LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

85 años de vida institucional (1927 - 2012)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
26-III-1927
CHILE

85 años
1927 - 2012

Conmemoración por su 85° Aniversario de vida institucional

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

85 años de vida institucional (1927 - 2012)

85 años

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

85 años de vida institucional

(1927-2012)

Edición de 1.000 ejemplares, editada y diagramada en la Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República.

Santiago, noviembre 2012

Es propiedad de los Autores

© CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

INSCRIPCIÓN N° 223.228, REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL
TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA.

Presentación

PRESENTACIÓN

Los 85 años que hoy conmemoramos con el lanzamiento de este libro y con la reedición de aquellos que marcaron los 50 y 75 años de vida institucional, nos encuentran en un momento especial; no solo para la Contraloría, sino para toda la administración y, en definitiva, para toda nuestra sociedad.

La revalorización del ciudadano, en toda su amplia dimensión, titular pleno de derechos frente al Estado –mas no necesariamente consciente de sus deberes–, más allá del discurso o de la teoría constitucional, es una realidad, que exige transparencia y coordinación, que constituyen imperativos de gobernanza efectiva.

Y en el centro de este esfuerzo es donde ubicamos el actuar de la Contraloría. Todo confluye aquí. No somos la administración activa, tampoco la enfrentamos. Difícil rol donde debemos siempre colaborar con los gobiernos y ser socios naturales de las oposiciones. Pero lo que es necesario recalcar es que la Contraloría General de la República, debe siempre emplazarse como el colaborador esencial al logro del bien común del Estado, facilitando el actuar probo, eficaz, eficiente y oportuno de la buena decisión estatal.

Si en la primera etapa de los cambios introducidos en esta Entidad Superior de Control, los énfasis fueron puestos en la transparencia, hoy sin duda estos deben establecerse en la coordinación, en la calidad del trabajo, en la justa oportunidad y en el fortalecimiento de participación del ciudadano en el Estado. Debemos ser un agente catalizador de la confianza del ciudadano en sus instituciones estatales. La administración se legítima en tanto hace las cosas, las hace bien y satisface las necesidades de aquellos a quienes sirve. Para eso y por eso debe escucharlos.

Así lo hemos entendido en esta Contraloría. Transparentamos nuestros productos aún antes que se dictara la ley de acceso a la información, y abrimos canales reales de participación ciudadana pese a que no estamos afectos a la Ley N° 20.500. Somos parte del proceso cultural que se vive en esta nueva dimensión ciudadana y sabemos que debemos cumplir nuestro rol con firmeza y, al mismo tiempo, tenemos conciencia de que somos el vértice donde confluye la actuación de servicio a que está obligado el Estado. Prevenimos y fiscalizamos y, en esa misión, capacitamos y cooperamos. Estamos en la mejor posición para detectar los problemas y también para colaborar en la búsqueda de soluciones.

Este lanzamiento y reedición forma parte de esta misión. Es fundamental formar profesionales capaces en el ámbito del derecho público que puedan integrarse a la tarea de administrar con conocimiento y con el ánimo de servir eficazmente. No queremos tener una administración activa más fiscalizada sino que una que valore y aplique mejores prácticas. Queremos que nuestro trabajo produzca un círculo virtuoso de buena gobernanza, donde es ineludible el reparo o el reproche, pero donde es insustituible la difusión y expansión de las mejores prácticas.

Queremos escuchar a quienes recurren a nosotros, a los servicios, a la academia y a los ciudadanos en general. Todavía queda mucho por hacer y no cejaremos en buscar los caminos para encontrar las soluciones, para cumplir mejor nuestra tarea en el corto y en el largo plazo.

La Contraloría ya está inserta en este desafío, no tenemos vuelta atrás. Afortunadamente!

Ramiro Mendoza Z.
Contralor General de la República

Índice

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 5

I. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE Y EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA, Eduardo Cordero Quinzacara 15

LA FUNCIÓN CONTRALORA, POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LA DEMOCRACIA, Ricardo Israel Zipper - Emilio A. Oñate Vera 35

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA Y NOTABLE ABANDONO DE DEBERES, Fernando Saenger Gianoni 47

EL CONTROL EN LA DEMOCRACIA DE HOY, José Luis Cea Egaña..... 63

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA, Iván Obando Camino - Johann Allesch Peñailillo..... 69

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Karl Müller Guzmán..... 91

EL ROL DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: DESDE EL CONTROL DE LEGALIDAD A LOS NUEVOS ESTÁNDARES DE BUENA ADMINISTRACIÓN, Alejandro Vergara Blanco..... 103

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pedro Aguerrea Mella 111

II. JURIDICIDAD

EFECTOS QUE PRODUCE LA DECLARACIÓN DE CONTRARIEDAD A DERECHO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Eugenio Evans Espiñeira - Domingo Poblete Ortúzar..... 123

LOS DECRETOS EXENTOS DE TOMA DE RAZÓN. 50 AÑOS DE SU CREACIÓN: 1962-2012, Paulino Varas Alfonso 139

Pág.

LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL Y SU RELACIÓN CON LA DE LOS TRIBUNALES Y DE OTROS ORGANISMOS ESTATALES, Urbano Marín Vallejo 149

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿SUPERIOR JERÁRQUICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA?, Juan Pablo Beca Frei 157

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TOMA DE RAZÓN Y DE LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA, Enrique Navarro Beltrán 177

SOBRE EL CONTROL DE LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY, Luis Alejandro Silva Irarrázaval 193

EL MÉRITO, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA", Baltazar Morales Espinoza 207

TOMA DE RAZÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y JURISDICCIÓN, Marcelo Venegas Palacios 221

III. PROCEDIMIENTOS Y SANCIÓN. DEBIDO PROCESO

EL MOTIVO DE HECHO EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: NOTAS SOBRE PROCEDIMIENTO, FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN, Iván Aróstica Maldonado 233

LA CONTRALORÍA GENERAL Y EL CONTROL DE LAS INFRACCIONES A LA TRANSPARENCIA, Gladys Camacho Cépeda 251

LA CONTRALORÍA Y LA PREGUNTA DE CARBONNIER, Antonio Pedrals García de Cortázar 269

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL JUICIO DE CUENTAS, Juan Carlos Ferrada Bórquez 299

IV. PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

EL TRÁMITE DE REGISTRO Y PROBLEMAS QUE SUSCITA, Eduardo Soto Kloss 319

Pág.

EL MALTRATO LABORAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL, Carmen Gloria Pérez Villar 333

ALCANCE DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES FUNCIONARIOS: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL, Rodrigo Aros Chia - Gonzalo Guerrero Valle..... 359

EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR DE CARABINEROS, Daniel Soto Muñoz 379

V. TEMAS DE JURISPRUDENCIA

¿LOS PLAZOS DE LA ADMINISTRACIÓN NO SON FATALES?: OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE UNA TESIS, Cristián Montero Cartes 405

EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: UNA REVISIÓN A LA LUZ DEL ESTADO DE DERECHO, Javier Millar Silva 417

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN A LAS MUNICIPALIDADES, José Fernández Richard 431

LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONTRALORA AL DESARROLLO Y DELIMITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, José Luis Lara Arroyo - Carolina Helfmann Martini 439

NOTAS ACERCA DE LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, Pablo Andrés Alarcón Jaña..... 463

EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Ana María García Barzelatto..... 481

I. Contraloría General de la República

LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE Y EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA

Eduardo Cordero Quinzacara
Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objeto establecer el concepto de autonomía en el marco de la organización de la Administración del Estado en Chile, con la finalidad de determinar la naturaleza y las consecuencias jurídicas que derivan del mismo a la luz de la jurisprudencia administrativa, teniendo presente las diversas modalidades que puede presentar a nivel constitucional y legal.

Palabras clave: Administración del Estado – Autonomía – Organización Administrativa.

1. Antecedentes generales

Uno de los problemas que de forma reiterada se discute en nuestro Derecho Administrativo es aquel que dice relación con el alcance que tiene el concepto de autonomía en el marco de la organización de la Administración del Estado en Chile. Por lo demás, llama profundamente la atención que en muchas ocasiones se identifique la autonomía con autarquía, esto es, con la capacidad que tiene una entidad de darse su propio derecho, o para sostener la ausencia de mecanismos de control sobre las actuaciones que realizan determinados órganos, creando una suerte de espacio libre de normas y de controles externos, lo que de partida no deja de plantear serios cuestionamientos al momento de analizar la cuestión teniendo a la vista diversos preceptos constitucionales.

Por tal razón, se hace necesario volver nuevamente sobre este concepto y determinar con precisión cuál es el alcance que tiene en el marco de las normas que integran nuestro Derecho "común" administrativo, partiendo por la Constitución y la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).

Para tales efectos, desarrollaremos el tema a partir de la distinción entre los conceptos de autonomía política y administrativa (2), para luego exponer y analizar las normas que regulan orgánicamente la Administración del Estado a nivel constitucional (3) y legal (4), y posteriormente enfrentar el problema del concepto de autonomía dentro de la Administración del Estado en Chile (5) y los criterios que se han formulado para determinar en qué casos nos encontramos ante entidades autónomas (6). En la parte final, abordaremos la relación que se produce entre las entidades autónomas y los Ministerios (7) y haremos una síntesis de la jurisprudencia administrativa en materia de autonomías (8), para cerrar con las correspondientes conclusiones (9).

2. Conceptos previos. La distinción entre Autonomía, Gobierno y Administración

El concepto de *autonomía* tiene para el Derecho público diversos alcances. Así, nuestra Constitución habla de la autonomía de los grupos intermedios o de la autonomía municipal, del Banco Central y de diversos órganos que integran la Administración del Estado. En este caso en particular, es importante distinguir entre autonomía política y autonomía administrativa, conceptos que muchas veces se confunden y que corresponden a diversos niveles o etapas en la organización del Estado.

La autonomía política se predica de aquellos Estados compuestos, en donde el poder político no sólo es distribuido a nivel horizontal (poder legislativo, judicial y ejecutivo), sino también de forma vertical: Estado federal y Estados federados, Estado central y regiones. Son casos que también se comprenden bajo la noción de *descentralización política*, ya que existe más de un centro de impulsión del poder, como ocurre con los Estados federales o regionales, en donde se comparte el poder legislativo a nivel central o federal y a nivel de estados miembros o regiones; lo mismo que el gobierno.

Distinto es el caso de la autonomía administrativa, pues ésta no supone necesariamente la existencia de descentralización política. La autonomía administrativa supone la existencia de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente, lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones. En muchos de estos casos, la entidad autónoma goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero no es una condición esencial, tal como lo explicaremos más adelante.

Ahora bien, conforme a nuestra Constitución, no es posible la existencia de órganos, entidades o regiones que gocen de autonomía política, ya que esto supone una descentralización política que no se condice con el carácter unitario que le asigna la Carta Fundamental a nuestro Estado (artículo 3º). Sin embargo, lo anterior no es óbice para que dentro de la Administración del Estado puedan existir órganos autónomos de naturaleza administrativa, como da cuenta la propia Carta Fundamental: Contraloría General de la República, Banco Central, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión. Además, también se permite al legislador crear órganos de la misma naturaleza (artículo 65 inciso 4º Nº 2).

Por lo tanto, el concepto que se analizará en este trabajo será el de autonomía administrativa en el marco de la organización de la Administración del Estado. Para tal efecto, resulta necesario determinar qué órganos forman parte de este complejo orgánico según nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como legal.

3. El marco constitucional: los órganos que integran la Administración del Estado

Nuestra Constitución establece diversas normas respecto de la organización y atribuciones de los órganos del Estado, así como la posición institucional que ostentan. Al efecto, se preocupa de regular el Gobierno (Capítulo IV); el Congreso Nacional (Capítulo V); el Poder Judicial (Capítulo VI); el Ministerio Público (Capítulo VII); el Tribunal Constitucional (Capítulo VIII); el

Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales (Capítulo IX); la Contraloría General de la República (Capítulo X); las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública (Capítulo XI); el Consejo de Seguridad Nacional (Capítulo XII); el Banco Central (Capítulo XIII); las Intendencias, Gobiernos Regionales, Gobernaciones y Municipalidades (Capítulo XIV). A lo anterior, se debe agregar el Consejo Nacional de Televisión, previsto en el artículo 19 Nº 12, y las empresas del Estado, según el Nº 21 del mismo artículo (Capítulo III).

A este respecto, la Carta Constitucional distingue entre el Gobierno y la Administración del Estado (artículo 38), como entidades que integran lo que tradicionalmente se ha denominado Poder Ejecutivo. Ambas funciones, esto es, gobierno y administración, están entregadas al Presidente de la República (artículo 24), quien además es el Jefe de Estado.

Ahora bien, el *Gobierno* está compuesto fundamentalmente por el Presidente y los Ministros de Estado, que son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente. A su vez, a nivel regional y provincial, se asignan funciones de gobierno a los Intendentes y Gobernadores, que son autoridades de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Por su parte, la *Administración del Estado* puede ser comprendida como un complejo orgánico que –por regla general– se encuentra bajo la dependencia o bajo la tutela o supervigilancia del Presidente de la República. Su conceptualización siempre ha sido compleja, pero tradicionalmente se ha utilizado un criterio negativo para dar cuenta de su alcance: se entiende que la Administración comprende a todos aquellos órganos que no forman parte del Poder Legislativo o del Poder Judicial[1].

En este sentido, no forman parte del Gobierno y de la Administración del Estado el Congreso Nacional (Cámara de Diputados y Senado); el Poder Judicial; el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Por su parte, todos los demás órganos públicos están comprendidos dentro del Poder Ejecutivo: el Presidente de la República, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y de Orden, Banco Central, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas[2].

A los órganos anteriores se deben agregar los servicios públicos creados por ley. Al efecto, el artículo 65 inciso 4º Nº 2 dispone que estos órganos pueden ser de distinta naturaleza: fiscales, semifiscales o autónomos.

A su vez, por regla general, todas estas entidades deben estar bajo la *dependencia* o la *tutela* del Presidente de la República, ya que a él le corresponde la función de gobierno y de administración del Estado. El Presidente de la República es el que debe fijar las políticas y directrices que han de guiar a todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, para lo

1 Este criterio provoca algunas dificultades respecto de órganos administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales, como sucede con el Servicio de Impuestos Internos y el Servicio Nacional de Aduanas. En todo caso, con la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.322 (D.O. 27.01.2009) se ha separado la función administrativa de la jurisdiccional a través de la creación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros.

2 En nuestra opinión también se debe considerar al Ministerio Público, regulado en el Capítulo VII de la Constitución y la LOC Nº 19.640, de 15 de octubre de 1999. Sin embargo, no aparece mencionado en el artículo 1º LBGAE. No obstante lo anterior, su posición institucional no es diversa de la que tienen otros organismos, como la Contraloría General de la República.

cual se le otorgan una serie de facultades, como el nombramiento de las máximas autoridades de la Administración, su remoción o destitución, la asignación de recursos, etc. En esta función, sus colaboradores inmediatos son los Ministros de Estado.

Sin embargo, la propia Carta Fundamental establece que determinados órganos gozarán de *autonomía*, razón por la cual no estarán sometidos a dicha dependencia o tutela, como ocurre con la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Ministerio Público, las Municipalidades y el Consejo Nacional de Televisión[3]. Al mismo tiempo, la propia Constitución permite que la ley pueda crear órganos autónomos (artículo 65 inciso 4º Nº 2). De esta forma, nos encontramos con entidades que tienen una autonomía de rango constitucional y otras de naturaleza legal, haciendo excepción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución. La distinción entre autonomía constitucional y autonomía legal se analizará con detenimiento en un apartado posterior.

Conforme a lo expuesto en esta primera parte, podemos sostener lo siguiente:

a) Forman parte del Gobierno y la Administración del Estado aquellos órganos creados por la Constitución y la ley, y que no integran el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Justicia Electoral y el Tribunal Constitucional.

b) Por regla general, estos órganos se encuentran bajo la dependencia o tutela del Presidente de la República, en la medida que a éste le corresponde el gobierno y la administración del Estado.

c) No obstante lo anterior, existen determinados órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero que gozan de autonomía, con lo cual se hace una importante excepción a lo establecido en el artículo 24 de la Carta Fundamental.

d) Esta autonomía puede ser otorgada a nivel constitucional, v. gr., Contraloría o Banco Central, o a nivel legal, v. gr., Consejo para la Transparencia (artículo 65 inciso 4º Nº 2).

4. La cuestión a nivel legal: la LOC Nº 18.575 (LBGAE)

Los principios y bases orgánicas contenidas en la Constitución son desarrollados, en nuestro país, a partir de una ley orgánica constitucional (artículo 38 de la Constitución). Esta regulación actualmente se encuentra contenida en LOCBGAE, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado mediante el D.F.L. Nº 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante LBGAE).

---

[3] El Tribunal Constitucional se hizo cargo de esta materia al pronunciarse sobre la LOC Nº 18.840, del Banco Central. Al efecto, señaló que "*[…] la existencia de estos órganos autónomos no debe extrañar, ya que desde la época de la Constitución de 1925, el Constituyente inspirado en el principio de la descentralización funcional de la Administración del Estado, ha facultado al legislador para crear órganos descentralizados autónomos e, incluso, empresas del Estado, cuya administración se rige por sus respectivas leyes. […] Que ninguno, pues, de los organismos autónomos que contempla o permite la Constitución puede decirse que estén plenamente sometidos al gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República. Ellos se rigen por sus respectivas leyes. […] pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como un ente autónomo*". Véase Sentencia Rol Nº 78, de 20 de septiembre de 1989.

Este cuerpo legal contiene en su Título II (artículos 21 y ss.) un conjunto de disposiciones sobre aspectos orgánicos de la Administración del Estado, y en particular en el párrafo 1º de dicho título regula a los ministerios, subsecretarías, secretarías regionales ministeriales y servicios públicos. Del análisis de la normativa de la LBGAE, es posible constatar que ésta no sigue en términos estrictos la nomenclatura utilizada por la Constitución. Así, guarda absoluto silencio respecto de los servicios públicos semifiscales y autónomos, a pesar de ser categorías consagradas por la Constitución.

Ahora bien, esta ley nos da un concepto y clasificación de los servicios públicos, considerando si actúan bajo la personalidad jurídica del Estado o tienen personalidad jurídica propia:

> Artículo 28.- Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22, inciso tercero, y 30.
>
> La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República.
>
> Artículo 29.- *Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.*
>
> Los *servicios centralizados* actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Los *servicios descentralizados* actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

La LBGAE reordena las distinciones que se había hecho respecto de los servicios públicos y las reduce a dos categorías: *centralizados*, en relación a aquellos que actúan con la personalidad y con los bienes del Fisco, y se encuentran bajo la *dependencia* del Presidente de la República, y *descentralizados*, que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, y se encuentran bajo la *supervigilancia* del Jefe de Estado.

Conforme a esta clasificación, es muy relevante distinguir si el vínculo que tiene el servicio público con el Presidente es de dependencia o supervigilancia. Al efecto, se ha entendido que la dependencia da lugar a una relación de jerarquía entre la máxima autoridad del Estado y el servicio público, aquello explica que también se le denomine vínculo de jerarquía. En razón de lo anterior, se entiende que la jerarquía otorga un conjunto de poderes o facultades que son inherentes a tal calidad, como sucede con la potestad de mando que tiene la autoridad sobre sus subordinados[4]; el ejercicio de un control jerárquico permanente sobre su gestión[5]; el nom-

4 El artículo 61 letra f) del Estatuto Administrativo establece que es deber de los funcionarios públicos *"obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico"*.

5 Véanse los artículos 11 de la LBGAE y 64 del Estatuto Administrativo.

bramiento de funcionarios así como la facultad de cesar en sus funciones[6]; el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre ellos[7]; la resolución de los recursos jerárquicos que se interpongan en contra de sus actos[8], así como la resolución de las contiendas de competencia que se presenten entre ellos[9], además de la dictación de normas internas de carácter general (circulares e instrucciones).

Por el contrario, en el caso de la supervigilancia –también denominada tutela– dichos poderes o facultades desaparecen, en razón de que el órgano ya no se encuentra supraordenado al Presidente. En razón de lo anterior, este órgano goza de autonomía respecto del poder central, salvo en los casos que la ley expresamente le atribuya determinadas potestades al Presidente de la República sobre él, como sería el nombramiento o remoción de su autoridad superior; el ejercicio del control disciplinario; la autorización o aprobación de los actos del servicio descentralizado; la posible revocación de los mismos, entre otros. Es por tal razón que este vínculo no es uniforme en su intensidad, pues bien puede ocurrir que las potestades de tutela sean un número acotado de facultades, dando al servicio público una amplia autonomía *(descentralización real)* o sean de tal naturaleza que se acerque plenamente a los poderes propios de la jerarquía "*descentralización ficta*"[10].

5. El problema del concepto de autonomía en la Administración del Estado

El concepto de autonomía en el ámbito de la organización de la Administración del Estado adolece en nuestro derecho de una enorme imprecisión en cuanto a su alcance y sentido.

En primer término, debemos señalar que la autonomía aparece estrechamente vinculada con la idea de autarquía o autogobierno, es decir, alude a aquellas entidades que tienen el poder de darse sus propias normas y su propio gobierno. Este concepto se expresa fundamentalmente en aquellos Estados compuestos que admiten un reparto del poder de forma horizontal (poderes del Estado) y vertical (entidades territoriales), como sucede con los Estados federales (v. gr., Estados Unidos, Alemania, Brasil o México) y los Estados regionales (España e Italia).

Sin embargo, Chile es un Estado unitario, tal como lo expresa el artículo 3º de la Carta Fundamental. Si bien su territorio se divide en regiones, la posibilidad de descentralizar territorialmente el poder político no es admitida, so pena de alterar su carácter unitario. Así, tal como lo hemos señalado, en nuestro país no se admite la descentralización política –asociada estrechamente al concepto de autarquía–, sino sólo la descentralización administrativa, ya sea funcional o territorial.

---

6 Artículos 146 y ss. del Estatuto Administrativo.

7 Artículos 126 y ss. del Estatuto Administrativo.

8 Artículo 10 de la LBGAE y artículo 59 de la Ley Nº 19.880.

9 Artículo 39 de la LBGAE.

10 En tal sentido, Manuel Daniel Argandoña señala que "mientras más intensos sean los poderes de tutela que la ley establezca, más se acercarán al vínculo jerárquico y en esa misma medida se disminuirá la autonomía del órgano descentralizado, y viceversa". Véase Daniel Argandoña, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.), p. 81. En el mismo sentido, Pierry Arrau, Pedro (1986): "La Administración del Estado en la Constitución Política", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 10: pp. 411-433.

En este contexto, el concepto de autonomía difiere abiertamente respecto de lo que se ha entendido en el ámbito de los Estados compuestos. Así, la autonomía dice relación con las facultades que tiene el Presidente de la República en relación a determinados órganos que integran la Administración del Estado, respecto de los cuales no existe un vínculo de jerarquía y los mecanismos de tutela o supervigilancia son bastante atenuados.

A este respecto, se debe tener presente que en su origen la incorporación del concepto de autonomía en nuestro ordenamiento estaba asociada a la creación de entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, distintas e independientes del Estado/Fisco. En efecto, desde mediados del siglo XIX comenzaron a surgir en Chile órganos con personalidad jurídica propia, como la Universidad de Chile en 1842, las cajas de ahorro y crédito y las Municipalidades, especialmente con la ley de la comuna autónoma de 1891. Esto cobró mucho más fuerza bajo la vigencia de la Constitución de 1925, a partir de una abundante legislación social e interventora, que permitió la creación de diversos organismos de crédito[11], ahorro[12] y fomento[13], además de un sinnúmero de empresas públicas[14]. A esto se deben agregar las instituciones semifiscales, no definidas por el legislador y en donde la gestión y los recursos reconocían una importante participación de privados, como fueron las cajas de previsión.

Con el objeto de ordenar todo este complejo de órganos, la Contraloría utilizó el concepto de Administración del Estado como comprensiva de todas ellas (entidades fiscales, semifiscales y autónomas), mientras que el concepto de Administración Pública se restringía única y exclusivamente a las entidades fiscales –lo que hoy denominaríamos administración centralizada o que actúan con la personalidad jurídica del Fisco–. A su vez, las entidades semifiscales estarían compuestas fundamentalmente por las cajas de previsión, mientras que la *administración autónoma* comprendería a todos aquellos servicios públicos y empresas dotadas de personalidad jurídica propia, excluidos de algunas limitaciones y prohibiciones a las cuales se encontraba sujeta la Administración Pública o Central[15]. En buenas cuentas, sería lo que hoy conocemos como administración descentralizada, pero se trata de entidades que gozan de un mayor grado de independencia en la gestión[16].

Por tal razón, la Ley de Reforma Constitucional Nº 17.284, de 1970, redujo todo este conjunto de órganos, al señalar que los servicios de la Administración del Estado podrían ser centrali-

11 Instituto de Crédito Industrial e Instituto de Crédito Agrícola.

12 Caja Nacional de Ahorro.

13 Caja de Crédito y Fomento Minero y Corporación de Fomento de la Producción.

14 A la ya existente Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), se sumaba la Empresa Marítima del Estado (EMPREMAR), la Línea Aérea Nacional (LAN), la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), el Banco del Estado y la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP).

15 Véanse los artículos 34 y 161 de la Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. En la misma dirección, también se puede consultar el artículo 1º del Decreto Ley Nº799, de 1974.

16 Esto ocurrió con la Corporación de Fomento de la Producción, la Caja de Crédito Agrario, el Instituto de Crédito Industrial, el Instituto de Economía Agrícola, la Caja de Crédito Minero y la Línea Aérea Nacional, según lo dispuso la Ley Nº 10.343, de 1952, que en su artículo 106 las calificaba como organismos de administración autónoma, no sujetos a las limitaciones y prohibiciones establecidos por las leyes de carácter general que afectaban a las Instituciones Semifiscales. Posteriormente, la Ley Nº 11.764, de 1954, insistió en remarcar tal carácter. Véase Pantoja Bauzá, Rolando (2004): *La organización administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 308-309.

zados como descentralizados[17], abandonando la vieja distinción entre Administración Pública, instituciones semifiscales, empresas fiscales y servicios autónomos[18]. Así, en Chile el concepto de autonomía se entendía comprendido en el concepto general de entidad descentralizada.[19]

Sin embargo, la Constitución de 1980 introdujo una serie de cambios sobre la materia:

a) Retomó la antigua distinción entre servicios fiscales, semifiscales, autónomos y empresas del Estado (artículo 62 inciso 4º Nº 2, actual artículo 65).

b) Considera a una serie de órganos a los cuales se les atribuye autonomía a nivel constitucional: Consejo Nacional de Televisión, Contraloría General de la República, Banco Central y las Municipalidades. Posteriormente se incorpora al Ministerio Público con igual naturaleza[20]. En este caso nos encontramos con entidades que forman parte de la Administración del Estado, pero que gozan de una amplia autonomía respecto del Presidente de la República, de forma que la ley al momento de regularlas debe respetar esta garantía institucional.

La LBGAE retomó el criterio contenido en la Reforma Constitucional de 1970 y optó por distinguir entre administración centralizada y descentralizada, dejando fuera la categoría de los servicios semifiscales y subsumiendo a los servicios autónomos dentro de las entidades descentralizadas. Es por tal razón que la doctrina tiende a distinguir al interior de las entidades descentralizadas entre aquellas que gozan de mayor o menor autonomía[21].

Sin embargo, la identificación entre descentralización y autonomía se rompe a partir de los términos de la propia Constitución, pues considera con carácter de autónomo a entidades que no son descentralizadas, como ocurre con la Contraloría General de la República y el Ministerio Público. Esto podría llevar a pensar que el concepto de autonomía no supone necesariamente descentralización. Por tal razón, consideramos que a este respecto se debe realizar una distinción adicional. Los órganos que son parte de la Administración del Estado pueden ser autónomos, pero las formas de autonomía son distintas dependiendo de la norma que la otorga o confiere:

a) La autonomía constitucional es aquella considerada en la propia Carta Fundamental y que constituye una garantía institucional que debe ser respetada por el legislador[22]. En efecto,

---

17 Véanse el inciso 2º del artículo 45 de la Constitución de 1925.

18 Cabe señalar que la Ley de Reforma Constitución Nº 7.727, de 1943, introdujo en el artículo 45 de la Constitución de 1925 la distinción entre Administración Pública, instituciones semifiscales y empresas fiscales. El concepto de servicios autónomos sería introducido por el legislador y recogido en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

19 Bien señala Pantoja, cit. (nota 15), p. 311, que la presencia de estos organismos es considerada normalmente como un ejemplo de descentralización administrativa. En el mismo sentido se pronuncia Carmona Santander, Carlos (1994): *Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho* (Santiago: Universidad de Chile).

20 Incorporado por la Ley N° 19.519 (D.O. 16.09.1997).

21 Véanse Daniel Argandoña y Pierry, cit. (nota 10).

22 El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de respetar la naturaleza autónoma cuando deriva de la Carta Fundamental, la cual ha asignado a ciertos órganos del Estado, como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva. Véase sentencia RoI Nº 80, de 22 de septiembre de 1989.

supone una remisión al legislador para que regule y desarrolle normativamente la institución, pero le impone al mismo tiempo un límite, pues no le está permitido desfigurar o alterar las características esenciales que esta institución posee, privándola de todo sentido y eficacia. En definitiva, la garantía institucional sustrae de la competencia del legislador la facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla[23].

b) La autonomía legal, otorgada en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución por iniciativa del Presidente de la República, la cual carece de la protección indicada anteriormente y es variable en su intensidad, pudiendo llegar a los niveles de la autonomía constitucional. De hecho, esta ha sido la interpretación que se ha seguido en el último tiempo, mediante la creación de órganos que no sólo tienen personalidad jurídica propia, sino que cuentan con una amplia independencia de gestión. Así ha sucedido con el Servicio Electoral[24], el Consejo de Defensa del Estado[25], el Consejo para la Transparencia[26] y el Instituto Nacional de Derechos Humanos[27].

Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible concluir lo siguiente:

a) Que en Chile la autonomía de los órganos de la Administración del Estado debe ser entendida en el marco de un Estado unitario, que sólo admite una descentralización administrativa y no política.

b) Que tradicionalmente el concepto de autonomía ha estado unida al concepto de descentralización, sin embargo, no necesariamente se identifican, pues existen órganos autónomos que no son descentralizados, como ocurre con la Contraloría General de la República y el Ministerio Público.

c) La autonomía en Chile puede ser otorgada a nivel constitucional o legal. En el primer caso, la entidad goza de una garantía institucional que debe ser respetada por el legislador en su núcleo esencial. En el segundo caso, el legislador puede establecer diversos niveles de

---

23 Las garantías institucionales han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia alemana, la cual a su vez han sido recogida ampliamente por el Derecho español. Su origen dogmático se encuentra en la interpretación del artículo 127 de la Constitución de Weimar que reconocía y garantizaba la autonomía municipal (Selbstverwaltung) "dentro de los límites de las Leyes", constituyendo la primera garantía institucional generalmente aceptada por la doctrina. Véase Schmitt, Carl (1928): *Verfassunglehre* (München: Duncker Humblot) [Versión en español *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934, traducción de Francisco Ayala]; *Grundrechte und Grudpflichten y Freiheitsrechte und institutionelle Garantien* de 1931, actualmente contenidos en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre.* Berlín: Duncker & Humblot, 1958. En el Derecho español destacan las obras de Baño León, José María (1988): "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española". Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 24, septiembre-diciembre, 1988, pp. 155-179; Parejo Alfonso, Luciano (1981): *Garantía institucional y autonomía locales* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local).

24 Ley Nº 18.556 (D.O. 01.10.1986). Su artículo 87 dispone: *"Créase el Servicio Electoral, organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto será cumplir con las funciones que le señale la ley y que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio del Interior. Su domicilio será la capital de la República".*

25 D.F.L. Nº 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda (D.O. 7.08.1993). El artículo 1º dispone que *"el Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios".*

26 Ley Nº 20.285 (D.O. 20.08.2008). El artículo 31 dispone: *"Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio".*

27 Ley Nº 20.405 (D.O. 10.12.2009). El artículo 1º establece: *"Créase el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante también 'el Instituto', como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio".*

autonomía (intensidad variable), incluso llegando a aquellos que han sido reconocidos constitucionalmente. Además, y como bien lo señala Rolando Pantoja, se puede sostener que son servicios autónomos para la Constitución *"los órganos y organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los que encarnan los tradicionales poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política de la República y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones, y que por sus características difieren de los servicios autónomos creados por el legislador, que, sin perjuicio de lo expresado anteriormente, son generalmente reconocidos como servicios descentralizados"*[28].

d) Por último, siendo de especial interés la forma que asumen las autonomías constitucionales, debemos señalar que en su configuración se debe atender a diversos elementos que permitan cuantificar el grado o intensidad en que ha sido otorgada. De esta forma, el mero hecho de indicar que un órgano es autónomo no conlleva necesariamente a una suerte de asimilación a un modelo predeterminado[29]. En este caso, deben existir ciertos rasgos o elementos que permitan identificar dicha autonomía en la regulación legal, so pena que estas disposiciones puedan ser contrarias a la Constitución.

6. Criterios para establecer la autonomía de un órgano de la Administración del Estado

Con el objeto de determinar los niveles de autonomía de un órgano o servicio público, se puede recurrir a diversos criterios. En principio, la autonomía aparece como un atributo de las entidades que forman parte de la administración descentralizada, es decir, que disponen de personalidad jurídica y patrimonio propio. Sin embargo, este no es un elemento determinante, tal como lo hemos señalado. Por lo tanto, la descentralización constituye un elemento que permite identificar la autonomía, pero también se deben considerar otros factores, como la dependencia que tienen las autoridades del servicio con el Presidente de la República, la posibilidad de que se puedan revisar sus actos, la gestión presupuestaria, entre otros.

Dentro de los pocos trabajos que existen sobre la materia, Pedro Pierry nos aporta algunos criterios y categorías para poder establecer los niveles de autonomía en los servicios descentralizados[30]. Para tal efecto, este autor analiza la mayor o menor autonomía desde la perspectiva de la designación y remoción de sus autoridades, mayor o menor control de tutela y, por último, el financiamiento independiente[31]. Además, se debe tener presente que a la cabeza de estos organismos existe una autoridad en cuyo nombramiento interviene el Presidente de la Repúbli-

28 Pantoja, cit. (nota 15), pp. 312-313.

29 Un buen ejemplo de lo señalado lo constituye el Servicio Nacional de Aduanas. Esta entidad, conforme al artículo 2º del Decreto Ley Nº 3.551, de 1980, es una institución autónoma, con personalidad jurídica y de duración indefinida. Sin embargo, el Director Nacional de dicho Servicio es de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

30 Pierry, cit. (nota 10), p. 424. Se debe tener presente que este autor parte de la base que los entes autónomos serían personas jurídicas separadas del Estado, que cuentan con patrimonio propio y son capaces de actuar en el campo jurídico a través de sus representantes, quienes pueden celebrar contratos y actos que los obligan a actuar ante los Tribunales de Justicia

31 Pierry, p. 427.

ca, ya sea de forma discrecional o con la aprobación de otro órgano (v. gr., Senado), más aún, en algunos casos estas autoridades son de exclusiva confianza del Presidente, mientras que en otras su remoción está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Por lo tanto, los criterios para determinar la autonomía de estos servicios giran en torno a la dependencia que tiene la autoridad con el poder central[32], permitiendo distinguir entre:

a) Servicios con autoridades no dependientes del poder central:

i. Servicios dirigidos por autoridades unipersonales o por Consejos en que el Presidente de la República no interviene en su designación. Este podría ser el caso del Director del Servicio Electoral y del Instituto Nacional de Derecho Humanos.

ii. Autoridades unipersonales designadas por el Presidente de la República y removidos con intervención de otro organismo. Así sucede con la Contraloría General de la República y el Ministerio Público.

iii. Autoridades unipersonales designadas por el Presidente de la República, pero que no puede remover a voluntad, como ocurre con el Fiscal Nacional Económico.

iv. Consejos mayoritariamente integrados por miembros no designados por el Presidente de la República, como sucede con el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

v. Consejos mayoritariamente integrados por miembros no designados por el Presidente de la República y por otros designados, pero que no puede renovar.

b) Servicios con autoridades dependientes del poder central:

i. Consejos mayoritariamente integrados por miembros de la confianza exclusiva del Presidente de la República o subordinados jerárquicamente, como el Comité de Inversiones Extranjeras.

ii. Autoridades unipersonales de la confianza exclusiva del Presidente de la República, como el Servicio Nacional de Aduanas.

Al interior de cada grupo se distinguen en relación con el control de tutela. Así hay algunos servicios en donde no existe o es muy poco el control de tutela establecido en las leyes y otros que cuentan con un sistema de control de tutela por parte de la autoridad central. Dentro del primer grupo tendrán mayor autonomía los servicios con muy poco o ningún control de tutela en cambio, los del segundo grupo ostentarán mayor autonomía si disponen de un sistema de control de tutela, porque de lo contrario el gobierno utilizará la subordinación que implica la exclusiva confianza al no disponer de otros medios de control.

32 Pierry, pp. 427-428.

Por otra parte, la autonomía se incrementa en la medida que los servicios cuenten con una forma propia de financiamiento, diversa a la contemplada por la Ley de Presupuesto, en la medida que tal financiamiento contribuya realmente al funcionamiento del servicio. No obstante, este financiamiento debe ir aparejado de la posibilidad de disponer de los ingresos para que cobre importancia.

En definitiva, siguiendo la clasificación del autor español García Trevijanos Fos[33], la descentralización puede ser ficta o simbólica, media o plena. Integran la última categoría los órganos que el Constituyente crea como autónomos, así como los órganos cuya autoridad no depende del poder central y no están sujetos a ninguno o es muy poco el control de tutela. La descentralización media corresponde a los órganos cuya autoridad depende o no del poder central pero sujeto al control de tutela establecido por la ley. Finalmente, la descentralización ficta alude a los órganos en que nada se dice o muy poco sobre el control de tutela, pero está dirigido por autoridades de confianza del Presidente de la República.

Por su parte, los aspectos presupuestarios no inciden en la clasificación anterior, pero sí son determinantes para establecer un mayor o menor grado de autonomía.

7. La relación Ministerio - Servicio Público y los problemas que se pueden presentar respecto de la autonomía

De acuerdo a lo establecido en LBGAE, los ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores. Para tales efectos, *deben proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector*[34]. Por su parte, los servicios públicos son definidos como órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Éstos se encuentran sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, *cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar.*

Por lo tanto, y por regla general, los servicios públicos se encuentran sujetos a las políticas, planes y programas que fijen los ministerios, pues en esta materia sólo les corresponde una función de ejecución. Esta regla, sin embargo, tiene un par de excepciones:

a) En circunstancias excepcionales, la ley podrá encomendar alguna de las funciones propias de los ministerios a los servicios públicos. Asimismo, en los casos calificados que determine la ley, un ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución[35], y

---

33 García Trevijano Fos, José Antonio (1974): *Tratado de Derecho Administrativo* (3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado), t. I, vol. 1, p. 452.

34 Artículo 22.

35 Inciso 3º del artículo 22 LBGAE.

b) La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República[36]. Actualmente esto sucede con el Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes[37] y con el Consejo de Defensa del Estado[38].

Por lo tanto, los ministerios pueden determinar el marco de actuación de los servicios públicos a partir de las políticas, planes, programas y normas que fijan, pues a éstos les corresponden llevar adelante una función de ejecución de las mismas, lo cual puede afectar seriamente su autonomía en el caso que se les haya reconocido. Sin embargo, sobre este punto debemos hacer necesariamente algunas precisiones.

No se debe confundir la *determinación de políticas* en relación con lo que se conoce como una *política pública*. Las políticas son un conjunto de valores y fines globales que orientan en un período determinado de tiempo el quehacer político y/o administrativo de la nación[39]. Éstas se establecen dentro del marco de discrecionalidad que otorga la ley al Presidente de la República y a los ministerios, y nunca pueden ir en contra de las normas que integran el bloque de la legalidad: Constitución, leyes y reglamentos[40]. Por su parte, se ha definido la política pública como un conjunto de decisiones cuyo objeto es la distribución de determinados bienes o recursos. Se trata del diseño de un conjunto de actividades realizadas en función de un resultado social y político, esto es, una solución para obtener un objetivo determinado[41]. Ésta presupone la determinación política (valores y objetivos globales) y exige establecer cuáles son las vías y acciones que se deben emprender para materializar dichos valores y objetivos globales en objetivos específicos, a través de acciones concretas, que pueden ir desde modificaciones legales, la dictación de normas administrativas, el diseño y ejecución de programas o planes, etc.

Tal como lo hemos indicado, las políticas que fijan los ministerios pueden tomar diversas formas. De hecho, ha ocurrido que éstas se han adoptado bajo la forma de directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares, instrucciones o instrutivos. En términos generales y atendiendo a su naturaleza jurídica, este conjunto de actos se pueden reducir a dos categorías de instrumentos: normas reglamentarias o circulares[42]. En el caso que estas políticas se en-

36 Inciso 2º del artículo 28 LBGAE.

37 El artículo 1º de la Ley Nº 19.891 establece lo siguiente: *"Créase el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en adelante, también, 'el Consejo', como un servicio público autónomo, descentralizado y territorialmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará directamente con el Presidente de la República. Sin perjuicio de esta relación, todos aquellos actos administrativos del Consejo en los que, según las leyes, se exija la intervención de un Ministerio, deberán realizarse a través del Ministerio de Educación".*

38 El artículo 1º del D.F.L. Nº 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, establece: *"El Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios. Los decretos supremos que se refieran al Consejo de Defensa del Estado y en que no aparezca una vinculación con un Ministerio determinado, serán expedidos a través del Ministerio de Hacienda".*

39 Véase Precht Pizarro, Jorge (1989): "Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio", Revista Chilena de Derecho, vol. 16, Nº 2, 1989, p. 469.

40 En el mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría. Véanse los dictámenes Nºs. 12.902, de 1977 y 15.197, de 1988.

41 Kauffer Michel, Edith (2004): "Las políticas públicas: algunos apuntes generales", Revista Ecosur de Ciencias Políticas, México. D.F. 2004, pp. 3-4.

42 Véase Cordero Quinzacara, Eduardo (2010): "Las normas administrativas y el sistema de fuentes", Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, 2010, vol. 17, Nº 1, pp. 21-50.

cuentren en normas de naturaleza reglamentaria, éstas son obligatorias para todos los órganos y servicios públicos, ya sean centralizados o descentralizados, pues se trata de disposiciones que forman parte del sistema de fuentes al cual se debe someter todo órgano administrativo (artículo 6º Const.). En cambio, en el caso de las circulares o instructivos, éstos sólo resultan vinculantes para la Administración central, salvo que por ley expresa se establezca su carácter vinculante en relación con entidades descentralizadas, pues en tal caso nos encontramos ante una facultad de tutela o supervigilancia que sólo la ley puede atribuir[43].

