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no

tengan como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad. El hecho de que, por años, se haya aplicado un estatuto para alguna forma de organización económica no es, hoy día título de validez como para pretender que siga cumpliéndose o aceptándose en la misma forma. Por consiguiente, cualquier intento del Estado, de cualquier organismo o autoridad, aunque ejerza, como dijimos, funciones encomendadas por la ley, o del legislador, por imponer gravámenes, restricciones o cargas que no tengan una clara e indiscutible justificación objetiva, fundada en hechos y no en temores o en suspicacias administrativas de connotación subjetiva es una discriminación arbitraria e inconstitucional. Hay implícita, en consecuencia, en el N° 22 del artículo 19, una limitación a la discrecionalidad administrativa, lo que constituye un saludable instituto en un Estado de Derecho.

Como una síntesis del objetivo de esta garantía, podemos establecer que la Constitución ha querido asegurar a todas las personas la igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica. Que no haya, en situaciones idénticas, ni personas, grupos o sectores perjudicados en relación con sus competidores o con otros grupos o sectores.

En el caso que me ocupa, el Superintendente firmante de la Circular que comento, ha realizado un acto discriminatorio, imponiendo a dos administradoras de Fondos de Pensiones una obligación, un gravamen, que tiene caracteres y repercusiones económicas de trascendencia. En primer término la Administradora de Fondos de Pensiones XXX una de las afectadas, a la inversa de lo que sucederá con las demás Administradoras y con todas las sociedades anónimas, abiertas o cerradas, deberán **publicitar** la remuneración total de sus quince primeros ejecutivos, entregando así un antecedente financiero que debe ser reservado y que no es dable que conozcan sus competidoras; en segundo lugar, y sin perjuicio de otras consecuencias para los ejecutivos involucrados que se verán más adelante, se producirían renuncias a la empresa ya que nadie desea que, mediante una simple operación aritmética, una división por 15, se conozca, aunque sea aproximadamente, la cuantía de sus remuneraciones. Hay, por consiguiente, en la Circular que analizo, una discriminación en el trato que el Superintendente debe dar a **todas** las Administradoras, que vulnera el N° 22 del artículo 19 con graves trastornos y daños para Administradora de Fondos de Pensiones XXXX.

Cabe recordar aquí que la Corte Suprema, en sentencia de 5 de Junio de 1986 (Fallos del mes N° 331). con la firma de los Ministros señores José M. Eyzaguirre, Enrique Correa, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga y Henán Cereceda, acogió un Recurso de Protección contra el *Administrador Provisional del Banco Internacional por haber creado, al igual que el Superintendente de Administradoras de Pensiones, una norma jurídica discriminatoria, exigiendo ,al margen de toda autorización legal y de modo caprichosa, determinados requisitos a los oferentes compradores de una empresa.*

Dijo la Corte Suprema "Que el artículo 10 N° 22 de la Carta Política asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Esta garantía que no es sino la singularización del principio de la igualdad ante la ley consagrado también como garantía constitucional en el N° 2 del citado precepto pone a cubierto a todos los ciudadanos de una desigualdad de trato por parte del Estado o de sus organismos en todo el ordenamiento económico, comercial o empresarial que éste puede regular en el ejercicio de su potestad administrativa o de gobierno.

Que en la especie se dan los presupuestos para estimar vulneradas las garantías como quiera

que constituye una discriminación arbitraria el hecho de exigir que los oferentes que participen en la mencionada licitación no deben tener determinado parentesco con los antiguos accionistas, directores o administradores de la empresa intervenida. Tal exigencia en cuanto a la calificación de los oferentes no obedece a ningún antecedente razonable, ya que su sola mención es bastante para concluir que no puede fundarse en ninguna motivación seria y aceptable sino que por el contrario es simplemente caprichosa y arbitraria.”

3) El Nº 5 del artículo 19 de la Constitución.-

Este precepto asegura a todas las personas la inviolabilidad de los documentos privados, los que no pueden ser interceptados, abiertos o registrados, en resumen, conocidos por terceros, sino en los casos y formas determinadas por la ley.