La distinción no deja de tener importancia respecto de la autonomía. En efecto, en el caso de encontrarnos ante normas reglamentarias, éstas son plenamente aplicables a los órganos autonómos, pues dichas disposiciones forman parte del marco normativo que limita su actuación[44]. En cambio, en el caso de las circulares e instrucciones, nos encontramos frente a normas que se dictan respecto de órganos dependientes, en donde el componente de la jerarquía es capital. Así las cosas, resulta dificil de sostener la autonomía de una entidad descentralizada cuando se encuentra sujeta a este tipo de control de tutela.

Un caso interesente se plantea en relación a las facultades que se entregan al Ministerio de Justicia para velar por la prestación de asistencia jurídica gratuita en conformidad a la ley[45]. En concordancia con lo anterior, a esta Secretaría de Estado le compete aprobar las normas e instrucciones generales a que deberán atenerse las instituciones que realicen acciones de asistencia jurídica gratuita[46]. Así, la Contraloría General de la República ha señalado que a estas normas se encuentran sujetas incluso las entidades de carácter autónomo, como sucede con las Corporaciones de Asistencia Judicial, cuya finalidad es asesorar en el ámbito jurídico y judicial, en forma gratuita, a personas de escasos recursos, de acuerdo con lo previsto en las Leyes N°s. 17.995 y 18.632[47]. En nuestra opinión, este dictamen resulta bastante discutible, pues estas Corporaciones son entidades descentralizadas y autónomas por mandato legal, y no resulta admisible que por la vía de un reglamento se le imponga el sometimiento a las normas e instrucciones de carácter general que emanan del Ministerio.

Ahora bien, en esta materia no debemos olvidar que el proceso de toma de decisiones políticas desde el punto de vista normativo es más complejo. En efecto, no sólo se limita al espacio de discrecionalidad que la ley le entrega a los órganos gubernamentales para fijarlas, sino que

---

43 La Contraloría ha reconocido que las políticas y normas dictadas bajo esta forma son vinculantes para los órganos dependientes. Así ha señalado que corresponde al Ministro de Salud fijar las políticas, planes y programas, así como dictar las normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema Nacional de Servicios de Salud, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas. Por su parte, el Subsecretario de Salud Pública, en el ejercicio de sus atribuciones, *debe respetar no sólo el marco legal o reglamentario que regule las materias de salud que son de su competencia, sino que, además, las instrucciones y las normas generales vigentes que haya podido dictar el Ministro.* Véase Dictamen Nº 32.921, de 2005.

44 Esto es lo que ha sucedido con el Consejo para la Transparencia, a propósito del reglamento dictado por el gobierno pocos días antes de la entrada en vigencia plena de la Ley Nº 20.285, de Acceso a la Información Pública, siendo plenamente vinculante para dicha entidad. Véase el Decreto Supremo Nº 13, publicado el 13 de abril de 2009.

45 Letra j) del artículo 2° del Decreto Ley N° 3.346, de 1980, que Fija la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.

46 Letra g) del artículo 4°, del Decreto N° 1.597, de 1980, del Ministerio de Justicia, Reglamento Orgánico de dicha Secretaría de Estado.

47 Dictamen Nº 15.573, de 2012.

supone que la propia ley e incluso la Constitución ya han adoptado una decisión política sobre la materia. En el caso particular, la decisión política ha sido el reconocimiento como derecho constitucional de la defensa jurídica y, a su vez, como un deber del Estado garantizar la prestación de dicho servicio público, tal como se indica en el artículo 19 Nº 3 de la Carta fundamental. Por lo tanto, las facultades del Ministerio y las normas que han creado los diversos sistemas de defensa jurídica se deben enmarcar dentro de dicha determinación política. A su vez, el Ministerio, en el marco de las normas legales a las cuales se encuentra sometido, podrá tener un margen de discrecionalidad para determinar la forma de ejecutar esta política pública, ya sea en los programas que se van a implementar, la asignación de los recursos, etc., pero en ningún momento puede desconocer el deber que le corresponde al Estado sobre la materia ni menos aún ir en contra de lo establecido por la Carta Fundamental. Así, por lo demás, lo ha sostenido la Contraloría General de la República, al señalar que las instrucciones dictadas por los Ministerios que fijan directrices y tareas que se asignan a diversas entidades se deben ajustar a las normas vigentes y que, en el evento de surgir disconformidad, prevalecerán las normas legales y reglamentarias que les sirven de fundamento[48].

Por lo tanto, las políticas adoptadas por el Ministerio se deben establecer bajo normas administrativas, ya sean instrucciones o reglamentos, conforme y dentro de los márgenes que determine la ley. A su vez, la única manera de que estas normas vinculen a órganos descentralizados es que la ley expresamente lo disponga, como ocurre en materias de salud, pues en caso contrario nos encontraremos ante la ausencia de competencia y de atribuciones sobre la materia. Sin embargo, en el caso de las entidades autónomas constitucionalmente, esta posibilidad se encuentra seriamente limitada, porque si bien estos órganos están sujetos al bloque de legalidad, esto no abarca ni comprende a las normas dictadas bajo la forma de instrucción.

8. El concepto de autonomía en la jurisprudencia de Contraloría

La Contraloría se ha pronunciado en diversos dictámenes sobre el concepto de autonomía. Ahora bien, debemos tener presente que el Ente contralor ha emitido su parecer en esta materia haciendo valer su autonomía constitucional y determinando el alcance de la autonomía de otros órganos de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización y control.

En efecto, en su jurisprudencia la Contraloría ha sostenido que la autonomía constitucional de la cual goza es un *"atributo esencial que le garantiza la más absoluta independencia respecto de los demás órganos del Estado".* Con esto se advierte que en el ejercicio de sus competencias no puede estar sujeta a la dependencia o jerarquía de ninguna otra entidad, particularmente del gobierno[49]. Esto se ha hecho presente especialmente para hacer respetar las atribuciones que le son propias y que podrían verse afectadas por la existencia de otros órganos administrativos que ejerzan funciones de control sobre ella[50].

48 Dictamen Nº 12.903, de 1977. En el mismo sentido el Dictamen Nº 3.199, de 1978.

49 Dictámenes Nºs. 22.049, de 3 de agosto de 1990, y 22.426, de 7 de agosto de 1990.

50 Dictámenes Nºs. 35.397, de 6 de agosto de 2007, 37.545, de 20 de agosto de 2007, y 55.817, de 2 de septiembre de 2011.

Por su parte, analizando el concepto de autonomía respecto de las municipaliades, se ha sostenido con precisión que *"las municipalidades gozan de autonomía, lo cual significa, entre otros aspectos, que no se encuentran sometidas a un vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República ni de los ministerios y, en general cumplen sus funciones sin supeditarse a otros organismos estatales, sin desmedro de que están obligadas a someter su actuar al ordenamiento jurídico al que se sujetan todas las entidades del sector público, es decir, sus actuaciones deben ajustarse a los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que les sean aplicables en su calidad de integrantes de la Administración del Estado"*[51]. Ahora bien, el hecho de que no exista este vínculo de jerarquía no significa que los órganos autónomos, particularmente las municipalidades, no deban colaborar con el Presidente de la República. En efecto, en su jurisprudencia la Contraloría ha señalado que la *"autonomía de las municipalidades, en cuanto órganos descentralizados de la administración, debe armonizarse con la calidad de Estado unitario que tiene Chile conforme artículo 3º de la Constitución de 1980 y con el carácter de Jefe Superior del gobierno y de la administración (de la cual forman parte las entidades edilicias) que le cabe al Presidente de la Republica según lo establecido en el artículo 24 del mismo texto constitucional, lo cual se reitera en el artículo 1º inciso 1 de la Ley 18.575. Así, siendo los municipios órganos establecidos por la Carta Fundamental, deben colaborar con el Jefe del Estado en el gobierno y la administración estatal, permitiendo la concrecion del principio básico de unidad de acción de esta última. También reafirma lo señalado el artículo 5º inciso 2 del referido cuerpo legal, por el que las entidades edilicias deben cumplir sus cometidos coordinadamente con los demás órganos de la administración, propendiendo a la unidad de acción, según las líneas generales que, al respecto, adopte el Jefe del Estado"*[52].

En definitiva, la autonomía da cuenta de la relación que existe entre una entidad administrativa con el Presidente de la República, en la cual no se produce una relación de jerarquía sino que deben existir mecanismos de coordinación para garantizar la unidad de acción, así como la eficiencia y la eficacia en la gestión. Además, la autonomía no significa autoarquía, pues toda entidad que forma parte de la Administración del Estado debe someterse a las normas legales que la rigen, sin que se pueda sustraer de su cumplimiento.

Por su parte, también se ha sido enfático en sostener que los órganos autónomos forman parte de la Administración del Estado: *"el ordenamiento constitucional y legal señala claramente lo que debe entenderse por Administración estatal o Administración pública, la que comprende, de modo amplio, a todos los órganos y servicios públicos creados para cumplir la función administrativa del Estado, incluidos aquellos establecidos por la Carta Fundamental como autónomos, a saber, las municipalidades, Banco Central y Contraloría"*[53]. Más aún, respecto del Banco Central se ha señalado que integra la Administración del Estado, no obstante su rango constitucional y la autonomía de que goza[54].

---

51 Dictamen Nº 9.072, de 26 de febrero de 2007. En el mismo sentido se puede ver los Dictámenes Nºs. 18.646, de 29 de julio de 1992; 16.818, de 6 de julio de 1993; 22.089, de 3 de diciembre de 1993; 35.008, de 27 de octubre de 1997; 13.389, de 10 de abril de 2002; 17.634, de 13 de abril de 2005.

52 Dictamen Nº 35.008, de 27 de octubre de 1997.

53 Dictamen Nº 27.951, de 19 de octubre de 1993.

54 Dictamen Nº 28.091, de 13 de noviembre de 1992.

Tal calificación, como integrantes de la Administración del Estado, conlleva el deber de someterse a una serie de principios y normas propias del régimen común de esta entidad, como sucede con la obligación de entregar información al Congreso Nacional. En este sentido, la Contraloría ha sostenido que "*la obligacion de proporcionar informes y antecedentes específicos que sean solicitados por las Cámaras y el procedimiento previsto en las normas de la Ley 18.918, son aplicables a las empresas públicas como CODELCO, el Banco del Estado, la propia Televisión Nacional –e incluso a entidades con autonomía de rango constitucional como el Banco Central de Chile–, por tratarse de organismos integrantes de la Administración del Estado, condición que no se altera por la circunstancia de que los estatutos orgánicos de tales entidades señalen que no les serán aplicables las normas del sector público o que rigen a las empresas del Estado a menos que se mencione expresamente que las afectan, porque tales normas no alteran su naturaleza jurídica de empresa pública, y su alcance debe ser determinado en función de sus precisos términos*".[55]

Esto comprende, además, el deber de someterse a las facultades de control y fiscalización de la Contraloría, entre las que se encuentra la facultad dictaminadora. Esto se ha hecho valer expresamente respecto del Consejo Nacional de Televisión: "[…] *el referido Consejo es un servicio público descentralizado, colaborador del Primer Mandatario en el cumplimiento de la función administrativa, en los términos del artículo 1° de la ley N° 18.575, por lo que, acorde al criterio sostenido en los dictámenes N°s. 14.173, de 1990 y 36.647 y 70.891, de 2009, forma parte de la Administración del Estado y está sujeto a la fiscalización de este Órgano de Control, de modo que está obligado a cumplir los dictámenes de este origen y a atender seria y fundadamente los requerimientos de esta Contraloría General"* [56].

CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto a lo largo de este trabajo, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

a) El concepto de autonomía administrativa no se identifica con descentralización. Es perfectamente posible que existan entidades autónomas centralizadas (v. gr., Contraloría) y entidades descentralizadas que no son autónomas (v. gr., Servicio Nacional de Aduana).

b) La autonomía se puede otorgar a nivel constitucional (por ejemplo, Banco Central, Contraloría, Ministerio Público, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión) o a nivel legal (por ejemplo, Consejo para la Transparencia, Servicio Electoral). Esto permite distinguir entre autonomía constitucional y legal.

c) La autonomía constitucional no se distingue mayormente respecto de la autonomía legal. La diferencia más importante está en que los órganos que gozan de autonomía legal se encuentran sujetos a la voluntad del legislador en su configuración, la cual bien puede cam-

55 Dictamen Nº 28.925, de 20 de junio de 2006. En el mismo sentido, Dictamen Nº 28.925, de 20 de junio de 2006.

56 Dictamen Nº 13.361, de 7 de marzo de 2012. Además de los dictámenes indicados en la cita, se puede ver en el mismo sentido el Dictamen Nº 57.217, de 6 de diciembre de 2005.

biar o desaparecer. Esto no ocurre con la autonomía constitucional, ya que estas entidades gozan de una garantía institucional cuyo núcleo o contenido esencial debe ser respetado por el legislador.

d) Las políticas adoptadas por los ministerios se deben establecer bajo normas administrativas, ya sean instrucciones o reglamentos, conforme y dentro de los márgenes que determine la ley. A su vez, la única manera de que estas normas vinculen a órganos descentralizados es que la ley expresamente lo disponga, pues en caso contrario nos encontraremos ante la ausencia de competencia y de atribuciones sobre la materia. Sin embargo, en el caso de las entidades autónomas constitucionalmente, esta posibilidad se encuentra seriamente limitada, porque si bien estos órganos están sujetos al bloque de legalidad, esto no abarca ni comprende a las normas dictadas bajo la forma de instrucción.

e) La Contraloría General de la República ha sostenido que los órganos autónomos forman parte de la Administración del Estado, encontrándose sometidos al ordenamiento jurídico, así como a las normas generales y especiales que las rigen. Además, la autonomía supone la ausencia de una relación de jerarquía con el Presidente de la República, pero necesariamente deben existir mecanismos de coordinación para garantizar la unidad de acción, así como la eficiencia y la eficacia en la gestión.

f) Por último, también es claro que la autonomía no significa autoarquía, pues toda entidad que forma parte de la Administración del Estado se debe someter a las normas legales que la rigen, sin que se pueda sustraer de su cumplimiento, incluyendo las facultades fiscalizadoras de Contraloría.

BIBLIOGRAFÍA

1. Baño León, José María (1988): "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española". *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 24, septiembre-diciembre, 1988, pp. 155-179.

2. Carmona Santander, Carlos (1994): *Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho* (Santiago: Universidad de Chile).

3. Cordero Quinzacara, Eduardo (2010): "Las normas administrativas y el sistema de fuentes", *Revista de Derecho,* Universidad Católica del Norte, 2010, vol. 17, Nº 1, pp. 21-50.

4. Daniel Argandoña, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición).

5. García Trevijano Fos, José Antonio (1974): *Tratado de Derecho Administrativo* (3ª edición Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado).

6. Kauffer Michel, Edith (2004): "Las políticas públicas: algunos apuntes generales", *Revista Ecosur de Ciencias Políticas,* México. D.F. 2004, pp. 3-4.

7. Pantoja Bauzá, Rolando (2004): *La organización administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

8. Parejo Alfonso, Luciano (1981): *Garantía institucional y autonomía locales* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local).

9. Pierry Arrau, Pedro (1986): "La Administración del Estado en la Constitución Política", *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 10, pp. 411-433.

10. Precht Pizarro, Jorge (1989): "Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 16, Nº 2, 1989, p. 469.

11. Schmitt, Carl (1928): Verfassunglehre (München: Duncker Humblot) [Versión en español Teoría de la Constitución. Madrid: *Revista de Derecho Privado,* 1934, traducción de Francisco Ayala].

LA FUNCIÓN CONTRALORA, POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Ricardo Israel Zipper, Ph.D.
Abogado, Universidad de Chile. Dr. en Government, University of Essex, Inglaterra.
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Chile.

Emilio A. Oñate Vera
Abogado, Universidad Central de Chile, Magíster en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez,
Profesor de Derecho Administrativo, Secretario Académico
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Autónoma de Chile.

RESUMEN:

En este trabajo se analizará la importancia que adquiere la función de control en el contexto de la separación de los poderes del Estado y la relación que la Contraloría General de la República tiene con las políticas públicas. De igual forma se abordará el proceso técnico de formulación de las políticas públicas y como este se ve influenciado por la función de control y por una ciudadanía cada vez más activa e involucrada en los asuntos públicos.

Palabras clave: Función de Control - Políticas Públicas - Ciudadanos - Calidad de la Democracia.

Introducción

En una sociedad democrática, los organismos o entidades que integran la Administración del Estado tienen como finalidad central la satisfacción regular, continua y permanente de las necesidades públicas. Esa actividad de la Administración, más allá de lo jurídico, se traduce en decisiones, medidas y acciones que conforman las denominadas políticas públicas y que requieren como condición indispensable para que deriven en un buen gobierno un control adecuado, que es el que primordialmente ha sido desarrollado en la institucionalidad chilena desde hace más de ocho décadas por la Contraloría General de la República.

La entidad contralora es indispensable y a estas alturas irreemplazable en la institucionalidad pública, transformándose en garante de que la acción administrativa se realice en armonía con el ordenamiento jurídico.

Sabemos que la actividad del Estado –sea por las razones que fueren– puede significar un ejercicio desmedido de las potestades públicas, traduciéndose en acciones ilegítimas que pueden lesionar derechos y bienes de los ciudadanos. Por ello el control jurídico y de la gestión sobre esa actividad resulta fundamental para que la ciudadanía no quede expuesta a la intervención o el abandono. Ese es el sustento ético y la importancia que tiene la función de control para amparar y proteger al ciudadano frente a las desviaciones del poder de la Administración.

Todavía más importante: la función de control se constituye en un elemento y requisito indispensable para potenciar la calidad de las medidas, acciones o procesos de resolución, en

definitiva políticas públicas, que los tomadores de decisiones o la Administración del Estado adopten en pos del buen gobierno.

En las siguientes líneas analizaremos la importancia del control en el desarrollo de un Estado contemporáneo y su vinculación con el principio de la separación de los poderes del Estado; esbozaremos el proceso de formulación de las políticas públicas y su relación con la Contraloría General de la República, y veremos cómo en el Chile de hoy esta entidad está cumpliendo un rol de orientación e información que permite empoderar a la ciudadanía e involucrarla activamente en las decisiones que adopta la Administración del Estado.

1. La función de control y los poderes del Estado

En la democracia actual, la potestad de control ya no sólo es posible considerarla como un atributo de los Estados, coadyuvante de la misión y desarrollo institucional de los mismos, inserta de manera disgregada en cada una de las funciones públicas que desarrolla el ejecutivo, legislativo o judicial, fuera de la configuración clásica de los poderes del Estado de que nos hablara Montesquieu. Desde entonces se ha evolucionado, y a principios del siglo XXI, es innegable que a través de la conformación de órganos y entidades autónomas se ha ido estableciendo una función contralora propia, no sólo primordial, sino también independiente y autónoma, que la lleva a establecer alrededor del tema primario del Control al menos una potestad en sí misma, que va mucho más allá de una mera función colaborativa con el ejercicio de las potestades públicas.

El control no es otra cosa que la extensión del Principio de Juridicidad, en virtud del cual los órganos del Estado deben sujetar su actuar a la Constitución y a las leyes. En palabras del profesor Enrique Silva Cimma, *"el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia de un sistema que implique garantía de respeto e independencia de su gestión; así también para la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente*"[1].

Como ya hemos dicho, la separación de los Poderes del Estado es uno de los elementos centrales de un Estado de Derecho, indispensable para el efectivo cumplimiento de la Constitución y la ley. Sabemos que el ordenamiento jurídico tiene su expresión en la ley y fundamentalmente en la Carta Política, pero al ser mucho más que una expresión formal del mismo, se alza como una expresión de desarrollo social, y además vinculado con principios del Derecho, muy especialmente con la juridicidad y con la supremacía que ejerce sobre todas las expresiones jurídicas de una nación, pero que además sujeta el actuar de los gobernantes a sus preceptos y postulados. A modo de ejemplo, para el ejecutivo la Carta Fundamental influye prácticamente

[1] Silva Cimma E.: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 15.

en todo aspecto, partiendo por el hecho que es fuente y sustento de la Administración, por cuanto establece la existencia de órganos del Estado cuya función será la del Gobierno y Administración, siendo su autoridad máxima el Presidente de la República. Este reconocimiento, como lo señala el constituyente, es la investidura de sus órganos e integrantes, los que deben además ser competentes para actuar, es decir, deben estar habilitados por la Constitución para que sus actuaciones sean eficaces en el mundo del Derecho, cumpliendo además con las formalidades prescritas. Así, la Constitución va dando forma, va conformando esa estructura compleja y jerárquica que es la Administración del Estado, remitiendo su organización y funcionamiento principal a una ley de rango constitucional (Ley de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575).

Desde luego, la Carta también sirve de sustento a la Administración, en cuanto le confiere las Potestades Públicas indispensables para que ésta pueda ejercer su función, pero además de manera primordial regula las relaciones de los gobernantes y los gobernados cuando los primeros ejercen dichas potestades públicas, teniendo como limitación los derechos o garantías fundamentales que el propio constituyente ha reconocido y tutelado. De igual forma, la Constitución es generadora de la actividad jurídica de la Administración, al permitir la existencia de decretos supremos, reglamentos y demás actos administrativos indispensables para la actividad gubernativa, que como sabemos deben ser dictados bajo la supremacía de la Carta, la que establece los órganos del Estado encargados de velar por que dichas actuaciones administrativas se sujeten al ordenamiento jurídico vigente.

En fin, la Constitución es garante del principio de juridicidad que como máxima del Derecho Público conlleva que todos los órganos estatales deben sujetar su actuar, su actividad, al orden jurídico, que se expresa en la Constitución y en las leyes, haciendo carne la supremacía constitucional contenida especialmente en el artículo 7º de la Carta Política, como expresión señera del Derecho Público chileno: *"ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, más derechos y atribuciones, que los que expresamente les hayan sido conferidos en virtud de la Constitución y las leyes*" .

El constituyente nos muestra con total claridad que incluso las más altas autoridades de la República estarán por debajo del ordenamiento jurídico y no tendrán más poderes o atribuciones que los que expresamente les hayan sido conferidos, es decir, toma fuerza y vigor el antiguo aforismo de que en Derecho Público sólo se puede hacer aquello que expresamente autoriza el orden jurídico.

Es en este marco, en que la separación de los poderes del Estado, planteada por Motesquieu con la finalidad de morigerar y limitar el poder absoluto del monarca, como una protección del poder ciudadano ante el absolutismo y la arbitrariedad de los gobernantes, se ha transformado en una disgregación jurídica del Estado, que le permite ejercer las funciones que le son propias, y que a modo general son: la función del gobierno y la administración del Estado que se radica en el Poder Ejecutivo; la función jurisdiccional de aplicar la ley y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento radicada en los tribunales de justicia, y también en la evolución más reciente hacia la magistratura constitucional y tribunales tan especializados como los de la Libre Competencia, Tributarios, Medio Ambiente y otros, con la superintendencia de la Corte Suprema

en el caso de estos últimos, y la función legislativa, encargada de dictar las leyes, radicada en el Congreso Nacional. Estas funciones públicas que permiten el ejercicio de las potestades del Estado sólo tienen sentido y vigencia en el contexto de un Estado de Derecho y democrático, que por consiguiente consagre y proteja los derechos fundamentales del ser humano.

En la práctica actual y producto de una larga evolución, en Chile y otros países, el concepto original de "separación de poderes" ha dado paso a la realidad de la "interdependencia", donde uno participa en otros, estableciéndose variados mecanismos de contacto que si se quisieran representar gráficamente sería a través de figuras de carreteras con tránsito en ambos sentidos, y de puentes y pasos bajo y sobre nivel. A modo de ejemplo, sería el caso de la participación presidencial como importantísimo co-legislador, y del ejecutivo y del legislativo en el nombramiento de jueces superiores, como es el caso de los Ministros de la Corte Suprema.

Sabemos eso sí, que esta disgregación jurídica es meramente funcional, por cuanto el Estado es uno solo, la soberanía es indivisible. Todavía más, los poderes no pueden concebirse separados independientes entre sí, ya que no podrían coordinarse ni cumplir con la finalidad que le es propia, que, como nos lo dice la Constitución, debe estar encaminada al Bien Común.

Más aún, la teoría clásica de la separación de los poderes del Estado busca el establecimiento de un contrapeso entre los tres poderes que genere un equilibrio entre ellos, cuestión que, dadas las complejidades del Estado contemporáneo, han quedado desplazadas, especialmente si consideramos el régimen político en que el Estado se desenvuelve. En efecto, en un régimen presidencialista como el Chileno, el contrapeso o equilibrio existente entre los poderes públicos se desvirtúa por la preponderancia que adquiere el ejecutivo en el desarrollo de la actividad gubernativa, encabezada por el Presidente de la República separándose del poder legislativo y judicial.

Chile, desde la Constitución de 1833 empieza a adoptar el régimen político presidencialista, lo que genera dificultades con la configuración del Principio de Separación de los Poderes del Estado, especialmente en lo que respecta a los órganos autónomos de control que el propio ordenamiento jurídico ha previsto.

El principio en comento implica el ejercicio de las libertades individuales, transformándose en un Derecho Humano fundamental, tal como lo establecía la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, que en su artículo 16 señala: *"Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución*" .

A este respecto es importante tener en cuenta que en las Constituciones de 1822 (artículo 12) y 1828 (artículo 22) se hace referencia expresa a este principio, lo que es poco si consideramos que en Chile han existido al menos diez constituciones, reconocidas como tales o al menos con las características de cartas políticas por diversos tratadistas. Sin embargo, y esto es de importancia, esta incompleta referencia al principio de separación de los poderes del Estado en nada ha debilitado su fuerza, vigencia y validez en el ordenamiento jurídico chileno.

De igual forma, la importancia de los individuos considerados colectivamente en el seguimiento y evaluación de la actividad gubernativa es cada vez más creciente. La dimensión funcional de la Administración, entendida como el conjunto de actos, acciones o decisiones que adopta la autoridad para la satisfacción de las necesidades públicas, está vinculada casi indisolublemente con la ciudadanía, la que ejerce una creciente mayor vigilancia sobre el actuar público institucional.

Sabemos que las políticas públicas son el punto de comunión entre la autoridad y la sociedad civil. Entiéndanse por esta última no sólo los partidos políticos, muy importantes por cierto en el desarrollo político e institucional de un Estado, sino también a los grupos de interés, las juntas de vecinos, los gremios, sindicatos, clubes deportivos, organizaciones no gubernamentales, en fin, ciudadanía en general. Actualmente, en los Estados contemporáneos la sociedad civil adquiere cada vez más relevancia, prueba de ello es que interviene cada vez más en las decisiones de interés general, produciendo un control ciudadano sobre el actuar de los órganos del Estado, sobre el ejercicio de los poderes públicos. Sólo por mencionar algunas expresiones de aquello, somos testigos del avance e importancia de los medios de comunicación, las redes sociales, la presión por plebiscitos comunales y las cada vez más recurrentes consultas locales, la ley de acceso a la información pública que empodera al ciudadano en el ejercicio de su derecho a petición e información, o la iniciativa popular de ley, tal como existe esta última en varios países, al igual que la revocación vía el sufragio de los mandatos de los electos.

En definitiva, decimos que la teoría de separación de los poderes del Estado se ha visto sobrepasada por un Estado mucho más complejo, donde no solamente se busca limitar el poder absoluto generando equilibrios entre las diversas funciones públicas, sino que surgen desde dentro y fuera del propio Estado, mecanismos de verificación de control, tanto institucionales como ciudadanos, que configuran un nuevo poder que se suma a la concepción clásica de los poderes públicos plasmado en las épocas libertarias de la independencia de Estados Unidos y de la Revolución Francesa.

2. La Contraloría General de la República y las políticas públicas

Si consideramos a la administración pública como un sistema organizacional complejo que interactúa con el entorno en el que se desarrolla y que por consiguiente se ve influenciado por cuestiones sociales, culturales, económicas y políticas, nos estamos refiriendo a la dimensión de la Administración del Estado desde la perspectiva sistémica, en la cual distinguiremos fundamentalmente dos fases: una fase interna conformada por las organizaciones, entidades, personas y estructuras que la integran, y una segunda fase externa, que está relacionada con las políticas públicas, sobre todo en el contexto de los efectos que la gestión de la Administración del Estado produce en el entorno social, es decir, nos estaremos refiriendo a las acciones o a la actividad que se desarrolla en el ejercicio de la función ejecutiva (gobernar y administrar), cuya finalidad es la satisfacción de necesidades públicas.

Siguiendo a Eugenio Lahera, diremos que las políticas públicas son: *"Cursos de acción o flujo de información relativos a un objetivo público. Éstos son desarrollados por el sector público*

con la frecuente participación de la comunidad o el sector privado. Las políticas pueden incluir orientación de su contenido, instrumentos o mecanismos, así como aspectos regionales".[2]

Nosotros agregaremos que las políticas públicas son decisiones y procesos que adoptan los tomadores de decisiones para la satisfacción de una necesidad pública relevante en un momento determinado, constituyéndose así en el vínculo entre los gobernantes y la sociedad civil en su conjunto, incluyendo, a modo de ejemplo, gremios, partidos políticos, ciudadanía organizada.

El rol que la Contraloría General de la República cumple en la dimensión sistémica de la Administración del Estado resulta fundamental, por cuanto no se concibe su estructura sin una entidad que controle o verifique la juridicidad y la gestión financiera de las personas y de las entidades administrativas. Tampoco las políticas públicas se traducirán en un buen gobierno si no existe un control transparente y adecuado sobre ellas.

3. El proceso de desarrollo de las políticas públicas

Habiendo conceptualizado a las políticas públicas, a continuación esbozaremos las etapas para su formulación, entre las que distinguiremos:

- La identificación de una necesidad pública.
- Análisis de las alternativas para su satisfacción y formulación de la escogida.
- Implementación de la alternativa seleccionada.
- Evaluación de los resultados.

a) *La identificación de una necesidad pública:* El fin de la Administración es la satisfacción de necesidades colectivas, lo que se traduce en una extensión del fin último del Estado que es el bien común. Por consiguiente, para cumplir este fin es indispensable identificar cuáles son los problemas principales que afectan a la sociedad, los cuales estarán determinados, entre otros factores, por los grupos de interés, los medios de comunicación, la cultura y las coyunturas políticas y económicas.

b) *Análisis de las alternativas para su satisfacción y formulación de la escogida:* Una vez detectada la necesidad o problema público relevante, la Administración o los tomadores de decisiones deberán estudiar las diferentes opciones de solución considerando la experiencia comparada, estudios nacionales e internacionales, opiniones de expertos y muy especialmente el sentir y las visiones de los actores involucrados y de los destinatarios de las medidas analizadas.

   Luego del análisis escogeremos la medida y procederemos a su formulación, lo cual es posible desarrollar a través de dos modelos: el Racional y el Incremental.

---

2 Lahera Eugenio (2000): *La Administración del Estado en Chile. La fase analítica de las políticas públicas.* Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 780 pp.

Sobre estos modelos someramente se puede señalar que el racional considera el establecimiento de objetivos y metas específicas que permitan optimizar los resultados esperados. Es por consiguiente un modelo "puro", que se sustenta en la experiencia científica y en el análisis técnico.

El modelo incremental plantea que las decisiones y medidas son principalmente prácticas y se basan en aproximaciones sucesivas que consideran el estado de situación, los recursos disponibles y los distintos actores involucrados.

c) *Implementación de la alternativa seleccionada:* Esta etapa consiste en ejecutar la medida (política pública), para lo cual también es posible distinguir diferentes modelos dependiendo de si la medida se lleva a cabo desde la autoridad central o el gobierno nacional (modelo de arriba hacia abajo); si para su aplicación se toman en cuenta las condiciones iniciales y su relación con las metas proyectadas, o si la implementación de la medida escogida considera las entidades o instituciones donde primero se detectan las necesidades o problemas públicos (modelo de abajo hacia arriba).

d) *Evaluación de los resultados:* Finalmente el proceso de desarrollo de las políticas públicas considera medir si éstas lograron los objetivos o metas esperadas. La evaluación es una etapa fundamental que permite la mejora continua de la gestión pública y facilita la rendición de cuentas en pos de un buen gobierno.

Por ello, tal como lo plantea Lahera, *"Un buen gobierno es aquel cuyas políticas públicas logran los resultados más cercanos a los óptimos, para lo cual se requiere que ellas se diseñen, ejecuten y evalúen en las mejores condiciones y con la mayor utilidad social".*[3]

Ahora bien, las políticas públicas o, si se quiere, la actividad gubernativa, se traduce en actos de gobierno, actos que en su dimisión presupuestaria y principalmente jurídica están afectos a la acción de la Contraloría General de la República. Esa verificación, que se expresa en la función de control, constituye una condición indispensable para el buen éxito de las políticas públicas, lo que se expresa en cuán fundamental es el marco institucional en que se formulan e implementan dichas políticas. Así la Contraloría juega un rol principal en ese marco institucional, ya que analiza y verifica que el actuar de la Administración esté investido de la legitimidad jurídica y, todavía más importante, de la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de un Estado de Derecho.

En efecto, como ya hemos señalado, la función de control sólo es posible concebirla en el marco de un Estado de Derecho, que será aquel que tendrá como elementos distintivos la separación de los poderes del Estado, la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, el reconocimiento y respeto a las garantías constitucionales y la seguridad jurídica. Ya hemos analizado la relación de los poderes del Estado y la función de control, por lo que en lo que se refiere al respeto de la Administración al ordenamiento jurídico, esto es, principalmente a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella, resulta imprescindible remitirse a lo que la Constitución previene en los incisos primero de los artículos sexto y séptimo:

---

3 Lahera, op. cit.

Artículo 6°: *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República".*

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

Pues bien, si analizamos estos preceptos desde la perspectiva de la formulación de las políticas públicas, podemos concluir que los órganos de la Administración, los tomadores de decisiones o si se quiere el gobierno exclusiva y excluyentemente sólo podrá plantear medidas (políticas públicas) que se enmarquen dentro del ordenamiento jurídico, y que para que esas medidas produzcan los efectos deseados en que se cumplan los objetivos y metas que fueron planteados en su diseño, deberán ser formuladas por entidades que cuenten con las herramientas o instrumentos jurídicos, presupuestarios, materiales y recursos humanos para llevarlos a cabo.

Es decir, una vez que la Administración ha detectado un problema público relevante y habiendo hecho un análisis de las posibles alternativas de solución, escoge una. El proceso de formulación o diseño de esa alternativa no sólo deberá respetar el marco institucional vigente, sino que deberá someterse a la verificación de que las condiciones para desarrollar esa alternativa se cumplen y no transgreden la institucionalidad, entendiendo por tal aspectos jurídicos, presupuestarios y de gestión. Es en este proceso donde la función de control que desarrolla la Contraloría General de la República resulta prioritaria y fundamental, por cuanto ayuda a asegurarle a la sociedad de la cual depende la legitimidad democrática de todo Estado, que la Administración actuará en concordancia con el orden jurídico y que tienen existencia legal los recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo una política pública.

Otro aspecto que resulta central en el proceso de formulación de políticas públicas que desarrolla la Administración del Estado y que se encuentra intrínsecamente relacionado con el papel que juega y debe jugar una entidad de la envergadura y trayectoria de la Contraloría General de la República en un Estado democrático de alta complejidad es el que se relaciona con el rol que el ciudadano tiene frente a la Administración o, si se quiere, la importancia que tiene la participación ciudadana en las decisiones que adopta la Administración del Estado.

En la actualidad las personas no se limitan a acatar pasivamente las decisiones de la autoridad, por el contrario, son ciudadanos mucho más demandantes e intervinientes del quehacer público. Desean y hasta exigen conocer las decisiones que se adoptan, y más aún, quieren tener acceso a los fundamentos que la autoridad tuvo para adoptar tal o cual medida.

En este nuevo escenario social, la participación ciudadana en el proceso de diseño y formulación de políticas públicas así como en la valoración las mismas es de vital importancia. La experiencia comparada muestra que la participación permite tener políticas más exitosas y duraderas, lo que requiere información por parte de la ciudadanía, y naturalmente en una época en que proliferan el internet y las redes sociales, aquella es de fácil acceso a toda persona

interesada. Esta participación también demanda algo de lo que todavía se carece en la medida suficiente en nuestro país: la generación de espacios o estructuras para participar, lo que supone el fortalecimiento de las organizaciones civiles y, sobre todo, la consolidación de una estructura institucional que dé seguimiento y evaluación a la participación ciudadana.

Lo partidos políticos también deben ser capaces de organizarse, no sólo para las elecciones, sino que también muy especialmente para gobernar o ser oposición y para proponer políticas públicas, por lo que se debe fortalecer la incorporación a ellos de personas con capacidad técnica y científica. Este es a nuestro juicio un tema fundamental en el desarrollo de una democracia de calidad y en la consecución de un buen gobierno. De ahí la importancia que le atribuimos a los partidos políticos (que están en crisis en muchos lugares y no sólo en nuestro país), los que desde la perspectiva del proceso de desarrollo de las políticas públicas constituyen las organizaciones que por excelencia aportan al país a los tomadores de decisiones a través del proceso eleccionario y de formación de gobierno. Por consiguiente, su organización y funcionamiento debe estar a la altura de lo que se les demanda, ya que sin duda partidos políticos deslegitimados y debilitados influirán negativamente en la gestión gubernamental que se tenga, y aún más grave, en la propia legitimidad del sistema democrático.

Hoy en día, tan importante como los partidos políticos en la propuesta de ideas, son los institutos de políticas públicas o centros de pensamiento, los que incluso han pasado a suplirlos ante la opinión cuando han dejado libre este espacio. En general, sean universitarios, independientes, fundaciones, o aun vinculados a movimientos políticos, en general estas organizaciones proponen aspectos relacionados con el diseño de las políticas públicas y representan un aporte, ya sea para el impulso o el desincentivo de una u otra alternativa.

Lo cierto es que sea cual fuere el canal de expresión que la ciudadanía adopte para incidir en la formulación de una determinada política pública: partidos políticos, centros de pensamiento, gremios, universidades, empresas, grupos de interés, estudiantes, la sociedad civil organizada, la creciente acción directa en las calles, etc., la institucionalidad debe estar consciente y preparada para aquello. A nuestro juicio, a través de las funciones que desarrolla la Contraloría se puede ayudar a canalizar las inquietudes y demandas ciudadanas en una forma no tradicional y sin abandonar su esencia, toda vez que en democracia las decisiones públicas y de autoridad deben estar investidas de un sustento jurídico indispensable para su validez, a lo que se agrega en forma muy importante la actual necesidad de valoración ciudadana.

Lo anterior es fundamental para una Democracia de Calidad, ya que permite canalizar dentro de la institucionalidad demandas que de otra manera podrían generar inestabilidad, y aun violencia. Es decir, a la Contraloría General de la República, además de su conocido rol de fiscalizador de la administración, quizá sin quererla ni buscarla, se le ha agregado una demanda social para servir de canal y no de dique de peticiones ciudadanas, presumiblemente por problemas en el funcionamiento de las instituciones que deberían estar cumpliendo ese parámetro.

4. La función orientadora de la Contraloría General de la República

Por limitaciones de espacio y sin profundizar, señalaremos que de las múltiples funciones que desarrolla la Contraloría, el control jurídico de la actividad de la Administración y el control contable y financiero de los fondos públicos son relevantes para nuestros efectos. Respecto de la verificación de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, existe como instrumento principal el denominado trámite de toma de razón, en virtud del cual el contralor examina los antecedentes y fundamentos de derecho del proyecto de acto administrativo, y si estima que están acordes y son armónicos con la Constitución y las leyes, tomará razón de ese acto y le imprimirá fuerza obligatoria invistiéndolo de una presunción de legalidad.

Sin embargo, además de estas funciones principales de la Contraloría hay una que tiene una especial importancia en lo que dice relación con el diseño y la formulación de políticas públicas para un buen gobierno y con la adecuada información y presencia de esa ciudadanía cada vez más interviniente y comprometida en los asuntos públicos a la que nos refiriéramos en líneas precedentes: es la función de orientación que desarrolla el órgano contralor.

Esta función de información y orientación es realizada permanentemente por la Contraloría no sólo con los otros organismos o entidades que conforman la Administración del Estado, sino que tiene como destinatario al público en general, que como usuarios acuden a realizar consultas y a buscar orientación y antecedentes para un mejor y más adecuado ejercicio de sus derechos frente al actuar de la Administración. Para ello la Contraloría cuenta con funcionarios letrados y con el soporte informático necesario en el que se contienen disposiciones legales, reglamentarias y dictámenes que ha pronunciado y que señalan el sentido y alcance de una norma administrativa. El ejercicio de esta función contribuye a formar una ciudadanía más informada y conocedora de sus derechos y de las decisiones y fundamentos que la Administración adopta en el ejercicio de la función ejecutiva que le es propia y que consiste en gobernar y administrar el Estado.

Esta función de orientación permite además fortalecer un tipo de control informal, que tiene una gran importancia en las democracias contemporáneas, el control fáctico que se puede realizar por la vía de los medios de comunicación, redes sociales o a través de la sociedad civil organizada, ya que mientras más informada, con una mejor orientación y mayores antecedentes, la ciudadanía podrá ejercer un control democrático más eficiente sobre el quehacer de la institucionalidad pública, además de recibir valiosos antecedentes para definir su sufragio cuando llegue el momento de acudir a las urnas, ya sea para premiar o castigar a quien ha ejercido el poder ejecutivo o legislativo.

Del mismo modo, como consecuencia de esta función de orientación e información, los particulares pueden requerir de la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre alguna temática o problema de su interés que se traducirá en la emisión de dictámenes que tendrán el carácter de vinculantes para las organizaciones, entidades y personas que conforman la Administración pública. Son dictámenes que fijan el sentido y alcance de una normativa para la Administración del Estado los que van conformando la llamada jurisprudencia administrativa

y que, de manera conjunta con los oficios circulares, van uniformando criterios que permitan de manera más eficiente y eficaz el desarrollo de la función ejecutiva.

De igual forma, la Contraloría General de la República en el desarrollo de esta función jurisprudencial contribuye y colabora a lo que denominaremos un control de oficio que desarrollan los distintos organismos y entidades que integran el aparato estatal, en el que de manera creciente se ha ido generado una institucionalización a través de procesos de revisión y auditoría que desarrollan lo que podríamos llamar una especie de autocontrol no sólo dirigido a los aspectos formales del actuar administrativo sino que primordialmente encaminado a verificar los resultados, rendimientos o productividad de la gestión pública por la propia entidad en que se diseñan y formulan esas políticas públicas.

5. Consideraciones finales

Para responder a las expectativas, a Chile le hace falta una nueva generación de reformas que apunten a la calidad de la democracia, no a etapas ya superadas de transición y de su consolidación. Es decir, decisiones públicas, donde la ciudadanía se siente beneficiada y no perjudicada, y respalda a un sistema que considera propio. Estas reformas se ubican en el espacio del dominio público[4], se vinculan a la ética de principios y dan paso a un Estado más descentralizado. Parte de ese proceso debe ser la nueva Ley Orgánica de la Contraloría, que le confiera las atribuciones y recursos que le permitan continuar su labor en las condiciones conferidas por las características del Chile actual, es decir, ciudadanos más conscientes de sus derechos que de sus deberes, y por lo tanto, a veces exageradamente exigentes de ellos.