Comentando esta normativa puede establecerse que los recintos privados, las comunicaciones y **los documentos personales, familiares y del trabajo** no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o **conocidos**, salvo que algún texto legal lo autorice para casos determinados y de excepción y con formalidades que eviten o impidan el abuso o la arbitrariedad. La tecnología contemporánea ofrece insospechados canales de comunicación, como son los satélites espaciales; y la informática y la computación, específicamente, han producido un proceso que acerca a los hombres y pone a su disposición múltiples servicios. Pero, simultáneamente, se han abierto puertas para la comisión de delitos como la interceptación o interrupción ilícitas de comunicaciones, el espionaje político y militar, el hurto de secretos científicos o industriales, las defraudaciones financieras y otros, cuya configuración y sanción van a constituir un requerimiento urgente en corto tiempo. No será tarea fácil conjugar los derechos constitucionales de la privacidad, del respeto al hogar, de la inviolabilidad de las comunicaciones, con el uso generalizados de los adelantos científicos que tantos sistemas ofrecen para vulnerarlos; y será aún más difícil encontrar los criterios para sancionar excesos como los señalados y otros sin impedir la adecuada utilización de los instrumentos que la tecnología pone, día a día, en manos del hombre.

Pero, no sólo del abuso de la tecnología contemporánea ha querido proteger el Constituyente a las personas para cautelar un derecho, universalmente consagrado, a mantener la privacidad de los documentos privados. También las ha definido de la invasión de la autoridad política o administrativa en ese ámbito, estableciendo que el conocimiento de los papeles privados debe ser autorizado, para casos determinados, por la ley.

En la situación que se estudia, el Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones pretende que se publiquen (para cientos de accionistas, para todos aquellos a quienes ellos quieran dárselos a conocer, para todos los funcionarios de la Superintendencia y para todos aquellos que tengan o puedan tener acceso a ellos) datos de los Contratos de Trabajos de los quince primeros ejecutivos en los que de acuerdo con los preceptos del actual Código del Trabajo, sólo se exige que consten por escrito y llevan las firmas del empleador y del trabajador. Debe anotarse aquí que el artículo 26 del Decreto ley 3.500 que señala la información que cada Administradora debe mantener en sus oficinas, en un lugar de fácil acceso al público, señala que ella debe estar formada por el último Balance General, los dos últimos Estados de Situación, el monto de las comisiones que cobra, la composición de la cartera de inversiones del Fondo de Pensiones, el Directorio y el Gerente General, **pero no sus remuneraciones ni menos las de sus ejecutivos y asesores.**

El Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, al exigir publicitar las remuneraciones, globales, de algunos ejecutivos de esas entidades, amenaza gravemente la garantía constitucional de la inviolabilidad de documentos que la ley ha requerido privados y perturba el libre ejercicio de ese derecho fundamental de las personas.

Conviene recordar que la Corte Suprema al sentenciar un Recurso de Protección del Banco de Santiago, dictaminó que el conocimiento por terceros de antecedentes financieros de clientes del Banco no violaba tanto el secreto bancario o profesional sino que constituía un ilegítimo registro de documentos privados que vulneraba la garantía del N° 5 del artículo 19 de la Constitución. (Fallos del mes, N° 275 sentencia de los Ministros señores Enrique Correa, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Abraham Meersohn y Abogado Integrante Raúl Rencoret).

II: LOS DERECHOS DE LOS EJECUTIVOS DE LAS ADMINISTRADORAS AFECTADAS POR LA CIRCULAR.

- 1) El N° 2 del artículo 19 de la Constitución prohíbe, como ya se ha relacionado, a toda autoridad establecer diferencias arbitrarias.

La Circular del Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones infringe esta garantía que la Constitución asegura, también, a los ejecutivos de las sociedades afectadas. Ellos también son afectados porque, aunque no se les deba mencionar por sus nombres en la Memoria, serán objeto, al publicitarse la remuneración total que 15 de ellos perciben, de una discriminación ilegal y arbitraria, como lo demostré en el N° 1 de punto I de este Informe.

Cabe recordar, solamente, que serán, si son dos las Administradoras que deberían obedecer al Superintendente, sólo TREINTA PERSONAS, las únicas en las Administradoras y en todas las Empresas, sociedades anónimas o no, de todo el país cuyas remuneraciones serán publicadas, estarán, de hecho, a disposición de cualquier persona, de buenas o malas intenciones, todo ello, como ya se dijo, mediante una simple división matemática de la cantidad global que deba señalar la Memoria anual de la Asociación. Esto configura una situación tan extremadamente grave que su sola exposición confirma la naturaleza caprichosa y por ende arbitraria del párrafo que se objeta en la Circular. Para los ejecutivos afectados, por tanto, el acto del administrador vulnera abiertamente la garantía del N° 2 del artículo 19 de la Constitución.

- 2) El N° 4 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y pública.

El respeto que todos deben a la vida privada de las personas es un derecho de la personalidad que no puede ser vulnerado en caso alguno o por persona o autoridad alguna. Estimo que entre las escasas excepciones en que la institucionalidad permite la intromisión en la esfera de la privacidad personal estarían las siguientes:

- a) En procesos criminales en que el juez competente investigue delitos vinculados directamente a situaciones de la vida privada, como serían los de bigamia, adulterio, incesto, amancebamiento en los casos del artículo 381 del Código Penal, y otros similares:

- b) En los juicios civiles en que el juez competente haya debido fijar como hechos sustanciales controvertidos, actos que constituyen la causa de pedir, como serían, por ejemplo, las probranzas en los juicios de divorcio, conforme a la Ley de Matrimonio Civil, y
- c) En los juicios de tuición de menores y alimentos en que el juez debe investigar, generalmente por medio de asistentes sociales, la vida familiar y sus características socioeconómicas.

No habría por tanto, intromisión en la vida privada en los casos en que está en juego la comisión de otros delitos y en las investigaciones tributarias permitidas por la ley. Ahora bien, en las situaciones señaladas con las letras a) y b) que anteceden, el que exista una investigación judicial sobre materias que inciden en la vida privada no faculta a terceros para divulgar los hechos o informar con publicidad sobre ellos. Por lo demás, los tribunales de justicia tienen facultades para decretar que determinados procesos, una vez concluido el sumario, que es secreto, y los juicios, se mantengan en reserva y sólo puedan ser consultados por las partes y sus mandatarios y abogados.

La Ley de Abusos de Publicidad, Nº 16.643, de 4 de septiembre de 1967, protege la privacidad y el nombre de las víctimas, especialmente si son menores de edad, en la publicidad de delitos sancionados en el Título VII del Código Penal, que cautela el orden de las familias y la moralidad pública.

- El concepto de "vida privada" está directamente vinculado a la "intimidad", a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, administran sus bienes, perciben remuneraciones, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros. Recogeremos las palabras pronunciadas del profesor don Alejandro Silva Bascañan pronunciadas en la Sesión 129 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que perfilan la significación humana y por cierto jurídica de esta garantía: "Para completar la explicación de la sustancia de este precepto, desea poner de relieve sus trascendencias en este momento que vive el mundo. Por un lado, el proceso de socialización ha producido una interdependencia enorme entre la persona y la sociedad, y ya no puede concebirse el desarrollo que la persona humana en forma aislada o individual. Por otra parte, la sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo; todo lo cual hace que sea muy importante que ese proceso de penetración de la sociedad sobre el hombre tenga un límite que le permita a éste formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad. Y en este sentido es que le atribuye trascendencia a la aprobación de este precepto, porque frente a una sociedad que de tal manera abrumba al hombre dentro de la riqueza de los medios que tiene para influir sobre él, es terriblemente dañino que la sociedad se masifique totalmente en un proceso en el cual los valores superiores no sean puestos de relieve. ¿Y desde dónde va a surgir la posibilidad de que se coloquen en términos verdaderamente de influencia los valores superiores del individuo? En la misma proporción en que se le reserva al hombre un santuario de intimidad en el cual pueda formar, producir, consolidar y desarrollar esos valores que después va expresar en la sociedad. Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera".