A modo de conclusión, ya hemos señalado y explicado que la relación e importancia que la función de control o de verificación que realiza la Contraloría General de la República es un aspecto fundamental para la calidad de las políticas públicas que se traducirá en un buen gobierno y, por consiguiente, en el fortalecimiento un Estado de Derecho. Ahora bien, esta función contralora no es el único requisito que el proceso técnico de desarrollo y formulación de una política pública debe tener. Así debemos distinguir que las políticas sean representativas, es decir, deben relacionarse con un problema público relevante o una demanda social prioritaria. Del mismo modo, las políticas deben ser tarea del gobierno, de los tomadores de decisiones, no pudiendo ser resueltas por el sector privado. Igualmente, las políticas deben ser sustentables tanto técnica como políticamente, cuestión que resulta fundamental y que demuestra que una buena formulación de políticas públicas será aquella que tenga el adecuado equilibrio entre los elementos técnicos y políticos para desarrollarla.

Finalmente, las políticas deben estar afectas a un adecuado control interno, es decir, de las entidades u organismos (tomadores de decisiones) que las diseñan, formulan e implementan, y también un adecuado control externo, esto es, el que desarrolla una entidad u organismo distinto del cual surge la política pública, que es precisamente el tipo de control que por excelencia

4 Israel, Ricardo: "Reforma municipal y calidad de la democracia", en Cravacuore e Israel, *Procesos políticos comparados de Argentina y Chile.* Editorial de la Universidad de Quilmes, Argentina, 2007.

realiza la Contraloría General de la República y que permitirá verificar la juridicidad y sustentabilidad que la actividad administrativa tendrá.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Israel, Ricardo (2007), co-editor con Daniel Cravacuore del libro: *Procesos Políticos Comparados en Argentina y Chile: 1990-2005,* Editorial de la Universidad de Quilmes, Argentina.
2. Lahera, Eugenio (2000): *La Administración del Estado en Chile, decenio 1990-2000. La fase analítica de las políticas públicas* (Editorial Jurídica ConoSur) pp. 71-94.
3. Oñate Vera, Emilio (2012): *Revista de Actualidad Jurídica* N° 25. *La importancia del control en la Administración del Estado* (Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 343-358.
4. Silva Cimma, Enrique (1994): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público.* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) p. 15.
5. Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo, temas fundamentales* (Editorial Abeledo Perrot) pp. 707-720.

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA Y NOTABLE ABANDONO DE DEBERES

Fernando Saenger Gianoni[1]
Profesor de Derecho Político y Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público,
Universidad Católica de la Santísima Concepción.

RESUMEN:

En el presente trabajo se hace un suscinto recuento de la evolución histórica de la acusación constitucional por notable abandono de deberes en nuestro país, haciéndose referencia a connotados casos de la historia política de nuestro país, mencionándose particularmente el caso del Contralor General de la República, el cual quedó afecto a dicha situación en virtud de la reforma constitucional consagrada en el artículo 4º de la Ley Nº 7.727 de 1943, disposición que se mantiene hasta nuestros días en el artículo 52 número 2 de nuestra Carta Fundamental. La consagración de dicha reforma conllevó posteriormente a la aplicación de dicha acusación en contra del Contralor General de la República de ese entonces, Sr. Agustín Vigorena, en 1945, caso que ha quedado en los anales de la Historia Republicana de nuestro país.

Palabras clave: Acusación Constitucional - Notable Abandono de Deberes - Historia del Derecho.

1. Breve evolución histórica de la acusación constitucional por notable abandono de deberes en Chile

1.1. El notable abandono de deberes en el período anterior a la Constitución de 1833

La Carta Fundamental de 1828 es la primera en consagrar la acusación constitucional. Obra ilustre del jurista José Joaquín de Mora.

La disposición constitucional no se refería en ese entonces como causal de solicitud de acusación constitucional, la de notable abandono de deberes.

Así, el artículo 47 en su numeral segundo mencionaba:

"Artículo 47: Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

Número 2. Conocer a petición de parte, o proposición de alguno de sus miembros, sobre las acusaciones contra... miembros de la Corte Suprema de Justicia, por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales".

[1] Abogado por la Universidad de Concepción. Dirección Postal: Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Campus Santo Domingo, Lincoyán 255, Concepción, Chile. Correo electrónico fsaenger@ucsc.cl, fsaenger@surnet.cl

Por su lado, en manos del Senado quedaba la atribución exclusiva de abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y pronunciar sentencia al respecto con la concurrencia, a lo menos, de las dos terceras partes de los votos.

1.2. El notable abandono de deberes en el período 1833-1925

1.2.1. La Acusación Constitucional y el Notable Abandono de Deberes en la Constitución de 1833

La Constitución de 1833 consagraba en el artículo 38, en su numeral segundo lo siguiente:

"Artículo 38. Son atribuciones esclusivas de la Cámara de Diputados:

Número 2. Acusar ante el Senado, cuando hallare por conveniente hacer efectiva la responsabilidad de los siguientes funcionarios:

A los majistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes.

En el caso de los magistrados, la Cámara de Diputados declaraba primeramente si ha lugar o no a admitir la proposición de acusación, i después, con intervalo de seis días, si ha lugar a la acusación, oyendo previamente el informe de una comisión de cinco individuos de su seno elejida a su suerte. Si resultare la afirmativa, nombrará dos Diputados que la formalicen i prosigan ante el Senado".

Por su lado, el Senado, en conformidad al artículo 39 número 2 de la Constitución, tenía por función *"Juzgar a los funcionarios que acusare la Cámara de Diputados"*.

1.2.2. Acusación de 1868-1869

Durante el gobierno de José Joaquín Pérez, el diputado Vicente Sanfuentes asombro a la Cámara preguntando: "Se ha dicho que la Cámara tiene por la Constitución la facultad de acusar. Ahora bien, yo pregunto, señor, y quien puede acusar ¿puede indagar o no?".

Era la primera acusación contra el Presidente de la Corte Suprema Manuel Montt y otros miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, por notable abandono de deberes. La acusación contuvo seis capítulos.

El extenso debate abarcó el resto del año 1868 hasta mayo de 1869, destacándose Sanfuentes por su particular saña hacia el Sr. Montt. La defensa de la Corte fue asumida por don Antonio Varas, quien en elocuentes, versados y profundos discursos sentó las premisas básicas de la futura jurisprudencia acerca del sentido de la expresión "notable abandono de deberes".

Para una mayor ilustración del tema, nos permitimos reproducir los aspectos más sobresalientes del debate en comento, según consta en los Diarios de la Cámara de la sesión de 27 de agosto de 1868.

Agregaba el Sr. Antonio Varas: *"Mas debo hacer notar ante todo, señor, que hay actos propios del Juez que por su naturaleza no están ni pueden estar sometidos a enjuiciamiento. El juez es llamado a aplicar la lei i del juicio que al hacer esta aplicación forme, no puede tener responsabilidad como delincuente. La intelijencia i aplicación de la lei es un ejercicio de la razón individual, es una aplicación del criterio que puede ser suceptible de error pero no constituye delito.*

Para que sea responsable i justiciable por aplicación de la lei, se requiere que haya en el acto dañada intención, que haya ánimo de torcer la justicia. El entender i aplicar la lei es un acto lícito como cualquiera otro; i se requiere, para que en ello haya delito, que concurra, como en los demás actos que el hombre puede ejecutar, la intención dañada" [2].

El Sr. Domingo Santa María indicaba en la sesión de 28 de agosto que *"La Constitución no ha querido que los Tribunales de Justicia, en la delicada función que ejercen aplicando la lei, queden sometidos a jueces en quienes no concurra la competencia suficiente para apreciar con exactitud i verdad los fallos en que se suponga que la lei ha sido abiertamente i maliciosamente infrinjida. ¿Cómo formaría juicio cabal la Cámara sobre espediente de Gandarillas, el de Figueroa, el de Cabrera?; ¿Cómo apreciaría las infracciones de lei que hayan podido cometerse en ellos, cuando muchos señores diputados no tienen conocimientos especiales en Jurisprudencia?"* [3].

La acusación constitucional fue acogida por la Cámara de Diputados y pasó al Senado en su calidad de Tribunal de juzgamiento, quien declaró sin lugar la acusación en contra del Presidente y Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Ante la expresión "notable abandono de deberes", no podemos dejar de lado la opinión del ilustre jurista Jorge Huneeus, al señalar que dicha frase no era posible dar "*una significación más amplia, más lata ni más comprensiva que la que le atribuía la mayoría de la Comisión informante*" [4].

El impacto enorme que esta acusación injusta provocó en la opinión pública del país fue profundamente estudiada por don Francisco Antonio Encina[5], cuya opinión es que la acusación constitucional fue inspirada por don Francisco Errázuriz, como una maniobra de carácter eminentemente político, sin tener asidero en lo jurídico.

Entre las consecuencias lejanas apunta su grueso aporte a la Revolución de 1891.

1.2.3. Acusación de 1891

Concluida la Revolución de 1891, la Cámara de Diputados declaró haber lugar a la acusación interpuesta en contra de numerosos magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y no sólo contra de algunos de la Corte Suprema.

---

2 Actas de la Cámara de Diputados (1868a), p. 658.

3 Actas de la Cámara de Diputados (1868b), P. 678.

4 Huneeus (1890), p. 263.

5 Encina (1950), p. 495.

Cuatro fueron los hechos fundantes de la acusación.

Esta acusación podría haber tenido una eventual acogida en el Senado, dada la situación política pos-revolucionaria. A pesar de ello, no prosperó porque a los pocos meses de restablecerse la normalidad constitucional y bajo la presidencia de don Jorge Montt, este último dictó leyes de amnistía que cubrieron las acusaciones de la Cámara.

1.3. El notable abandono de deberes en el período 1925-1973

1.3.1. La acusación constitucional durante la Constitución de 1925

La Carta Fundamental de 1925, continuando en la misma línea que sus predecesoras, estableció la acusación constitucional por notable abandono de deberes, consagrando dicha disposición en su artículo 39, numeral primero, letra c.

"Artículo 39. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1- Declarar si han o no lugar las acusaciones que diez, a lo menos, de sus miembros formularen en contra de los siguientes funcionarios:

c- De los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, por notable abandono de deberes".

En este caso, la Cámara declarará dentro del término de diez días si ha o no lugar la acusación, previa audiencia del inculpado e informe de una Comisión de cinco Diputados elegidos a la suerte con exclusión de los acusadores. Este informe deberá ser evacuado en el término de seis días, pasados los cuales la Cámara procederá sin él. Si resultare la afirmativa, nombrará tres diputados que la formalicen y prosigan ante el Senado. Si el inculpado no asistiere a la sesión a que se le cite, o no enviare defensa escrita, podrá la Cámara renovar la citación o proceder sin su defensa.

El acusado quedará suspendido de sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación. La suspensión cesará si el Senado desestimaré la acusación o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes.

1.3.2. La acusación constitucional de 1933

Bajo la presidencia de don Arturo Alessandri, y con el regreso de la normalidad constitucional, un grupo de parlamentarios acusó a la Corte Suprema por su presunta responsabilidad entre muchos otros aspectos; su viciada generación como Tribunal en 1927; su incapacidad para declarar inaplicables los decretos leyes; omisión de amparo de los presos políticos, etc.

Especial mención merece la acusación, contenida en el Diario de Sesiones de la Cámara, en lo relativo a la incapacidad de la Corte Suprema para declarar inaplicables los decretos leyes, ante lo cual los parlamentarios denunciaron lo siguiente:

"Es curioso anotar que a pesar de todo y no obstante los numerosos recursos que se le han sometido al respecto, cerca de ocho años después del otorgamiento de esta facultad, la Corte Suprema haya sido incapaz de pronunciar la inaplicabilidad de uno solo siquiera de esos preceptos seudolegales y últimamente haya llegado hasta sugerir al gobierno la conveniencia de codificarlos lo que implica un principio de reconocimiento y un anuncio de permanencia, en abierta pugna con sus deberes fundamentales".

Dicha acusación provocó una airada defensa en la contestación respectiva, señalando como justificación en la aplicación y reconocimiento de los decretos leyes:

"Es fuerza darse a la razón si toda la estructura jurídica, económica, financiera, política y administrativa del Estado, si toda la legislación social que ha satisfecho la ansias de justicia de las clases populares reposa hoy día sobre la base de los Decretos Leyes ratificados, en gran parte de una manera directa o indirecta, por el Poder Legislativo, es vano intento pretender de los actuales Ministros de la Corte Suprema que quieran afrontar la responsabilidad de sumir al país en el caos que significaría el desconocimiento de esa legislación, sobre la cual descansan las instituciones como el Banco Central, los Bancos Comerciales e Hipotecarios, las Cajas Previsionales, etc".

"…La acusación olvida que la Carta Política, el Protocolo de Washington, la elección actual del Congreso y el Presidente de la República deben su existencia a la eficacia reconocida de los Decretos Leyes"[6].

Es de gran utilidad para el análisis de esta acusación constitucional expresar las opiniones vertidas por el Honorable Diputado don Carlos Estévez Gazmuri, quien indica que "Si fuera permitido a otras autoridades que no fueran los Tribunales, apreciar la forma como ellos han aplicado la ley, habríamos destruido por su base el primer fundamento que establece la Constitución como base de la organización del Poder Judicial: la independencia del mismo".

Estévez distinguía claramente: *"Hay pues, Honorable Cámara, dos funciones enteramente distintas que la Constitución señala y aparta precisamente: una es el mal desempeño de los deberes como juez –y en este sentido puede el juez delinquir y estar sometido a proceso dentro de los Tribunales –y otra, enteramente distinta, que es el notable abandono de estos deberes en cuanto funcionario público, en cuanto magistrado. Esta última es la única que a nosotros nos corresponde juzgar".*

"Es ésta la doctrina que yo he sostenido precisamente, Honorable Presidente: nunca la Cámara puede entrar averiguar si el Magistrado ha interpretado bien o mal la ley, porque eso convertiría a la Cámara en Poder Judicial, cosa que le es absolutamente prohibida"[7].

Es en esta acusación constitucional donde el análisis de la Comisión de la Cámara de Diputados realiza correcta doctrina, distinguiendo en primer lugar entre notable abandono de deberes y los demás actos ilícitos.

---

6 Actas de la Cámara de Diputados (1933a), pp. 940 y ss.

7 Actas de la Cámara de Diputados (1933b), p. 999.

"En el primer caso, si se trata de notable abandono de sus deberes, los magistrados superiores de justicia responden de sus actos ante la Honorable Cámara de Diputados que acusa y ante el Honorable Senado que juzga. En el segundo caso, si se trata de crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, el inciso segundo del artículo 84 de la Constitución establece que será la ley la que determinará los casos y la manera de hacer efectiva esta responsabilidad".

De esta forma el documento elaborado por la Cámara descartaba absolutamente la posibilidad que los crímenes de cohecho, inobservancia de las reglas del proceso, torcida administración de justicia, defectuosa aplicación de la ley y en general toda prevaricación que pudiese perseguirse ante la Honorable Cámara la responsabilidad correspondiente.

Del informe se puede observar claramente que el mecanismo de acusación constitucional sólo podría ser invocado cuando el abandono de los deberes propios de los magistrados superiores tuviese la importancia y gravedad necesarias para ser calificado de "notable".

Dicha proposición de acusación constitucional fue rechazada el día 28 de junio de 1933 por 65 votos a favor, 41 en contra y 3 abstenciones.

2. La Contraloría General de la República y la acusación constitucional por notable abandono de deberes

2.1. La creación de la Contraloría General de la República

En 1925, el Gobierno de Chile contrató a un grupo de expertos financieros estadounidenses, liderados por Edwin Kemmerer, profesor de Economía de la Universidad de Princeton y experto en finanzas y monedas quien propuso, entre otros proyectos, la creación de la Contraloría General de la República. Esta medida fue sometida a un análisis realizado por la Comisión Revisora presidida entonces por el Superintendente de Bancos, Julio Philippi, que le formuló indicaciones tendentes a adaptar dicho proyecto a nuestra legislación y prácticas administrativas.

La Contraloría General de la República nace en virtud del Decreto con Fuerza de Ley Nº 400-Bis, de 26 de marzo de 1927.

Con posterioridad a su creación, ha sido objeto de una serie de modificaciones, entre las más importantes está la reforma aprobada en 1943, que le otorgó rango constitucional a esta entidad fiscalizadora, además de la promulgación en 1953 de la Ley Orgánica de la Contraloría, la cual ha experimentado diversas modificaciones hasta la fecha.

2.2. Antecedentes en torno al artículo 4º de la Ley Nº 7.727 que incorporó al Contralor General de la República como autoridad susceptible de ser acusada constitucionalmente por notable abandono de deberes

El proyecto original de la Ley Nº 7.727 fue producto de la moción del Senador don José Maza.

De acuerdo a la documentación revisada del proyecto en análisis, la génesis del artículo 4º de la presente ley se encuentra en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que se dio cuenta en la Sesión 36ª de 21 de julio de 1943. En dicho informe se aprueba en general por la Comisión del proyecto, incluyéndose en su artículo 5º la modificación del artículo 39 letra c) de la Constitución Política de la República de 1925, que es resultado del trabajo efectuado[8].

De dicho informe se puede destacar lo siguiente:

"El artículo 1º da existencia constitucional a la Contraloría General de la República creada con posterioridad a la vigencia de la Carta Fundamental de 1925, con el objeto de dar a este organismo mayor respetabilidad e independencia para fiscalizar el ingreso, y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y, de otros servicios y examinar y juzgar de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; a llevar la contabilidad general de la Nación y desempeñar las funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos"[9].

Se establece, también en el mismo precepto, que la Contraloría sólo podrá dar curso a decretos de gastos no autorizados por la Ley General de Presupuesto solamente cuando ellos se destinen a atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de conmoción interna o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin grave daño para el país, con la limitación de que el total de los giros que se hagan con este objeto no podrá exceder anualmente del 2% de los gastos que autorice la Ley General de Presupuesto.

Dicha Comisión aceptó la idea de que el Contralor pueda ser acusado por la Cámara en caso de notable abandono de sus deberes, igualando su responsabilidad con la de los funcionarios aludidos en el artículo 39 de la Constitución Política del Estado.

Dicho proyecto de Reforma Constitucional incluía la siguiente disposición:

" *Artículo 5º. Reemplázase la letra c) del artículo 39 de la Constitución Política del Estado por la siguiente:*

c) De los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes" . (Sala de la Comisión, a 21 de julio de 1943)

Durante la discusión de este proyecto de ley, el Diputado señor García de la Huerta, manifestó:

" *El artículo quinto tiende simplemente a considerar al Contralor General de la República, entre aquellos funcionarios que son susceptibles de ser acusados ante el Senado de la República. No*

8 El proyecto original enviado por el Ejecutivo de ese entonces no incluía dicha disposición.

9 Actas de la Cámara de Diputados (1943a), pp.1396 y siguientes.

es sino una consecuencia lógica de la disposición del artículo primero, que da vida constitucional a la Contraloría"[10].

Otra opinión rescatable es la emitida por el Senador señor Cruzat, durante la tramitación en su Tercer Trámite Constitucional del presente proyecto de ley, el cual indica:

"Creo que hay unanimidad para aprobar esta modificación introducida por la Honorable Cámara de Diputados, que es, en realidad, una consecuencia lógica de haber elevado a organismo constitucional la Contraloría General de la República"[11].

En sesión del Congreso Pleno, realizado el día domingo 14 de noviembre de 1943, se procede a la votación del proyecto en análisis, el cual se dio por aprobado.

En conclusión, basado en los antecedentes fidedignos disponibles en las Actas del Congreso Nacional, sólo es posible considerar como fundamento de la inclusión del Contralor General de la República como autoridad susceptible de ser acusada constitucionalmente la circunstancia de haberle otorgado rango constitucional.

2.3. La acusación constitucional contra el Contralor General de la República Sr. Agustín Vigorena R. en 1945

Como puede apreciarse, la Constitución reformada en 1943 incluyó al Contralor General de la República entre las personas posibles de ser acusadas por notable abandono de deberes.

Desde 1939 era Contralor el antiguo abogado Sr. Agustín Vigorena R., quien tenía el apoyo del Gobierno que encabezaba el Presidente de la República Sr. Juan Antonio Ríos, integrante del Partido Radical.

El 14 de noviembre de 1945 se presenta una acusación constitucional por notable abandono de deberes en contra del Sr. Vigorena.

Ella fue patrocinada por Diputados del Partido Conservador y Liberal, entre los cuales destacaron don Héctor Correa Letelier, Sergio Fernández Larraín y otros (moción de 10 diputados).

De esta acusación se dio cuenta en la sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados, de 14 de noviembre de 1945.

La acusación contempló los siguientes capítulos:

1. Creación de la Dirección General de Transportes y Tránsito Público y otros Servicios.
2. El Reglamento del Decreto Ley N° 526 que creó el Comisariato General de Subsistencias y Precios.

---

10 Actas de la Cámara de Diputados (1943b), p. 1817.

11 Biblioteca del Congreso Nacional (2011), p. 6.

3. Medidas de Control Económico y Financiero dictadas con Infracción de la Constitución y la Ley.
4. Impuestos por Embarque y Desembarque.
5. Derechos y Tarifas por Inspección y Control Sanitario, Certificados, etc.
6. Inconstitucionalidad e Ilegalidad de Decretos con Fuerza de Ley dictados en virtud de la Ley N° 7.266.
7. Decretos dictados en virtud de la Reforma Constitucional de 22 de noviembre de 1943.
8. Decretos Dictados en virtud de la Reforma Constitucional.

El mismo día, el Presidente de la Cámara de Diputados, Sr. Juan Antonio Coloma, da cuenta a la sala de la acusación y se procede a sortear los nombres de la comisión encargada de informarla.

Practicado el sorteo, correspondió a los nombres de los Honorables Diputados señores Fernando Maira, Lucio Concha, Carlos Atienza, Carlos Ferreira y Dionisio Garrido.

En la sesión de 21 de noviembre de 1945, se continuó con el procedimiento constitucional procediéndose a leer el texto íntegro de la acusación.

En la misma sesión se dio cuenta de la respuesta del Sr. Vigorena.

En esta contestación solicita su rechazo por cuanto en ningún momento había dejado de cumplir con sus deberes, y a lo más podría haber problemas de interpretación con los decretos con fuerza de ley y decretos supremos.

El Sr. Vigorena era profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile.

Añadía el Sr. Contralor los siguientes considerandos a su defensa:

"Por haber dado curso a numerosos decretos que ellos estiman inconstitucionales e iegales, entre ellos los que se refieren a las medidas de control económico y financiero dictadas con motivo de nuestras responsabilidades internacionales en la guerra mundial, y casi todos los decretos con fuerza de ley dictados en virtud de la ley N° 7.200".

"Viejo profesor de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, había aceptado siempre lo que al respecto dicen profesores como García Oviedo en su libro 'Instituciones de Derecho Administrativo', o los profesores Esmein y Berthelemy, citados por el profesor don Moisés Vargas en su obra de Derecho Administrativo, quienes establecen claramente la diferencia que existe entre un decreto dictado en uso de la facultad reglamentaria y uno dictado en uso de la facultad delegada".

"El Contralor, para los efectos de la acusación constitucional, está calificado en igualdad de situación con los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Considere la Honorable Cámara el peligro que significaría el declarar que una determinada ley significa abierto abandono de deberes.

Todos los magistrados, en las contiendas entre partes, y el Contralor, en el caso de interpretación de las leyes administrativas, tendrían que preguntar a la mayoría del Congreso Nacional qué es legal y qué es ilegal en cada caso.

Por lo demás, en cada decreto de los que se alude existe una situación de hecho: el Ejecutivo ha afirmado que hay razones fundadas para considerar que existe alteración o posible alteración del orden público".

"El Contralor, durante varias horas ha dado a la Comisión nombrada por la Honorable Cámara explicaciones acerca de todos y cada uno de los cargos que se formulan en la acusación".

Firmado. Agustín Vigorena Figueroa[12].

En la misma sesión usó la palabra el Diputado Sr. Héctor Correa Letelier, quien en una extensísima exposición detalló capítulo por capítulo los cargos en contra del Sr. Vigorena.

El 22 de noviembre de 1945 continuó la intervención del Sr. Correa, sosteniendo la acusación y abundando en mínimos detalles el contenido de la misma.

Posteriormente intervino el Diputado Sr. Fernando Maira, representante del Partido Radical, quien, por su parte, defendió las actuaciones del Sr. Vigorena, oportunidad en que fue apoyado por el Diputado Sr. Rossetti.

También intervino apoyando la acusación el Diputado Sr. Estévez (profesor de Derecho Constitucional), quien en fundados argumentos históricos y de momento solicitó que se aprobara el libelo.

El Sr. Maira en la misma sesión argumentaba:

"¿Qué significa, señor Presidente, la expresión notable abandono de deberes? Se refiere no a la forma, buena o mala en que interpreta esos deberes el que cumple una función que le encomienda la ley, como en el caso del Contralor General de la República o de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, sino que a otras materias distintas" .

"Y bien, señor Presidente, tanto los Decretos Leyes como los Decretos con Fuerza de Ley, son leyes. Leyes ilegales, leyes inconstitucionales, sí, honorables Diputados, leyes que no deberían tener validez jurídica de ninguna especie, pero leyes que la tienen y que se cumplen, porque ni los Tribunales de Justicia han cumplido con su obligación de no hacerlos cumplir en su calidad de Decretos Leyes, ni el Congreso ha cumplido con su obligación de no delegar facultades que no ha podido delegar, pero en ambos casos son leyes"[13].

12 Actas de la Cámara de Diputados (1945), p. 578.

13 Actas de la Cámara de Diputados (1945b), p. 617.

También terció en el debate apoyando la acusación el diputado Sr Víctor Santa Cruz.

Terminado el debate el 22 de noviembre de 1945, se vota la acusación. Votaron 132 diputados, 68 votos por la afirmativa y 64 votos por la negativa. El Presidente declaro aprobada la acusación y se designó a los diputados Correa Letelier, Santa Cruz y Smitmans para sostener la acusación en el Senado.

El Senado comenzó a tomar conocimiento de la acusación, en sesión celebrada el martes 11 de diciembre de 1945.

Presidía el Senador don Arturo Alessandri Palma (ex Presidente de la República, 1920-1925 y 1932-1938).

Se concedió la palabra al Sr. Vigorena, quien concurrió personalmente al Senado y planteó la cuestión previa de si la acusación cumplía o no con los requisitos que la Constitución señalaba.

Hizo una larguísima exposición sobre qué debe entenderse por Notable Abandono de Deberes, apoyándose en la historia, en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países que tienen la institución de la acusación constitucional.

Se puso en discusión esta cuestión previa impugnándola el Diputado Correa Letelier y otros. Varios senadores también se opusieron, y finalmente 21 votos obtuvo la negativa a aceptar la cuestión previa y 20 por la afirmativa. El Presidente declaró rechazada la cuestión previa planteada.

El 12 de diciembre continúa la acusación en el fondo.

Como Diputado acusador, el Sr. Correa Letelier expone ampliamente los numerosos capítulos de la acusación, repitiendo casi textualmente todo lo que se había expresado días antes en la Cámara de Diputados.

El 13 de diciembre, en otra sesión, continuó con la acusación el Sr. Correa Letelier. Posteriormente hizo uso de la palabra el Diputado acusador Sr. Víctor Santa Cruz, quien reforzó la argumentación del Diputado Sr. Correa Letelier.

Especialmente el Sr. Santa Cruz se refirió al tema del notable abandono de deberes, sosteniendo una posición particular, que posteriormente, en los últimos año después del retorno de la democracia en 1990 ha sido muy seguida y difundida por numerosos parlamentarios. Expresaba el Sr. Santa Cruz:

"Me propongo demostrar, señor Presidente, que esta tesis del señor Contralor no es siquiera efectiva y fundada respecto de los Jueces y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia. Y que si pudiera ser fundada respecto de estos últimos, jamás podría serlo respecto al Contralor General de la República, cuyas funciones ningún parecido tienen con las de los Jueces ni con las de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Se ha dicho y sostenido por algunos a través de la historia constitucional de Chile, que los Jueces y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo son acusables ante el Senado

cuando abandonan los deberes materiales que la ley les impone, es decir, cuando abandonan aquellos deberes cuyo conjunto se conoce con el nombre de conducta ministerial de los Magistrados. No serían acusables, entonces, los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia por lo que hagan al dictar sentencias, o sea, al aplicar el derecho, aunque infrinjan abiertamente la ley, y aun cuando infringiéndola lo hicieran a sabiendas o por negligencia o por ignorancia inexcusable, cometiendo con ello un delito; jamás podrían ser acusados por esta razón. Sólo podrían serlo cuando abandonaran sus deberes materiales, como, por ejemplo, cuando no concurrieran a su despacho o cuando lo hagan por un número de horas inferior al de cuatro que señala la ley; o cuando se ausenten del lugar de su jurisdicción sin permiso de la autoridad competente.

Yo sostengo ante esta Alta Corporación, como sostuve ante la Honorable Cámara de Diputados, que los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia son acusables ante el Senado cuando abandonan sus deberes, sin importar en absoluto que este abandono se produzca con ocasión de dictar sentencias y aplicar la ley o con ocasión de su conducta ministerial.

La Constitución Política del Estado dice que estos funcionarios son acusables por abandonar notablemente sus deberes, sin hacer distinción alguna respecto de los diversos deberes que pesan sobre dichos funcionarios"[14].

En sesión de 14 de diciembre se le cede la palabra al Contralor Sr. Vigorena, quien resume los puntos de la acusación y procede a rebatirlos uno por uno, en una también larga intervención.

Entre otros argumentos señaló que era imposible que lo acusaran por hechos anteriores a noviembre de 1943, tomando en cuenta que la Constitución había sido reformada ese año. O sea, no se podía aplicar la disposición con un criterio retroactivo.

Su defensa fue muy fundada y vehemente. En uno de sus acápites el Sr. Vigorena señalaba:

"Así como ya se ha hecho presente, en el curso de esta acusación, que es un principio universal de derecho que nadie puede ser condenado sino en virtud de una ley promulgada antes del hecho y castigado sólo por una pena establecida con anterioridad, del mismo modo es forzoso respetar otro principio también universal, de Derecho Público, según el cual deberá seguirse siempre una acción simultánea contra todos los autores o responsables de un hecho punible, sin que sea lícito o tenga justificación alguna hacer caer la mano de la justicia sobre uno de los culpables, eliminando a los demás.

Un país que no respete estos dos principios fundamentales inherentes a las personalidad humana no merece, como ya se ha dicho, figurar entre los países civilizados del orbe.

Si los Honorables Diputados acusadores me consideran culpable, aunque no lo soy, por qué nada han dicho ni nada han hecho contra los demás supuestos culpables".[15]

"En conclusión, ha quedado demostrado que la Contraloría General, como organismo autónomo, independiente de toda otra autoridad y de todas las demás oficinas de la República, y

14 Actas del Senado (1945a), p. 618.

15 Actas del Senado (1945b), p. 656.

en uso de sus facultades que le son privativas, y después de un estudio profundo de todos los antecedentes, unos a favor y en contra los demás, adoptó un pronunciamiento, frente al problema, en la mejor forma que lo estimó legal y además justo, equitativo y conciliable con la única y verdadera interpretación que puede darse hoy día, año 1945, a las disposiciones de orden público y a las leyes en beneficio social que se han dictado para favorecer a la masa enorme de los habitantes de la República.

No estaba obligada, por consiguiente, la misma Contraloría General, a obedecer literalmente y a aceptar en todo las ideas o tesis de algún Honorable Diputado, por muy alta que fuese su investidura, sino a aprovechar, como fundamentos, lo que, después de este estudio, resultase razonable y prudente" [16].

Continuó la discusión el sábado 15 de diciembre y el lunes 17 del mismo mes.

Especial énfasis se puso al tema de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley. Sosteniendo lo siguiente:

"En conclusión, sobre este particular, el que el Presidente de la República haya hecho buen o mal uso del mandato, no autoriza a la Contraloría para representar esa parte del decreto, por cuanto ello no significa establecer si estaba o no en contra de una ley que mande, prohíba o permita, sino que estaría en contradicción con un acuerdo adoptado por el Congreso en orden a delegar sus facultades, y esta contradicción no la formuló el Presidente de la República en un acto efectuado conforme al número 2° del artículo 72 de la Constitución, sino en una actuación de índole esencialmente distinta, como es la de desempeñar un mandato del Congreso" .[17]

"Yo he sostenido, señor Presidente, que la Contraloría no tiene derecho a hacer otra cosa sino a cursar los decretos con fuerza de ley, debido a que son expedidos por el Presidente de la República en uso de sus facultades delegadas en él"[18].

Hubo réplica de los diputados acusadores y posteriormente se le cedió la palabra al Sr. Vigorena para rectificar hechos.

El 19 de diciembre del mismo año se puso en votación la acusación. Intervino apoyándola el Senador Sr. José Maza Fernández; en la misma forma el señor Fernando Aldunate Errázuriz. Fundamentaron su oposición a la acusación y apoyando al Sr. Vigorena los Senadores señores Humberto Álvarez, Salvador Allende, Ocampo, Duhalde, González Videla, Rudecindo Ortega, entre otros.

Puesta en votación, el resultado fue de 23 votos por la afirmativa y 21 por la negativa.

Acto seguido, don Arturo Alessandri Palma, como Presidente del Senado señala que éste acoge la acusación y declara al Contralor General del la República, Sr. Agustín Vigorena, culpable por notable abandono de deberes.

16 Ibíd., p. 696.

17 Actas del Senado (1945c), p. 704.

18 Ibídem.

De acuerdo a la Constitución de esa fecha, conforme al artículo 42, el acusado quedó destituido de su cargo.

A dos años de haberse reformado la Constitución, se destituía al Contralor General de la República en la forma que se ha expuesto constituyéndose esta acusación en la primera en la historia y única, pues posteriormente nunca más se ha acusado constitucionalmente a un Contralor General.

3. Situación actual en la Constitución de 1980

Actualmente el artículo 52 N° 2 letra c) consagra la acusación constitucional para los Contralores Generales de la República.

En las Actas de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 consta que se mantuvo en todas sus formas el contenido de la Constitución de 1925, razón por la cual toda la doctrina anterior eventualmente puede servir para aceptar o negar una pretendida acusación.

Desde 1990 en adelante hemos tenido varias acusaciones por notable abandono de deberes en contra de Ministros de la Corte Suprema. Incluso en 1993, el 20 de enero el Senado acogió la acusación contra el Ministro Hernán Cereceda, quedando éste destituido de su cargo, situación que fue la primera en la historia de Chile.

Quiso el destino que quien escribe estas líneas fuera el abogado defensor del Sr. Cereceda. La acusación fue acogida por escasos votos. Curiosamente hubo dos ministros más acusados, casi por los mismos motivos que Cereceda, y ellos no fueron destituidos.

CONCLUSIONES

Es importante considerar que las funciones de un contralor en muchas ocasiones podrán ser relativamente parecidas a las judiciales. Sin embargo, hay innumerables competencias y actuaciones que no tienen ninguna relación con lo estrictamente jurisdiccional.

Por esta razón el concepto de notable abandono de deberes para un contralor difiere en muchos aspectos de la que puede imputarse a los Magistrados Superiores de los Tribunales de Justicia.

No es lo mismo ejercer el control de la legalidad de los actos de administración que resolver y hacer cumplir las causas civiles y criminales.

La toma de razón, la representación, la insistencia eventual, la contabilidad general de la nación no tienen semejanza con la función jurisdiccional.

De aquí que el notable abandono de deberes tenga en lo que respecta al contralor aspectos y matices muy diferentes a la de los jueces de los Tribunales de Justicia.

Es una injusticia manifiesta imputar responsabilidades al contralor al cursar los decretos con fuerza de ley cuando era el propio Congreso Nacional el que dictaba las leyes que auto-

rizaban la dictación de tales normas. Máxime cuando en la historia de la Constitución quedó expresa mención que no se autorizaba tal delegación.

A la fecha de la acusación del Sr. Vigorena, la Corte Suprema en sucesivos fallos había rechazado recursos de inaplicabilidad y otros en contra de los decretos con fuerza de ley. Del mismo modo, con respecto a los decretos leyes, cuando la Corte Suprema también les había dado valor e incluso el mismo Congreso había rechazado la acusación constitucional contra los Ministros de la Corte Suprema en 1932.

Tal como se ha podido advertir, la acusación con respecto a los decretos ley y decretos con fuerza de ley fue de una injusticia histórica, toda vez que tuvieron amplio reconocimiento del propio Parlamento, de la Corte Suprema y demás Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Actas de la Cámara de Diputados (1868a): Sesión 52ª Ordinaria, de 27 de agosto de 1868.
2. Actas de la Cámara de Diputados (1868b): Sesión 53ª Ordinaria, de 28 de agosto de 1868.
3. Actas de la Cámara de Diputados (1933a): Sesión 19ª Ordinaria, de 27 de junio de 1933.
4. Actas de la Cámara de Diputados (1933b): Sesión 20ª, de 28 de junio de 1933.
5. Actas de la Cámara de Diputados (1943a): Sesión 36ª, de 21 de julio de 1943.
6. Actas de la Cámara de Diputados (1943b): Sesión 43ª, de 8 de agosto de 1943.
7. Actas del Senado (1943): Sesión 56ª, de 7 de septiembre de 1943.
8. Actas de la Cámara de Diputados (1945a): Sesión 9ª, de 21 de noviembre de 1945.
9. Actas de la Cámara de Diputados (1945b): Sesión 10ª, de 22 de noviembre de 1945.
10. Actas del Senado (1945a): Sesión 18ª, de 13 de diciembre de 1945.
11. Actas del Senado (1945b): Sesión 19ª, de 14 de diciembre de 1945.
12. Actas del Senado (1945c): Sesión 21ª, de 17 de diciembre de 1945.
13. Biblioteca del Congreso Nacional. Antecedentes fidedignos en torno al artículo 4º de la Ley Nº 7.727 que incorporó al Contralor General de la República como autoridad de ser susceptible de ser acusada constitucionalmente por Notable Abandono de Deberes, 7 pp.
14. Encina, Francisco (1950): *Historia de Chile,* Tomo XIV (Santiago, Editorial Nascimento), 670 pp.
15. Huneeus, Jorge (1890): *La Constitución reformada ante el Congreso,* tomo I (Santiago, Imprenta Cervantes), 530 pp.

EL CONTROL EN LA DEMOCRACIA DE HOY

José Luis Cea Egaña
Profesor Titular Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile.

En justo homenaje al 85º aniversario de la Contraloría General de la República por su contribución al Estado de Derecho en nuestra democracia constitucional, se publican en este volumen numerosas monografías de variados autores nacionales y extranjeros. Adhiero a tal testimonio de aprecio con esta breve monografía, focalizada en el control del Poder mediante el Derecho ejercido no sólo dentro de las fronteras estatales sino que en el universo de las relaciones globalizadas.

Mi tesis estriba en que, si bien falta mucho por avanzar en la eficiencia y eficacia de tal control *ad intra* de los Estados, más preocupante es el horizonte, tormentoso y no sólo nublado, ya a la vista en el ámbito internacional. En parte, esa tesis abarca al control administrativo y, atendido el propósito de este libro, he concentrado en dicha especie de vigilancia las reflexiones siguientes.

Aunque la argumentación es general y no referida sólo al caso chileno, efectúo algunas incisiones en este último teniendo en la mente la experiencia de nuestro principal órgano de control administrativo[1].

1. Poder limitado por el Derecho

En Occidente, entre Política y Derecho existen, desde la antigüedad griega, vínculos numerosos y cambiantes porque una y otro se hallan abiertos a la interacción recíproca. Pienso, sin embargo, que en la historia de ese proceso aparece clara la victoria de la Política, entendida como ejercicio del Poder o dominación de unos hombres sobre otros, abatiendo al Derecho. La trayectoria de la civilización occidental, desde Grecia en tiempos de Sófocles, Sócrates, Platón y Aristóteles, demuestra que esa victoria ha sido realizada en contra de la libertad, con perjuicio de la igualdad y quebrantando la paz con justicia que anhelan los pueblos regidos por gobiernos legítimos[2]. Lo admirable yace, sin embargo, en la energía humana que levanta de nuevo la observancia del Derecho, reanudando la marcha hacia la sumisión del Poder a lo previsto en los valores, principios y preceptos del ordenamiento jurídico.

Tensión ha sido el sustantivo clave de las relaciones entre el poder y el Derecho. De esa coexistencia difícil ha fluido la propensión a que el Poder exceda los límites que le fija el orden jurídico, desde la Constitución y las leyes en descenso a los actos administrativos y la relación contractual. Se lo ha quebrantado abierta o subrepticiamente con fórmulas de autoritarismo, dictadura y totalitarismo.

---

1 El origen, evolución, finalidades y modos de control, como asimismo, la definición y otras claves de tal concepto se hallan en mi *Teoría del Gobierno* (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2000), pp. 197 ss. No es necesario repetir aquí lo expuesto en esa fuente, bastando remitirse a ella.

2 Véase mi "Panorama de la Política Contemporánea", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (editora): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 110 ss.

Esa derrota del Derecho es, para los fines que aquí me ocupan, el atropello de los límites que le traza al ordenamiento. Dichos límites son de índole variada, puesto que pueden revestir la forma de deberes u obligaciones, delimitaciones o restricciones, excepciones o prohibiciones. Coincido con Eduardo García de Enterría donde escribe que el Derecho es un sistema de límites[3] tanto a las potestades públicas para que se encuadren en las competencias que se le han conferido, así como al ejercicio de los derechos con el fin que su goce sea legítimo. Por supuesto, todo límite presupone algún ente que controle su cumplimiento, pues lo contrario implicaría la inexistencia de aquél y la inutilidad de éste. El punto que realzo está en que el Derecho define los límites y señala el control de ellos, a través de la competencia tasada que asigna a cada órgano contralor.

2. Magnos desafíos

La democracia constitucional sigue incompleta e imperfecta, fallas e insuficiencias que van quedando de manifiesto en nuestra época, tiempo que es de aprendizaje social e institucional masivo[4], acelerado y exteriorizado sin tapujos por la ciudadanía, aunque no siempre por sus representantes elegidos.

Conciente de la imposibilidad de forjar algún régimen político perfecto, menciono al menos reformas prioritarias al sistema vigente para incrementar su legitimidad: descentralizar el poder, territorial y funcionalmente; profundizar el control de su ejercicio –preventivo y de rectificación– abriendo instancias a la gente organizada en los diversos ámbitos territoriales del Estado Nación; perseguir y sancionar la corrupción y otras patologías políticas como la demagogia, el populismo y la manipulación de la opinión pública con mejores resultados de los que hoy se perciben; elevar los índices de seguridad humana ante la delincuencia tanto común como la conectada con el narcotráfico y el terrorismo; hacer realidad la participación, la igualdad de oportunidades y la movilidad social, avanzando en superar las exclusiones colectivas; elevar la calidad de la educación y la enseñanza comenzando con la formación que la juventud recibe en la familia y las instituciones formales de institución.