De estos antecedentes y de la naturaleza de esta normativa que es novedad en la Constitución de 1980 y de la propia naturaleza del patrimonio personal y familiar, aparece que el monto de los bienes, ingresos, rentas, y remuneraciones de las personas forma parte de **su vida privada, de su más elemental privacidad** y que no puede persona alguna, ni siquiera la ley, por no autorizarlo la Constitución, vulnerar el respeto que se les debe, publicitando en cualquier forma, entregando a terceros sin la voluntad o el consentimiento del afectado, informaciones sobre su situación patrimonial.

Esta tesis está retificada por el espíritu general que anima la legislación chilena y que en diversos textos protege la privacidad de la vida económica personal. En efecto:

- A) El Decreto Ley 1.097 de 1975 que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, estatuye: "ARTICULO 7º.- Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios a la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal".
- B) La Ley General de Bancos establece que en su artículo 20: "Los depósitos, captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los Bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, este podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá estos efectos.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, solo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

La justicia ordinaria y la militar, en las causas en que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario,

- C) La Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, D.F.L. 707 de 7 de Octubre de 1982, dice en su artículo 1º "La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las ordenes de pago de otra persona hasta concurrencia

de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.

El banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y solo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien este haya facultado expresamente.

No obstante, los tribunales de justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador”.

- 4) El Código Tributario, D.F.L. 830 de 1974, consagra en el artículo 35 lo siguiente: “ARTICULO 35 lo siguiente: “ARTICULO 35.— Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador. El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario, debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativa y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.

El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuentes de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ella, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos de datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales.

El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto, sobre alimentos, y en procesos por delitos comunes, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular”.

El tenor de esta preceptiva nuestra, sin lugar a debate, que el legislador ha querido otorgar al patrimonio y las rentas el carácter de antecedentes personales, de carácter privado, respecto de los cuales sólo el legislador puede autorizar, en casos excepcionales y de modo excepcional, su divulgación o conocimiento por terceros.

De todo lo relacionado aparece que la Circular que me ocupa constituye una amenaza y una perturbación, un real atentado administrativo en contra de la garantía constitucional que asegura el respeto y la protección de la vida privada de los ejecutivos afectados.

Y se da, aquí, nuevamente, la curiosa situación de que teniendo conciencia, al parecer, el administrador, de lo inconstitucional, ilegal y arbitrario de su resolución, quiso atenuarla estableciendo que no se indicarán los nombres de los 15 ejecutivos en la Memoria. ¡Inútil medida atenuante! ¿Que fácil es en Chile conocer los nombres de algunos de los más altos ejecutivos de una empresa y que fácil resultaría desprender el monto de sus remunera-

ciones! Así se infringe un derecho constitucional fundamental, un derecho esencial de la personalidad que nuestro ordenamiento cautela con especial interés.

III: EL ESTADO DE DERECHO Y LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO DE CIERTOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION.

Recordando la Sección Primera del último capítulo del Tomo II de mi obra "Los Derechos Constitucionales" Editorial Jurídica de Chile, 1986, sostengo que el Estado de Derecho existe y es real cuando las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entorpezca ilegítimamente en las funciones de otras y cuando los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y se cautela su vigencia real por un Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado. Pero el Estado de Derecho no es sólo una concepción jurídica. Debe ser, además y fundamentalmente, un conjunto de compromisos éticos de autoridades y gobernados, vigilados por una opinión pública libre, que impidan los abusos, los excesos, la utilización de requicios para obtener lo que la institucionalidad no permite y, en suma, el abuso de las normas de derecho.

La Constitución de 1980 consagra en varios de sus más importantes preceptos la vigencia en Chile de un Estado de Derecho. Ello se explica, entre otros antecedentes, porque desde el comienzo del trabajo de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, todos sus integrantes se propusieron a robustecer en nuestro país la concepción del Estado de Derecho. Basta revisar sobre esta materia el Memorándum que los integrantes de la Comisión presentaron a la Junta de Gobierno, ya el 18 de Noviembre de 1973 y que fué aprobado por la Junta (Véase Tomo I de las Actas de la Comisión, Sesión 18, de 22-XI-73).