Sabido es que los cambios constitucionales afectan a la cultura de un país y, por lo mismo, son generalmente lentos, cuanto más profundos más difíciles de pactar y, peor todavía, con mayores escollos para llevarlos a la práctica. Salvo tratándose de quienes piensan en términos de voluntarismo ideológico que siempre lo simplifica todo, esos cambios nunca ocurren al azar porque proceden de la interpretación acertada del pasado para satisfacer necesidades presentes y futuras[5].

Los cambios constitucionales han ocurrido hasta hoy *ad intra* en los Estados nacionales. Sin embargo, al despuntar el siglo XX y con velocidad creciente después, fue aumentando la con-

---

3 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *I Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1997), pp. 423 ss. Véase también, sobre la idea de límite a las limitaciones, Ernst-Wolfang Böckenförde: *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden, Editorial Nomos, 1993), pp. 101 ss.

4 Hanke Brunkhorst: "Constitutionalim and Democracy in the World Society", en Petra Sobner y Martin Loughlin (editores): *¿The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 179 ss.

5 Harold J. Berman: *Law and Revolution. The Impact of the Protestants Reformations on the Western Legal Tradition* (Cambridge, Harvard University Press, 2006), pp. 5-8.

ciencia en punto a extender al ámbito internacional esa rica y positiva experiencia. Precisamente, estas reflexiones son un bosquejo de la que, para mí al menos, es la posición, tan dominante como desconcertante, de la doctrina extranjera que se ha preocupado del tema, llamado por unos constitucionalismo *inter o supraestatal*, por otros constitucionalismo *global,* constitucionalismo *postnacional* o *multinivel,* y por los menos constitucionalismo *multisocial* [6].

3. ¿Globalización administrativizada o pluralismo de entes mundiales?

La doctrina foránea más reciente, especialmente alemana, inglesa y española, levanta una multitud de objeciones a la viabilidad del constitucionalismo global. Para sumir en la duda la constitucionalización del Derecho Internacional aduce que, estando imperfecto el proceso *ad intra* de los Estados, mal puede extrapolarse el esfuerzo *ad extra* de ellos. La interrupción, a fines de 2003, del proceso de aprobación de la Constitución de Europa por el rechazo sufrido en los referendos de Francia y Holanda, ha ejercido, sin duda, una vigorosa influencia negativa en el decurso de los acontecimientos. Éstos, lógicamente, tendrían que llevar, como he dicho, a la constitucionalización del orden internacional[7] y a la internacionalización del régimen jurídico nacional[8].

Tras complicar así las cosas, aquella doctrina siente preparado el terreno para sembrar dos semillas, demasiado simples y equivocadas para germinar. Me refiero al Derecho Administrativo Global[9], defendido por unos, y al pluralismo en las decisiones de los organismos inter o supra nacionales no regidos por tratados solemnes, por el cual abogan los demás[10].

En punto a la primera de tales tendencias, pido recordar, sin ánimo crítico, que el Derecho Administrativo es el ordenamiento jurídico del Estado, concebido como gobierno y administrador de la nación e implementado para regular sus cometidos, servicios y potestades ejercitables sobre los administrados y los bienes nacionales, según fiscales o públicos[11]. Por supuesto, en tal rama del Derecho prima todavía el núcleo de la discrecionalidad y los privilegios procesales, hecho que en Chile significa ochenta y siete años de empeños, fracasos y frustraciones por instaurar una legislación sistemática para el contencioso administrativo[12]. Aunque quedan resabios, la generalidad ya no habla de *súbditos* sino de *administrados,* y el objetivo dejó de ser el

---

6 Reiner Wahl: "In Defence of Constitution", en Petra Sobner y Martin Loughlin (editores): *¿The Twilight of Constitutionalim?,* cit., pp. 224-225.

7 De la literatura que he revisado destaco, en esta línea de escepticismo, a Niko Krisch: *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010).

8 Consúltese del autor *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Santiago, Imprenta Alfabeta, 1999), pp. 362 ss.

9 Martin Loughlin: *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010), pp. 370 ss.

10 Niko Krisch: *Beyond Constitucionalim* cit. pp. 13 y 29.

11 Revísese, entre otros, Otto Mayer: (1903) *I Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949), pp. 17 y 32; Enrique Silva Cimma: *I Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Ed. Jurídica, 1992), pp. 44 ss.; Celso Antonio Bandeira de Mello: *Curso de Derecho Administrativo* (México D.F., Editorial Porrúa, 2006), pp. 12-13; y García de Enterría et al., cit., pp. 24 ss.

12 Rolando Pantoja Bauzá reunió todos los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional en el punto, recopilación que comienza en y finaliza con la iniciativa introducida cincuenta años después. Desde entonces, la conducta ha sido legislar para cada caso específico, llegándose en 2010 a contabilizar ciento sesenta regímenes de tal índole. Revísese del profesor Pantoja *Los Tribunales Administrativos. Antecedentes para su Estudio* (Valparaíso, Imp. Instituto Hidrográfico de la Armada, 1982), pp. 277 ss.

Poder para reemplazarlo por el servicio en la satisfacción, regular y continua, de las necesidades colectivas[13]. Lo cierto, sin embargo, es que el cambio sustancial en esa disciplina yace en su subordinación al nuevo constitucionalismo y no al revés, tesis que suscita resistencias por la magnitud de la transformación que ella implica[14].

Con relación al pluralismo, se agrega que es preferible optar por esa diversidad de entes, procedimientos y orientaciones en la comunidad internacional, entendiendo por tal una especie de archipiélago de organismos públicos y privados de aquella índole, no siempre creados ni organizados por tratados internacionales o acuerdos simplificados, de modo que funcionan sin someterse a jerarquía ni centralidad alguna, a menudo informalmente y observando como fuente su propio Derecho[15]. En suma, se propone optar por la coordinación entre pares sin más exigencias, al margen incluso de un Derecho Administrativo Global, prescindiendo de órganos comunes que dirijan y controlen sus decisiones. Es una inédita huida del Derecho Administrativo nacional para liberarse, en definitiva, de todo freno jurídico, reeditando el imperio de la Política sin límites, o mejor dicho, del Poder por encima del Derecho con las secuelas deplorables ya muy conocidas[16].

Ante tan inusitadas tendencias, ¿en qué queda la regulación del proceso de globalización política y socioeconómicamente entendido? ¿No representan esas tendencias el resurgimiento del Estado, pero ahora en el espacio internacional? ¿O es una vía de escape de la Sociedad Civil y del Estado carente de los límites que, debidamente controlados, aseguren tan libérrima funcionalidad?

Sin duda, se torna difícil prosperar en el constitucionalismo, ya lo dije, ¿pero no es un abismo el que separa este retroceso, por una parte, de la arcaica soberanía del Estado, incontrolado e incontrolable, planteando ahora la administrativización libre de las relaciones supra o internacionales, sean de naturaleza política, económica, científica, universitaria, cultural, militar o policial, por otra? ¿Y qué concepto esencial diferencia tal administrativización, de un lado, de la parálisis, la tramitación engorrosa y la ausencia de fiscalización democrática en el esquema pluralista, de otro?

4. Añoranzas humanistas

Pienso que tras las dos argumentaciones criticadas se hallan posturas ideológicas nostálgicas de un concepto equivocado de la Política, quiero decir aquel que domina al Derecho. Presenciamos una suerte de involución al despotismo ilustrado, pero en el contexto de conquistas democráticas y humanistas para el progreso justo del género humano. Una consecuencia

---

13 El artículo 3º inciso 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su texto vigente al 10 de junio de 2012, preceptúa que *"La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente (…)"*.

14 En esta línea de pensamiento es recomendable leer Ermanno Vitale: *Defenderse del Poder. Por una Resistencia Constitucional* (Madrid, Editorial Trotta, 2012), pp. 85 ss.

15 Repito que el arquetipo de esta línea de pensamiento es Niko Krisch en *Beyond Constitutionalim. The Pluralist Structure of Postnational Law,* cit.

16 Revísese del autor "Utilización del Derecho Privado por la Administración Pública", *Revista de Derecho Público* Nº 60 (1996), pp. 71 y ss.

grave de tal proceso radica en que, con esas argumentaciones se crea o estimula la tensión que el constitucionalismo ha resuelto, con enormes tropiezos y sacrificios, a favor del humanismo. Tales argumentaciones suprimen, además, el postulado de un constitucionalismo de complementación, asumiendo que éste es un continuo y no una brecha que lo separa del otro orden normativo.

De paso, con esa línea de pensamiento se debilita el ímpetu de las conquistas del Derecho Internacional, comenzando con el *ius cogens* o normativa compulsiva para los Estados, incluso exigibles contra su voluntad[17]. Tal vez no nos percatamos claramente aún, pero el fenómeno denunciado puede erigirse en un retroceso deplorable para la sumisión del Poder al Derecho en todos los ámbitos de la convivencia civilizada[18].

5. Dualismo inevitable pero regulado

Termino este ensayo admitiendo, nuevamente, que en el orden interno de los Estados subsisten la dualidad, tácita e inequívocamente reconocida, de una multitud de fenómenos. Por ejemplo, dualidad entre el derecho nacional y el internacional; entre la Constitución y los tratados internacionales; entre el derecho público y el privado; entre la Política y el Derecho; entre el poder constituyente y los poderes constituidos; entre formación de las normas jurídicas y la aplicación cuanto la ejecución de ellas; entre la soberanía y los sujetos destinatarios de esa potestad pública; entre secreto y opacidad por contraposición a información y transparencia; entre discrecionalidad y control; entre libertad y libertinaje; entre igualdad e inclusión social y discriminación y exclusión de aquélla; entre decisión desde arriba e impuesta hacia abajo y adopción y participación en ella de la comunidad; en definitiva y sin agotar las manifestaciones binarias, entre la legalidad formal y la legitimidad sustantiva[19].

Hago mía, análogamente, la observación en punto a que tantas tensiones impiden forjar un régimen democrático estable, es decir, institucionalizado *ad intra* en la mayoría de los Estados Naciones, porque son demasiado fuertes en ellos las divergencias ideológicas, las interpretaciones hostiles de la historia reciente o, incluso, de tiempo más remoto, las aspiraciones partidarias y los liderazgos no siempre dotados de vocación de servicio. A pesar de ello, deviene también ostensible el drama que se aprecia en pro de una integración que rebase o supere al dualismo, si bien advertidos que jamás desaparecerá, pues son motivos, profundos y persuasivos, los que lo explican en varias de las situaciones mencionadas por vía ilustrativa. El sufrimiento, que es la escuela insuperable para aprender nociones dolorosas con el designio de no repetirlas, enseñado objetivamente y sin deformaciones ideológicas o interpretaciones sesgadas, ha ejercido una influencia determinante, por ejemplo, para propugnar la relativización de la soberanía en homenaje a la dignidad humana, a sus atributos y deberes inalienables y al rango de sujeto de derecho internacional, incluso con la finalidad de desafiar a los Estados involucrados en atrope-

17 Consúltese el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en Chile desde el 22 de junio de 1981, al tenor del cual una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados y que no admite acuerdo en contrario.

18 Véase Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* (Madrid, Editorial Trotta, 1999), pp. 112 ss. y 165 ss.

19 Brunkhorst, cit., pp. 195 y 196.

llar a ese estatuto. A través de un *continuum* de concretización, en la práctica van limándose las aristas del dualismo y prosperando los esfuerzos por armonizarlos[20].

Aquel sufrimiento explica también el fortalecimiento del Derecho Constitucional de cara a la Política, al punto que se ha consolidado la justicia constitucional para resolver los más graves problemas políticos dentro y mediante la aplicación del constitucionalismo[21].

EPÍLOGO

No diviso razones convincentes para plantear una dinámica parecida a la del dualismo en el orden mundial o supranacional, antes bien, el Derecho ha sido y es uno en el mundo entero y la misión consiste en sistematizarlo armónicamente, conciliando diferencias y matices que no llegan a destruir esa universalidad.

Estamos llegando a este nuevo estadio tardía y dificultosamente, pero los hechos que observamos en la crisis fiscal y monetaria europea, en la especulación y el descontrol del capitalismo privado en Grecia, España, Italia y Portugal, entre otros países, ponen de relieve que es riesgoso dejar el curso de los acontecimientos entregado sólo al Derecho Administrativo. Es pura quimera, asimismo, abogar por un pluralismo, de éxito más que hipotético, en la coordinación de energías dispersas y opuestas o, peor todavía, emanadas del Poder de los más fuertes sin contrapeso en autoridad supra o internacionales. Aquí también percibo patente la conección del postulado que orienta estas reflexiones: el Derecho limita al Poder para que éste sea legítimo; si tan sencilla y esencial premisa no se cumple cabalmente, entonces la fuerza avasalla a la razón con todas sus nefastas consecuencias.

La globalización exige regulación jurídica y hacia ese objetivo apunta la constitucionalización del Derecho Internacional. Empero, es evidente el empuje mayor que tienen los que anhelan detener u obstruir el curso favorable de los acontecimientos.

Ojalá que los tiempos de inestabilidad que observamos hoy se alejen, dejando el espacio a la democracia nacional e internacionalmente vivida con vigor institucional. De ella, lo digo nuevamente, es clave el control eficaz de los límites que el Derecho impone al Poder para que llegue a ser legítimo. No hacerlo equivale a entronizar las *patologías políticas*, cuya difusión puede provocar el quiebre democrático o, si se salva tan dramático epílogo, el retorno al padecimiento de los pueblos. Está perfectamente demostrado que siempre esos quiebres perjudican a la libertad, en lo político, y a los más pobres, en lo socioeconómico a raíz de la cesantía, la desesperación por la pérdida del bienestar de que se gozaba, la aparición de la violencia y la descomposición del *ethos* que infunde sentido a la convivencia civilizada. ¿Cuál es ese *ethos?* Lo reitero: la sujeción del Poder a los límites que le traza el Derecho y que lo eleva a Política, noble por ser genuina.

---

20 Brunkhorst, cit., pp. 195 y 196.

21 Gustavo Zagrebelsky: *Principi et Voti. La Corte Constituzionale e la Politica* (Torino, Giulio E inaudi Editore, 2005), pp. 22-23 y 90-91.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA

Prof. Dr. Iván Obando Camino,
iobandoc@utalca.cl
Prof. Mg. Johann Allesch Peñailillo,
jallesch@utalca.cl, Casilla N° 747-Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Talca.

RESUMEN:

Este ensayo explora el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría General de la República desde una perspectiva histórica y comparada. Luego de analizar sus orígenes legales en 1927, este trabajo se detiene en su proceso de constitucionalización, acontecido en 1943, y su fortalecimiento constitucional en la Constitución Política de 1980, que hizo de la Contraloría General de la República un órgano de control administrativo autónomo en el sistema chileno. La comparación con otras contralorías de la región permite constatar que aquélla goza de un amplio grado de autonomía; sin embargo, ésta no es absoluta, por carecer actualmente de autonomía presupuestaria.

Terminos clave: Contraloría - autonomía - fiscalización.

I. Introducción

El presente ensayo explora el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría General de la República, en adelante la Contraloría, desde una perspectiva histórica y comparada, con el objeto de exponer los antecedentes que presidieron su creación legal y su fortalecimiento subsecuente en nuestro ordenamiento constitucional, como, asimismo, para comparar someramente dicho desarrollo con el de otras instituciones de control administrativo nacidas en la misma época o en épocas posteriores.

Los antecedentes históricos presentados revelan un proceso de consolidación progresiva de la autonomía de la Contraloría General de la República, desde sus modestos orígenes legales en 1927, hasta más allá de su consagración constitucional en 1943. En tal sentido, ellos sugieren que el Poder Legislativo, en un comienzo, y el Poder Constituyente, más tarde, decidieron otorgar independencia y autonomía a aquélla, respecto de los Poderes del Estado, con miras a optimizar la gestión de los recursos públicos, mantener el orden en la hacienda pública y salvaguardar la juridicidad en el marco del Estado de Derecho, en un contexto político y constitucional caracterizado por el crecimiento progresivo de la potestad ejecutiva del Presidente de la República, el debilitamiento de la potestad fiscalizadora del Congreso Nacional y la institucionalización del sistema chileno de partidos políticos. En tal sentido, pareciera que una reforma administrativa que surgió como resultado del interés de la elite gubernamental por atraer capital extranjero, a mediados de la década de 1920 (invitando a la Misión Kemmerer), terminó por atraer el interés de la elite política una década y media más tarde, la cual cifró en esta institución sus esperanzas

de controlar al Poder Ejecutivo, dada la ineficacia de los mecanismos de control parlamentario previstos en la Constitución Política de 1925. Por su parte, el buen desempeño de la Contraloría, de sus líderes y funcionarios, pavimentó el camino para la expansión posterior de su función fiscalizadora, adquiriendo suficiente autoridad sus dictámenes e informes, los que no fueron desafiados abiertamente por el Poder Ejecutivo.

Los antecedentes comparados expuestos permiten constatar que la Contraloría cuenta con un alto grado de autonomía constitucional en el ámbito latinoamericano y que resulta abonada no sólo por el tenor del texto constitucional, sino también por la institucionalización de sus prácticas, rutinas y procedimientos. Asimismo, la Contraloría es de los pocos órganos de fiscalización administrativa que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, como función independiente del control fiscal, a diferencia de otras contralorías. En tal sentido, en lugar de ser un órgano asesor del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, la Contraloría se ha erigido en un órgano de control administrativo independiente y autónomo en casi todos sus aspectos –excepto el presupuestario, pese a la parquedad del texto constitucional vigente, respecto de los Poderes del Estado, constituyendo hoy en día una institución fundamental dentro del sistema político chileno. De hecho, el estudio de su desarrollo constitucional y legal permite constatar la profunda imbricación del texto jurídico, la praxis administrativa y las expectativas convergentes en materia de fiscalización de parte de los fiscalizadores, los fiscalizados y los administrados. Con todo, el examen comparado revela que el texto constitucional requiere explicitar aún más el contenido de la autonomía de la Contraloría, restableciendo en lo posible la autonomía presupuestaria de que gozó hasta el año 1977.

Este ensayo consta de seis secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones. La sección II. se refiere a los orígenes legales de la Contraloría en 1927. La sección III. trata sobre la adquisición de autonomía constitucional en 1943. La sección IV. discurre sobre su reforzamiento constitucional en 1980. Finalmente, la sección V. presenta antecedentes sobre otras contralorías en el Derecho Comparado.

II. Los orígenes legales en 1927

Mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927, el Presidente de la República, Sr. Emiliano Figueroa Larraín, dispuso la creación de la Contraloría, mediante la aprobación del denominado "Proyecto de Contraloría Jeneral de la República" propuesto por la Misión Kemmerer –de gestión previa exitosa en Colombia[1], sobre la base de la Oficina del Contralor y Auditor General de Inglaterra e informado favorablemente por una comisión ad-hoc presidida por el Superintendente de Bancos, Sr. Julio Philippi, y compuesta por los Sres. Eduardo Puelma, Miguel Vergara, Alfonso Hernández y W. M. van Deusen[2].

Los fundamentos de este cuerpo legal enfatizaron la necesidad de centralizar en un órgano administrativo especial, que actuara con unidad de propósitos, la fiscalización de los ingresos

1 Drake (2004), s.p.

2 Pinto et al. (1977), pp. 6, 9.

nacionales y la inversión de los recursos fiscales, dirigido por un jefe dotado de amplias facultades, "para que pueda responder ante el Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan".

Adicionalmente, el control administrativo de los fondos públicos existente resultaba ineficiente a esas alturas para los efectos de una ordenada y arreglada contabilidad pública. Así, a vía de ejemplo, Silva Cimma señaló que *"el Tribunal de Cuentas que estaba facultado para practicar el examen legal y constitucional de los decretos supremos, sólo venía a imponerse de la legalidad de los gastos realizados al año después de que había tomado razón de los decretos que autorizaban los referidos gastos, ya que sólo entonces recibía el estado financiero".* (Silva Cimma, 1969, p. 372)

Al respecto, el art. 2° del cuerpo legal en comento nombró Contralor General de la República interino al Ministro de Hacienda, Sr. Pablo Ramírez Rodríguez, mientras que los arts. 2° y 3° le autorizaron para designar un subcontralor interino y el personal necesario para ejecutar los trabajos preliminares tendentes a la organización de la naciente Contraloría.

El art. 1° del proyecto aludido dispuso la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Sección de Bienes Nacionales y la Dirección General de Estadística en una oficina administrativa, denominada Contraloría General de la República, la que "será independiente de todos los Ministerios i de las demás reparticiones del Estado". El art. 2° señaló que un funcionario, denominado Contralor General de la República, tendría a su cargo la Contraloría, quien sería nombrado por el Presidente de la República, durando seis años en sus funciones, pudiendo ser reelegido. Finalmente, los arts. 2° y siguientes contemplaron una organización administrativa básica consistente en un Contralor General, un Subcontralor y un Inspector General de Servicios Públicos. Finalmente, el art. 38 dispuso que la Ley de Presupuestos contemplase los fondos necesarios para el mantenimiento del servicio, el que sería fijado por decreto del Contralor General, aprobado por el Ministro de Hacienda.

No obstante, la fusión del Tribunal de Cuentas y de la Dirección de Contabilidad General fue de importancia vital para la institucionalización ulterior de la Contraloría, pues concentraban desde hacía largo tiempo las funciones que distinguirían a esta última posteriormente, sin perjuicio de sus antecesores republicanos[3]. Efectivamente, la Dirección de Contabilidad General, creada por decreto supremo en 1869, elevada a rango legal en 1875 y consolidada legalmente en 1883, tenía a su cargo la contabilidad de la Hacienda Pública e inspeccionaba ampliamente todas las oficinas recaudadoras. Por su parte, el Tribunal de Cuentas, creado por una ley de 1888 y que tenía un antecedente en la Corte de Cuentas creada en 1875 (que funcionó paralelamente por un breve período de tiempo), tenía a su cargo el examen y juzgamiento de las cuentas, además de otras atribuciones contraloras de las oficinas fiscales, los funcionarios públicos y los ingresos y gastos públicos, las que fueron ampliadas al control de la toma de razón de los actos administrativos en general en 1894, sin perjuicio del decreto de insistencia adoptado en 1909[4].

---

3 Pueden mencionarse, a vía de ejemplo, el Tribunal Mayor de Cuentas de 1820; la Comisión de Rezagos, la Inspección de Cuentas y la Mesa de Residencia, todos de 1828; la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas de 1839 y la Corte de Cuentas de 1875. Silva Cimma (1969), pp. 369-372; Quinzio (1969), pp. 477-479.

4 Pinto et al. (1977), pp. 255, 257, 261 s., 265.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927, modificó este primer cuerpo legal, reorganizando la Contraloría y adaptando su *"organización y funcionamiento a las prácticas y al sistema administrativo vigentes"*[5]. Con todo, la Contraloría adquirió en este período su estructura orgánica mediante el Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría, reglamentado por el Decreto Supremo N° 935, del Ministerio de Hacienda, de 1933, Reglamento Orgánico de la Contraloría[6].

Conforme a los arts. 2°, 3° y 5° del último cuerpo legal, el Contralor General de la República estaba a cargo de la Contraloría, era nombrado por el Presidente de la República y gozaba de inamovilidad –al igual que el Subcontralor, en su cargo[7]; la Contraloría, a su turno, se organizaba en un Contralor, un Subcontralor, la Secretaría General, los Departamentos de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos y Examen de Cuentas, de Contabilidad, y Jurídico, y los Subdepartamentos de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos; de Toma de Razón; de Crédito Público y Bienes Nacionales, y de Registro de Empleados Públicos. Por otra parte, el Decreto Ley N° 258, de 1932, reiteró que ella era independiente de todo otro servicio público y autoridad del Estado, como asimismo estableció sus atribuciones de rango meramente legal, para lo cual su art. 1° preceptuó: *"Artículo 1º La Contraloría General, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de la Beneficencia Pública; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo fondos o bienes de las entidades indicadas y de los demás servicios o instituciones sometidos por la ley a su fiscalización y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomienden esta ley y su reglamento y los demás preceptos vigentes o que se dicten en lo futuro, que le den intervención."* El art. 8° de este cuerpo legal complementó lo anterior y dispuso lo siguiente: *"El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de veinte días contado desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros,/ La representación se hará con la firma del Contralor y, en caso de insistencia, se consignará en la Memoria Anual que la Contraloría deberá presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional"*[8].

No obstante la extensión de la función fiscalizadora de la Contraloría respecto de todas las instituciones fiscales, semifiscales y la mayoría de los organismos dependientes o creados por el Estado mediante la Ley N° 7.200, de 1942, no existió –aparentemente, una toma de conciencia clara sobre la proyección y trascendencia de su papel en el corto plazo, como órgano de control

5 Contraloría General de la República (1977), p. 27.

6 Esta ley orgánica fue modificada por las Leyes N° 6.915, de 1941; N° 7.200, de 1942; N° 7.727, de 1943; N° 9.687, de 1950, entre otras.

7 La Ley N° 9.687, de 1950, estableció que el nombramiento del Contralor General de la República debía efectuarse por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

8 Según Raveau, este precepto estaba en concordancia con el art. 21 de la Constitución Política de 1925. Raveau (1939), p. 261.

administrativo en el sistema chileno. En tal sentido, Raveau sólo aludió a la Contraloría con motivo de las bases constitucionales de la hacienda pública, específicamente respecto de la cuenta e inversión de las rentas públicas[9], mientras que Jara se limitó a analizar el Tribunal de Cuentas como una manifestación de la jurisdicción administrativa en Chile[10]. Probablemente, el rango infraconstitucional de la Contraloría, como órgano de control, conspiraba para ello. Esto cambiaría poco tiempo después.

III. La adquisición de autonomía constitucional en 1943

El primer texto constitucional que contempló la Contraloría fue la Constitución Política de 1925, luego de la reforma constitucional de la Ley N° 7.727, de 1943, que elevó a rango constitucional a aquélla, calificándola de organismo autónomo.

Esta reforma constitucional discurrió sobre tres grandes objetivos: fortalecer la potestad legislativa del Presidente de la República en materia de creación de gasto público; circunscribir la potestad administrativa del Presidente de la República en las mismas materias y reforzar las atribuciones fiscalizadoras, contables y jurisdiccionales de la Contraloría en materia de recursos y fondos públicos. Originalmente, ella perseguía solamente fortalecer la iniciativa legislativa del Presidente de la República en materias administrativas, mediante la concesión de una iniciativa exclusiva, pero durante el *íter* legislativo esta iniciativa exclusiva fue extendida a la alteración de la división política o administrativa y la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados. Asimismo, se circunscribió la potestad administrativa de aquél a través de la creación del decreto de emergencia económica, debido al abuso del decreto de insistencia en el pasado[11]. Finalmente, se reforzaron las atribuciones antedichas de la Contraloría, mediante la concesión de autonomía constitucional a esta última, la que le permitiría ejercerlas sin interferencia de otras autoridades o poderes.

El art. 1° de dicha ley agregó tres nuevos incisos al art. 21 de la Constitución Política de 1925, del siguiente tenor: *"Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos./ La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el número 10° del artículo 72 de la Constitución, y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados./ También enviará copia a la misma Cámara de los decretos de que tome razón y que se dicten con la firma de todos los Ministros de Estado, conforme a lo dispuesto en el precepto citado en el inciso anterior"*[12]. Del mismo modo, el art. 4° de

9 Ibid, pp. 260 s.

10 Jara (1943), pp. 249, 288.

11 Sobre el abuso del decreto de insistencia, GIL (1969), p. 115.

12 Valencia (1986), p. 240.

este cuerpo legal confirió al Contralor General de la República legitimación pasiva respecto de acusaciones constitucionales, desde el momento que el art. 4° de la ley citada, modificando el art. 39 de la Constitución Política de 1925, estableció que era atribución exclusiva de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones interpuestas por diez diputados, a lo menos, en contra del Contralor General de la República por notable abandono de sus deberes[13].

La nueva Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336, de 1952, reglamentó extensamente el mandato constitucional, pese a que su art. 1° parafraseó lo dispuesto en el art. 1° del Decreto Ley N° 258, de 1932. La estructura orgánica consultada en el art. 2° de esta ley era prácticamente la misma –salvo por la nueva Fiscalía, contemplada en la ley orgánica precedente; sin embargo, el Contralor General de la República, quien era el Jefe del Servicio, era nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y gozaba de inamovilidad en el cargo– al igual que el Subcontralor, de acuerdo a los arts. 3° y 6°[14]. Más tarde, la Ley N° 11.151, de 1953, extendió el examen de cuentas a las instituciones estatales de previsión social, mientras que la Ley N° 14.832, de 1962, autorizó al Contralor General para establecer controles sustitutivos de la toma de razón y construir dependencias de la Contraloría en las distintas zonas del país[15]. Por último, el Decreto con Fuerza de Ley N° 42, del Ministerio de Hacienda, de 1959, otorgó autonomía presupuestaria a la Contraloría, mediante el otorgamiento a esta última de un porcentaje no inferior al 0,39% del monto del presupuesto anual de gastos señalado en la Ley de Presupuestos, a diferencia de lo que acontecía en la ley orgánica precedente, lo que fortalecía aún más su autonomía constitucional y su función fiscalizadora[16].

El realzado estatuto jurídico de la Contraloría permitió a esta última, desde mediados de la década de 1950, desarrollar ampliamente la fiscalización administrativa que conocemos hoy en día, lo que fue una necesidad ante la siempre creciente y dinámica Administración Pública.

Conforme al art. 21 de la Constitución Política de 1925, la Contraloría tenía las siguientes atribuciones: Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, exceptuadas las del Congreso Nacional; llevar la contabilidad general de la Nación, y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley. Consecuentemente, ella tenía una función fiscalizadora, la que ejercía mediante un control jurídico y un control contable a través de los Departamentos Jurídico, de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos y Examen de Cuentas, y de Contabilidad[17].

---

13 Ibid., pp. 240 s.

14 Esta ley orgánica fue modificada por los Decretos con Fuerza de Ley N°. 219, de 1953 y N° 42, de 1959, ambos del Ministerio de Hacienda; como asimismo, por las Leyes N° 11.151, de 1953; N° 14.832, de 1962; N° 15.364, de 1963; N° 15.840, de 1964; N° 16.068, de 1965; N° 16.391, de 1965; N° 16.433, de 1968; N° 16.723, de 1967; N° 17.617, de 1972; N° 17.881, de 1973 y el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, que fijó el texto refundido de la Ley N° 10.336, entre otros.

15 Contraloría General de la República de Chile (1977), p. 27.

16 Aylwin (2001), p. 601.

17 Silva Cimma (1969), pp. 374 s.

De acuerdo a lo anterior, Silva Bascuñán señaló años más tarde que la mentada autonomía permitía desempeñarse *"con plena libertad en el ejercicio de sus tareas, en relación a los entes sobre que recae su acción e incluso respecto de los órganos fundamentales del Estado"* (Silva Bascuñán, 1963, p. 310). Silva Cimma agregó que dicha autonomía era absoluta y que la única intervención de otras autoridades se materializaba en la designación del Jefe Superior del Servicio: el Contralor General era designado por el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado[18].

La Contraloría desempeñó esta función fiscalizadora con eficiencia singular en las décadas siguientes, institucionalizándose como el órgano constitucional de control del sistema administrativo chileno, sin evadir conflictos con el poder político, como aconteció a mediados de la década de 1950 con el Presidente Ibáñez[19].

Por lo expuesto, no deben extrañar las palabras de un observador extranjero de aquella época, quien concluyó: *"En el campo de las finanzas públicas, la Contraloría General de la República es una institución muy importante del gobierno chileno, con facultades únicas en el continente americano. […]/ Esta institución, cuerpo administrativo y judicial a la vez, no sólo ejerce la custodia de todo el patrimonio nacional y la supervisión sobre el presupuesto, sino que también tiene jurisdicción sobre la legislación financiera. […] Más importante aun (sic), la Contraloría chilena está investida de un poder significativo que le permite ejercer control efectivo sobre el ejecutivo. […]/ El Contralor General chileno, en verdad, es el guardián último de la legalidad financiera, y su deber consiste en procurar el respeto de la Constitución, la interpretación debida de las leyes y la observancia del Estatuto Administrativo. […] Aunque las propias leyes del Congreso están fuera de la competencia del Contralor General, éste juzga los decretos supremos que ponen en ejecución la legislación aprobada por este cuerpo. […]/ […] Además, la Contraloría no ha encontrado ninguna interferencia seria en su labor por parte del primer magistrado en sus treinta años de existencia […]. […] En lugar de resistir su autoridad, los presidentes la han aumentado, con el asentimiento del Congreso. Una institución que comenzó supervisando simplemente los gastos públicos, desempeña ahora un papel significativo e incluso crucial en todos los aspectos de la administración pública chilena."* (Gil, 1969, pp. 114 s.)

IV. Fortalecimiento constitucional en 1980

El segundo texto constitucional que reguló la Contraloría fue la Constitución Política de 1980. Este texto constitucional otorgó rango constitucional a su función tradicional de control de la legalidad de los actos de la Administración, circunscribió la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia y reforzó la autonomía constitucional de la Contraloría. En tal sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta autonomía, señalando que la Contraloría *"disfruta de una autonomía constitucional que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. Implica que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar*

18 Ibid., p. 373.

19 Gil (1969), p. 116.

supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva"[20].

Los preceptos constitucionales respectivos fueron elaborados a partir de las propuestas de los diversos órganos asesores de la H. Junta de Gobierno, en adelante la Junta, que era el titular del Poder Constituyente Originario en aquel tiempo, v. gr., la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado. Estas propuestas fueron inspiradas por nociones tradicionales de la práctica *iusadministrativa* y el recuerdo de sucesos administrativos del pasado reciente.

En tal sentido, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en adelante la Comisión, señaló los lineamientos para una futura regulación constitucional sobre la Contraloría en el e§ 12. del memorándum "Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República", de 26 de noviembre de 1973, dirigido a la Junta. La Comisión señaló que la Contraloría mantendría su rango de organismo constitucional, autónomo e independiente, y su función fiscalizadora se extendería a todos los organismos, instituciones, servicios públicos, empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado y sus servicios públicos, centralizados o descentralizados, tuvieren aportes de capital, representación o participación mayoritaria o igualitaria. Del mismo modo, deberían adoptarse los resguardos tendentes a evitar el abuso de los decretos de insistencia, los que deberían recaer exclusivamente en materias de la potestad reglamentaria. Finalmente, debería dotársele de imperio para el cumplimiento de sus resoluciones, como medio para dotar de eficacia al régimen de control y administrativo[21].

Casi cinco años más tarde, la Comisión dio a conocer su propuesta de regulación en el memorándum "Proposiciones e Ideas Precisas", de 16 de agosto de 1978, dirigido a S.E. el Presidente de la República, cuyo Capítulo IX se refería precisamente a la Contraloría. La Comisión estableció que la Contraloría ejercería mecanismos de control administrativo, manteniendo su rango de organismo constitucional, autónomo e independiente, pero precisando, al mismo tiempo, que su acción fiscalizadora no se extendería a las empresas del Estado, debiendo el legislador adoptar un criterio flexible para determinar el ámbito de su fiscalización. Igualmente, señaló que la función fiscalizadora comprendía el control contable, financiero y preventivo de legalidad de los actos de la Administración, adquiriendo este último ahora rango constitucional en el anteproyecto. Adicionalmente, también constitucionalizaba la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia, pero limitándola a ciertos casos o supuestos solamente, debido a abusos del pasado. Finalmente, la Comisión expresó su parecer negativo en cuanto a otorgar atribuciones a la Contraloría en tres órdenes de materias: para anular actos administrativos, por corresponder esto último a tribunales contencioso-administrativos; para ejercer el control de mérito o de resultado, porque implicaba transformarla en un órgano administrador, y para tener imperio para ejecutar sus resoluciones, porque implicaba que pasaba a ser juez y parte en la sustanciación de sumarios[22].

---

20 Verdugo (2011) pp. 398 s.

21 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (1973), pp. 26 s.

22 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (1978 a), pp. 291-294.

La propuesta de la Comisión se expresó en el Capítulo IX del anteproyecto constitucional contenido en el documento "Texto del Anteproyecto", de 18 de octubre de 1978, dirigido a S.E. el Presidente de la República, cuyo primer párrafo regulaba en dos artículos a la Contraloría. Respecto de la autonomía constitucional de la Contraloría, la Comisión propuso el precepto siguiente: *"Art. 92. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva./ El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad"*[23].

Respecto de la función de control de legalidad de la Administración, la Comisión propuso el precepto siguiente: *"Art. 93. En el ejercicio de la función de control de legalidad el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes de (sic) la misma Cámara./ Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución./ Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia./ En lo demás, la organización, funcionamiento y atribuciones de la Contraloría General de la República será materia de una ley orgánica constitucional"* [24] .

El Consejo de Estado, en adelante el Consejo, revisó la propuesta de la Comisión desde la perspectiva de los mecanismos de fiscalización del Poder Ejecutivo. El Consejo relevó el estatuto constitucional y papel fiscalizador de la Contraloría, dado el fortalecimiento de las atribuciones constitucionales del Presidente de la República. Del mismo modo, el Consejo hizo notar el rango constitucional de, entre otros, el control jurídico y destacó que la fiscalización se extendía al Congreso Nacional, como consta en el pasaje siguiente: *"El proyecto no exceptúa al Congreso, cuyo presupuesto quedó exento de toda fiscalización en la reforma constitucional propuesta*

23 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (1978b), p. 364.

24 Ibid., pp. 364 s. El Contralor General de la República podía ser acusado constitucionalmente por notable abandono de sus deberes ante la Cámara de Diputados, y el Senado debía resolver sobre la declaración de culpabilidad, actuando como jurado, conforme a los arts. 54 2) c) y 55 1) del anteproyecto constitucional. Ibid., pp. 346 s.

por el presidente don Juan Antonio Ríos en 1943 […]. La supresión de la fiscalización de los gastos del Congreso fue el precio cobrado por esa reforma, que abrió las puertas a excesos que contribuyeron al total desprestigio de este último. […]" (Consejo de Estado, 1980a), p. 399). Por lo expuesto, el Consejo no introdujo modificaciones sustantivas a la propuesta contenida en el anteproyecto de la Comisión, sino meramente gramaticales y formales, aprobándola sin mayor discusión en su sesión 89ª, de 11 de septiembre de 1979[25].

De esta manera, el art. 87 de la Constitución Política de 1980 preceptuó: *"Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva./ El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad"* [26].

Asimismo, el art. 88 de esta Constitución reguló el ejercicio de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración, por parte de la Contraloría, proscribiendo la facultad del Presidente de la República de dictar decretos de insistencia respecto de un decreto con fuerza de ley, de un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, encomendando la resolución del conflicto jurídico eventual al Tribunal Constitucional; igualmente, dispuso que la organización, el funcionamiento y las atribuciones de aquélla serían materia de una ley orgánica constitucional[27]. Finalmente, el art. 48 2) c) estableció que era atribución exclusiva de la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes, de las cuales conocía, como jurado, el Senado, conforme al art. 49 1)[28].

Posteriormente, la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, de 1989, incorporó al Consejo de Seguridad Nacional, con derecho a voto, al Contralor General, lo que fue variado por la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de 2005, que le dio a este órgano constitucional un carácter meramente asesor del Presidente de la República. Esta última reforma constitucional añadió un inc. 2° al art. 87, que reza: *"El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo"*[29].

---

25 Consejo de Estado (1980b), pp. 407 s.; Arancibia et al. (2008), p. 581.

26 Avaria (1986), p. 396.

27 Ibid., p. 397.

28 Ibid., pp. 376 s.

29 Verdugo (2011), p. 398.

No obstante lo dispuesto en el art. 87 inc. 1° de la Constitución Política, no se ha dictado aún la ley orgánica constitucional que debe regular la organización, funcionamiento, funciones y atribuciones de la Contraloría, por lo que se mantiene en vigencia la Ley N° 10.336, de 1952 –ley orgánica del servicio, cuyo texto refundido fue fijado mediante el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, pero con carácter de ley orgánica constitucional, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Carta Fundamental. Con todo, esta ley orgánica ha experimentado varias modificaciones hasta nuestros días, entre las que pueden relevarse la clarificación de que la Contraloría forma parte integrante de la Administración del Estado, conforme a la Ley N° 18.575, de 1986; el fortalecimiento del papel contralor de esta última respecto de la legalidad de la Administración del Estado y de la probidad administrativa de los empleados, funcionarios y agentes públicos, según la Ley N° 19.653, de 1999; la reforma del juicio de cuentas, de acuerdo a la Ley N° 19.817, de 2002; la reducción del ámbito de competencia, acorde a la Ley N° 19.886, de 2003, y la sujeción de aquélla al principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de la fiscalización que ejerce respecto del Consejo para la Transparencia, conforme a la Ley Nº 20.285, de 2008[30]. Lamentablemente, la Contraloría perdió su autonomía presupuestaria en virtud del Decreto Ley N° 2.503, del año 1977, y su presupuesto– fijado por el Contralor General, está sujeto actualmente a la aprobación del Presidente de la República, según el art. 149 de su ley orgánica, lo que va en detrimento de su autonomía[31].

En cuanto a su estructura orgánica, ésta ha variado algo en décadas pasadas y consta, según su ley orgánica, de un Contralor, un Subcontralor, los Departamentos Jurídico, de Contabilidad y de Inspección, la Fiscalía, los Subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos y de Crédito Público y de Bienes Nacionales la Secretaría General[32]. Cada una de las citadas unidades cuenta con diversas competencias específicas, conforme con la citada ley.

V. Antecedentes comparados

Es posible advertir órganos de control administrativo similares en el Derecho Comparado, los que centralizan diversos aspectos de la función fiscalizadora, los que evolucionaron en no pocos casos desde los antiguos Tribunales de Cuentas o Contadurías. En gran medida, ellos se

30 A partir del 11 de septiembre de 1973, ella fue modificada por los Decretos Leyes N° 38, de 1973; N° 61, de 1973; N° 728, de 1974; N° 785, de 1974; N° 983, de 1975; N° 1.161, de 1975; N° 1.254, de 1975; N° 1.263, de 1975; N° 1.273, de 1975; N° 1.289, de 1976; N° 2.053, de 1977; N° 2.100, de 1978; N° 3.551, de 1980; el Decreto con Fuerza de Ley N° 33, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1979, y las Leyes N° 18.575, de 1986; N° 18.974, de 1990; N° 19.817, de 2002; N° 19.908, de 2003; N° 20.285, de 2008, además del Decreto con Fuerza de Ley N° 859, del Ministerio de Obras Públicas, de 1997.

31 Aylwin (2001), p. 601.

32 El organigrama de la Contraloría, alojado en su página web, consigna la existencia de las Divisiones Jurídica, de Análisis Contable, de Auditoría Administrativa, de Toma de Razón y Registro, de Infraestructura y Regulación, de Coordinación e Información Jurídica, de Municipalidades, y de catorce contralorías regionales (Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Libertador General Bernardo O´Higgins, Maule, Bío-Bío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena). Contraloría General de la República de Chile (s.d.)

concentran en América Latina[33], habiendo sido creados a sugerencia de la Misión Kemmerer[34] o sobre la base de experiencias previas en otros países de la región[35].

Un caso es la Contraloría General de la República de Colombia, que tiene a su cargo el control fiscal, a *posteriori* y selectivo, para lo cual "vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación", conforme al art. 267 de la Constitución Política de 1991. El mismo precepto constitucional indica que este control fiscal incluye el control financiero, de gestión y de resultados, "fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales". Igualmente, ella es concebida por el Constituyente como un órgano técnico, dotado de autonomía presupuestaria y administrativa, lo que le constituye en uno de los órganos autónomos e independientes del Estado; no obstante, se encuentra sujeta al control fiscal de la Auditoría General de la República, que es otro órgano dotado de autonomía constitucional[36].

El Contralor General, por su parte, es elegido por el Congreso Nacional, a proposición en terna, presentada a razón de un candidato, por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por un término de cuatro años, acorde a los arts. 190 y 267 de la Constitución Política.

La Contraloría colombiana fue creada como departamento en 1923, luego de una recomendación de la Misión Kemmerer y con el objeto de mejorar la eficacia de las leyes sobre personal, bienes, fondos y rentas públicas. La Ley N° 42, de 1943, dispuso la creación de este órgano sobre la base de la fusión de la Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro. Las funciones de este órgano fueron extendidas al control contable y fiscal en 1932, lo que fue complementado mediante una reforma constitucional de 1945, que definió los mecanismos de control fiscal y reglamentó la elección y período del Contralor General, aspectos –estos últimos, que fueron reformados constitucionalmente en 1968, para hacer intervenir en la elección del Contralor General al Congreso y fijar el período de aquél en cuatro años. Posteriormente, ella pasó a ser concebida como un órgano técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria, a cargo del control a *posteriori* y selectivo, mediante una nueva reforma constitucional aprobada en 1991[37].

Del mismo modo, puede mencionarse la Contraloría General del Estado del Ecuador, que es "un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos", según el art. 211 de la Constitución Política de 2008. Este órgano dirige el sistema de control administrativo; determina responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas

33 La excepción es el General Accounting Office de los Estados Unidos de América, creado en 1921.

34 Fue el caso de las Contralorías de Colombia (1923), Ecuador (1927) y Bolivia (1929).

35 Fue el caso, entre otros, de las Contralorías de Perú (1929), Panamá (1930), Venezuela (1938), Guatemala (1945), Costa Rica (1949), República Dominicana (1954), Nicaragua (1979) y Brasil (2001).

36 Contraloría General de la República de Colombia (s.d.)

37 Ídem; Gozzi y Tappatá (2010), p. 4.

con los aspectos y gestiones bajo su control; expide la normativa para el cumplimiento de sus fines, y asesora a los órganos y entidades estatales, a requerimiento de éstas, conforme al art. 212 de la Constitución Política aludida. El Contralor del Estado es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y posesionado en el cargo por la Asamblea Nacional, de acuerdo a los arts. 120 N° 11 y 208 N° 11. Con todo, esta última no hace referencia a la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera de la Contraloría, como lo hacía el art. 211 de la Constitución Política de 1998, por lo que aquélla tiene ahora sólo rango infraconstitucional.

No obstante, preciso es señalar que este órgano fue creado originalmente como una oficina independiente de control contable y fiscal, bajo la denominación de Contraloría General de la Nación, por la Ley Orgánica de Hacienda de 1927, que acogió una recomendación de la Misión Kemmerer en tal sentido. Ella asumió funciones de fiscalización –y su actual denominación, mediante una reforma constitucional de 1967 y pasó a ser un Organismo Superior de Control con competencias administrativas y financieras en virtud de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977[38].

Igualmente, puede aludirse a la Contraloría General del Estado de Bolivia, que se encuentra contemplada en el art. 213 de la Constitución Política de 2009, como un órgano técnico y autónomo de control de la administración de las entidades públicas y de aquellas en que el Estado tiene participación o interés económico. Al respecto, el precepto constitucional reza: *"Artículo 213./ I. La Contraloría General del Estado es la institución técnica que ejerce la función de control de la administración de las entidades públicas y de aquéllas en las que el Estado tenga participación o interés económico. La Contraloría está facultada para determinar indicios de responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal: tiene autonomía funcional, financiera, administrativa y organizativa./ II. Su organización, funcionamiento y atribuciones, que deben estar fundados en los principios de legalidad, transparencia, eficacia, eficiencia, economía, equidad, oportunidad y objetividad, se determinarán por la ley".* Adicionalmente, el art. 217 I. encomienda a ella la supervisión y control externo de las entidades sujetas a su fiscalización, al preceptuar: *"La Contraloría General del Estado será responsable de la supervisión y del control externo posterior de las entidades públicas y de aquéllas en las que tenga participación o interés económico el Estado. La supervisión y el control se realizará asimismo sobre la adquisición, manejo y disposición de bienes y servicios estratégicos para el interés colectivo".* Finalmente, debe señalarse que la Contraloría boliviana es encabezada por un Contralor(a) General del Estado, quien es designado por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, previo concurso público y de oposición, permaneciendo en el cargo por seis años.

Pese a lo reciente del texto constitucional aludido, debe clarificarse que la Contraloría boliviana constituye un órgano de control administrativo de antigua data en Sudamérica. Ella fue creada por el gobierno boliviano mediante una ley de 1928, que recogió una recomendación de la Misión Kemmerer en tal sentido y entró en funciones el 1 de enero de 1929[39]. Originalmente, la Contraloría constituía un organismo independiente que ejercía un control administrativo y

38 Contraloría General del Estado del Ecuador (s.d.)

39 Gozzi y Tappatá (2010), p. 6.

preventivo en materias legales, contables y fiscales, bajo la dependencia del Presidente de la República. Estaba a cargo de un Contralor General, quien era elegido por la autoridad presidencial, a propuesta en terna del Senado y permanecía seis años en el cargo, pudiendo ser reelegido. Ella será elevada a rango constitucional en la Constitución Política de 1967, cuyos arts. 154 y 155 la concebirán como una oficina de contabilidad y contraloría fiscal, a cargo del control fiscal sobre las operaciones de entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta, encabezada por un Contralor General nombrado por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Senado, quien gozará de inamovilidad y durará diez años en el cargo, pudiendo ser reelegido. Las leyes que regularon el mandato constitucional asignaron a la Contraloría el control gubernamental, la auditoría y el control de legalidad de los órganos y entidades sujetas a su fiscalización, orientándose al control de la gestión del sector público posteriormente, como órgano superior del sistema de control gubernamental, que dejó de ser preventivo luego de 1990. Sin embargo, el procedimiento de nombramiento del Contralor General no experimentó cambios, extendiéndose su período a diez años[40].

Otro país que cuenta con una Contraloría de antigua data es el Perú. El gobierno peruano creó la Contraloría General de la República mediante Decreto Supremo de 26 de septiembre de 1929, teniendo a la vista las experiencias desarrolladas en países vecinos visitados por la Misión Kemmerer[41]. No obstante, la creación de la Contraloría peruana fue una experiencia enteramente nacional; de hecho, el gobierno peruano rechazó una recomendación para reorganizar la Contraloría, efectuada por la Misión Kenmmerer, en abril de 1931[42].

La Contraloría peruana obtuvo rango legal a través de la Ley N° 6.784, de 1930, que dispuso su organización y atribuciones de control fiscal preventivo y contable, mediante la fusión de las Direcciones del Tesoro y del Crédito Público. Poco tiempo más tarde, el art. 10 de la Constitución Política de 1933 la elevó a rango constitucional, concibiéndola como un departamento especial encargado del control de la ejecución presupuestaria y la gestión de las entidades recaudadoras o administradoras de rentas o bienes estatales, cuyo jefe era nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros. Con todo, fue la Ley Nº 14.816, de 1964, la que le dio autonomía e independencia, administrativa y funcional, como autoridad superior de control presupuestario y patrimonial del sector público, apoyándose para ello en el precepto constitucional aludido[43].

Actualmente, la Contraloría peruana mantiene rango constitucional y tiene el carácter de órgano autónomo y superior del sistema nacional de control. El art. 82 de la Constitución Política de 1993 dispone: *"La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control"*. En cuanto al jefe superior del servicio, éste es el Contralor General, quien es designado por el

40 Contraloría General del Estado de Bolivia (s.d.)

41 Gozzi y Tappatá (2010), p. 7.

42 Contraloría General de la República del Perú (s.d.)

43 Ídem.

Congreso Nacional, a propuesta del Poder Ejecutivo, dura siete años en el cargo y puede ser removido por falta grave por el Congreso Nacional, conforme al mismo precepto constitucional.

Del mismo modo, debe mencionarse la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela, contemplada en los arts. 287 y 289 de la Constitución Política de 1999, modificada en 2009, como un órgano del Poder Ciudadano (ejercido por el Consejo Moral Republicano), encargado de controlar, vigilar y fiscalizar administrativamente, con atribuciones para controlar la deuda pública y dotada de autonomía funcional, administrativa y organizativa, además de presupuestaria según el art. 273 de la Constitución. El art. 287 señala: *"La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control".* No obstante, se exceptúa de su fiscalización la Fuerza Armada Nacional y sus órganos adscritos, los que están sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional, conforme al art. 291 de la Constitución. Finalmente, aquélla es dirigida por un(a) Contralor(a) General, designada, por la Asamblea Nacional, a propuesta –eventual, en terna del Consejo Moral Republicano del Poder Ciudadano, previo proceso público de postulación presidido por un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, conforme al art. 279 de la Constitución.

La Contraloría venezolana fue creada como Contraloría General de la Nación a mediados de 1938, siguiendo el modelo colombiano y entró en funciones el 15 de octubre del mismo año, concentrando funciones de control fiscal y jurídico ligadas a la hacienda pública. Ella fue elevada a rango constitucional por la Constitución Política de 1947, pasando a denominarse Contraloría General de la República en la Constitución Política de 1961[44]. Esta última, tras las reformas de 1983, encomendaba a la Contraloría "el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos" en su art. 234, y señalaba que ella era un "órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones", conforme a su art. 236. La Contraloría era dirigida por un Contralor General de la República, quien era elegido en una sesión conjunta de ambas cámaras del Congreso, conforme al art. 238 de dicha Carta Constitucional. Con todo, la normativa constitucional no otorgaba a la Contraloría autonomía administrativa y presupuestaria, dejando la determinación de su organización y funcionamiento a la ley.

Tampoco puede dejar de mencionarse la Contraloría General de la República de Costa Rica, creada por la Constitución Política de 1949, luego de la guerra civil de aquel año, para ayudar a contrapesar en materias fiscales al Poder Ejecutivo (dada la ineficacia del Centro de Control creado en 1922). Esta constitución la contempló en sus arts. 183 y 184, concibiéndola como un órgano de control fiscal y presupuestario, con carácter auxiliar de la Asamblea Legislativa, gozando de autonomía administrativa y funcional. El mismo precepto constitucional señaló que la Contraloría estará a cargo de un Contralor y un Subcontralor, elegidos por la Asamblea Legis-

44 Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela (s.d.)

lativa por el término de 8 años, quienes podían ser reelegidos y removidos por aquélla, además de gozar de inmunidades[45].

En notorio contraste, por carecer de un estatuto constitucional, encontramos la Contraloría General de la Unión de Brasil, que fue creada mediante el Decreto Ejecutivo N° 2-143-31, de 2001, como Inspectoría General de la Unión y cuyas competencias están actualmente reguladas por la Ley N° 10.683, de 2003. Este órgano administrativo asesora al Presidente de la República en materias de transparencia y fiscalización del patrimonio público, supervisando técnicamente, además, los órganos que componen el sistema de control interno del Defensor del Pueblo. De acuerdo a la ley citada, el órgano pasó a denominarse Contraloría General de la Unión y su jefe pasó a ser el Ministro de Estado para el Control y la Transparencia, por lo que es nombrado y removido –como todos los Ministros de Estado, por el Presidente de la República conforme al art. 84 N° 1 de la Constitución Política de 1988. En tiempos recientes, la Contraloría brasileña pasó a ejercer también funciones de prevención de la corrupción y de auditoría interna[46].

CONCLUSIONES

Este ensayo tuvo como finalidad explorar el desarrollo constitucional y legal de la Contraloría General de la República, desde una perspectiva histórica y comparada, con el objeto de exponer los antecedentes que presidieron su creación legal y su fortalecimiento en nuestro ordenamiento constitucional, y junto con ello comparar dicho desarrollo con el de otras instituciones de control administrativo.

Los antecedentes históricos revelan un proceso de consolidación progresiva de la autonomía de la Contraloría General de la República, desde sus orígenes legales en 1927, hasta más allá de su consagración constitucional en el año 1943. No obstante, dicha autonomía no es plena, considerando su actual dependencia presupuestaria.

La Contraloría General de la República nace a la vida jurídica como resultado de la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Sección de Bienes Nacionales y la Dirección General de Estadística. No obstante la extensión de la función fiscalizadora de la Contraloría respecto de todas las instituciones fiscales, semifiscales y la mayoría de los organismos dependientes o creados por el Estado, no existió –aparentemente, en los primeros años de su existencia– una toma de conciencia clara sobre la proyección y trascendencia de su papel como órgano de control administrativo en el sistema chileno.

El primer texto constitucional que contempló la Contraloría General de la República fue la Constitución Política de 1925, luego de la reforma constitucional de la Ley N° 7.727, de 1943, que elevó a rango constitucional a aquélla, calificándola de organismo autónomo.

El segundo texto constitucional que reguló la Contraloría General de la República fue la Constitución Política de 1980. Este texto constitucional otorgó rango constitucional a su función

45 Contraloría General de la República de Costa Rica (s.d.)

46 Contraloría General de la Unión (s.d.)

tradicional de control de la legalidad de los actos de la Administración, circunscribió la atribución presidencial de dictar decretos de insistencia y reforzó la autonomía constitucional de la Contraloría.

Sin perjuicio que actualmente la Contraloría General cuenta con una regulación constitucional, no se ha dictado aún la ley orgánica constitucional que debe regular la organización, funcionamiento, funciones y atribuciones de ella, manteniéndose en vigencia la Ley N° 10.336, de 1952, pero con carácter de ley orgánica constitucional, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Carta Fundamental.

Es posible advertir órganos de control administrativo similares a la Contraloría General de la República en el Derecho Comparado, los que centralizan diversos aspectos de la función fiscalizadora, habiendo evolucionado en no pocos casos desde los antiguos Tribunales de Cuentas o Contadurías. En gran medida, ellos se concentran en América Latina, habiendo sido creados a sugerencia de la Misión Kemmerer, o sobre la base de experiencias previas en otros países de la región.

Los antecedentes comparados expuestos permiten constatar que la Contraloría General de la República cuenta con un alto grado de autonomía constitucional en el ámbito latinoamericano y que resulta abonada no sólo por el tenor del texto constitucional, sino también por la institucionalización de sus prácticas, rutinas y procedimientos.

La Contraloría General de la República es de los pocos órganos de fiscalización administrativa que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, como función independiente del control fiscal, a diferencia de otras contralorías.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Libros, manuales y monografías:

Gil, Federico G. (1969): *El Sistema Político de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 350 pp.

Jara Cristi, Manuel (1943): *Derecho Administrativo: Anotaciones de Clases* (Santiago, Artes y Letras), 854 pp.

Pinto, Sonia, Méndez, Luz María y Vergara, Sergio (1977): *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República* (Santiago, Editorial Universitaria), 456 pp.

Quinzio Figueiredo, Jorge Mario (1969): *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 535 pp.

Raveau, Rafael (1939): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado* (Santiago, segunda edición, Editorial Nascimiento).

Valencia Avaria, Luis (1986): *Anales de la República,* II Tomos (Santiago, Editorial Andrés Bello), 841 pp.

Silva Bascuñán, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 551 pp.

Silva Cimma, Enrique (1969): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado,* Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 415 pp.

b) Artículos y capítulos de libros:

Aylwin Azócar, Arturo (2001): "Algunas Reflexiones sobre la Contraloría General de la República", en Navarro Beltrán, Enrique (edit.): *20 Años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), pp. 599-613.

c) Documentos, compilaciones y publicaciones oficiales

Arancibia Mattar, Jaime, Brahm García, Enrique e Irarrázaval Gomien, Andrés (edit.) (2008): *Actas del Consejo de Estado en Chile* (1976-1980), Tomo II (Santiago, Ediciones Centro de Estudios Bicentenario). 1104 pp.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (1973): "Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República", en Soto Kloss, Eduardo (comp.) (1980): *Ordenamiento Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 10-31.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, (1978 a): "Proposiciones e Ideas Precisas", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 8, N° 1-6, pp. 144-317.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (1978 b): "Texto del Anteproyecto", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 8, N° 1-6, pp. 317-375.

Consejo de Estado (1980a): "Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del anteproyecto sobre nueva Constitución Política de la República", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 8, N° 1-6, pp. 376-421.

Consejo de Estado (1980b): "Texto del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República propuesto por el Consejo de Estado", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 8, N° 1-6, pp. 422-481.

Contraloría General de la República de Chile (1977): *Cincuentenario 1927-1977* (Santiago, Imprenta Contraloría General), 228 pp.

Verdugo Marinkovic, Mario (dir.) (2011): *Constitución Política de la República de Chile. Sistematizada con Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), 448 pp.

d) Normas nacionales citadas:

Constitución Política de la República de 1925.

Constitución Política de la República de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis, del Ministerio de Hacienda, de 1927.

Decreto con Fuerza de Ley N° 42, del Ministerio de Hacienda, de 1959.

Decreto Ley N° 258, de 1932, Ley Orgánica de la Contraloría.

Decreto Ley N° 2.503, de 1977.

Decreto Supremo N° 935, del Ministerio de Hacienda, de 1933, Reglamento Orgánico de la Contraloría.

Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley N° 7.200, de 1942.

Ley N° 7.727, de 1943.

Ley N° 10.336, de 1952.

Ley N° 11.151, de 1953.

Ley N° 14.832, de 1962.

Ley N° 18.825, de 1989.

Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.653, de 1999.

Ley N° 19.817, de 2002.

Ley N° 19.886, de 2003.

Ley N° 20.050, de 2005.

Ley N° 20,285, de 2008.

e) Normas Extranjeras Citadas

Constitución Política de Bolivia de 1967.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de Costa Rica de 1949.

Constitución Política de Ecuador de 1998.

Constitución Política de Ecuador de 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, modificada en 2009.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988.

Constitución Política de Perú de 1933.

Constitución Política de Perú de 1993.

Constitución Política de Venezuela de 1947.

Constitución Política de Venezuela de 1961.

Decreto Ejecutivo N° 2-143-31, de 2001.

Decreto Supremo de 26 de Septiembre de 1929.

Ley N° 42, de 1943.

Ley N° 6.784, de 1930.

Ley N° 10.683, de 2003.

Ley 14.816, de 1964.

Ley Orgánica de Hacienda de 1927.

f) Fuentes cibergráficas:

Constitución Política de Costa Rica de 1949. Disponible en *http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costarica49.html#mozTocId905477* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con la Enmienda N° 1 de 15 de febrero de 2009. Disponible en *http://www.cgr.gob.ve/contenido.php?Cod=048* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitución de la República de Venezuela. Disponible en *http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009. Disponible en *http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitución Política de la República de Bolivia. Sancionada el 2 de febrero de 1967. Disponible en *http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia1967.html* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitución Política del Perú de 1933. Disponible en *http://www.deperu.com/abc/constituciones/237/constitucion-politica-del-peru-1933* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Constitution of the Federative Republic of Brazil. Disponible en *http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=218270* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General del Estado de Bolivia (s.d.): "Historia". Disponible en *http://www.contraloria.gob.bo/PortalCGR/iniciuo.aspx?indice=1&grupo=5* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General del Estado del Ecuador (s.d.): "La Institución". Disponible en *http://contraloria.gob.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=1* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General de la Unión (s.d.): "Sobre la CGU: Historia". Disponible en *http://www.cgu.gov.br/espanol/CGU/Historico/index.asp* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela (s.d.): "Historia". Disponible en *http://www,cgr,.gob.ve/contenido.php?Cod=012* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General de la República de Chile (s.d.): "Organigrama". Disponible en *http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General de la República de Colombia (s.d.): "La Entidad". Disponible en *http://200.93.108.205/web/guest/la-entidad* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2011].

Contraloría General de la República de Costa Rica (s.d.): "Reseña Histórica del Control en Costa Rica". Disponible en *http://cgrw01.cgr.go.cr/* [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Contraloría General de la República del Perú (s.d.): "Contraloría General de la República". Disponible en *www.contraloria.gob.pe* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Drake, Paul W. (2004): "La Misión Kemmerer a Chile: consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932", Revista de Estudios Históricos, vol. 1, N° 1. Disponible en: *http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est_hist_complex/0,1475,SCID%253D11659%2526ISID%253D491,00.html* [fecha de consulta: 10 de mayo de 2012].

Gozzi, Eugenia y Tappatá, Ricardo (2010): "La Misión Kemmerer. Primera iniciativa de reforma financiera profunda en América Latina", 15 pp. Disponible en: *http://www.fitproper.com/documentos/propios/Mision_Kemmerer.pdf* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

Tribunal Constitucional (s.d.): "Constitución Política del Perú". Disponible en *http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html* [fecha de consulta: 9 de mayo de 2012].

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Karl Müller Guzmán

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Valparaíso,
Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional por la Universidad de Chile.
Magíster en Ciencia Jurídica por la Pontificia Universidad Católica de Chile. mullerka@gmail.com.

RESUMEN:

Este trabajo se refiere a la vinculación que puede existir entre la responsabilidad internacional y las funciones de la Contraloría General de la República, destacándose la necesidad de lograr una relación armónica entre el derecho nacional y el derecho internacional público.

Palabras clave: Derecho internacional público - Responsabilidad internacional - Funciones de la Contraloría General de la República.

I. Comentarios iniciales

La interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional es cada vez más intensa y compleja. Una manifestación de ello la encontramos en el alto número de tratados que se incorporan cada año en nuestro ordenamiento jurídico[1] como también en las diversas actuaciones de los órganos del Estado, en este caso, de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), que se basan en el derecho internacional y particularmente en tratados internacionales. Efectivamente, de acuerdo a la información que se puede obtener de la propia base de datos disponible en internet de la CGR, son cerca de mil las actuaciones de este órgano que se refieren o se han basado en el derecho y los tratados internacionales[2].

Vale decir, el derecho internacional se incorpora e influye de manera creciente en el derecho nacional. Al respecto es conveniente precisar que el derecho internacional una vez que se incorpora al derecho nacional es derecho chileno, es derecho que los órganos del Estado deben cumplir. Ello sin perjuicio que ese derecho "nacionalizado" no deja de ser derecho internacional. He aquí uno de los aspectos que torna tan compleja y dificultosa la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos y a su vez torna más compleja la labor de los órganos del Estado, de por sí ya suficientemente compleja por la sola aplicación de las normas puramente nacionales[3].

---

1 Conforme al Boletín N° 3 del 2 de abril de 2012 de la Secretaría General de la Presidencia, se registran sesenta y dos decretos promulgatorios de tratados, convenios y acuerdos internacionales publicados en el Diario Oficial. *http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/BOLETIN-N-03-al-2-de-abril-de-2012.pdf*

2 Información disponible en Contraloría General de la República, *http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111* (fecha de consulta:3/4/2011)

3 Así, por ejemplo, sólo en virtud del trámite de toma de razón, ingresan a la CGR unos 20.000 documentos para ser sometidos a dicho trámite o control. Información disponible en *http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP;JSESSIONID_ADMINTOOLS=014fNLdJYXcG15pGyJnPrvQPmQ57hLzmkYh6JVZKJxjWGcSpDyVX!-470514071!1396938329?_nfpb=true&_pageLabel=P18400467891287691639934&node=/BEA%20Repository/Merged/2011/NOT_ESP999_336_03022011_TRAMITACION_ELECTRONICA* (fecha de consulta: 23 de marzo de 2012)

Este artículo pretende ayudar, aunque sea de manera limitada, a facilitar la comprensión de esas interacciones, así como la aplicación del derecho internacional por parte de los órganos del Estado y particularmente la CGR, en relación con una materia específica del derecho internacional como es la responsabilidad internacional.

II. Breves precisiones con respecto a la responsabilidad internacional

Todo ordenamiento jurídico debe ser cumplido por los sujetos del derecho, en caso contrario se incurrirá en responsabilidad. La finalidad de la responsabilidad internacional consiste en lograr dicho cumplimiento y esencialmente que exista una reparación por parte del Estado o sujeto que vulneró el derecho internacional[4].

Los requisitos para que se genere la responsabilidad internacional son:

a) Un acto u omisión atribuible al Estado.

b) Violación o incumplimiento de una obligación internacional.

c) Un daño. Al respecto se ha sostenido que el daño es un requisito que debe concurrir para que se genere responsabilidad internacional[5], y por otra parte se ha sostenido que dicho requisito no es necesario[6]. No obstante la existencia de esta discusión, sin duda el daño es relevante al momento de determinar la forma de la reparación.

III. Efectos de la responsabilidad internacional

El Estado que incurre en responsabilidad internacional, reconocida o declarada por un órgano internacional (tribunal), debe cumplir con la obligación internacional de reparar conforme al derecho internacional. Las formas de reparación tradicionalmente han consistido en: la satisfacción, la *restitutio in integrum* y la indemnización. Ahora bien, estas formas de reparación deben complementarse con otras, como son la garantía de no repetición, restitución y la rehabilitación[7].

No es del caso que se analice en detalle cada uno de los aspectos relativos a la responsabilidad internacional. Ello no sólo porque es una materia ya bastante analizada, sino porque en este artículo se pretende destacar tres aspectos que se consideran que se vinculan directa y claramente con las funciones de la CGR, y al vincularlos con la labor de dicho órgano se profundizará en los aspectos propios de la responsabilidad internacional.

---

4 Cfr. Pastor (2003) p. 524.

5 Cfr. Sorensen (2010), p. 508.

6 Cfr. Nash (2009), p. 12. Asimismo, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, disponible en *http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

7 Cfr. Nash (2009), p. 59.

Estos aspectos son:

a) La existencia de un acto u omisión atribuible al Estado.

b) La violación de una obligación internacional.

c) La obligación de reparar por parte del Estado.

¿Cómo se pueden relacionar los tres aspectos ya mencionados con la labor de la CGR?

a) Actos de la CGR son actos atribuibles al Estado

Con respecto al primer requisito que debe concurrir para que se genere la responsabilidad internacional, los actos u omisiones en que pueda incurrir la CGR, en la medida que es un órgano del Estado conforme a lo establecido en su propio ordenamiento jurídico, se considera por el Derecho internacional Público un hecho atribuible al Estado.

Efectivamente, la CGR "constituye una de las autoridades que… participa en el ejercicio de la soberanía a que se refiere el artículo 5º de la Carta. Goza, sin duda, la institución del carácter de un Poder del Estado, y como órgano de éste ha de desempeñar las atribuciones que le encomienda la Ley Fundamental…"[8].

En este sentido, los actos de la CGR son atribuibles al Estado porque éste actúa a través de sus órganos, sus agentes y representantes[9]. Además, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos actos son atribuibles al Estado y por ende pueden generar responsabilidad internacional, ya que "En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano o agente de éste, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos protegidos por la Convención"[10]. En este estricto sentido para el Derecho internacional Público, es irrelevante la separación de poderes, ya que lo relevante es que ese acto u omisión sea atribuible al Estado.

En este orden de ideas se puede entender también lo sostenido por la Corte Interamericana de Derecho Humanos cuando señala que:

> *"la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia*

8 Silva Bascuñán (2003), p. 191.

9 Cfr. Comentarios al artículo 2 del Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, disponible en *http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

10 Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, en el caso los Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf* (fecha consulta: 3 de marzo de 2012).

previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas"[11].

Se aprecia, entonces que para el Derecho internacional, en voz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un acto u omisión atribuible al Estado aquel que emane de un órgano del mismo. Por ende, el Estado en cuanto tal podrá ser eventualmente responsable internacionalmente por el acto de alguno de sus órganos, cualquiera sea la naturaleza de éste y de sus funciones, incluso si se trata de un órgano que en el derecho nacional se le califique de autónomo o independiente de otros órganos o poderes del Estado[12].

Por cierto, esto es sin perjuicio que el Derecho internacional se ocupe de promover el Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos, todo lo cual sin duda se fortalece en la medida que se cuente con una adecuada separación de los poderes y sometidos a mecanismos de control, pero eso escapa a lo que se quiere destacar en este artículo.

b) Violación del derecho internacional por parte de la CGR

En cuanto al segundo aspecto mencionado, se puede apreciar su relevancia en el sentido que los Estados, sus órganos y agentes, están obligados a cumplir y aplicar el derecho internacional. La labor de la CGR no escapa a ello.

Un ejemplo en este sentido, y que consideramos de particular interés, se encuentra en un caso sometido al conocimiento de la CGR en virtud del cual la Municipalidad de Villarrica consulta si "se encuentra facultada para autorizar el izamiento de la bandera, emblema o escudo del pueblo mapuche junto a la bandera nacional, en las reparticiones municipales de su dependencia"[13].

Se considera de especial relevancia este caso por las siguientes razones:

– La CGR tuvo especial cuidado al momento de ejercer sus funciones en este caso, ya que se aprecia un esfuerzo por armonizar la norma nacional con la internacional. Difícil labor que recae en todos los órganos y agentes del Estado y que siempre es bueno mencionar y recordar.[14]

---

11 Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=13* (fecha consulta: 3 de marzo de 2012).

12 En su voto razonado, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso La última tentación de Cristo, el Juez Antonio Cancado Trindade sostuvo que *"Efectivamente, la cuestión de la distribución de competencias, y el principio básico de la separación de poderes, son de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero en el del derecho internacional no pasan de hechos, que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. Los intentos frustrados, en un pasado ya distante, de situar los poderes legislativo y judicial del Estado al margen de contactos internacionales (bajo la influencia, hasta cierto punto, de algunas de las primeras manifestaciones del positivismo jurídico), no tendrían el menor sentido en nuestros días. Pertenecen a un mundo que ya no existe."* Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012)".

13 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 22.247/2010.

14 Labor que es cada vez más frecuente en nuestro ordenamiento jurídico como ya es habitual en otros Estados, especialmente en el ámbito de la Unión Europea. Esto es así, ya que dice relación con una importantísima materia que se suele enseñar en

– Y, porque en caso de no aplicar el derecho internacional o si lo vulnerase, se podría generar responsabilidad internacional para el Estado de Chile.

Este esfuerzo por armonizar la norma nacional con la internacional se constata desde el momento en que la CGR, junto con citar los artículos de la Constitución Política que se refieren al gobierno y administración interior del Estado, destaca que dichas disposiciones establecen que la finalidad de las municipalidades es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Luego aprecia la Contraloría que idéntica norma se contiene en la LOC de Municipalidades, precisando además dicha ley que las municipalidades están autorizadas para *"establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de la comuna, tales como el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal y cualquier otro elemento que, en opinión de la municipalidad, requiera expresión o representación específica dentro de la comuna"* [15].

A su vez, la CGR interpreta estas normas propias de la administración interior de Estado vinculándolas con la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Respecto de esta ley, la CGR resalta que conforme al artículo 7° el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

Luego la CGR tiene en cuenta el Convenio 169 de la OIT, el cual dispone que entre otros aspectos la obligación de los Estados de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, así como garantizar el respeto a su integridad. A su vez, dicho Convenio establece que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para promover *"…la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones"* [16].

Interpretando todas estas normas, es que la CGR concluye que *"las municipalidades pueden establecer las modalidades de participación de la etnia mapuche por la cual se consulta, dentro de su territorio jurisdiccional, de manera de reconocer y fomentar la expresión de sus valores, cultura y tradiciones, de lo que se desprende que les está permitido disponer el uso de la bandera, emblema o escudo de ese pueblo en actos o ceremonias que realicen las reparticiones de esas corporaciones, si ello, a juicio del municipio respectivo, constituye un elemento significativo de manifestación cultural de dicha etnia"* [17].

Aplicando las reglas de interpretación, que no es del caso mencionar en este artículo, sin duda que diversos especialistas, interpretando las mismas normas pueden arribar a diversos

---

el ramo de Derecho Internacional Público, pero que hoy debe ser preocupación de todo abogado, de todo jurista, a saber, la interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional. La responsabilidad internacional en relación con las funciones de la CGR es tan sólo una manifestación muy específica y concreta de dicha materia.

15 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 22.247/2010.

16 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 22.247/2010.

17 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 22.247/2010.

resultados. Basta con ver la jurisprudencia de los tribunales de justicia en un mismo caso, y lo mismo sucede con la doctrina. En este caso sometido al conocimiento de la CGR también se puede sostener lo contrario a lo resuelto por este órgano. Pero lo que se desea dejar en claro es que, cualquiera sea el resultado, éste produce efectos jurídicos en el derecho nacional y también en el internacional.

En este sentido, si se hubiese negado el derecho a enarbolar su bandera a los pueblos indígenas o tribales, con toda seguridad esa decisión de la CGR habría sido el fundamento para recurrir a un órgano internacional en la medida que se cumpla con los requisitos establecidos en el derecho internacional para ello.

A su vez, un dictamen como el adoptado por la CGR, en relación con el izamiento de la bandera de un pueblo indígena, es un antecedente que puede dar cuenta, ya sea ante la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos u otro órgano internacional, que no sólo se cumple con el derecho internacional en términos generales, sino que se está cumpliendo con las recomendaciones de la Comisión o las sentencias de la Corte, dependiendo del caso. Esto por cuanto el Estado de Chile, mediante ese dictamen, está respetando no sólo el derecho de igualdad ante la ley, sino el de libertad de asociación, libertad esta última que puede manifestarse enarbolando o izando un símbolo o bandera con el cual se identifique un grupo de personas o un pueblo, como es el caso del pueblo mapuche.

Por su parte, esta obligación de cumplir y aplicar el derecho internacional se aprecia en el caso López Mendoza vs. Venezuela, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia declara que:

> *"El Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza"* [18].

Vale decir, el Estado venezolano incurrió en responsabilidad internacional, entre otros aspectos, porque la resolución del contralor no sólo adolecía de motivación, sino que vulneró expresos artículos de un tratado internacional, como es la Convención Americana de Derechos Humanos de la cual el Estado de Venezuela es parte.

b1) Algunas precisiones en relación con la obligación de la CGR de aplicar el derecho internacional

No sólo por los aspectos antes mencionados, sino también por las especiales características que presenta la CGR, el derecho internacional y especialmente los tratados deben ser aplicados y observados por dicho órgano en el ejercicio de sus atribuciones.

---

[18] Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia de 1 de septiembre de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=13* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

Efectivamente, estas especiales características radican en que la CGR no sólo es un órgano esencial para el desarrollo y consolidación de un Estado de Derecho, sino que es un órgano cuyas funciones son particularmente complejas. No corresponde en este artículo describirlas, pero baste con mencionarlas para dar cuenta de lo anterior.

Ejerce una función jurídica al momento de tener que velar por la juridicidad de los actos de la administración, también emite dictámenes con carácter eminentemente interpretativo con la finalidad de que los actos de la Administración ganen en previsibilidad, ejerce la siempre relevante función de la toma de razón, así como funciones contables y de auditoría, y por sí todo lo anterior fuera poco, cumple labores propias de un tribunal de justicia en las materias que en forma expresa la encomienda básicamente la Constitución Política[19]. Compleja labor que necesariamente se traduce en aplicar con especial cuidado el derecho, incluido el derecho internacional[20].

Lo anterior se puede apreciar en relación con la función de toma de razón de decretos que promulgan tratados internacionales. Efectivamente, en estos casos la CGR debe tener siempre especial cuidado ya si toma razón de un decreto que promulga un tratado que no fue aprobado por el Congreso Nacional debiendo contar con tal aprobación, ese acto de toma de razón podría contribuir a que se conformara una causal de nulidad del tratado[21] conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[22].

Ahora bien, y sin perjuicio de la razón obvia de que lo pactado obliga, con lo cual los tratados deben ser cumplidos por los Estados, la propia práctica de la CGR, como ya se indicó, da cuenta en sus actuaciones de una profusa aplicación del derecho internacional convencional.

---

19 Resumen basado en la información disponible en la página de internet de la Contraloría General de la República: disponible en *http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111#* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

20 En este sentido, en el caso López Mendoza vs. Venezuela ya citado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace referencia a la necesidad de que el órgano contralor venezolano siempre observe las normas del debido proceso, pero especialmente la necesidad de fundamentar las decisiones que adopte y que se garantice a su vez previsibilidad o certeza en cuanto al tiempo o momento en que se aplicaría la sanción que contemplaba la decisión de la Contraloría, que en este caso era la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. Efectivamente, en dicha sentencia se establece que *"la víctima, el señor López Mendoza, demandaba la responsabilidad internacional [del Estado al] por haberlo inhabilitado para el ejercicio de la función pública por vía administrativa en contravención con los estándares convencionales… Agregando que al momento de adoptar la decisión de inhabilitación para el ejercicio de la función pública el Contralor General de la República y, en revisión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no elaboraron argumentos adicionales que sustentaran la aplicación de una sanción más gravosa a una multa previamente impuesta, ni ofrecieron argumentos que calificaran el tipo de conducta ilícita y su correspondencia con la imposición de una de las máximas sanciones accesorias".*

21 Son numerosos los ejemplos en este sentido, en que la CGR se ha abstenido de tomar razón de un decreto que promulga un tratado por cuanto no se ha obtenido la aprobación del Congreso Nacional, debiendo contar con tal aprobación conforme a lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 54, Nº 1 inciso primero. Por citar un ejemplo: Dictamen Nº 29.188 de 4 de junio de 2009.

22 *"Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".*

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que si bien los órganos del Estado deben aplicar y cumplir con las normas de su respectivo ordenamiento jurídico nacional, generalmente por expreso mandato constitucional, no es menos cierto que *"cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".*

Este interesante criterio de la Corte no deja de ser cuestionable por lo que bien han sostenido profesores como Ximena Fuentes[23], en el sentido de que tal criterio carece de sustento o reconocimiento en derecho internacional, o como ha señalado el profesor Eduardo Aldunate, "la posibilidad de aplicar o no cláusulas convencionales depende de la configuración del sistema de fuentes en su conjunto, y de las facultades del órgano jurisdiccional, y no de una apreciación aislada de las disposiciones del tratado"[24].

Junto con ello, se puede sostener también que se puede aceptar la postura de la Corte, pero no de manera absoluta o bien con precisiones. En este sentido, la CGR –como todos los órganos del Estado– debe observar y cumplir con las normas del derecho internacional, pero ello no significa aplicarlo sin mayor análisis o sin llevar a cabo la respectiva labor de interpretación. Incluso puede no aplicarse la norma internacional ya sea porque es imperfecta o incompleta o porque requiere de una norma nacional para su aplicación, como suele acordarse en diversos tratados internacionales.

Además, no debe olvidarse que el control de convencionalidad es fruto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia que ha cambiado, y en este sentido queda abierta la posibilidad de que en alguna oportunidad la Corte se pueda alejar de este criterio.

---

23 "Una cosa es que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile. Una decisión de esta naturaleza implica exigir una obligación de que los estados hagan autoejecutables las cláusulas de los tratados y de que le den el poder al juez de declarar sin efectos jurídicos las leyes contrarias a los tratados, incluso de oficio, en virtud de su obligación de ejercer ese llamado 'control de convencionalidad'. ¿Dónde se encuentra tal obligación en la Convención Americana? En ninguna parte. ¿Dónde se encuentra esa obligación en el derecho internacional general? En ninguna parte, por ahora". Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf

24 Aldunate (2010).

c) Obligación de reparar

Entonces, la CGR, como todos los órganos de la Administración del Estado, no sólo tiene el deber de aplicar el derecho internacional en los términos ya señalados, sino que eventualmente podrá generar responsabilidad internacional.

En relación a este último aspecto, se abre una arista más, en el sentido que la CGR ya no sólo podrá ser el órgano que genere la responsabilidad internacional sino que deberá, dado el caso y conforme al derecho nacional e internacional, cumplir con el deber de reparar.

En relación con este tercer aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya citado de López Mendoza vs. Venezuela, en la parte resolutiva de su sentencia la Corte declaró por unanimidad, entre otros aspectos, que:

– El Estado de Venezuela debe dejar sin efecto las resoluciones emitidas por el Contralor General de la República.

– En un plazo razonable adecuar la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en los términos que se indican en la sentencia.

– Publicar la sentencia de la Cidh en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

– Y se impone a su vez al Estado el pago de las costas y gastos en un plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia.

Se mencionan estos aspectos de la sentencia por cuanto dicen relación directa con materias administrativas. Uno de estos aspectos dice relación con la eventual situación de que el Estado deba dejar sin efecto alguno de sus actos, como puede ser, en este caso, una resolución de la CGR.

En el caso de la CGR chilena, se podría impugnar sus actos mediante la interposición de un recurso de protección[25] y solicitar que se dejen sin efecto sobre la base de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya citado. Efectivamente las actuaciones de la CGR son, como actos administrativos (Ley N° 19.880), impugnables en general ante tribunales nacionales, o bien dejarse sin efecto por la propia autoridad administrativa, con lo cual se puede evitar la responsabilidad por incumplimiento de deberes de derecho internacional público por un acto de la CGR[26]. Con lo cual se atenúa la posibilidad de que los actos de dicho órgano del Estado sean la causa de una eventual responsabilidad internacional.

A su vez, conforme a las normas del derecho internacional, una medida como la señalada, esto es, dejar sin efecto un acto emanado de un órgano del Estado como sería el caso de un acto de la CGR, es una forma de reparación que debe cumplir el Estado.

---

25 Posibilidad que se contempla en la sentencia rol 609-11 de la Corte Suprema, de nueve de mayo de dos mil once. Disponible en *http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAA0AABVKqAAA&consulta=100&causa=609/2011&numcua=18363&secre=UNICA* (fecha de consulta 3 de marzo de 2012).

26 Agradezco al profesor Eduardo Aldunate esta observación que menciono en esta parte del artículo.

Otra eventual forma de reparación que puede involucrar directamente a la CGR consiste en dar curso al pago de una indemnización y/o del pago de las costas y gastos del juicio. Obligación que, en el caso de la CGR, se traduciría en eventualmente cumplir con el trámite de tomar razón del decreto que disponga el pago de dicha indemnización y/o pago de costas y gastos.