Estudiaremos en primer término, los artículos 6º y 7º de la Constitución:

"Artículo 6º 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.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

"Artículo 7º Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

Estos artículos tuvieron su origen en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y aparecieron con otra numeración y con redacción muy similar en el Acta Constitucional N° 2, de 13 de septiembre de 1976. La redacción actual fue dada en la misma Comisión en el año 1978.

El articulado de una Constitución está constituido por la letra, su razón histórica y su espíritu y hay que ubicar la segunda y penetrar en éste para lograr una comprensión fiel y adecuada de esa normativa.

Es cierto que la letra de los artículos 6º y 7º clara; pero en los seis incisos que los forman sólo el segundo del artículo 7º tiene tradición en nuestra historia constitucional. Todo el resto es nuevo y, por ello, nos detendremos en las Actas de la Comisión, fuente cierta de esos preceptos.

Los primeros y más importantes debates sobre el tema tuvieron lugar en las Sesiones 38 (7 de mayo de 1974), 47 (20 de junio de 1974), 50 (2 de julio de 1974), 51 (4 julio de 1974) y 53 (11 de julio de 1974). Debo destacar que la primera aproximación a lo que hoy es la preceptiva que nos ocupa surgió de indicaciones de los profesores Silva Bascañán, Diez y Evans que el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar, sometió a debate y refundió en la Sesión 40, de 14 de mayo de 1974. El propósito común, determinante de todas las indicaciones fue acentuar, recalcar la existencia y vigencia del Estado de Derecho en Chile. Tanto fue así, que llegó a aprobarse como inciso del artículo 1º de la futura Constitución un precepto que decía textualmente: "En Chile hay Estado de Derecho y las potestades estatales y todas las autoridades públicas someten su acción a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella.

Esta decisión de robustecer la concepción de Estado y hacerlo relevante en la Constitución, cuya primacía jerárquica debía simultáneamente destacarse, produjo importantes debates que, en definitiva, sin nombrarlo así, dieron origen a la normativa vigente que nos ocupa. Pero, además, y aquí aparece la razón histórica que hay que descubrir en el estudio de una Constitución, no puede olvidarse que los miembros de la Comisión estaban, en 1974, impactados por la forma como el Gobierno anterior había formado la llamada "área de propiedad social", utilizando resquicios que expresaban una voluntad manifiesta de juridicidad aparente y de abuso jurídico de fondo. Fue por ello que al redactarse los preceptos de los actuales artículos 6º y 7º se tuvo muy a la vista y se recordó reiteradamente esa experiencia y se quiso garantizar la existencia del Estado de Derecho creando las cautelas jurídicas que fueran necesarias para evitar que la autoridad pública incurriese en abuso del derecho, en arbitrariedades o en desviaciones de poder.

Por ello, la Comisión repitió la sanción de nulidad que ya contenía el artículo 4º de la Constitución de 1925, dejando constancia de que se trata de una nulidad de derecho público que opera en pleno derecho en el momento en que el acto viciado se ejecuta, y, además, estableció que sus autores deben ser sancionados (Sesión 51, de 4 de julio de 1974).

Las mismas ideas directrices surgen del debate posterior de la Comisión, en 1978, cuando, ya con otros miembros, revisa el texto final del proyecto constitucional y adopta acuerdos importantes. Recordemos las Sesiones 402, de 14 de julio de 1978, y 411 de 6 de septiembre del mismo año, y de ellas tomamos una constancia del profesor Jaime Guzmán en el sentido de que el concepto de autoridades públicas comprende de todos los órganos y potestades del Estado, en oposición a las autoridades privadas, como la del padre de familia, que no se ejercen en el ámbito del derecho y encontramos, además, una proposición del profesor Raúl Bertelsen (Sesión 411), en que, observando que los preceptos en estudio utilizaban indistintamente

expresiones como “autoridades públicas”, “órganos de autoridad” y “órganos del Estado”, sugirió que se empleara en los artículos la frase “órganos del Estado” que sería comprensiva de todas las otras similares, propuesta que la Comisión aceptó.