Considerando los aspectos antes señalados, se puede apreciar que el derecho internacional no sólo debe ser aplicado por la CGR, sino que es fuente del Derecho Administrativo[27].

COMENTARIOS FINALES

Sin duda que la CGR debe aplicar el derecho internacional y, a su vez, sus actos pueden generar responsabilidad internacional del Estado chileno. Además, la propia CGR puede contribuir al cumplimiento de la obligación internacional de reparar.

Lo anterior es sin perjuicio de la complejidad que presentan las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional. Complejidad que se aprecia, por ejemplo, en relación con el pretendido control de convencionalidad que deberían ejercer los tribunales y órganos nacionales, eventualmente la CGR, con respecto a los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional, particularmente aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a esta postura se aprecia aquella que sostiene que la decisión final de aplicar o no el derecho internacional recae en el órgano nacional, y no en el órgano internacional, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que tal decisión pueda generar.

Ahora bien, la complejidad de estas relaciones o interacciones, no deben desalentar a los Estados y a sus órganos a cumplir con sus obligaciones internacionales, incluso a pesar de las imprecisiones o debilidades que presenten las normas jurídicas tanto internacionales como nacionales. De allí que uno de los principales aspectos que siempre es necesario subrayar consiste en que los órganos del Estado deben llevar a cabo sus funciones tratando siempre de armonizar y compatibilizar el derecho nacional, cualquiera sea la jerarquía de la norma nacional, con las obligaciones internacionales del Estado, las cuales se han contraído voluntariamente y de buena fe con el propósito de cumplirlas.

Teniendo estos aspectos a la vista, se podrá estar en un buen pie para tratar de vincular armónicamente ambos ordenamientos, como se puede apreciar en el criterio adoptado por la CGR en el caso relativo al derecho de un pueblo originario a izar su bandera o emblema.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aldunate Lizana, Eduardo: "La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo". Disponible en *http://www.*

27 Al respecto resulta esclarecedor e interesante que en el ámbito del derecho administrativo se defina a los tratados como "…un acto administrativo de Gobierno y no un acto legislativo. Y en su virtud cuando un tratado genera efectos en el régimen jurídico-administrativo del país, concluimos que bien puede llegar a constituir una fuente especialísima del Derecho Administrativo, independientemente de todas las otras propiamente clásicas…". Silva Cimma, (2009), p. 145.

scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200007 [fecha de consulta: 3 de mayo de 2012].

Fuentes Torrijo, Ximena: "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Disponible en *http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf* [fecha de consulta: 3 de mayo de 2012].

Nash Rojas, Claudio (2009): *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007).* (Universidad de Chile, Embajada de España en Chile, Centro de Derechos Humanos, segunda edición).

Pastor Ridruejo, José A. (2003): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales,* (Madrid, Ediciones Tecnos, novena edición).

Silva Bascuñán, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo IX (Santiago, Editorial Jurídica, segunda edición).

Silva Cimma, Enrique (2009): *Derecho Administrativo chileno y Comparado. Introducción y fuentes* (Santiago, Editorial Jurídica, quinta edición).

Sorensen, Max (2010): *Manual de Derecho Internacional Público* (México, Fondo de Cultura Económica, undécima reimpresión).

JURISPRUDENCIA CITADA

Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=13*

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

Dictamen Nº 29.188 de la Contraloría General de la República de 4 de junio de 2009.

Sentencia rol 609-11 de la Corte Suprema, de nueve de mayo de dos mil once. Disponible en: *http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAA0AABVKqAAA&consulta=100&causa=609/2011&numcua=18363&secre=UNICA* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

Boletín N° 3 de 2 de abril de 2012 de la Secretaría General de la Presidencia, disponible en http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2011/01/BOLETIN-N-03-al-2-de-abril-de-2012.pdf

NORMAS CITADAS

Ley Nº 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003, disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676&buscar=19880* (fecha de consulta: 3 de mayo de 2012).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. Disponible en *http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf* (fecha de consulta: 3 de marzo de 2012).

EL ROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: DESDE EL CONTROL DE LEGALIDAD A LOS NUEVOS ESTÁNDARES DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Alejandro Vergara Blanco
Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad de Chile.

INTRODUCCIÓN

Observar la historia de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), a efectos jurídicos, es útil en la medida que se desee hacer un balance del órgano contralor (como ocurre ahora, en 2012, por ejemplo, que cumple 85 años) o una prospectiva: *quo vadis* CGR!

La CGR es el fruto de una larga evolución que se inicia en el año 1541, con el primer cabildo de la ciudad de Santiago, con cuatro oficiales encargados de velar por el correcto uso de las Cajas Reales. En 1567, esta función y otras se radican en la Real Audiencia, que ejercía la administración financiera de la Capitanía General, velaba por el comportamiento de los agentes reales y garantizaba el ejercicio regular de sus atribuciones públicas. Con la Independencia, las funciones contables, fiscalizadoras, consultivas y normativas se radican en la llamada Contaduría Mayor y el Tribunal de Cuentas. En 1839, este último concentraría todas las funciones concernientes a la fiscalización de los actos de la Administración del Estado que comprometen la Hacienda Pública, además de representar al Presidente de la República la inconstitucionalidad o ilegalidad de determinadas medidas, a través del trámite de toma de razón.

En 1925, la llamada "Misión Kemmerer", contratada por el Gobierno de Chile, propone la creación de la CGR. La propuesta fue sometida a una Comisión Revisora, entonces presidida por el Superintendente de Bancos. Luego de algunas indicaciones, nace finalmente la CGR, por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 400 bis de fecha 26 de marzo de 1927. En 1943 se otorga rango constitucional a este órgano contralor y en 1953 se dicta su ley orgánica[1], que en 1964 se sistematiza en un texto refundido y coordinado[2].

La CGR, entonces, más que nada, es el fruto de su época, y su futuro como órgano de control dependerá de su adecuación a las nuevas necesidades de la Administración a la que controlándola, paradójicamente, sirve. Ofrecemos una sencilla revisión de las funciones típicas de la CGR y la enunciación de una prospectiva: la esperanza de que la CGR, yendo más allá del rol de la simple legalidad formal, avance a paso seguro a la búsqueda de nuevos estándares de buena Administración; *más allá de la simple legalidad: hacia la juridicidad más densa y completa de los estándares jurídicos.*

---

1 Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

2 Decreto Nº 2.421, que fija el texto "coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República", 1964.

I. DESDE LAS FUNCIONES TRADICIONALES DE LA CONTRALORÍA…

1. Control jurídico de los actos de la Administración

La Ley Nº 10.336, de 1964 (LOCGR), establece en el art. 1°: *"La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y de la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de servicio, que deban tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro".*

En virtud de esta norma, en la documentación oficial de este organismo se señala que *"La Contraloría General de la República es un organismo superior de control de la Administración y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y fidelidad y transparencia de la información financiera".*[3]

El control es la función y razón de ser de la CGR, la cual, si bien no es el único órgano administrativo encargado de ejercer esta función, sí es el más preponderante, con la característica de estar acotada a la Administración Pública. Dado el crecimiento en las potestades de ésta, día a día se impone a este órgano contralor el desafío de ejercer un control efectivo y no meramente nominal, es decir, un control que incluya tanto los aspectos formales como materiales del acto administrativo, que excluyen –según señala el art. 21b LOCGR– los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones administrativas.

Junto con esta valiosa función, también encontramos otras funciones de control. Es así como le compete resguardar la probidad, la corrección y moralidad que los servicios y funcionarios públicos deben emplear normalmente en el desempeño de sus funciones, objetivo para el cual prima como criterio rector dar primacía al interés público por sobre el interés privado.

Esencial resulta destacar que la Contraloría General de la República es el único organismo del Estado-Administración que puede interpretar las disposiciones de Derecho público que rigen la conducta de los agentes de gobierno y afectan a los particulares, así como también el único que puede fiscalizar su cumplimiento con fuerza obligatoria. En la práctica, este monopolio contralor para interpretar disposiciones de esta naturaleza ha sido impuesto y ratificado a lo largo del tiempo por la actuación de la Contraloría frente a los servicios públicos, a través de

[3] Contraloría General de la República, Doctrina Institucional (documento aprobado por Resolución Exenta Nº 1.556, de 25 de octubre de 2000).

la llamada "jurisprudencia administrativa", caracterizada precisamente por ser vinculante y obligatoria para estos servicios.

Para todo lo anterior, el respectivo órgano cuenta con funciones específicas y determinadas, como son la toma de razón, la emisión de dictámenes y la ejecución de auditorías.

2. Toma de razón. El control previo de legalidad de los actos de la Administración

La toma de razón es uno de los actos que realiza la CGR dentro de la potestad de controlador de la legalidad que le reconoce la LOCGR. Este trámite consiste en contrastar o realizar un examen de legalidad del acto administrativo verificando que esté acorde al ordenamiento jurídico. Es la toma de razón, como ha señalado Eduardo Soto Kloss (1977), *"un trámite de control de la juridicidad de la declaración orgánica unilateral de un ente dotado de potestades administrativas, declaración que formalizada en decretos o resoluciones según disponga la ley, no es sino un proyecto de acto administrativo".*

El trámite consiste en darle curso al acto administrativo una vez que se ha verificado que el mismo está acorde con el ordenamiento jurídico, sin que la CGR esté obligada a exponer las razones por las que considera que tal acto está conforme al ordenamiento jurídico. En el caso de que se aprecien vicios en el acto administrativo, se procede a devolver el decreto o resolución a través de un dictamen que señala las causas que motivan la interrupción del procedimiento administrativo y, por tanto, la suspensión de la tramitación final del acto.

Se dice, por alguna jurisprudencia, que la toma de razón es un requisito esencial del acto administrativo para el cual se exige, de modo que el acto que no lo cumple carece de eficacia jurídica. Dicho acto no produciría efectos en la vida jurídica, aun cuando se haya notificado o publicado, requisitos que establece la LBPA para tales efectos.

Es un trámite que, a nuestro juicio, no forma parte o no contribuye –por lo menos directamente– en la formación de la voluntad de la Administración contenida en el acto administrativo. Aún así, es considerado un requisito esencial de este último, y no como lo que realmente es: un requisito de legalidad del acto administrativo, que no puede provocar por sí mismo la falta de validez y eficacia del acto, pues su falta o ausencia en la tramitación de un acto que lo requiera sólo produce un vicio de ilegalidad del acto, lo que no genera directamente la falta de eficacia o validez del acto jurídico.

a) Desafíos y logros en materia de toma de razón

A pesar de ser la toma de razón la regla general, según se desprende del art. 98 de la Constitución Política de la República de Chile, están exentos de este trámite los actos administrativos que se señalan en la vigente Resolución Nº 1.600, de 2008, del organismo contralor. La justificación de que ciertos actos estén exentos de la toma de razón tiene que ver con la necesidad de agilizar la función administrativa y que sólo estén sometidos a este trámite los actos de relevada importancia y que comprometan considerablemente los recursos públicos, todo ello con el propósito de favorecer la oportunidad y eficacia de los actos de la Administración.

El trámite de toma de razón no puede convertirse en un mero examen de legalidad orgánica o formal, sino en un examen de juridicidad más completo, que implique el examen del objeto, el fin, motivo y toda esa materialidad que cubre el fenómeno de la buena Administración, entendiendo que ese control no puede abarcar el mérito u oportunidad de la decisión.

Como proposición, se sugiere revisar un uso o costumbre del órgano contralor, de tal manera que el mismo cumpla con el principio y regla de la motivación. En este sentido, es adecuado que no sólo sea motivado su acto de rechazo de la toma de razón, sino que en aquellos casos en que efectivamente se toma razón, aunque sea brevemente, y con fórmulas que se repitan, pero que sean materialmente coherentes con su decisión, se indiquen los motivos por los cuales el Contralor ha tomado razón. Si la motivación es un principio general que hoy día se ha transformado en un estándar para el ciudadano, la CGR debiese ser la primera en dar un paso adelante en esta línea.

El trámite de toma de razón es un control por esencia a priori, que paraliza momentáneamente la acción administrativa, la aplaza. Dado el volumen de la actividad administrativa, los actos afectos a toma de razón deben ser acotados a las materias fundamentales. Y las demás materias deben ser controladas *ex post,* pero de manera efectiva y selectiva. Es importante, entonces, la actual decisión de modificar la resolución de la CGR que regula las materias exentas del trámite de toma de razón. Ojalá se incorporen a esa nueva resolución no sólo una taxativa y fría enumeración, sino algunas reglas generales que sirvan para su interpretación.

b) Presentaciones de terceros e interesados en medio del trámite de toma de razón

Hay que mencionar que existe una distorsión que se ha producido en el último tiempo en medio del trámite de toma de razón en sede contralora, a raíz de las presentaciones de terceros e interesados. Si bien por transparencia debe darse a conocer a todo interesado el texto completo de las presentaciones (y no aducir la necesidad de terminar el proceso de toma de razón para liberar la opacidad), y como, por lo demás, no puede impedirse que tales interesados realicen presentaciones, acaso es conveniente tener presente las siguientes consideraciones:

i) El antiguo uso o costumbre del órgano contralor de pedir informe al servicio respectivo (una especie de "traslado", en términos procesales) incorpora demoras innecesarias en el proceso. En medio del trámite de toma de razón, toda presentación de tercero, si bien debe tenerse presente para la resolución final del órgano contralor, no debiese ser objeto de solicitud de informe. Por cierto, tales presentaciones deben ser conocidas por el órgano administrativo que requirió la toma de razón, y cabe una espera prudente antes de resolver, en caso de que tal órgano estime necesario hacer alguna presentación.

   Dada la transparencia que debe presidir el accionar del órgano contralor, éste debiera dar a conocer on line tal presentación (y el órgano administrativo diligente debiese estar pendiente de posibles presentaciones de terceros, día a día) o enviarla al órgano administrativo que ha remitido su proyecto de acto administrativo a trámite de toma de razón. Lo anterior, en defensa de las reglas y principios de eficiencia y celeridad administrativa.

ii) En algunas ocasiones las presentaciones de terceros, en medio del trámite de toma de razón, lo han convertido, formalmente, en una sede de decisión contencioso administrativa. No obstante ello, el órgano contralor carece de competencia jurisdiccional.

La sensación que debe dar el accionar de la Contraloría es de la autonomía más amplia posible, y no sólo respecto de los órganos administrativos, sino también respecto de las intervenciones de interesados, que si bien deben ser oídas, no pueden transformarse en un elemento dilatorio de la acción administrativa, mediante el subterfugio de originar procedimientos similares a los "incidentes de previo y especial pronunciamiento" de los procesos judiciales.

En resumen, la Contraloría General de la República, con la más amplia participación de la comunidad interesada y especializada, podría revisar el trámite de toma de razón. Siempre es saludable revisar los procesos vigentes, y si lo que se desea es potenciar la eficacia de su procedimiento y que sea un control de juridicidad verdaderamente acotado, ello es adecuado.

3. Emisión de dictámenes: conociendo y uniformando el lenguaje del Derecho Administrativo

A través de los dictámenes que emite la CGR se ha logrado no sólo conocer el lenguaje del Derecho Administrativo (esto, por sí mismo, es un importante aporte a la cultura jurídica de un país), sino uniformar la interpretación y aplicación de las normas de índole administrativa, de donde emana un notable aporte de este organismo a la cultura jurídico-administrativa.

La Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, en su artículo 6°, párrafo 3°, excluye la posibilidad de que este órgano intervenga emitiendo un pronunciamiento en caso que el objeto de lo pedido sea una cuestión litigiosa, pues es competencia de la jurisdicción declarar la certeza del derecho, o el derecho mismo. Igualmente, no cabe un pronunciamiento de la CGR en el caso que penda un contencioso o recurso específico para el reclamo.

Además, por medio de la Circular Nº 24.841, de fecha 10 de abril de 1974, se fijaron los criterios para la admisión de los asuntos sometidos a revisión por la CGR. Señala aquélla: *"La Contraloría sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieren a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado".*

4. Auditorías: revisando la actuación de la Administración

Este órgano realiza habitualmente auditorías a los órganos que fiscaliza, esto es, revisiones completas de toda su actuación. Si bien la ley no lo dice expresamente ni usa esta expresión, ello se justifica por la vía de la interpretación de la expresión "examen de cuentas", empleado por la CPR y la ley, y también por la vía interpretativa, principalmente de expresiones usadas en la LOCBGAE (Ley Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado).

Es, sin duda, un logro en la materia: el control que, por medio de esta función, se hace de la inversión fiscal, tema muy sensible para la sociedad. Además, es un tema relevante en la imagen social que se tiene de la Administración.

Desde la perspectiva del Derecho, es posible decir que la sensación de fiscalización pudiera tener efectos en el ámbito del reconocimiento y fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos de frente a la gestión pública, que se traduzca en una nueva mirada del rol de las Administraciones Públicas a las que se les podrá exigir como derechos un actuar más transparente, probo, eficiente y oportuno. También, la fiscalización produce un efecto disuasivo innegable en los burócratas amigos del desorden y de las faltas de probidad.

III. UN ÓRGANO AUTÓNOMO (FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN), PERO SUJETO AL CONTROL JURISDICCIONAL

Al respecto, cabe precisar que la CGR es, en esencia, competente para la fiscalización del debido ingreso e inversión de los fondos públicos y para realizar el control preventivo de juridicidad de los decretos supremos, resoluciones y otros actos y, *a posteriori,* de la actuación de la Administración, mediante fiscalizaciones de sus procedimientos. Asimismo, debe vigilar el cumplimiento del Estatuto Administrativo. Para todo ello, la CGR está dotada de una prestancia institucional necesaria: su autonomía. Sin ella, se impediría su principal función y razón de ser y sería un dependiente del Presidente de la República, cuyo no es el caso.

Es esta autonomía la que ha cumplido un rol esencial en el accionar de la Contraloría. Si ella no existiese, ninguno de los logros actuales del órgano serían posibles.

La relación profunda que se da entre las reglas y principios de probidad y transparencia, que informan la actividad administrativa, y el rol llevado a cabo por el órgano contralor, es que tales reglas y principios están reconocidos constitucional y legalmente y, en esa medida, deben informar toda la actividad administrativa, en especial las actividades que por ley le compete fiscalizar a la CGR.

En fin, probidad y transparencia forman también parte del núcleo o esencia de la juridicidad de la actividad administrativa de la propia CGR. El mismo órgano contralor debe ser el primero en mostrar y demostrar de una manera proba, abierta y transparente su actuación.

En el mismo sentido, no puede el órgano contralor, a su vez, quedar sin control jurídico.

Hay una regla y principio fundamental que cabe agregar: los tribunales ejercen, de manera irrenunciable, el control de toda la actuación administrativa y, dentro de ésta, la de la actividad administrativa autónoma, como es la de la CGR. Los actos de la CGR no escapan a la regla general y están, por lo tanto, sujetos al control ejercido por los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, los tribunales de justicia no pueden excusarse de revisar o controlar los actos administrativos de los que haya tomado razón la CGR. Ello, pues, porque la CGR es un órgano, si bien autónomo del resto de la Administración del Estado, que está sujeto al principio de control

judicial. Por lo demás, en este principio se sustenta y se apoya la seguridad jurídica y protección de los particulares de frente a todas las actuaciones administrativas, en sentido amplio.

La toma de razón le imprime al acto administrativo una presunción de legalidad, en cuanto a su ejecutoriedad, pero no implica inmunidad jurisdiccional o que el acto o dictamen asociado esté exento de interpretaciones discutibles de la legalidad. Como estas decisiones pueden incidir en los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos, siempre pueden ser recurridos por el destinatario del acto ante los tribunales.

Todo lo anterior implica que si los tribunales de justicia conocen de la legalidad o juridicidad de los dictámenes que emita la CGR, está cumpliéndose el principio de sujeción de todos los actos de los órganos de la Administración al control judicial.

IV. La Contraloría en la búsqueda y concreción de nuevos estándares jurídicos

¿Es la CGR un órgano que sólo revisa la llamada juridicidad formal, de las reglas, o su actuación mira más allá, en la búsqueda del cumplimiento de los estándares de justicia, equidad, seguridad, certeza, u otros, que busca el ordenamiento jurídico en su conjunto?

La actividad del órgano contralor se manifiesta en una gran variedad de actuaciones: fiscalizaciones, revisiones *ex ante* y *ex post* de los actos administrativos, emisión de dictámenes, en medio de esas actividades, entre otros.

¿Cuál es la mirada de la CGR en la elaboración de su *doctrina* jurídica? ¿Sólo las reglas? Si bien hay un profundo cambio jurisprudencial en la doctrina del órgano contralor en los últimos años (que no se alcanza a revisar aquí), cabe recordar la relevancia de hacerlo con conciencia del método: ¿la CGR sólo aplica o replica las reglas formales? O, innovando, y ofreciendo sustitutos a la ausencia de tales reglas, ¿crea principios? ¿Actúa en la búsqueda de la concreción, de manera más amplia, de nuevos estándares? Esto es, al controlar la juridicidad de la actuación administrativa, ¿puede ir, o regularmente, va más allá de las reglas, y se infiltra en principios y estándares?

No intento dar una respuesta, sino poner el tema en la discusión. Pues cualquier observador de la actuación de la CGR no puede sino constatar que la *inspiración* y *finalidad* de tal actuación usualmente va *más allá* de las reglas: *la CGR, en su tarea de la preservación de la juridicidad de la actuación de la Administración, suele inspirarse y buscar la concreción de principios y estándares que no fluyen directa y textualmente de las reglas existentes, pero sí fluyen del orden jurídico todo.*

Para ello ofrezco unas precisiones teóricas previas y un ejemplo.

1. Reglas, principios y estándares jurídicos

Aun cuando son temas de Teoría del Derecho, con amplia literatura y, en cierta medida, básicos en el lenguaje de los juristas, aclaro el uso de los significantes "regla", "estándar" y "principios":

i) Entiendo aquí por *regla* toda norma jurídicamente obligatoria, fruto de la actividad y potestad del Estado/Regulador;

ii) Entiendo aquí por *estándar* aquellas directrices que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado; se trata generalmente algún rasgo económico, político o social de la comunidad, y

iii) Entiendo por *principio* o *principio general del Derecho* aquel producto de la labor de los jueces y juristas, superador de los vacíos o lagunas legales, y que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Cabe precisar, entonces, que cuando hablamos, por ejemplo, de transparencia, de buena administración, hemos preferido calificarlos de *estándar*, acogiéndonos a una terminología que identifica a los objetivos o directrices apreciados por la sociedad, que eleva su calidad de vida, su participación democrática y que, a la vez, son antesala de relevantes derechos públicos subjetivos.

2. Estándar de la buena administración: el desafío futuro

El desafío global, no sólo de la actuación de la CGR, sino del ordenamiento administrativo en su totalidad, es la buena administración. Es, entonces, un gran tema el de la relación entre el control de la legalidad y los estándares de calidad de la actividad administrativa que espera la ciudadanía.

Los aspectos que debieran ser potenciados hacia el futuro dicen relación con las formas de controlar y hacer cumplir los estándares de buena administración, los que un sistema jurídico de avanzada debe garantizar e incorporar como objetivos a cumplir, de modo claro y concreto.

En defensa de los derechos subjetivos públicos, no basta (no debiera bastar) que los particulares sólo puedan pedir la anulación de determinados actos administrativos y la responsabilidad derivada, en caso de acciones u omisiones dañosas. Entonces, la meta futura es diseñar, por vía jurisprudencial o doctrinaria, como un auténtico derecho público subjetivo, el derecho a la buena administración, amparado sobre la base de ciertos estándares en la ejecución de la actividad administrativa. Estos estándares debieren permitir a los particulares exigir que la Administración actúe eficaz o eficientemente o que actúe como espera la ciudadanía que lo haga.

Se hace más que evidente que ya no sólo es un estándar nacional, sino una exigencia para estar en un mundo globalizado, el cumplir con un Buen Gobierno o Buena Administración y, al mismo tiempo, con un estándar que debiese más que arraigarse en la conducta administrativa, debiendo ser transversal a toda la Administración.

De lo anterior se desprende uno de los logros más notables de CGR, que es el velar porque estos estándares se manifiesten en la actuación de la Administración, y dar muestra en su actuar del cumplimiento de los mismos. Es así como hoy en día la Contraloría es un órgano importantísimo, y en sí mismo implica ya un gran logro, pues da cuenta de la evolución hacia una mejor administración, elevando, transparentando y fortaleciendo las instituciones y los derechos de los ciudadanos.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: AUTONOMÍA, CONTROL DE LEGALIDAD Y TOMA DE RAZÓN

Pedro Aguerrea Mella
Abogado
Subjefe de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Transcurridos más de treinta años desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y de funcionamiento del Tribunal Constitucional que ella estableció, es posible apreciar un cuerpo jurisprudencial significativo sobre las diversas materias que a esta magistratura le corresponde resolver, dentro del cual nos interesa abordar las sentencias que conciernen a la Contraloría General de la República, centrándonos en aquellos pronunciamientos en que el TC define y caracteriza a dicho organismo.

Tales sentencias expresan las distintas atribuciones que el art. 93 de la CPR le otorga al TC y que inciden en la CGR, algunas de las cuales provienen del texto original de 1980, en tanto que otras fueron modificadas o introducidas en la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005. En el primer caso, se encuentran el control preventivo de constitucionalidad de las LOC (art. 93 N° 1 en relación a los arts. 98 y 99); la resolución de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un Proyecto de Ley (N° 3); de las cuestiones sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley (N° 4); la resolución de los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda (N° 8) , y la resolución sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 (N° 16) .

Dentro del segundo caso, esto es, las nuevas atribuciones del TC introducidas en el año 2005, se encuentra el art. 93 N° 6, conforme al cual le corresponde resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Hasta ahora, no existen pronunciamientos del TC, acerca de la CGR, que correspondan a su atribución de resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99 (art. 93 N° 9), ni en relación a resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado (art. 93 N° 12).

El presente trabajo aborda algunos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la Contraloría General de la República, específicamente en relación a su carácter autónomo y al control de legalidad de los actos de la Administración mediante la toma de razón.

I. La autonomía de la Contraloría General de la República

Rasgo esencial y característico de su diseño, la autonomía constitucional de la CGR fue abordada en la STC de 22.09.1989 (rol 80), recaída en las cuestiones de constitucionalidad que suscitó un Proyecto de Ley para resolver contiendas de competencia entre autoridades administrativas.

En esa ocasión se sostuvo que los conflictos que pudieran surgir entre organismos que gozan de autonomía constitucional, como es el caso de la CGR, no podían ser resueltos por autoridades administrativas, dependientes del Poder Ejecutivo, pues ello significaría vulnerar dicha autonomía, pero que dicha función sí se podría encargar a los Tribunales de Justicia. Por otro lado, se señaló que si bien dicha materia, en principio, es propia de una Ley simple, en la medida que tales contiendas involucraran a organismos como la CGR, debía ser regulada en una Ley Orgánica Constitucional[1].

Luego, en la STC de 10.07.2008 (Rol Nº 1051, Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública), se destacaría la necesidad de respetar la autonomía que la Constitución ha asignado a la Contraloría General, "autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva". Por ello y velando por ese esencial carácter autónomo del organismo contralor, el TC declarará la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155, que se agregaba a la Ley N° 10.336 "en el entendido de que (a la CGR) no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia", precepto que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, "si alguno de los organismos de la Administración" no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos, y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7º de la misma legislación. Asimismo, declarará constitucional el referido nuevo artículo 155 "en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución Política, en su artículo 98, le ha conferido a dicho Organismo de Control Administrativo".

En la misma sentencia, al comparar la norma del proyecto correspondiente al Banco Central con la de la CGR, insistirá que ésta puede estimar, evaluar o ponderar las resoluciones del Con-

[1] Lo que supone entender que esta materia (contiendas de competencia de la CGR con otras entidades de la Administración) forma parte del bloque "funciones, organización, funcionamiento y atribuciones", que conforma la materia propia de la LOC-CGR.

sejo para la Transparencia, sin que de ningún modo le resulten vinculantes u obligatorias sus resoluciones (c. 53°)[2].

II. La autonomía de la Contraloría General de la República y su control sobre otros organismos constitucionalmente autónomos: Municipalidades y Ministerio Público

Siendo la autonomía que la CPR atribuye a algunos organismos, un concepto tan mal comprendido, ciertas interpretaciones han llegado a entenderla como incompatible con el control de los mismos[3], al extremo de deformar la verdadera fisonomía de aquélla, aun contra el texto expreso de la misma Constitución, que, en lo que aquí interesa, le encarga a la CGR ejercer *"el control de la legalidad de los actos de la Administración"* y fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco *"de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes".*

En la STC de 2.01.2007 (Rol Nº 696, Ley Nº 20.159, Anticipos de Subvenciones Estatales para Fines Educacionales), el Tribunal examinó una norma conforme a la cual "Sin perjuicio de lo anterior, los alcaldes de aquellas municipalidades que incurran en una aplicación indebida de los fondos percibidos de conformidad a esta ley, incurrirán en la causal de notable abandono de sus deberes conforme a lo establecido en (la LOCM). Para dicho efecto, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior pondrá los hechos en conocimiento de la Contraloría General de la República, la que deberá efectuar la denuncia respectiva al Tribunal Electoral Regional competente.".

En esa oportunidad el TC declarará la constitucionalidad de la norma transcrita, con el alcance que indica el considerando sexto de la sentencia[4-5], pero, en lo que toca al aspecto que estamos examinando, los Ministros Fernández y Venegas formularon un voto en contra, estimando inconstitucional la segunda parte de la misma *("Para dicho efecto, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior pondrá los hechos en conocimiento de la Contraloría General de la República, la que deberá efectuar la denuncia respectiva al Tribunal Electoral Regional competente"),* por estimar que las nuevas atribuciones conferidas

---

2 En el mismo sentido, los Ministros Venegas y Navarro prevendrán que el establecimiento del Consejo para la Transparencia –de jerarquía únicamente legal–, "en el hecho, puede importar un conflicto de competencias con las atribuciones que la propia Ley Fundamental ha entregado a la Contraloría General de la República".

3 Autonomía que así concebida aparece como "absoluta", es decir, conforme a su sentido natural y obvio, literalmente, "independiente, ilimitada, que excluye cualquier relación, entera, total, completa…".

4 "SEXTO.- Que, respecto de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 7º del proyecto de ley en análisis, esta Magistratura entiende que la denuncia que debe efectuar la Contraloría General de la República respecto de la nueva causal de notable abandono de deberes que puede afectar a los alcaldes en el caso que la misma norma indica, es sin perjuicio de la facultad que le asiste al respectivo Concejo Municipal para formular la correspondiente denuncia en la misma situación descrita, tal como lo dispone el artículo 60, inciso cuarto, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades".

5 Si bien en la parte resolutiva de la sentencia, no se aludirá a los arts. 98 y 99 de la CPR ("Y VISTO, ADEMÁS, lo prescrito en los artículos 66, 118, 119 y Nº 1 del inciso primero e inciso segundo del artículo 93, todos de la Constitución Política de la República…"), estimamos que por el contexto de la misma, en especial del entendido del voto de mayoría y del voto disidente, indudablemente el TC se pronunció acerca de la norma correspondiente por estimarla materia de la LOC de la CGR.

a la CGR y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, resultaban contrarias a la autonomía que asegura a las Municipalidades el artículo 118 de la CPR.

Ese mismo año, en la STC de 11.12.2007 (Rol Nº 999, Ley Nº 20.237), en relación a un proyecto de ley que modificaba la LOCM, el Tribunal examinó una norma según la cual "En el caso de incumplimiento de sus funciones, y especialmente la obligación señalada en el inciso primero del artículo 81, el sumario será instruido por la Contraloría General de la República, a solicitud del concejo.".

Como la norma otorgaba una nueva atribución a la CGR, el TC la examinó como LOC, declarando su constitucionalidad, con la prevención de los Ministros Fernández y Venegas, quienes concurrieron a la sentencia "entendiendo que por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 118 de la Constitución, es al Alcalde, como máxima autoridad municipal y, en dicha calidad, jefe superior del servicio, a quién corresponde la potestad sancionadora sobre los funcionarios municipales *–aún más si se considera que el mismo artículo, en su inciso cuarto, consagra la autonomía de las municipalidades–,* una vez instruido por la Contraloría el correspondiente sumario al jefe de la unidad de control, tendrá lugar lo previsto en el artículo 133 bis de la Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República".

Sin embargo, poco después, en la STC de 4.03.2008 (Rol Nº 1.032, Ley Nº 20.255, sobre Reforma Previsional), frente a una norma que comparativamente otorga a la CGR, respecto de las municipalidades, potestades más intensas que las de los dos casos anteriores[6], ya que le permite instruir investigaciones para establecer la responsabilidad de alcaldes y concejales, el Tribunal confirmará su constitucionalidad sin matices.

Varios años antes, en todo caso, en la STC de 5.5.1995 (Rol Nº 212, Ley Nº 19.388), para efectos de la determinación del porcentaje del capital propio que debe efectuar la municipalidad de la casa matriz, en relación a locales ubicados en distintas comunas, se había examinado una norma conforme a la cual "Dicha determinación se remitirá a todos los municipios involucrados, los que tendrán derecho a objetarla ante la Contraloría General de la República, la que resolverá breve y sumariamente."[7], que encarga a la CGR la singular función de actuar como árbitro de las diferencias entre distintas municipalidades.

---

6 "Art. 97.- El incumplimiento de la obligación de efectuar los aportes previsionales que correspondan a sumas descontadas con tal propósito a las remuneraciones de los funcionarios públicos …, constituirá infracción grave al principio de probidad administrativa contemplado en el artículo 52 (de la LOCBGAE).

Los alcaldes que cometan la infracción referida en el inciso precedente, incurrirán en la causal de cesación en el cargo prevista en el artículo 60, letra c), de la (LOCM). Igual sanción se aplicará a los concejales que cometieren dicha infracción con motivo del desempeño como alcaldes suplentes.

En los casos previstos en el inciso anterior, la Contraloría General de la República, de oficio o a petición de cualquier concejal, efectuará las investigaciones que procedan con el objeto de verificar las infracciones correspondientes. Cuando el Órgano Contralor concluya que hay mérito suficiente para hacer efectiva la responsabilidad del alcalde, informará de ello al Concejo para los efectos previstos en el artículo 60, inciso cuarto, de la Ley N° 18.695.

Lo establecido en los incisos precedentes no obsta a la realización de sumarios administrativos destinados a hacer efectiva las responsabilidades de funcionarios municipales con motivo del incumplimiento de la obligación a que se refiere el inciso primero de este artículo.

7 Art. 25, inciso cuarto, del Decreto Ley N° 3.063, de 1979.

En el caso del Ministerio Público y dado que esta entidad, a diferencia de las municipalidades, no se encuentra comprendida en el ámbito natural del control encargado a la CGR, puesto que no forma parte de la Administración del Estado, ha sido necesario que el texto expreso de su Ley Orgánica Constitucional someta algunas de sus actuaciones al control de la CGR, criterio que, desde luego, no afecta su autonomía, tal como se deduce de la STC de 28.09.1999 (Rol Nº 293, Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público)[8].

III. El control de la legalidad de los actos de la Administración como función esencial y principal de la Contraloría General de la República

Las funciones de la CGR aparecen enunciadas en el art. 98 de la CPR y por lo mismo el TC las ha denominado sus funciones esenciales (roles Nºs. 92 y 1.032).

Estas son: ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración; fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, y llevar la contabilidad general de la Nación.

Dentro de tales funciones destaca la de ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, que aparece como la más importante, tanto por su posición formal en el precepto, cuanto porque todas las demás se refieren a aspectos específicos de ese control de legalidad genérico.

Siendo la principal función de la CGR, el control de la legalidad de los actos de la Administración se debe entender en un sentido doblemente amplio: primero, por cuanto tiene como referencia a todo el ordenamiento jurídico (y no sólo a la ley); y segundo, puesto que incluye a toda la actividad administrativa, desde los actos materiales hasta los actos administrativos, sean estos de constancia, de juicio o decisorios.

1. Control de legalidad y toma de razón. La *función* de control de legalidad ejercida mediante la *atribución* de la toma de razón

Respecto de estos últimos –esto es, los actos administrativos decisorios–, cuando se formalizan mediante decretos o resoluciones, la CPR ha establecido y regulado, en sus aspectos fundamentales, una atribución a través de la cual se realiza la antedicha *función*, consagrando en su art. 99 el peculiar mecanismo de la toma de razón.

---

8 Artículo 71.- No se aplicarán al Ministerio Público las disposiciones legales que rigen la acción de la Contraloría General de la República, salvo en aquellas materias en que la presente ley requiere expresamente de la intervención del órgano contralor.

El nombramiento del Fiscal Nacional y el de los Fiscales Regionales estará sujeto a los trámites de toma de razón y registro por la Contraloría General de la República. Lo mismo se aplicará a los demás decretos o resoluciones que los afecten, salvo que el Contralor General los eximiere de la toma de razón.

El nombramiento de los fiscales adjuntos y la contratación de los funcionarios, así como las demás resoluciones que los afecten, se enviarán a la Contraloría General de la República para su registro.

1.1. Los decretos y resoluciones de los órganos de la Administración, se encuentran naturalmente afectos a toma de razón

Conviene destacar que los actos administrativos, de los órganos de la Administración del Estado, de contenido decisorio, que se formalizan mediante decretos o resoluciones, se encuentran, *naturalmente* afectos a toma de razón, salvo que por la ley o por resolución del Contralor General, se encuentren exentos de este control.

Dicha afirmación la sostenemos en tres razones:

En el tenor literal del art. 99, según el cual *"En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría… "*, lo que significa que lo que debe conformarse a la ley es la "tramitación por la CGR" (es decir, el procedimiento y los pormenores de dicha tramitación), y no que la ley deba señalar los decretos y resoluciones que deben ser tomados razón por la CGR;

En la forma como el legislador y el TC han entendido esta cuestión, calificando como LOC la exención a la toma de razón y las modificaciones al carácter preventivo que, por su naturaleza, distingue a este mecanismo de control de la legalidad (en el caso de los actos de cumplimiento o ejecución anticipada, o de cumplimiento o efectos inmediatos);

En la forma como lo ha entendido el legislador, no calificando como LOCCGR las normas que disponen la toma de razón de ciertos actos[9-10].

1.2 Jurisprudencia del TC sobre la toma de razón

Establecido lo anterior, la jurisprudencia del TC sobre la toma de razón, se puede resumir en lo siguiente:

a) Exención de la toma de razón. Al respecto es posible distinguir:

Exenciones singulares, esto es, referidas a determinados actos administrativos: STC de 31.03.1987 (Rol Nº 45, Ley Nº 18.611); STC de 9.01.1989 (Rol Nº 63, Ley Nº 18.778); STC de 26.08.2003 (Rol Nº 384, Ley Nº 19.903, sobre posesión efectiva), y

Exenciones orgánicas, esto es, referidas a la generalidad de los actos administrativos que emita un determinado órgano: STC de 29.02.1988 (Rol Nº 50, LOC de Municipalidades); STC

9 Art. 78 de la Ley Nº 18.482 (resoluciones de la Dirección del Trabajo, del Servicio de Seguro Social y de la Caja de Previsión de Empleados Particulares, que disponen encasillamientos de personal); art. único de la Ley Nº 19.901 (resolución del Ministro de Agricultura que otorga beneficios); art. 6°, inciso segundo, de la Ley Nº 19.128 (resoluciones de la Dirección Nacional de Aduanas que otorgan beneficios a personas que señala), y art. 4° de la Ley Nº 20.206 (decreto que certifica haber culminado el proceso de renegociación de los contratos para la correcta operación del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago).

10 Por eso, el art. 133 bis de la LOCCGR (agregado por el art. 2° N° 21 de la Ley Nº 19.817, STC de 15.07.2002, Rol Nº 356), en el contexto de los sumarios que instruya la CGR en las municipalidades y en el caso que la autoridad municipal imponga una sanción distinta de la propuesta por el Contralor General, dispuso que "deberá hacerlo mediante resolución fundada, sujeta al trámite de toma de razón", considerando que con ello se estaba alterando la regla de la LOCM que estableció la exención general de los actos administrativos municipales.

de 10.07.2008 (Rol Nº 1.051, Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública), y STC de 21.01.2010 (Rol Nº 1.577, Ley Nº 20.422, crea el Servicio Nacional de la Discapacidad).

b) La toma de razón es legalmente preventiva. El carácter preventivo de la toma de razón es uno de sus rasgos propios, que deriva de su naturaleza (no le es esencial), pudiendo ser alterado por la Ley. La CPR no ha establecido que la toma de razón deba ser preventiva, sino que se trata de un carácter que puede ser modificado por la Ley. En otros términos, la toma de razón no es *constitucionalmente preventiva,* sino que *legalmente preventiva* [11].

   Así, la Ley puede disponer el *cumplimiento* [12] o la *ejecución anticipada* [13] de los actos administrativos, o el *cumplimiento* [14] o los *efectos inmediatos* [15] de los mismos.

   En una fórmula original, incluso se ha previsto que determinados actos administrativos se puedan ejecutar "desde su ingreso a la Contraloría General de la República" (STC de 29.07.2003, Rol Nº 381)[16].

c) En cambio, el *efecto impeditivo de la representación* y la *improcedencia de la insistencia en caso de inconstitucionalidad,* constituyen rasgos esenciales de la toma de razón, previstos en la propia CPR, por lo que la Ley no puede alterarlos.

   Por ello, la STC de 15.07.2002, (Rol Nº 356, Ley Nº 19.817)[17] –considerando que la norma en examen disponía que el Contralor debe dar curso a los decretos o resoluciones que represente cuando el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, sin efectuar distinción alguna sobre la causa de la representación–, precisará que la declaración de constitucionalidad de ese precepto se formula "en el claro entendido que la insistencia del Jefe del Estado es improcedente en el caso que los decretos o resoluciones hayan sido representados por el Contralor por ser contrarios a la Constitución". Agregaba que, conforme a la Disposición Quinta (hoy Cuarta) Transitoria de la CPR, debía entenderse que el art. 10, inciso primero, de la Ley Nº 10.336, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, no tenía aplicación, en lo relativo a la facultad del Presidente de la República para dictar un decreto de insistencia que hubiese sido representado por el Contralor por ser inconstitucional (c. 9° y 10°).

d) Modalidades de la toma de razón: publicidad y reserva. Sea que la toma de razón sea concebida como una atribución de la CGR, como una etapa del procedimiento administrativo

---

11 Tal como resulta de los arts. 10°, inciso séptimo, de la LOCCGR, y 17 del Decreto con Fuerza de Ley 7.912, de 1927, del Ministerio del Interior.

12 STC de 13.09.1984 (Rol Nº 22, Ley Nº 18.348 que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables); STC de 16.01.1989 (Rol Nº 64, Ley Nº 18.782, atribuciones especiales del Servicio Agrícola y Ganadero), y STC de 12.09.1989 (Rol Nº 79, Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, sobre asunción inmediata).

13 STC de 11.01.1991 (Rol Nº 117, Ley Nº 19.030, que crea el Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo).

14 STC de 13.04.1993 (Rol Nº 168, Ley Nº 19.212, crea la Dirección de Seguridad Pública), y luego la STC de 3.09.2004 (Rol Nº 417, Ley Nº 19.974, crea la Agencia Nacional de Inteligencia).

15 STC de 12.02.1992 (Rol Nº 142, Ley Nº 19.129), y STC de 15.10.1992 (Rol Nº 157, Ley Nº 19.173).

16 Similar, en todo caso, a lo que se estableció en las siguientes leyes de presupuestos: arts. 3° de la Ley Nº 18.764 (LP 1989); 3° de la Ley Nº 18.869 (LP 1990); Art. 3° de la Ley Nº 19.012 (LP 1991); 4° de la Ley Nº 19.103 (LP 1992), y 4° de la Ley Nº 19.182 (LP 1993), preceptos que no se sometieron a los trámites de una LOC.

17 Con el voto en contra de la Ministra Bulnes.

o como un acto administrativo en sí misma considerada, ejercida que sea, participa del carácter público de todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Siendo ello así, es posible que, Ley de Quórum Calificado mediante, se establezca la toma de razón reservada[18].

e) Modalidades de la toma de razón: respecto de actos y órganos determinados y respecto de actos y órganos determinables. Así como la exención admite clasificarse como orgánica o singular (según se refiera a un órgano o a un acto determinado), también la misma toma de razón y sus modalidades pueden establecerse respecto de un órgano o de un acto administrativo preciso, habiéndose admitido, sin embargo, que unos u otros sean indeterminados, tal como ocurre en el caso de la ex Dirección de Seguridad Pública, en que los *actos de cumplimiento inmediato* o la *toma de razón reservada* se refieren tanto a los actos *expedidos* por la Dirección, como a los *relativos* a ella (Rol Nº 168)[19].

f) Otras modalidades de la toma de razón. La ley puede establecer plazos de envío a toma de razón (Rol Nº 117) o la imposibilidad de retirar determinados actos administrativos una vez ingresados a trámite (Roles Nºs. 22 y 79)[20].

g) Esta relación de sentencias del TC relativas a la toma de razón –como específico mecanismo y *atribución* para el cumplimiento de la *función* de control de la legalidad de los actos de la Administración–, no estaría completa sin hacer referencia a la anomalía, varias veces repetida, de preceptos legales que eximen de toma de razón a determinados actos administrativos, sin haber sido sometidos a los trámites de una LOC en su aprobación, ni enviados al TC para su control preventivo, de acuerdo al art. 93 N° 1 de la CPR, como ocurre en el caso del art. 12 de la Ley Nº 20.405 (que crea el Instituto de Derechos Humanos)[21] y del art. 19 de la Ley Nº 20.430 (sobre protección de refugiados)[22]. Una variante de esta anomalía ocurre cuando determinadas disposiciones de un proyecto de ley sí se examinan preventivamente por el TC, pero no otras, algunas de las cuales regulan materias propias de LOC, como ocurrió en la STC de 6.01.2010 (Rol Nº 1.554, Ley Nº 20.417, sobre nueva institucionalidad ambiental)[23-24].

---

18 Es el caso de la STC de 13.04.1993 (Rol Nº 168, Ley Nº 19.212, que crea la Dirección de Seguridad Pública) y luego de la STC de 3.09.2004 (Rol Nº 417, Ley Nº 19.974, que crea la Agencia Nacional de Inteligencia).

19 Art. 24, inciso 2°, de la Ley Nº 19.212. Sin embargo, dicha opción se abandonará en la Ley Nº 19.974, que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, en que los actos de cumplimiento inmediato y la toma de razón reservada, en una redacción que aparece como redundante, sólo se refieren a "los decretos y resoluciones de la Agencia o expedidos por ella", con el agravante que dicho servicio público no emite decretos.

20 Lo que viene a constituir el reconocimiento legal del *retiro*, generalmente entendido como una mera práctica administrativa.

21 Que debió serlo tanto porque su inciso quinto establece que "el Instituto estará sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas", cuanto porque su inciso sexto dispone que "Las resoluciones del Instituto estarán exentas del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República".

22 Artículo 19.- Acto Administrativo sobre condición de refugiado. El otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado será resuelto por el Ministerio del Interior, a través de Resolución del Subsecretario del Interior, *exenta del trámite de toma de razón,* teniendo en consideración los antecedentes y recomendaciones emanadas de la Comisión que se establece en el artículo siguiente.

23 Art. 17, inciso 3° de la Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente (aprobada por el art. segundo de la Ley Nº 20.417): "Concluido el período de consulta, los programas y subprogramas y las observaciones recibidas se pondrán en conocimiento del Superintendente, el que los fijará mediante una o más resoluciones *exentas,* siendo comunicada a los organismos sectoriales y a los potenciales fiscalizados".

24 Cabe anotar que es jurisprudencia asentada del TC, con ocasión del control preventivo de constitucionalidad de proyectos de

Igualmente, la misma infracción a las normas sobre tramitación de las leyes, se encuentra en casos de ejecución anticipada de determinados actos administrativos, antes de su toma de razón, como ocurre con el art. 1° de la Ley Nº 20.063, y en una larga serie de leyes de presupuestos[25].

ABREVIATURAS USADAS

c.: considerando.

CGR: Contraloría General de la República.

CPR: Constitución Política de la República.

LOC: Ley Orgánica Constitucional.

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.

LOCCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, N° 10.336.

LOCM: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695.

LOCMP: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640.

LP: Ley de Presupuestos.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

LOC, en virtud del art. 93 N° 1 de la CPR, extender su examen aun a preceptos que no han sido considerados como LOC por el Congreso, como ocurrió, precisamente en relación a la LOCCGR, en la STC 4.08.2011, Rol Nº 2.009, c. 21°, respecto de los arts. 50 y 110 del proyecto.

25 Arts. 3° de la Ley Nº 18.473 (LP 1986); 3° y 10 de la Ley Nº 18.580 (LP 1987); 3° y 10 de la Ley Nº 18.669 (LP 1988); 3° de la Ley Nº 18.764 (LP 1989); 3° de la Ley Nº 8.869 (LP 1990); Art. 3° de la Ley Nº 19.012 (LP 1991); 4° de la Ley Nº 19.103 (LP 1992); 4° de la Ley Nº 19.182 (LP 1993); 5° de la Ley Nº 19.356 (LP 1995); 5° de la Ley Nº 19.430 (LP 1996); 5° de la Ley Nº 19.486 (LP 1997); 5° de la Ley Nº 19.540 (LP 1998); 5° de la Ley Nº 19.596 (LP 1999); 5° de la Ley Nº 19.651 (LP 2000), y 5° de la Ley Nº 19.702 (LP 2001). Luego, mediante el art. 1° de la Ley Nº 19.896, se introdujo esta modalidad, de forma permanente, modificando el art. 19 bis del decreto Ley Nº 1.263, de 1975 (STC de 29.7.2003, Rol Nº 381).

II. Juridicidad

EFECTOS QUE PRODUCE LA DECLARACIÓN DE CONTRARIEDAD A DERECHO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Eugenio Evans Espiñeira
Licenciado en Derecho, Magíster en Derecho Público, eevans@fev.cl

Domingo Poblete Ortúzar
Licenciado en Derecho, dpoblete@fev.cl

RESUMEN:

Los autores analizan la facultad de la Contraloría General de la República de declarar contrario a derecho un acto administrativo que ya ha producido efectos jurídicos, poniendo énfasis en las consecuencias que se derivan de dicha declaración cuando se trata de actos beneficiosos para los particulares. Específicamente, se refieren a los problemas que plantea el ejercicio de esta facultad cuando la intervención de la Contraloría ha sido requerida por otros particulares con intereses contrapuestos a los beneficiarios del acto impugnado, a la luz de las garantías constitucionales del debido proceso y la seguridad jurídica que asisten a estos últimos.

Palabras clave: Potestad dictaminante de la Contraloría - Impugnación de actos administrativos - Seguridad jurídica.

I. Introducción

Se ha discutido bastante, tanto en doctrina como en sede jurisdiccional, acerca de los alcances del control de legalidad de los actos administrativos que debe efectuar la Contraloría General de la República (en adelante, "la Contraloría" o "CGR"). En esta materia, la controversia ha girado principalmente acerca de los límites de dicho control: si puede abarcar aspectos de fondo o debe limitarse a la forma del acto que se revisa y si puede o no la Contraloría imponer su interpretación de una norma determinada a la adoptada en sus decisiones por los respectivos órganos sectoriales.

Sin embargo, nos parece que un tema que aún no ha sido abordado en extenso y de modo sistemático es la facultad que tiene la Contraloría para revisar la legalidad de los actos que ya han nacido a la vida del derecho y producido sus efectos y que es, precisamente, la que ha dado origen a parte importante de las discusiones que enunciamos más arriba.

Nos proponemos, entonces, analizar en general esta potestad de la Contraloría en cuanto a su fuente normativa, su naturaleza jurídica y los efectos que produce. Una vez que hayamos determinado estos aspectos genéricos, intentaremos profundizar en algunas inquietudes preci-

sas que surgen de su ejercicio, las que, advertimos desde ya, no dicen relación con los alcances del control mismo, sino que, más bien, con las consecuencias que puede generar respecto de los particulares interesados en el acto que se revisa.

Específicamente, nos enfocaremos en los posibles conflictos que plantea el ejercicio de esta facultad de la Contraloría cuando su pronunciamiento se emite a instancia de particulares que tienen un interés contrapuesto al de quienes se han visto beneficiados por el acto administrativo que se impugna. Esta situación plantea la interesante cuestión consistente en cómo armonizar esta potestad con las garantías de debido proceso y de seguridad jurídica que la Constitución Política de la República (en adelante e indistintamente, "Carta Fundamental" o "CPR") consagra en beneficio de toda persona.

Será objeto de este trabajo, por lo tanto, identificar con precisión las zonas de conflictividad constitucional que presenta esta facultad de la Contraloría y, en la medida de lo posible, proponer algunos criterios para su adecuada resolución, de modo armonioso con la Carta Fundamental.

II. La potestad dictaminante de la Contraloría. Fuente, naturaleza jurídica y modalidades de ejercicio

Para permitir a la Contraloría concretar el mandato constitucional de ejercer *"el control de la legalidad de los actos de la administración"* (art. 98 CPR), que constituye una de sus funciones principales, la misma Carta Fundamental le ha encomendado el examen de juridicidad de los actos administrativos, a través del mecanismo de la toma de razón (art. 99 CPR). La característica principal de esta forma de control, como se sabe, es su carácter preventivo o *ex ante,* es decir, que tiene lugar antes de que el acto nazca, constituyéndose así en un verdadero *"trámite que forma parte del procedimiento administrativo, aunque la decisión ya haya sido adoptada"*[1]. De ahí que el efecto de la representación que haga la Contraloría, en caso de advertir antijuricidad en el acto, será esencialmente impeditivo, pues *"va a evitar que la conducta administrativa concretada en una decisión –'proyecto de acto'– nazca a la vida del Derecho"*[2].

Además de ese instrumento preventivo de control, la Ley N° 10.336, Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en su artículo 6º inciso 1° ha entregado a la Contraloría, en lo que interesa a este trabajo, la facultad de *"informar (…) en general, sobre los asuntos que se relacionen (…) con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen".*

De la norma citada emana lo que la doctrina ha denominado los *"poderes jurídicos dictaminantes"*[3] o la *"potestad dictaminante"*[4] de la Contraloría, como otro mecanismo a través

1 Bermúdez (2010), p. 237.

2 Soto Kloss (2009), p. 290.

3 Soto Kloss (2009), p. 315.

4 Navarro (2007), p. 58.

del cual puede ejercer el control de la actividad administrativa. La particularidad de esta vía de control radica en su carácter amplio y genérico, que dificulta darle un tratamiento sistemático. En efecto, y como desarrollaremos a continuación, ejerciendo esta potestad la Contraloría puede emitir instrucciones acerca de cómo deben interpretar las normas de derecho público los órganos sometidos a su fiscalización, revisar dicha interpretación en actos vigentes e, incluso, agregar "alcances" a la toma de razón que realiza de determinados actos administrativos, ya sea rectificando errores que aparecen en ellos o fijando el sentido en que deben ser entendidos para no ser representados por vicios de antijuricidad, entre otras posibilidades[5].

Es precisamente esta potestad dictaminante, de dictar informes jurídicos, la que invoca la Contraloría para controlar un acto administrativo que ya ha nacido a la vida del derecho y producido sus efectos, declarándolo contrario a derecho en caso de estimar que se ha hecho una incorrecta aplicación de la normativa que lo rige por parte de los organismos emisores.

1. Naturaleza de la potestad dictaminante y su carácter vinculante para la Administración

La potestad dictaminante de la Contraloría es de carácter interpretativo, de modo que la faculta para fijar el sentido y alcance de las normas que rigen a los órganos administrativos sometidos a su fiscalización. Así, a través de ella, el órgano de control va fijando criterios de interpretación de las leyes y reglamentos que aplican los distintos órganos de la Administración en el cumplimiento de sus funciones.

Su ejercicio se realiza a través de dictámenes, que son informes en derecho que el Contralor emite *"a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades"*, como lo dispone el artículo 5º de la Ley N° 10.336.

La principal importancia de estos dictámenes radica en que las interpretaciones que ellos contienen son vinculantes para la autoridad administrativa, de modo que ésta deberá aplicar las normas y ajustar sus decisiones según lo que haya señalado el órgano de control.

Esta fuerza obligatoria de los dictámenes emana directamente de la Ley Nº 10.336, que en su artículo 6º, inciso final, señala que éstos constituyen, junto con las decisiones, la jurisprudencia administrativa, a lo cual el artículo 9º, en sus dos incisos finales, agrega que los informes que emita la Contraloría a petición de cualquier jefe de oficina o de servicio, acerca de cualquier materia de su competencia, *"serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran"*. Lo anterior se refuerza por el artículo 19 de la misma ley, al disponer que *"Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios"*.

5 Soto Kloss (2009), p. 317.

Como se aprecia, la ley 10.336 ha otorgado al ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría un carácter vinculante para los órganos sometidos a su fiscalización.

2. Momento en que puede ejercerse la facultad dictaminante de la Contraloría

Una primera lectura del texto del artículo 6º de la Ley Nº 10.336, parece sugerir que la facultad dictaminante de la Contraloría tendría un carácter eminentemente "preventivo", es decir, que estaría destinada a ejercerse como una guía o pauta acerca de cómo deberá aplicarse una norma determinada al dictarse un acto por la Administración[6]. En este sentido, un sector de la doctrina ha entendido que las resoluciones dictadas por la Contraloría como guía de interpretación para la emisión de actos futuros serían, en realidad, *"circulares, de acuerdo al concepto que el Derecho Administrativo da a esta categoría"*[7].

Sin embargo, en rigor, la norma citada no restringe la potestad dictaminante de la Contraloría a un momento preciso en relación con la dictación del acto en que ha de recibir aplicación la norma interpretada. Es decir, admite su ejercicio, también, como una modalidad de control represivo, por medio de la cual la Contraloría verifica si la aplicación concreta de una norma ha sido, a su juicio, la *"correcta"*.

Se advierte así el doble carácter que adquiere esta facultad interpretativa, atendiendo al momento en que se ejecuta. En efecto, el control propiamente tal, entendido como verificación de la legalidad concreta de un acto determinado, tiene lugar únicamente al ejercerse la facultad en su modalidad represiva. Sólo aplicada la potestad en esta variante *"se aprueba o tacha el acto una vez ejercitado y, por lo tanto, en este último evento se procurará o su anulación o la reparación de los daños que el acto causó tanto a la Administración como a terceros, según corresponda"* [8].

En este punto, destacamos que esta modalidad de control *a posteriori* ha tenido una creciente importancia en los últimos años, principalmente por dos motivos: por una parte, por la gran cantidad de materias que han quedado exentas del trámite de toma de razón[9], lo que determina que el control administrativo de legalidad de los actos que en ellas se dicten únicamente será posible por esta vía, y, por otra, por su masiva utilización por personas y organizaciones que optan regularmente por impugnar actos administrativos en esta sede, antes de acudir ante los tribunales ordinarios de justicia.

En su variante preventiva, en cambio, la potestad dictaminante se concreta más bien en una instrucción interpretativa a futuro, sin perjuicio de su carácter obligatorio para los órganos

---

6 En este sentido, el profesor Soto Kloss explica que "el administrador no sólo está sujeto al Derecho que dice el juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del Derecho, sino también está sujeto al Derecho que dice CGR antes de que nazcan aquéllos como actos jurídicos administrativos". Soto Kloss (2009), p. 311. Este autor, sin embargo, no niega la utilización del poder dictaminante de la Contraloría en su modalidad represiva, como veremos más adelante.

7 Pierry (2005), p. 80.

8 Silva Cimma (1994), p. 46.

9 Resolución CGR N° 1.600/2008.

sometidos a su fiscalización, y de ahí su asimilación a una circular de acuerdo a la terminología propiamente administrativa.

3. Legitimación activa para provocar un pronunciamiento de la Contraloría

Por último, por ser de gran relevancia para nuestra investigación, nos interesa destacar que la legitimación activa para provocar un pronunciamiento corresponde, además de a los órganos y funcionarios públicos, a los particulares interesados en alguna decisión de carácter administrativo, según las disposiciones que hemos revisado de la Ley N° 10.336, en especial su artículo 5º. Así, cualquiera persona está legitimada para realizar una presentación al órgano contralor, solicitando un pronunciamiento acerca de la juridicidad de un acto administrativo determinado.

En esta materia advertimos, sin embargo, una posición doctrinaria que parece ser más exigente a la hora de admitir que sean los particulares quienes soliciten la intervención de la Contraloría y sus poderes dictaminantes. En efecto, explicando la legitimación activa se ha señalado que *"El órgano contralor tiene amplias atribuciones para impartir instrucciones o emitir dictámenes a requerimiento de los ministros de Estado, jefes superiores de servicio u otras autoridades. También puede hacerlo a petición de funcionarios o de particulares cuando, habiéndole solicitado éstos a la administración activa, no se hubiere emitido pronunciamiento alguno o se haya denegado el derecho pretendido"*[10]. Como se aprecia, esta postura plantea que la legitimación "privada" requeriría de un trámite previo, consistente en una solicitud formulada a la autoridad administrativa respectiva. Luego, sólo ante la inactividad o la negativa de la administración activa nacería la facultad de solicitar pronunciamiento a la Contraloría.

Nos parece que se trata de una exigencia que no se encuentra establecida en la ley, por lo que no sería legítimo al órgano de control negarse a conocer de una solicitud efectuada por un particular sobre la base de que no se ha acudido ante la administración activa con anterioridad.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina analizada sugiere la cuestión acerca de si es necesario que quien solicita la intervención de la Contraloría tenga, como mínimo, un interés actual comprometido en el acto administrativo que se revisa. A la luz de las normas que venimos analizando la respuesta parece ser negativa, en el sentido de que no exige la ley que se manifieste o invoque interés alguno al solicitar el pronunciamiento del órgano de control. Así lo ha entendido la propia Contraloría, al sostener que basta una mera denuncia para provocar un dictamen, explicando *"que los pronunciamientos de esta Entidad Contralora no requieren de solicitud de terceros, pues deben emitirse en caso de que tome conocimiento, incluso mediante meras denuncias, de cualesquiera situaciones que puedan afectar la legalidad de actuaciones de órganos del Estado sometidos a su fiscalización"*[11].

El único argumento que podría intentarse en contra de esta tesis estaría en interpretar la palabra "parte" que utiliza el artículo 5º de la Ley Nº 10.336 en el sentido de que debe tratarse

10 Aylwin (2001), p. 608.

11 Dictamen Nº 33.451/2006.

de una parte interesada o involucrada de alguna forma con el acto administrativo respectivo. Se trata, sin embargo, de un argumento demasiado forzado, que no parece suficiente para desvirtuar el carácter público de la legitimación para provocar el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría, que emana del tenor literal de las normas citadas. Esta conclusión se refuerza, además, por aquella doctrina que entiende la facultad de solicitar dictámenes a la Contraloría como una expresión del derecho constitucional de petición, el cual exige, como requisito único, que se proceda en términos respetuosos[12].

III. La potestad dictaminante de la Contraloría como mecanismo de control de legalidad represivo a solicitud de personas o particulares

Como anticipábamos, es esta potestad dictaminante la que invoca la Contraloría para revisar la legalidad de actos vigentes dictados por órganos que se encuentran bajo su fiscalización, y así ha tenido la oportunidad de indicarlo expresamente[13]. Habiendo esbozado sus características y modalidades en general, nos concentraremos ahora específicamente en su ejercicio como mecanismo de control de legalidad represivo o *a posteriori* y en especial cuando se ejerce a solicitud de particulares interesados.

1. Efecto que produce la declaración de ser contrario a derecho un acto administrativo vigente en el ejercicio de la potestad dictaminante

Las primeras dudas surgen en este aspecto, ya que la Contraloría carece de la facultad de invalidar, anular o dejar sin efecto un acto administrativo vigente. Así, en principio, el ejercicio de esta potestad tendría un efecto meramente declarativo respecto del acto sobre el cual se pronuncia. Por lo tanto, la consecuencia lógica de la declaración de ser contrario a derecho un acto determinado, esto es, su anulación, no puede ser decretada por la Contraloría, al carecer de las facultades legales para hacerlo.

Pese a lo anterior, es posible que se llegue de todos modos a un resultado con caracteres similares. En efecto, la Contraloría puede ordenar a la autoridad administrativa que dictó el acto impugnado que proceda a la invalidación del mismo, en ejercicio de la atribución que consagra en favor de este último el artículo 53 de la Ley Nº 19.880. Es decir, pese a que por sí misma la Contraloría no tiene potestades invalidatorias, puede, advirtiendo un vicio en un acto determinado, representarlo a la autoridad que lo dictó en ejercicio de su potestad dictaminante y ordenarle la invalidación. En esta situación, salvo en el caso que se explica más adelante, la autoridad requerida estará obligada a dictar el acto de invalidación, dado el carácter vinculante de los dictámenes de la Contraloría, como analizáramos en su oportunidad.

12 Navarro (2007), p. 58.

13 Dictamen Nº 21.778/2008.

Como se aprecia, la potestad dictaminante, aplicada en su modalidad represiva de control, se convierte así en una herramienta efectiva para impugnar y dejar sin efecto actos administrativos que adolezcan de vicios de ilegalidad. Ello explica el explosivo aumento en su utilización por parte de particulares y funcionarios públicos a que hacíamos referencia más arriba.

Ahora bien, y como anticipábamos, la utilización de este mecanismo de control genera ciertas inquietudes en casos en que se impugnan actos administrativos beneficiosos para otros particulares, especialmente en cuanto a la seguridad jurídica de que debiesen gozar y las garantías de debido proceso que la Constitución les asegura. Veamos.

2. Protección de la seguridad jurídica y ejercicio del control represivo por parte de la Contraloría

Un primer aspecto interesante dice relación con el modo de armonizar el ejercicio del control que venimos explicando con la seguridad jurídica de que deben gozar los particulares que desarrollan actividades al amparo de un acto administrativo favorable, es decir, que *"produce una ampliación o ensanchamiento del patrimonio de un ciudadano"*[14].

En efecto, es de toda lógica suponer que la posibilidad de que cualquier acto beneficioso dictado por una autoridad sujeta a fiscalización de la Contraloría –por ejemplo, una recepción de obras, un permiso de edificación o una autorización sanitaria de funcionamiento– sea declarado contrario a derecho y luego invalidado, genera un estado de incertidumbre difícilmente compatible con la seguridad jurídica, cualquiera sea el concepto que se tenga de ésta.

Lo anterior se ve agravado si consideramos que no existe plazo legal alguno que limite el ejercicio de esta potestad de la Contraloría, de modo que invocándola puede pronunciarse acerca de la legalidad de cualquier acto, sin importar el tiempo que hubiere transcurrido desde su dictación.

Sin perjuicio de lo anterior, la limitación viene dada respecto de la potestad invalidatoria, la cual sólo puede ser ejercida por la autoridad dentro del plazo de dos años desde que dictó el acto, según lo dispone expresamente el artículo 53 de la Ley Nº 19.880. De esta forma, a pesar de que la facultad de control de la CGR no está sujeta a plazo alguno, no podrá ordenar la invalidación a la autoridad respectiva en caso de que hubiere transcurrido el plazo indicado, lo que contribuye a elevar el grado de certeza del particular en la estabilidad de los actos que le han beneficiado.

2.1. Algunas precisiones acerca del plazo para ejercer la invalidación y el ejercicio de la potestad dictaminante

En este punto, conviene referirnos a una posición doctrinaria que pareciera proponer un criterio distinto respecto al plazo para ejercer la invalidación, interpretándolo con mayor laxitud en

14 Bermúdez (2010), p. 84.

casos en que ha intervenido la potestad dictaminante de la Contraloría, en base a jurisprudencia emanada de este mismo órgano. En este sentido se ha sostenido que *"En lo que respecta al procedimiento invalidatorio, la solicitud debe realizarse en un plazo de dos años contados desde la notificación o publicación del acto… Se debe precisar lo establecido por la jurisprudencia en orden a que el plazo de dos años es inoponible frente a una solicitud de invalidación cuyo antecedente se encuentra en un dictamen de la Contraloría, esto por cuanto los dictámenes no están sujetos a plazo alguno siendo obligatorios para sus destinatarios"*[15]. Así, lo que parece sostener esta postura es que si la invalidación ha sido ordenada por la CGR, el plazo es inoponible a la autoridad que dictó el acto.

Nos parece que el planteamiento anterior merece algunas precisiones, pues el modo en que puede llegar a interpretarse dicha tesis resulta preocupante. En efecto, no creemos que sea admisible entender que la Contraloría pueda, en general, ordenar la invalidación de un acto, transcurridos más de dos años desde su dictación, y que la autoridad deba decretarla, no obstante haber transcurrido el plazo expresamente fijado por la ley.

La única excepción a esta regla estaría dada por los casos en que, a pesar de haberse representado la ilegalidad por parte de la Contraloría a la autoridad, esta última no invalida el acto viciado, de modo que si luego, de oficio o ante una solicitud, se reitera la orden de invalidación, la autoridad no puede invocar el plazo de dos años a su favor. Como se aprecia, no es en realidad una excepción, ya que será requisito imprescindible que se haya emitido el dictamen original representando la ilegalidad dentro de los dos años siguientes a la dictación del acto, por lo que en realidad la orden de invalidación se dio dentro de plazo y ha sido la autoridad requerida la que lo ha dejado transcurrir sin actuar.

Ante este escenario, es del todo razonable que la autoridad deba dictar el acto invalidatorio, aun cuando haya transcurrido el plazo, pues lo contrario significaría privar de efecto a un dictamen de la Contraloría por su mera negligencia. Este es precisamente el criterio aplicado en el Dictamen N° 62.378-2009, citado por los autores de la doctrina que comentamos como base para sostener la inoponibilidad del plazo de dos años para la invalidación ordenada por la Contraloría.

En base a lo expuesto, podemos concluir que sólo resulta admisible invocar la inoponibilidad del plazo en caso de que exista una orden de invalidación previa de Contraloría, que no haya sido acatada por la respectiva autoridad.

En todos los demás casos, y como regla general, no puede la Contraloría ordenar la invalidación de un acto si han transcurrido los dos años que señala el artículo 53 de la Ley Nº 19.880 desde su emisión o dictación. Así lo ha entendido, además, el mismo órgano de control, siendo especialmente claro su pronunciamiento en relación a ciertos permisos de construcción otorgados por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura en el Cerro Alvarado, oportunidad en que señaló que *"Finalmente, con relación a las transgresiones detectadas al ordenamiento jurídico por parte de la Dirección de Obras Municipales de Vitacura, cabe precisar que, atendido*

15 Lara y Helfmann (2011), p. 384.

el tiempo transcurrido y el estado de las construcciones, no corresponde el ejercicio de la potestad invalidatoria por parte de dicho órgano, ya que el artículo 53 de la ley N° 19.880 establece que la invalidación de un acto administrativo debe efectuarse dentro del plazo de dos años, contados desde la publicación o notificación del mismo, lo que no obsta a que los interesados puedan ejercer las acciones judiciales que estimen pertinentes. En consecuencia, con el mérito de las consideraciones expuestas, se concluye que si bien la Dirección de Obras Municipales de Vitacura no se ha ajustado a derecho en el caso en examen, no resulta procedente invalidar los respectivos permisos de construcción, sin perjuicio de que en lo sucesivo esa entidad municipal deberá dar estricto cumplimiento a lo señalado mediante el presente oficio"[16].

Se aprecia así, claramente, cómo la misma Contraloría ha entendido que el plazo de dos años para aplicar la potestad invalidatoria rige aun cuando exista un pronunciamiento suyo que declare la ilegalidad del acto en cuestión.

2.2. Vencimiento del plazo de invalidación y eficacia de la potestad dictaminante

La conclusión anterior –consistente en la imposibilidad de ordenar la invalidación si han transcurrido los dos años que establece el artículo 53– genera una duda interesante: ¿qué efecto produce entonces la declaración de ser contrario a derecho un acto que no es posible invalidar por haber transcurrido el plazo legal para ello?

En primer lugar, el dictamen de la Contraloría puede ordenar que se instruya un procedimiento disciplinario destinado a determinar las responsabilidades administrativas del funcionario que dictó el acto ilícito. Desde esta perspectiva, entonces, el control represivo de la Contraloría produciría únicamente un efecto interno-disciplinario, sin afectar a los involucrados o interesados en el mismo.

En efecto, en este sentido ha informado la Contraloría ante recursos de protección interpuestos en su contra por beneficiarios de actos administrativos que han sido declarados contrarios a derecho. Por ejemplo, informando un recurso de protección interpuesto en su contra por haber declarado contraria a derecho una resolución de la Dirección de Obras Municipales que permitió la construcción de una subestación eléctrica[17], la Contraloría se defendió indicando que *"contrariamente a lo sostenido por la actora, el dictamen impugnado en modo alguno invalida ni ordena invalidar el acto administrativo a que se refiere, sino que se limita a señalar que el mismo –la Resolución N° 16, de 2005, de la Dirección de Obras Municipales de Puchuncaví–, no se ajusta a derecho, y ordena instruir el procedimiento disciplinario de rigor, lo cual, naturalmente, se enmarca dentro de las facultades disciplinarias conferidas a esta Entidad de Control tanto por la ley N° 10.336 como por la propia Ley General de Urbanismo y Construcciones"*[18].

Sin embargo, la lógica indica que este efecto disciplinario no será suficiente en caso de que la actuación de la Contraloría haya sido provocada por terceros interesados en que se deje sin

16 Dictamen Nº 38.824/2006.

17 CGE Transmisión con Contralor General de la República (2008).

18 Dictamen Nº 21.778/2008.

efecto el acto impugnado. De ahí que resulta altamente probable que estos terceros pretendan utilizar el dictamen que declara contrario a derecho un acto como base de una acción judicial, como podría ser una nulidad de derecho público. Ante este escenario, surge una nueva pregunta: ¿qué valor tendrá el pronunciamiento de la Contraloría en el procedimiento en que se impugna el acto antes los tribunales ordinarios?

Debe descartarse, inmediatamente, que un dictamen de la Contraloría pueda tener un carácter vinculante para el juez. En efecto, el ejercicio de la jurisdicción está reservado a los tribunales establecidos por la ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución (principio de exclusividad de la jurisdicción), de modo que imponerles *a priori* una calificación jurídica de una situación o una interpretación de la ley contenida en un dictamen sería un atentado inadmisible a sus funciones propias y excluyentes.

Establecido lo anterior, es indudable que un pronunciamiento de la Contraloría que declare contrario a derecho el acto cuya validez se impugna en un juicio puede servir de antecedente importante para el juez al dictar su sentencia. Lógicamente, el grado de persuasión del dictamen dependerá de la calidad de la argumentación que contenga y de las circunstancias concretas de cada caso, pero parece obvio que la sentencia deberá hacerse cargo, a lo menos, de los argumentos que sirvieron de fundamento a la Contraloría para declarar la ilicitud del acto.

Como vemos, aun cuando no exista la posibilidad de invalidar directamente el acto administrativo que ha sido declarado contrario a derecho por haber transcurrido el plazo de dos años que establece la ley, el dictamen de la Contraloría tendrá un valor en caso de ser invocado en un juicio posterior, que si bien es relativo en cuanto no se impone ante el juez, puede en un caso concreto ser determinante, si contiene argumentos suficientes para convencer al sentenciador acerca de los motivos de la ilicitud que declara.

2.3. Límites a la potestad invalidatoria y su reconocimiento por parte de la Contraloría en el ejercicio de la potestad dictaminante

Finalizando el análisis del impacto de la facultad dictaminante en el principio de seguridad jurídica, resulta necesario referirnos, aunque sea brevemente, a los límites propios de la potestad invalidatoria, como un elemento que contribuye a aportar certeza a los particulares que desarrollan actividades al amparo de actos administrativos favorables. En efecto, ya hemos explicado que la eficacia de la potestad dictaminante como medio de control e impugnación se concreta, principalmente, mediante la orden de invalidación que dirige la Contraloría al órgano emisor del acto declarado antijurídico. Por lo tanto, los límites de la potestad invalidatoria son, asimismo, límites a la eficacia de la potestad dictaminante como medio de impugnación de actos administrativos.

Se trata ésta de una materia que ha sido largamente discutida y que excede ampliamente el objeto del presente trabajo, razón por la cual únicamente nos referiremos a la forma en que se han entendido y aplicado estos límites por parte de la Contraloría General de la República, al ejercer el control represivo de legalidad de los actos administrativos.

La jurisprudencia revela que el órgano contralor ha mostrado especial preocupación en intentar armonizar el ejercicio de sus facultades –entre las cuales se encuentra la orden de invalidación, como hemos explicado– con los principios generales de seguridad jurídica y protección de la buena fe con la que actúan los particulares en sus relaciones con la Administración. En este sentido, ha explicado que *"el ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos debe ser armonizada con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad o certeza jurídica, de tal manera que de producirse una colisión entre esa facultad-deber y éstos, en determinadas situaciones, deben prevalecer dichos valores. En ese entendido, debe considerarse la conveniencia de proteger a las personas que han actuado de buena fe y la de mantener la estabilidad de las situaciones originadas al amparo de actos irregulares de la Administración, puesto que desconocer los efectos derivados de las mismas, en especial cuando afectan a terceros, importaría atentar contra el principio básico de seguridad en las relaciones jurídicas"*[19].

Se aprecia así el valioso intento de la Contraloría por evitar que el control que debe realizar de la juridicidad de la actividad administrativa signifique perjudicar a los terceros de buena fe que han sido beneficiados por actos irregulares. En esta línea, la Contraloría ha sostenido la plena aplicación del principio de buena fe como límite a la invalidación y el hecho de que ella se presume, explicando que *"es del caso recordar que el reconocimiento de la buena fe, como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales del derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él a los efectos de que la Administración decida acerca de la forma de proceder en situaciones como las descritas. Por lo demás, es necesario señalar que la reiterada jurisprudencia administrativa, incluso posterior a la entrada en vigencia de la citada ley N° 19.880 –contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 15.657, de 2004; 53.858, de 2006, y 8.630, de 2007–, se ha mantenido inalterable en el sentido de considerar que la potestad invalidatoria se encuentra limitada por principios jurídicos de orden superior como el de la buena fe de los terceros afectados por errores de la Administración. (....) Sobre este punto, es menester precisar que, acorde con el artículo 707 del Código Civil, la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse. Por consiguiente, cabe sostener que es la eventual mala fe de los particulares que solicitan permisos de edificación, la que debe ser acreditada por quien pretenda alegarla, siendo las municipalidades, a través de sus respectivas Direcciones de Obras, a quienes corresponde ponderar los supuestos de hecho relacionados con los actos irregulares que haya emitido y con los efectos que los mismos han producido (aplica criterio contenido en el dictamen N° 12.500, de 2002). En este contexto, la Dirección de Obras de la Municipalidad de Las Condes se encontraba habilitada para negarse a invalidar permisos de edificación que, no obstante haber sido irregularmente otorgados, han generado situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, sobre todo si se atiende a que, en la especie, no se advierte antecedente alguno del que aparezca que los titulares de los permisos viciados actuaron de mala fe o a sabiendas de la irregularidad que afectaba a tales actos.*[20]

19 Dictamen Nº 7.348/2008.

20 Dictamen Nº 16.238/2007.

Como vemos, la buena fe y la seguridad jurídica también son elementos que entran en la ponderación de la Contraloría, tanto al controlar actos administrativos beneficiosos para los particulares, como al controlar las negativas de los distintos órganos a invalidar actos que han sido declarados contrarios a derecho.

Ahora bien, y sin perjuicio de estos criterios que pueden servir para evitar la invalidación del acto declarado contrario a derecho, advertimos que subsiste respecto del beneficiario del mismo la incertidumbre generada por dicha declaración. En efecto, en esta situación también es posible prever que los interesados en la impugnación utilizarán el dictamen para buscar la anulación del acto ante los tribunales de justicia.

3. El ejercicio de la potestad dictaminante ante las garantías de la bilateralidad de la audiencia y la igualdad ante la ley

Teniendo presentes los efectos que puede provocar la declaración por la Contraloría de ser contrario a derecho o ilícito un acto administrativo vigente, corresponde analizar el ejercicio de esta potestad ante las garantías de debido proceso que emanan del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que la Constitución asegura a todas las personas.

El problema se presenta ya que la Contraloría, en algunos casos conocidos[21], no ha notificado ni ha dado audiencia al interesado en un acto que está siendo impugnado por terceros o revisado de oficio, de modo que puede perfectamente darse la situación, y así ha sucedido, de que tome conocimiento de ello una vez que el acto ya sido declarado ilícito o contrario a derecho. De esta forma, la Contraloría puede ordenar la invalidación de un acto beneficioso para un particular, sin que siquiera se le haya dado a éste la oportunidad de ser oído. Si bien es cierto que deberá dársele audiencia en el procedimiento propiamente invalidatorio que tramite la autoridad que emitió el acto, por así disponerlo el artículo 53 de la Ley Nº 19.880, ya hemos explicado el carácter vinculante y obligatorio de los dictámenes, de modo que la invalidación que lo afectará se encontrará prácticamente decidida.

Se aprecia así el estado de indefensión en que queda el beneficiado por un acto administrativo que es declarado contrario a derecho y las dudas que esta situación plantea ante la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Reconocemos, no obstante, que pueden surgir legítimas dudas acerca de si deben o no tener aplicación las garantías mínimas de un debido proceso, al ejercerse la potestad dictaminante como modalidad de control *a posteriori*. En efecto, el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Carta Fundamental exige un proceso previo racional y justo, determinado por el legislador, para los pronunciamientos de órganos que ejercen jurisdicción, y la Contraloría no ejerce dicha función al controlar represivamente actos administrativos. Por lo tanto, pareciera que no puede invocarse directamente la norma constitucional para exigir la aplicación de estas garantías.

21 *CGE Transmisión con Contralor General de la República* (2008), *Inmobiliaria Altair S.A. con Contralor General de la República* (2006), entre otros.

Además, no existe norma alguna en la Ley Nº 10.336 que obligue a la Contraloría a dar audiencia a los posibles afectados por sus dictámenes, y en base a ello ha justificado su modo de proceder[22]. A lo anterior ha agregado que en el ejercicio de sus actividades fiscalizadoras y en la preparación de sus dictámenes no se configura una relación procesal entre "partes", de modo que no resultan exigibles las condiciones propias de los conflictos propiamente jurisdiccionales que se ventilan ante los tribunales de justicia[23].

En contra de esta postura, la doctrina ha reaccionado fundando el deber de la Contraloría de dar audiencia al particular que pueda verse potencialmente afectado por un dictamen en dos argumentos: el principio de contradictoriedad que consagra el artículo 10 de la Ley Nº 19.880 y el principio de igualdad de trato que debe dar la autoridad, que arranca de la garantía constitucional de igualdad ante la ley[24].

El primer argumento propone, como sustento legal a la obligación de dar audiencia a los particulares interesados, el principio de contradictoriedad, en virtud del cual *"Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio"*. En base a este principio, que debe regir todo procedimiento administrativo y es plenamente aplicable a la Contraloría por lo dispuesto en los artículos 1º, y 2º, de la Ley Nº 19.880, parece lógico que este órgano debiese dar aviso a los interesados en la impugnación de un acto determinado, pues es esta la única forma de asegurarles la posibilidad de aducir sus alegaciones y aportar lo que sostenga sus derechos. Así lo exige, además, el inciso 4 del artículo 10 citado, al disponer que *"En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento".* Precisamente, en el asunto que nos ocupa, la medida necesaria e imprescindible para dar operatividad a los principios de contrariedad e igualdad es la notificación y audiencia al interesado.

El principio de igualdad se esgrime, por otra parte, ya que la Contraloría suele dar audiencia a los organismos públicos involucrados en sus procedimientos de fiscalización, lo que revela un trato diferente según el interesado sea un particular o un ente público, sin que exista justificación razonable para ello.

En este punto, nos parece además que en los casos en que la impugnación se solicita por parte de un tercero interesado en que sea dejado sin efecto un acto administrativo que es, a su vez, beneficioso para otro particular, se infringe el principio de igualdad si no se le otorga audiencia a este último, ya que sólo se estaría tomando en consideración el interés de uno de ellos. En efecto, en estos casos el principio de igualdad exige que ambos interesados puedan, a lo menos, presentar sus alegaciones y aportar los antecedentes que crean convenientes. Si ello se le permite a uno y no al otro, se configura una vulneración a la igualdad ante la ley que no tiene justificación adecuada, tornándose arbitraria y, por ende, contraria a la Carta Fundamental.

22 Dictamen Nº 55.126/2006.

23 Dictamen Nº 33.451/2006

24 Aguerrea (2007), pp. 135–137.

En base a lo anterior, nos parece que la notificación y audiencia del interesado constituye un requisito indispensable en aquellos procedimientos de control represivo que pueden determinar la invalidación de actos administrativos de beneficio o bien su declaración de adolecer de vicios que lo hacen contrario a derecho.