De esta relación aparece:

- 1º Que los artículos 6º y 7º tienen por objeto robustecer el Estado de Derecho y la supremacía constitucional;
- 2º Que los encargos y prohibiciones que contienen se refieren a todas las autoridades y también a las particulares;
- 3º Que la sanción jurídica prevista para la infracción es la nulidad, de pleno derecho, del acto antijurídico;
- 4º Que la antijuridicidad puede consistir en proceder al margen de la Constitución o **Infrigiéndola**; en infringir el resto del ordenamiento jurídico y en actuar sin previa investidura regular o **sin facultades constitucionales o legales expresas**;
- 5º Que, además, la autoridad infractora del ordenamiento institucional puede sufrir las sanciones que establezca la ley.

Establecido que los preceptos de los artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980 tienen por objeto asegurar la vigencia del Estado de Derecho, y que ello, en su esencia, implica Poderes Públicos independientes, el sometimiento de gobernantes y gobernados a una institucionalidad jurídica y a la supremacía de la Constitución, corresponde analizar cómo protege el texto constitucional ese proyecto.

Por su naturaleza, la Constitución es la norma positiva de mayor autoridad. Ello supone la existencia del siguiente orden jerárquico de las reglas de derecho:

- 1º La Constitución;
- 2º Las leyes y los tratados internacionales promulgados y publicados en el país;
- 3º Los decretos con fuerza de ley;
- 4º Los reglamentos emanados del Presidente de la República para hacer cumplir las leyes;
- 5º Los decretos supremos, y
- 6º Los actos y resoluciones de las autoridades políticas y administrativas.

Teóricamente, y conforme a este ordenamiento jerárquico, los decretos, los reglamentos y las resoluciones de cualquier órgano de autoridad no pueden contener nada contrario a los decretos con fuerza de ley, a los tratados y a las leyes y ellos no pueden infringir la Constitución. El orden jerárquico primera base de la supremacía constitucional, limita, por consiguiente, el ámbito de contenido de las normas de derecho, al someter a las de inferior valor a la superioridad jerárquica

y, en último término, a todas ellas a la Constitución. Luego, ningún acto administrativo, el instituto de menor jerarquía, puede infringir los reglamentos, la ley o la Constitución, bajo sanción, como veremos, de nulidad, y sin perjuicio, por cierto de los recursos cautelares que puedan interponerse para hacer cesar los efectos del acto ilegal, arbitrario e inconstitucional.

Hay una segunda base jurídica de la supremacía constitucional: es el principio de que en derecho público las autoridades sólo pueden ejecutar aquellos actos que la Constitución y las leyes expresamente autorizan. Este principio limita la acción de los gobernantes y los somete, esencialmente, al imperio de la Constitución (art. 7º inc. 2º Constitución de 1980).

Ahora bien, la Constitución de 1980, buscando robustecer el Estado de Derecho y la consiguiente cautela de los derechos de las personas, se preocupó de modo muy preferente de ampliar los mecanismos de control de la supremacía constitucional y de la juridicidad de las normas de derecho. Esos mecanismos pueden ser de tres categorías: a) políticos; b) jurídicos o preventivos, y c) jurisdiccionales, preventivos y represivos.

Los mecanismos de control jurisdiccional, son algunos preventivos, como los que ejerce en ciertos casos el Tribunal Constitucional, y otros represivos, que ejerce el Poder Judicial (art. 73) y específicamente la Corte Suprema en la institución de la inaplicabilidad (art. 80). La jurisdicción está, así, facultada para reprimir las inconstitucionalidades, las ilegalidades, los abusos, las desviaciones de poder y, especialmente, arbitrariedades que puedan cometer las autoridades, sin distinción, y, en algunos casos, los particulares, restableciendo el imperio del derecho y ordenando, cuando proceda, la reparación del daño causado.

Destacaré las más relevantes instituciones que forman el sistema chileno de represión de la antijuridicidad:

- 1) La facultad de la Corte Suprema para declarar, de oficio o a petición de parte, inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución que se pretende utilizar en una gestión determinada.
- 2) Las facultades, especiales, del Tribunal Constitucional respecto de los proyectos de ley.
- 3) la facultad de cualquier juez para prescindir de un reglamento o decreto ya vigente, contrario a la Constitución, por la simple aplicación del principio del orden jerárquico de las normas de derecho.
- 4) La facultad de cualquier tribunal para prescindir de un texto legal que haya sido derogado tácita y orgánicamente por una Nueva Constitución Política o por nuevos preceptos, constitucionales.
- 5) **La facultad de cualquier tribunal ordinario para hacer constar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados al margen de las atribuciones expresamente concedidas por la Constitución o las leyes** (art. 7º, inc. final y art. 2º de la Ley Orgánica de Administración General del Estado, Ley 18.575 de 5 de diciembre de 1986).
- 6) La facultad de las Cortes de Apelaciones para conocer de recursos de amparo y cautelar la

libertad personal (art. 21).

- 7) La facultad de las Cortes de Apelaciones para establecer el imperio del derecho cuando alguien sufra privación, perturbación o amenaza en los derechos y garantías establecidos en varios números del artículo 19, por causas de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, todo ello a través del recurso de protección (art. 20)
- 8) La obligación de los tribunales de justicia de ejercer su autoridad jurisdiccional aunque no haya ley que resuelva la contienda (art. 73 inc. 2º), precepto que garantiza aún más la existencia del Estado de Derecho. Debemos señalar que este precepto pretendió, esencialmente, robustecer el principio de la inexcusabilidad de los tribunales y disipar cualquier duda acerca de su competencia plena para fallar una contienda de lo contencioso– administrativo.
- 9) El precepto de que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento” (art. 19 N° 3º, inc. 5º). Hay resoluciones de ciertas autoridades públicas que son, en su esencia, actuaciones jurisdiccionales, ya que crean, restringen, suprimen o niegan derechos, como las de algunas entidades fiscalizadoras, como las Superintendencias. Esas resoluciones deben reunir, como requisito de validez, una exigencia de **racionalidad** en su tramitación, con audiencia y defensa del supuesto infractor, único elemento conceptual que evita la arbitrariedad.
- 10) La garantía constitucional de que las leyes que regulen o complementen los derechos constitucionales no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (art. 19 N° 26). Si el legislador tiene un impedimento tan categórico para incurrir en arbitrariedades o abusos, con mayor razón y por su sometimiento a las leyes y a la Constitución, lo tienen el Poder Administrador y sus agentes.

Puede apreciarse, en el cuadro que hemos ofrecido, la fundamental trascendencia de la labor del Poder Judicial para hacer verdad el Estado de Derecho, para concretar un régimen en que gobernantes y gobernados se sometan al imperio del derecho y en que la **Irregularidad jurídica, la arbitrariedad, el abuso y la desviación de poder que afecten derechos o causen perjuicio, no queden impunes**, porque todos, autoridades y particulares, están sometidos al imperio de un ordenamiento jurídico y a la jurisdicción plena de los Tribunales de Justicia.

Todos estos elementos de juicio llevan a concluir que tanto la Administradora de Fondos de Pensiones XXXX como los ejecutivos afectados por la orden del Superintendente, pueden requerir la cautela de sus derechos vulnerados, perturbados y amenazados a través de recursos de Protección y pueden, además demandar en juicio ordinario la constancia de la **nulidad** de derecho público, que se produce por la sola dictación de la parte objetada de la Circular del Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones.

CONCLUSION

La Circular N° 482 de 1988 del Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, en la parte en que obliga a ciertas sociedades a dar a conocer las remuneraciones de algunos de sus ejecutivos, es un acto ilegal y arbitrario que infringe, perturba y/o amenaza el pleno ejercicio de las garantías constitucionales consagradas en los números 2º, 4º, 5º y 22º del artículo 19, de la Constitución que aseguran derechos de la Administradora de Fondos de Pensiones XXXXX y de sus ejecutivos, por lo que todas esas personas pueden recurrir de Protección y, además, requerir la constancia judicial de la nulidad de pleno derecho de esa exigencia.