CONCLUSIONES

Finalizando esta investigación y considerando lo que hemos explicado, podemos concluir lo siguiente:

i. La potestad dictaminante de la Contraloría es un medio de control *a posteriori* de la legalidad de la actuación de la Administración que puede ser de gran eficacia, dada la posibilidad de ordenar directamente la invalidación al órgano emisor, en caso de advertir vicios en un acto administrativo determinado.

ii. Esta eficacia como medio de impugnación es la que explica su constante utilización por parte de particulares y organizaciones sociales interesadas en la impugnación de actos administrativos, principalmente en materia urbanística y ambiental, tendencia que debiera seguir en aumento ante la creciente capacidad organizativa de la comunidad y el ánimo opositor ante proyectos con impacto social, económico o medioambiental de importancia.

iii. Así, esta potestad dictaminante se ha transformado en una herramienta que permite a la Contraloría concretar el mandato constitucional de controlar la legalidad de los actos de la Administración, velando por el respeto al principio de juridicidad y por la correcta aplicación de las normas de derecho público.

iv. Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de esta potestad presenta también ciertas inquietudes, especialmente en relación con los particulares que desarrollan o pretenden desarrollar actividades al amparo de un acto administrativo que les es beneficioso.

v. En efecto, advertimos que la posibilidad de que el acto en cuestión sea revisado y declarado ilícito por la Contraloría, en cualquier momento desde su dictación, genera un escenario claro de incertidumbre, que se ve agravado por la posibilidad de que se ordene la invalidación directa del mismo y por la probabilidad de que todo ello sea realizado sin siquiera haber tenido el particular beneficiado la posibilidad de presentar sus descargos, defensas o alegaciones ante el órgano contralor.

vi. Hemos presentado como paliativos a este escenario de incertidumbre el hecho de que la invalidación sólo pueda decretarse dentro del plazo de dos años que establece el artículo 53 de la Ley Nº 19.880 y los criterios protectores de la buena fe que ha adoptado desde hace largo tiempo la Contraloría. Empero se mantiene siempre una cuota de incertidumbre por la existencia de pronunciamientos que declaran contrarios a derecho determinados actos administrativos, aun cuando no se ordene o decrete su invalidación. En efecto, es del todo razonable asumir que los terceros interesados en la impugnación del acto, y que han provocado el pronunciamiento contralor, intentarán utilizarlo como base para solicitar su anulación ante los tribunales ordinarios de justicia.

vii. Si bien parece que lo anterior no presenta problema alguno, al ser los tribunales establecidos por la ley la sede idónea para discutir la validez o nulidad de los actos administrativos, la situación planteada presenta un antecedente adicional especial, dado por la existencia de un dictamen que ya contiene una opinión autorizada, pronunciándose acerca de la ilegalidad del acto en cuestión. Si bien el contenido del dictamen no es vinculante para el juez, indudablemente es un antecedente de tal magnitud que puede ocasionar el efecto de inclinar la balanza, aunque sea levemente, hacia la posición impugnadora.

viii. Por lo señalado, a nuestro parecer, se torna muy necesario incorporar en las tramitaciones y procedimientos en los cuales se enmarca el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría, la notificación y audiencia del particular beneficiario del acto cuya impugnación se ha solicitado o se ha iniciado de oficio.

ix. En efecto, esta es la única vía para profundizar el nivel de certeza del particular beneficiado por un acto administrativo, pues tendrá seguridad de que en caso de que se le pretenda impugnar será advertido de aquello y tendrá la posibilidad de plantear sus descargos y alegaciones. Asimismo, la aplicación del principio de la bilateralidad de la audiencia en el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría permitirá equilibrar la balanza en caso de ser utilizado un dictamen en sede jurisdiccional, pues previo a su dictación el beneficiado habrá tenido la posibilidad real de defender sus intereses.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguerrea Mella, Pedro (2007): "La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística", *Revista de Derecho Administrativo,* N° 1 pp. 119-140.

Aylwin Azócar, Arturo (2001): "Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República", en: Navarro Beltrán, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur), pp. 599-613.

Bermúdez Soto, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing), pp. 344.

Lara Arroyo, Jose Luis y Helfmann Martini, Carolina (2011): *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing), pp. 1194.

Navarro Beltrán, Enrique (2007): "Notas sobre potestad dictaminante de la Contraloría General de la República y Constitución Política", *Revista de Derecho* de la Universidad Finis Terrae, Año XI, N° 11, pp. 51-66.

Pierry Arrau, Pedro (2005): "Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 71-80.

Silva Cimma, Enrique (1994): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 222.

Soto Kloss, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing), p. 788.

NORMAS CITADAS

Ley Nº 10.336, Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial, 10 de julio de 1964.

Ley Nº 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

CGE Transmisión con Contralor General de la República (2008), Corte Suprema, seis de noviembre de 2008 (recurso de protección de garantías constitucionales).

Inmobiliaria Altair S.A. con Contralor General de la República (2006), Corte Suprema, cinco de octubre de 2006 (recurso de protección de garantías constitucionales).

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 7.348/2008.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 21.778/2008.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 16.238/2007.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 33.451/2006.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 38.824/2006.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 55.126/2006.

LOS DECRETOS EXENTOS DE TOMA DE RAZÓN 50 AÑOS DE SU CREACIÓN: 1962-2012

Paulino Varas Alfonso
Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

RESUMEN:

El trabajo tiene por objeto conocer la historia fidedigna de la Ley Nº 14.832, de 1962, modificatoria de Ley Nº 10.336, que crea los Decretos Exentos, la que adquirió rango de Ley Orgánica Constitucional en virtud de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política vigente y que aplica el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de diciembre de 2007, rol 796.

Palabras clave: Historia fidedigna de la Ley Nº 14.832, de 1962, que modifica la Ley Nº 10.336, y que crea los Decretos Exentos.

I. Historia fidedigna de la Ley Nº 14.832, que creó los Decretos Exentos

1. Mensaje del Presidente Jorge Alessandri al Senado. Primer Trámite Constitucional

El Mensaje de fecha 13 de julio de 1961, incluido en los Anexos de la Sesión 18ª, en 17 de julio de ese año, Legislatura Ordinaria 1961, documento Nº 1, p. 966, en lo que interesa expone:

"Conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados:

A fin de hacer más expedita y ágil la actividad administrativa y resolver los innumerables problemas que interesan, tanto a los funcionarios como a los particulares, se ha estimado indispensable y fundamental estudiar algunas modificaciones a la Ley Nº 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República y a otras normas sobre procedimientos administrativos. En tal virtud el Contralor General de la República ha sometido a la consideración del Supremo Gobierno un proyecto de ley que, aprovechando la experiencia de aquel Organismo contiene un conjunto de ideas fundamentales que el Ejecutivo no ha vacilado en hacer suyas.

Con el objeto de que Vs. Ss. puedan informarse del alcance y significación que, en general, revisten las modificaciones que se proponen, deseo referirme, en seguida, a sus aspectos más salientes.

Se trata, en esencia, de permitir que, sin perjuicio de la fiscalización, que es indispensable, la administración pueda realizarse ágilmente y sin interferencias exageradas. El trámite de toma de razón de los decretos y resoluciones, que corresponde a la Contraloría, está previsto por el legislador para el debido resguardo del principio de la legalidad en la Administración Pública chilena. Pero hay casos, en materias de poca trascendencia y que en la práctica son muchos, en que podría eximirse a algunos decretos y resoluciones del trámite de la toma de razón, ganándose así en rapidez y expedición. Por esta razón, se proyecta facultar al Contralor General de

la República para eximir de la toma de razón a decretos y resoluciones cuyas materias no sean esenciales, y para que fiscalice el uso que se haga de este tratamiento de excepción, dándose cuenta a la Cámara de Diputados".

El Presidente Alessandri termina la exposición de motivos señalando:

"En atención a lo anteriormente expuesto, a la importancia, al interés y a la conveniencia de las reformas legales señaladas, solicito la aprobación de Vs. Ss., para someter a vuestra consideración el siguiente

Proyecto de ley:

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, Nº 10.336, de 29 de mayo de 1952:…".

El artículo 1º, letra B, del Mensaje, propone agregar al entonces art. 13 el siguiente inciso, entre otros:

"No obstante el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos o resoluciones que concedan licencias, feriados, permisos y que califique en resolución fundada, y fijar, al mismo tiempo, las modalidades por las cuales se fiscalice su legalidad. Tratándose de decretos supremos la exención sólo podrá recaer en materias contenidas en la ley que autorice a los Ministros de Estado para firmar 'por orden del Presidente de la República'. Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y aún dejada sin efecto por el Contralor, según sea el uso que se haga de tal liberalidad. En todo caso, el Contralor dará cuenta a la Cámara de Diputados, cada vez que haga uso de esta atribución, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39, atribución 1ª, letra c), de la Constitución Política del Estado".

2. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado

Dicho informe que figura en los Anexos de la Sesión 26ª, en 1º de agosto de 1961, documento Nº 14, p. 1454, expresa:

"INFORME DE LA COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. RECAÍDO EN EL PROYECTO QUE MODIFICA LA LEY Nº 10.336, ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Honorable Senado:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros acerca de un Mensaje del Ejecutivo, con urgencia calificada de "simple", en el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, Nº 10.336, de 29 de mayo de 1952.

Como lo expresa la parte expositiva de este mensaje, el objeto primordial que persigue el proyecto cuya aprobación solicita, es hacer más expedita y ágil la importante labor que el Constituyente y el legislador han encomendado a este organismo y resolver los problemas que se han suscitado en la aplicación del texto legal en referencia.

Vuestra Comisión, después de un detenido estudio, que realizó con la colaboración del señor Ministro de Defensa Nacional y de Tierras y Colonización, señor Enrique Bahamonde y del señor Contralor General de la República, señor Enrique Silva, aprobó las ideas contenidas en los nueve artículos del proyecto del Ejecutivo, introduciéndole enmiendas y agregaciones tendentes a aclarar su alcance y sentido, a precisar su campo de aplicación y a facilitar los medios para obtener las finalidades que dichos preceptos se proponen.

En este dictamen analizaremos las principales disposiciones contenidas en la iniciativa legal en estudio, ordenándolas por las materias a que ella se refiere.

Siguiendo esta norma, trataremos preferentemente aquellos preceptos que conciernen al trámite de la toma de razón de los decretos o resoluciones, el cual, dentro del mecanismo de la Contraloría, es su atribución jurídica más importante, por cuanto él está establecido para el debido resguardo de la legalidad en la Administración Pública.

Tales preceptos están consultados en la letra B) del artículo 1º.

Nos ocuparemos a continuación del contenido de dichos incisos.

En primer lugar, se autoriza al Contralor General para eximir, por plazos determinados, a uno o más Ministerios o Servicios, del trámite de la toma de razón de los decretes supremos o resoluciones que concedan licencia, feriados o permisos con goce de sueldos o que se refieran a otras materias, que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, esta facultad sólo podrá ejercerse respecto de aquellos que, por mandato del legislador, firman los Ministros "por orden del Presidente de la República".

La resolución que dicte el Contralor con este fin deberá ser fundada y en ella se fijarán las modalidades por las cuales se fiscalice la legalidad de los decretos o resoluciones objeto de la exención.

Como una manera de precaver el mal uso que pueda hacerse de tal liberalidad, se dispone más adelante que la resolución que la otorga pueda ser dejada sin efecto por el contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República.

Es importante advertir que, si bien la exención es facultad privativa del contralor, en la revocación de la medida se consulta también la injerencia del Jefe del Estado, no obstante la atribución de aquél para proceder de oficio.

Como una manera de facilitar el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, se obliga al contralor a darle cuenta cada vez que haga uso de tal liberalidad.

Estimamos altamente justificable este tratamiento extraordinario, que al atenuar el rigor preventivo tratándose de asuntos de escasa trascendencia, vendrá a aligerar la labor de este organismo, muchas veces inútil y enervante. Por otra parte, dicho tratamiento significará una apreciable economía para el erario, ya que según informaciones proporcionadas a vuestra Comisión, el costo de la tramitación de cada decreto o resolución, asciende aproximadamente a 12 escudos, en circunstancias de que el año 1960 se tramitaron 178.223 y, el año 1959, 200.629.

En lo que se trata, la Comisión de Constitución del Senado recomienda la aprobación de los siguientes incisos nuevos del art. 13.

"No obstante el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados y permisos con goce de sueldos o que se refieran a otras materias, que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos la exención sólo podrá referirse a decretos firmados 'por orden del Presidente de la República'. Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad.

La resolución del Contralor deberá ser fundada y en ella se fijarán las modalidades por las cuales se fiscalice la legalidad de dichos decretos o resoluciones y, además, deberá dar cuenta a la Cámara de Diputados, cada vez que haga uso de esta facultad, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39, atribución 1ª, letra c) de la Constitución Política del Estado".

3. Discusión en General del Proyecto de Ley en la Sala del Senado

El Senado aprobó en general el proyecto en la Sesión 27ª, de 2 de agosto de 1961, Legislativa Ordinaria 1961, y en ella el Honorable Senador señor Álvarez expresó en la parte pertinente:

"Voy a recalcar las principales modificaciones contenidas en el proyecto elaborado por la Comisión, que, como dije, aceptó las ideas fundamentales propuestas en el proyecto del Ejecutivo, con algunas enmiendas.

En primer lugar, quiero referirme a la facultad otorgada por el proyecto al Contralor para eximir, a uno o más Ministerios o Servicios, del trámite de 'toma de razón' de decretos supremos y de resoluciones dictados por esos organismos cuando se refieran a materias de escasa importancia, entre las que están, expresamente mencionadas, las concesiones de licencias, feriados o permisos con goce de sueldo.

En la actualidad, una resolución que otorga licencia por seis días debe ser materia de decreto supremo, el cual debe ir a la Contraloría y pasar por todos los trámites de ese organismo antes de ser cumplido.

Se comprende el absurdo que esto significa y, sobre todo, el gasto para el Fisco. Según nos ha manifestado el señor Contralor General, cada decreto supremo, cada resolución, con toda la tramitación que actualmente necesita, importa un desembolso de doce escudos. Ya hemos

visto la enorme cantidad de decretos y de resoluciones que han debido pasar por la Contraloría General durante los últimos cuatro años.

Se establece, además, en el proyecto que la facultad que se propone otorgar al Contralor debe ser ejercida por medio de una resolución fundada, de la cual debe también darse cuenta a la Cámara de Diputados, corno organismo fiscalizador dentro de nuestro régimen parlamentario. Se dispone, que el mismo Contralor puede, más adelante, dejar sin efecto la liberación que concedería a determinados Ministerios o Servicios para resoluciones de escasa importancia. Por otra parte, tratándose de decretos supremos, ello sólo procedería respecto de aquellos que, según la legislación actual, pueden dictarse por un Ministro de Estado sin necesidad de la firma del Presidente de la República, y, como he dicho, se faculta también al Contralor para dejar sin efecto dicha liberación de oficio o a petición del Presidente de la República".

4. Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado

El segundo informe, de 8 de agosto de 1961, que figura en la cuenta de la Sesión 31ª, Legislatura Ordinaria de 1961, señala que los incisos de que se trata no fueron objeto de indicaciones, por lo cual reglamentariamente quedaron aprobados en particular en los mismos términos que lo fueron en el primer informe de dicha Comisión. En la aludida Sesión 31ª el Senado aprobó en particular los incisos en análisis.

5. Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados

En la Sesión 72ª de 14 de septiembre de 1961, Legislatura Ordinaria 1961, la Cámara de Diputados aprobó en general y en particular el Proyecto de Ley de que se trata con modificaciones, las que no afectaron a los nuevos incisos del art. 13 sobre exención de toma de razón. La Biblioteca del Congreso Nacional indica en una Nota que "no existe constancia en los diarios de sesiones de la Cámara de Diputados del informe de Comisión respectivo".

En la mencionada Sesión 72ª el diputado informante de la Comisión de Gobierno Interior, Honorable Diputado señor Sáez, manifestó:

"Señor Presidente, la Honorable Comisión de Gobierno Interior ha tenido a bien designarme Diputado Informante para explicar el contenido y las disposiciones más importantes de un proyecto de ley que, junto con modificar algunas disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Nº 10.336, propone también otras normas complementarias que persiguen, en general, hacer más ágil la labor de la Administración Pública toda. Este proyecto de ley debe ser tratado en segundo trámite, por la Honorable Cámara de Diputados.

Vuestra Comisión de Gobierno Interior procedió a aprobar, con algunas modificaciones, el proyecto de ley que, en primer trámite despachara el Honorable Senado. Me referiré, en primer término, al contenido y aspiración general del proyecto, para explicar después en qué consisten las modificaciones introducidas en esta Comisión.

A través de todo su articulado, se proponen una serie de medidas que tienen por finalidad evitar tramitaciones inútiles, abreviar otras, o suprimir la tramitación y control preventivo de decretos supremos y resoluciones en materias de poca importancia. Para este efecto, se permite que el Contralor, en los casos que califique fundadamente, pueda liberar del trámite de la Toma de Razón a los servicios que señale en relación con esas materias. Ello no quiere, por cierto, decir que las actividades administrativas correspondientes, quedarán sin ser fiscalizadas, sino que simplemente, se reemplazará el control preventivo por un control a posteriori, que la Contraloría habrá de fijar. Con esta clase de medidas, se calcula que fácilmente se podrá evitar la dictación de sobre 50.000 decretos o resoluciones en el año, lo que aparte de no resentir la fiscalización por las razones ya dicha, producirá una importante economía de tiempo y reducción de trámites en las demás materias que deban ser objeto de decreto o resolución tramitados. Si, por otra parte, se piensa que, con arreglo a los antecedentes que se han proporcionado, cada uno de estos documentos cuesta entre doce y quince escudos, se verá que el proyecto significa también una considerable economía para las rentas fiscales".

Por su parte, el Honorable Diputado señor Hugo Miranda precisó:

"El proyecto de ley en debate tiene por objeto fundamentalmente, introducir algunas modificaciones a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con el propósito de simplificar algunas tramitaciones administrativas. Con el crecimiento de todos los organismos del Estado, ella se han multiplicarlo enormemente. Como se dejó constancia durante el estudio de este proyecto de ley en la Comisión de Gobierno Interior, en la actualidad es tal el número de las resoluciones de las cuales la Contraloría General de la República, en uso de sus atribuciones, debe tornar razón, que se hace indispensable modificar estas disposiciones para dar mayor agilidad al organismo contralor. Todos los preceptos del proyecto que dicen relación a esta materia están dirigidos, en nuestro entender, a dar la Contraloría esta agilidad indispensable. Todos los incisos del articulo 1º y las diversas modalidades que en él se establecen para fijar plazos determinados y establecer trámites de urgencia respecto de decretos supremos que se refieran a materias de innegable importancia, creemos que están plenamente justificados".

6. Promulgación y publicación de la Ley Nº 14.832

El Presidente Jorge Alessandri promulgó la ley el 23 de enero de 1962, la que fue publicada en el Diario Oficial de 24 de ese mes y año.

II. La primera resolución de exención de toma de razón

La Resolución Nº 51, de 7 de febrero de 1962, del entonces Contralor General, señor Enrique Silva Cimma, en los VISTOS establece:

"La conveniencia de poner en práctica, cuanto antes, la disposición contenida en el Art. 1° letra B, de la de la Ley N° 14.832 que complementa el Art. 13 de la Ley Nº 10.336 y que faculta

al Contralor General para eximir a los Ministerios y Servicios Públicos del trámite de la toma de razón, tratándose de decretos supremos o resoluciones que se refieran a materias no esenciales y que no sean firmados por el Presidente de la República;

Que la Contraloría General debe tomar razón de un número considerable de decretos y resoluciones que reúnen las características señaladas; como es el caso, de las licencias; feriados; permisos con goce de sueldo; asignaciones familiares, de caja, máquina y movilización; y otros, que corresponden a materias no esenciales;

Que estos documentos, por su volumen y escasa importancia, producen un recargo de trámites burocráticos, tanto en el Organismo Contralor, como en general en la Administración Pública, con el consiguiente gasto y mal aprovechamiento de los recursos del Estado;

Que, con el fin de contribuir a una Administración Pública efectiva y expedita y de acuerdo a los sistemas modernos de control, es aconsejable que esta Contraloría General fiscalice la legalidad de los actos administrativos mencionados en forma más directa y en los mismos Ministerios y Servicios que dictan dichos decretos y resoluciones".

III. La actual Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución

El sentido y alcance de esa disposición han sido fijados por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 796, de 11 de diciembre de 2007, cuyo Considerando Noveno establece:

"NOVENO. Que sabido es que la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República establece que 'se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales'. Se trata, por consiguiente, de una norma fundamental que, con la finalidad de cautelar el valor de la seguridad jurídica y la debida continuidad y estabilidad del ordenamiento jurídico nacional, tuvo por objeto evitar la inconstitucionalidad de forma de diversos cuerpos legales anteriores que versaban sobre materias propias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado, de acuerdo a la Constitución actualmente en vigor. En consecuencia, el ámbito de su aplicación está determinado por el fin de mantener vigente todo precepto legal que, siendo previo a la actual Ley Fundamental, reguló materias que hoy en día requieren ser normadas por disposiciones aprobadas con un quórum superior al de la ley común".

IV. Los decretos exentos en la Comisión de la Nueva Constitución Política de la República

En la Sesión Nº 329, celebrada el 22 de noviembre de 1977, la Comisión de Estudio analizó el texto del nuevo articulado elaborado por ella respecto de la Contraloría General de la República el 10 de noviembre de 1977 y en la cual el Presidente señor Ortúzar (p. 1800) después de leer el art. 10 de la Ley Nº 10.336, agregó:

"En consecuencia, habría dos razones para hacer referencia a la ley: primero, porque permite dejar exentos del trámite de toma de razón a determinados decretos o resoluciones; segundo, porque también permite ejecutar otros decretos o resoluciones aun antes de su toma de razón.

La toma de razón a posteriori o, mejor dicho, la representación del Contralor, sólo impone responsabilidad administrativa a quien dictó el decreto o resolución. El hecho se pone en conocimiento de la Cámara de Diputados para los efectos a que haya lugar.

La señora BULNES acota que, en todo caso, la disposición en los términos en que está redactada, queda casi igual a la anterior. Añade que, la intención de la Comisión era elevar esta función a la categoría constitucional, pero aquí se le da, simplemente, jerarquía legal, ya que dice: 'En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón, en conformidad a la ley, de los decretos y resoluciones que deben tramitarse por la Contraloría'. Por lo tanto, la ley determinará cuáles son esos decretos o resoluciones, sin límite de ninguna especie; además, perfectamente podría la ley establecer que sólo un tipo de decreto quedará sujeto a esa función. Es decir, se entrega a la ley la función de control de legalidad.

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que encuentra razonable la inquietud de la señora Bulnes, pero, en verdad, muchas veces la Comisión se ha visto en la necesidad de referir a la ley una determinada garantía constitucional. Así, por ejemplo, en el acta constitucional correspondiente reconoce el derecho de asociación, en conformidad a la ley.

Agrega que no ve cómo podrían establecer en la Carta la facultad de toma de razón del Contralor en términos de que la disposición se baste a sí misma, ya que eso significaría hacer obligatorio dicho trámite, en circunstancias de que en casos justificados el legislador puede eximir del mismo a ciertas resoluciones o decretos. Por lo demás, no deben olvidar que confiar esta materia a la ley equivale a dejarla entregada al legislador. Hay que tener confianza en el legislador; no se puede partir de la base de una desconfianza permanente en él. De otro modo, la Constitución dejaría de ser un ordenamiento jurídico fundamental y tendría que comprender una serie de materias propias de la ley.

El señor BERTELSEN expresa que concuerda plenamente con las observaciones del señor Presidente, ya que no se puede elaborar una Constitución desconfiando en forma permanente del legislador. Si en teoría, o de acuerdo con la doctrina tomista, la ley es una ordenación racional, no pueden sistemáticamente suponer que la ley será irracional, porque entonces no les quedaría otra solución que llevar todo a la Constitución. Aun cuando ningún régimen político puede subsistir sobre la base de la desconfianza.

El señor CARMONA sugiere trasladar la frase 'en conformidad a la ley', para que aparezca más claro que la toma de razón se refiere a los decretos y resoluciones que deben tramitarse por la Contraloría, quedando el precepto 'En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría', fijando como función constitucional la tramitación y estableciendo que la ley determinará los decretos y resoluciones que deben tramitarse.

– Acordado".

CONCLUSIÓN

La Contraloría General de la República, al proponer en 1961 al Presidente Jorge Alessandri la dictación de la Ley Nº 10.832, que crea los Decretos Exentos, se anticipó a los actuales principios generales de eficacia y eficiencia que informan el actuar de los Órganos del Estado, contempladas en la Ley Nº 18.575, y de celeridad y economía procedimental consignados en la Ley Nº 19.880.

Las resoluciones del Contralor General, de exención, desde la primera que lleva el número 51, de 7 de febrero de 1962, hasta la última Nº 1.600, publicada en el Diario Oficial de 6 de noviembre de 1008, han logrado agilizar la Administración del Estado con el consiguiente beneficio para los particulares que acuden a ella, todo lo cual es digno de destacar en el 85º aniversario de la institución.

BIBLIOGRAFÍA

Historia fidedigna de la Ley Nº 14.832, de 1962, en lo referente a los Decretos Exentos proporcionada por la Biblioteca del Congreso Nacional.

Resolución de Exención de Toma de Razón del entonces Contralor señor Enrique Silva Cimma Nº 51, de 7 de febrero de 1962, habiéndose, además, tenido a la vista las Resoluciones Nºs 88 y 312, de 1962; 392, de 1963; 485, publicada en el Diario Oficial de 17 de octubre de 1964; 59, 360 y 395 de 1965, esta última publicada el 21 de septiembre de 1965; 136, de 1966; 635, publicada el 24 de septiembre de 1968; 47 y 22, de 1970; 1.100, publicada el 10 de noviembre de 1973; 600, publicada el 18 de julio de 1977; 55, publicada el 31 de mayo de 1982; 520, publicada el 14 de diciembre de 1996; 1.050, publicada el 28 de agosto de 1980 y 1.600 publicada el 6 de noviembre de 1980, todas ellas facilitadas por el Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y actual Jefe de la División Jurídica de la Contraloría, señor Julio Pallavicini.

Sesión Nº 329 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución celebrada el 22 de noviembre de 1977, pp. 1800 y 1801.

Actual Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1980.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 2007, rol 796, publicada en el Tomo X de la Recopilación del Tribunal Constitucional, pp. 207 y siguientes.

LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL Y SU RELACIÓN CON LA DE LOS TRIBUNALES Y DE OTROS ORGANISMOS ESTATALES

Urbano Marín Vallejo

Como punto de partida, puede anotarse que el inciso final del artículo 6º del texto refundido de la Ley Nº 10.336, fijado por el Decreto Supremo Nº 2.421, de 7 de julio de 1964, del Ministerio de Hacienda, establece que *"… sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1º".*

Esta norma no existía en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 400 bis, de 1927, en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2.960, de 1928, ni en el Decreto Ley Nº 258, de 1932, que sucesivamente organizaron esta Institución, sino que se incorporó como inciso final del artículo 8º de la Ley Nº 10.336, de 29 de mayo de 1952, y pasó más tarde al cuerpo legal vigente.

I. Conceptos de Jurisprudencia

Comoquiera que la disposición alude a una "jurisprudencia", es útil precisar qué alcances tiene este término. Uno, se relaciona con el conocimiento o la ciencia del Derecho y deriva de la actividad que en la antigua Roma desarrollaban los "prudentes", es decir, los juristas sabios, la que en su conjunto constituía la "jurisprudencia".

Una segunda acepción vincula la noción de jurisprudencia con el ejercicio de la función jurisdiccional que da lugar a un conjunto de sentencias pronunciadas por los tribunales en una materia determinada y siguiendo un mismo criterio. En nuestro país, como lo señala Agustín Squella, "ciertamente un tribunal no está vinculado por los fallos que haya dado en un mismo asunto, pero lo más probable que confiera alguna estabilidad a los criterios de interpretación y decisión que hubiere observado previamente sobre determinada materia"[1].

Como es sabido, en el sistema nacional la función de velar por la uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales está radicada en la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación en el fondo contra las sentencias de las Cortes de Apelaciones que han infringido la ley en la resolución del asunto controvertido. A la misma finalidad responde el recurso de unificación de jurisprudencia que prevé el artículo 483 del Código del Trabajo y que procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia.

---

1 Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 263.

Los objetivos de ambos recursos son proporcionar certeza y seguridad a los abogados y a los individuos, en general, acerca de la recta aplicación de las normas sustantivas que rigen el asunto en que recae el pleito.

II. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

La citada regla de la Ley Nº 10.336 se refiere, sin embargo, a otra jurisprudencia, la de orden administrativo, constituida por los dictámenes y resoluciones que emite el contralor general de la República.

Ella posee esta naturaleza, no sólo porque emana de un organismo que integra la administración estatal, con el carácter de institución autónoma reconocida como tal por la Carta Política y la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575, sino por las materias en que inciden esos dictámenes y resoluciones. Estos son actos administrativos calificados en este carácter por el inciso sexto del artículo 3º de la Ley Nº 19.880.

En torno a este aspecto, asevera Roberto Dromi que "la actividad consultiva es de estricta naturaleza administrativa…" y que "los dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen informes y opiniones técnico jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa…"[2].

La norma del inciso final del artículo 6º de la Ley Nº 10.336 se remite a los asuntos indicados en su artículo 1º, que describe los que comprende la fiscalización a cargo de la Contraloría General y que afecta la actividad administrativa del Estado. En otros preceptos del artículo 6º y en el artículo 7º de la misma Ley Orgánica se indican las materias propias de la función del contralor de emitir sus dictámenes.

Si bien este cometido institucional se ejecuta de oficio, el inciso tercero del artículo 9º del aludido cuerpo legal previene que *"es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos, con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1º del artículo 7º, con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos, con las atribuciones y deberes de los empleados públicos o con cualquiera otra materia en que la ley de intervención a la Contraloría".*

De acuerdo con el inciso primero del mismo artículo 9º de la ley citada, *"el Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio".*

De esta suerte, los destinatarios de los dictámenes que emite el Organismo Contralor son las autoridades o funcionarios administrativos. Estos últimos y los particulares no pueden for-

[2] El Acto Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 226.

mularle consultas sobre las materias indicadas, pero están habilitados, en cambio, para reclamar ante la Contraloría algún derecho o beneficio desconocido o atropellado por la Administración, en uso del derecho de petición que asegura el Nº 14 del artículo 19 de la Constitución Política, o de la facultad de requerir su intervención, que concede el artículo 154 del Estatuto Administrativo aprobado por la Ley Nº 18.834, lo que da origen a un pronunciamiento en el asunto que interesa al peticionario.

Se trata, pues, de una jurisprudencia de contenido determinado y alcance amplio y que se refiere a la Administración estatal y a las normativas que la rigen. Su significación ha sido destacada por el ex Contralor General Arturo Aylwin: "Es evidente que la jurisprudencia administrativa, constituida por estos dictámenes ha sido muy importante en la consolidación del Derecho Administrativo chileno. Aun más con el sistema de interpretación finalista de las normas, en función de los valores fundamentales comprometidos, ha habido un avance transcendental que ha sido muy positivo. Es lo que ha ocurrido en materias tan trascedentes como la nulidad e invalidación, la desviación de poder, el ámbito de la discrecionalidad, la publicidad de los actos, la continuidad del servicio público, la irrevocabilidad de los actos, la prescripción y la caducidad, el respeto a los principios básicos que regulan los contratos administrativos, la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, la naturaleza y efectos de las contrataciones a honorarios, la probidad administrativa, etc."[3].

El cometido de emitir dictámenes sobre tales materias, siendo específico, se inserta en la vasta y compleja función fiscalizadora de la Administración del Estado que la Constitución y las leyes han radicado en la Contraloría General y que se traduce en diferentes procedimientos de control: ingreso e inversión de los fondos estatales, toma de razón de decretos supremos y resoluciones de autoridades administrativas, registro de actos relativos a los personales de la Administración y bienes del Estado, examen y juzgamiento de las cuentas de los funcionarios y personas obligados a rendirlas, inspecciones y auditorías en los servicios afectos a la fiscalización de la Contraloría, vigilancia del cumplimiento del Estatuto Administrativo, instrucción de sumarios administrativos e investigaciones sumarias, contabilidad de la nación, balance general de la Administración, control de la deuda pública interna y externa, etc., en la medida en que todas estas actividades exigen contar con asesoría jurídica para la recta aplicación de las normas que gobiernan los asuntos en que ellas inciden.

Los dictámenes que forman la jurisprudencia de la Contraloría son vinculantes para los órganos de la Administración del Estado, como lo dice el artículo 9º de la Ley Nº 10.336, al expresar que sus *"informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran". Por su lado, el artículo 19 del mismo texto previene que los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría, estarán sujetos "a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios".*

---

3 "Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General". *La Contraloría General y el Estado de Derecho,* Imprenta de la Contraloría General, Santiago, 2002, p. 7.

III. Otras jurisprudencias administrativas

La función de despachar tales dictámenes es exclusiva en las materias que describe el artículo 6º de la Ley Nº 10.336, pero existen otros organismos públicos habilitados para pronunciarse sobre el sentido de las disposiciones que les incumbe aplicar en la ejecución de sus actividades institucionales. Se trata, entre otros, de las Superintendencias de Seguridad Social, de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Electricidad y Combustibles, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Servicios Sanitarios, de Salud y de los Servicios Nacional de Aduanas y de Impuestos Internos, de la Dirección del Trabajo y otras Instituciones mediante las cuales se desarrolla la función reguladora del Estado en el campo económico social y a las que toca interpretar las normas que rigen la materias en que actúan a través de informes o circulares obligatorias para las entidades y personas sujetas a sus potestades. El Consejo de Defensa del Estado, pese a que no desempeña funciones fiscalizadoras, igualmente puede emitir dictámenes a solicitud del Presidente de la República o de Ministros de Estado, en conformidad con el Nº 10 del artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda.

De estos organismos emanan, entonces, otras jurisprudencias administrativas en sus respectivos campos de acción. Si bien ellos están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General, en conformidad con lo prevenido en el artículo 16 de la misma Ley Nº 10.336, los informes y resoluciones que se emiten ordinariamente se hallan sujetos a la revisión de los tribunales, mediante los variados procedimientos que contemplan las leyes al efecto.

IV. Relaciones entre la jurisprudencia administrativa y la judicial

Un sencillo cotejo entre la jurisprudencia de la Contraloría General y la de los Tribunales muestra las similitudes y diferencias que ellas presentan.

V. Alcance

Desde luego, la función jurisdiccional tiene un ámbito de aplicación más vasto, porque, al tenor de los artículos 76 de la Carta Fundamental y 1º del Código Orgánico de Tribunales, se extiende al conocimiento exclusivo de todas las causas civiles y criminales que se originen en el territorio nacional y algunas fuera de éste, su resolución y la ejecución de lo juzgado. La labor de la Contraloría General en la interpretación de las normas jurídicas se encuentra referida al ámbito de la Administración del Estado y a las materias sujetas a su control.

VI. Efectos

Las sentencias tienen efectos relativos solamente en el juicio en que se pronuncian, como lo dice el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil. La obligatoriedad de los dictámenes

del Organismo Contralor que consulta el antes mencionado inciso final del artículo 9º de la Ley Nº 10.336 se produce *"en el caso o casos concretos a que se refieran",* si bien la misma Contraloría General ha señalado que *"la interpretación de las normas legales efectuada por esta entidad de control a través de sus dictámenes, es de efectos generales y posee fuerza vinculante".*

Los fallos de los tribunales, según se indicó, no tienen ese imperio fuera del pleito, ni siquiera son obligatorios para el mismo tribunal que los ha dictado, al margen del valor y fuerza de convicción de los razonamientos que en ellos se consignan.

VII. Exigencias procesales

Las sentencias judiciales son el resultado de los procedimientos que regulan la actuación del tribunal y la acción de las partes interesadas en el juicio y que se contienen en diversos Códigos y normativas procesales. Ellos, en general, deben ceñirse a las exigencias y principios del llamado debido proceso que impone el Nº 3 del artículo 19 de la Carta Constitucional y su infracción puede dar lugar a la anulación del fallo. A su vez, la elaboración de los dictámenes de la Contraloría General no está sujeta a procedimientos fijados en la ley, sino a las disposiciones de carácter interno aprobadas en la materia.

VIII. Efectos de cosa juzgada

Las sentencias firmes de los tribunales producen acción y excepción de cosa juzgada, es decir, permiten perseguir su ejecución forzada ante los mismos tribunales, y una vez afinado el juicio, no es posible discutir nuevamente lo fallado, salvo por la vía excepcional del recurso de revisión. Consisten en actos jurisdiccionales, que son "manifestaciones de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto comprobar con fuerza de verdad legal, una situación jurídica general o individual o hechos" y constituyen, así, una "res judicata pro veritate habetur", en las palabras de Manuel María Diez[4].

No obstante ser obligatorios, el cumplimiento de los dictámenes de la Contraloría General sólo puede lograrse compulsivamente de manera indirecta, a través de un procedimiento disciplinario en contra del funcionario renuente en acatarlos.

La misma Contraloría General puede revisar el asunto que ha sido objeto de un dictamen y confirmarlo, dejarlo sin efecto o modificarlo, de modo que sus informes no tienen el referido efecto de cosa juzgada. En el Dictamen Nº 67.927, de 1963, se manifestó que la Contraloría General tiene *"el deber de buscar afanosamente la correcta interpretación de la ley y atender a las peticiones de reconsideración que se presenten, porque no es posible perseverar en un error si posteriormente se adquiere pleno convencimiento de él".*

4 El Acto Administrativo, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1961, p. 151.

IX. Modificación

Los cambios en la jurisprudencia administrativa han planteado la necesidad de considerar sus consecuencias en los derechos ejercidos o beneficios concedidos al amparo de las conclusiones del dictamen que posteriormente es dejado sin efecto o modificado. La validez de estas situaciones ha sido reconocida por la misma jurisprudencia administrativa sobre la base de aplicar principios generales del derecho: teoría del error común, apariencia y buena fe. En síntesis, se ha sostenido que los dictámenes que reconsideran uno anterior rigen para el futuro, es decir, "sólo pueden tener incidencia en situaciones surgidas con posterioridad a su emisión formal" y no pueden afectar las situaciones jurídicas completamente constituidas bajo la vigencia de un anterior pronunciamiento (Dictámenes Nºs. 65.058, de 1964; 1.073, de 1968; 15.299, de 1982; 34.674 de 1988, y 30.866, de 1989).

X. Interpretación de la ley

Ciertamente, en los fallos judiciales y en los dictámenes de la Contraloría General deben observarse las reglas de la hermenéutica legal fijadas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil. La infracción de esta normativa, en el caso de las sentencias definitivas inapelables e interlocutorias que ponen fin al juicio o hacen imposible su continuación dictadas por Cortes de Apelaciones, puede hacerse valer por medio de recursos de casación en el fondo, si ellas han influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida.

La interpretación de las normas administrativas fue materia de la Circular Nº 70.118, despachada por el contralor general con fecha 15 de octubre de 1970, en la que se expresó que si bien las normas generales del Código Civil regían en su integridad en ese campo, en la aplicación de las leyes administrativas surgen aspectos particulares derivados de su propia naturaleza, entre ellos, la circunstancia de que la ley debe siempre entenderse dirigida a fines determinados, cuya realización persigue el legislador y por ello debe ser apreciada como un instrumento para lograr tales fines. Este predicamento fue ratificado, en el carácter de política institucional, por la Resolución Nº 419, del año 2002, del contralor general.

XI. Revisión

Las sentencias están afectas a revisión por parte de los tribunales superiores en el respectivo juicio, a través de los distintos recursos procesales que establece la ley con ese propósito. Se trata de una actividad exclusiva, pues está vedado al Presidente de la República y al Congreso Judicial *"…avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de las sentencias o hacer revivir procesos fenecidos",* según lo previene el inciso primero del ya citado artículo 76 de la Carta Constitucional. A su turno, *"la Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia…",* en conformidad con lo que prescribe el inciso tercero del artículo 6º de la Ley Nº 10.336.

Aunque con arreglo al inciso primero del artículo 8º de la Ley Nº 10.336, las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor –entre las cuales pueden comprenderse los dictámenes de orden jurídico– no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad, esos informes del Organismo pueden ser revisados por los Tribunales. Porque, como se apuntó antes, ellos configuran actos administrativos y pueden ser materia del recurso de protección que establece el artículo 20 de la Constitución Política para amparar el legítimo ejercicio de la mayoría de los derechos fundamentales que asegura a todas las personas el artículo 19 del mismo texto.

En relación con este punto, sostiene don Pedro Pierry que "La evolución que ha tenido el recurso de protección ha producido un debilitamiento de la Contraloría General al aceptarse indiscriminadamente recursos contra dictámenes de ese organismo" y que es evidente que en todo estado de derecho es absolutamente necesario el control del juez sobre la Administración. Sin embargo, el recurso de protección no parece ser la vía adecuada, salvo para casos excepcionales de ilegalidad manifiesta…"[5].

Eventualmente, esos pronunciamientos también podrían ser impugnados mediante la acción de nulidad de derecho público que se hace derivar de lo previsto en el inciso final del artículo 7º de la Carta Política vigente, en la medida que concurran las condiciones que señala este precepto.

Esta acción se funda en la doctrina que en su oportunidad elaboró y difundió el eminente constitucionalista y abogado de la Contraloría General don Mario Bernaschina González. Este señero aporte al Derecho Público nacional fue originalmente enunciado con notable sencillez en un trabajo publicado en el Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, sustentado en la visión del Estado de Hans Kelsen y en diversas normas de la Constitución Política de 1925[6].

La mayor apertura de los tribunales ordinarios al conocimiento de acciones o demandas en contra de organismos estatales se originó en la reforma al inciso segundo del artículo 38 de la Carta de 1980, introducida por el Nº 17 del artículo único de la Ley Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989. Ella permite a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, reclamar ante los tribunales que determine la ley, eliminando la referencia a los tribunales contenciosos administrativos que aparecía primitivamente en el texto constitucional. A este respecto, don Enrique Silva Cimma dice que "existe consenso en estimar que mientras el legislador no haga uso de la facultad que le confiere el artículo 38, inciso 2º de la Carta Política, los tribunales ordinarios tiene plena competencia para conocer de asuntos contenciosos administrativos, con excepción de aquellos que en virtud de una norma expresa se encuentren entregados al conocimiento de tribunales especiales, como ocurre, v. gr., con el reclamo de avalúos de inmuebles que regula el Código Tributario,

5 "Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX", *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho,* Imprenta de la Contraloría General, Santiago, 2002, p. 361.

6 "Bases Jurisprudenciales para una Teoría de las Nulidades Administrativas", *Boletín del Seminario de Derecho Público,* Santiago, 1949, p. 548.

con la competencia de los Tribunales de Aduanas y con el Juicio de Cuentas que regula la Ley Nº 10.336"[7].

CONCLUSIONES

En suma, es posible anotar que, pese a sus diferentes naturalezas y caracteres, las jurisprudencias administrativa y judicial son manifestaciones de actividades que se complementan en la configuración de un cabal y auténtico sistema de estado de derecho. Porque la función jurisdiccional, traducida en sentencias, es elemento indispensable de ese régimen al contribuir al logro de la paz social entre los individuos y al ejercicio efectivo de sus derechos esenciales.

Por su parte, los dictámenes que emite la Contraloría General en el marco de su función fiscalizadora de la Administración estatal interpretan las disposiciones que rigen la conducta de los agentes públicos estatales y hacen efectivo el principio de legalidad cuya observancia es condición necesaria de dicho régimen.

Específicamente, entre otros aspectos de interés en este plano, ambas actividades, desarrolladas con independencia y objetividad, concurren idóneamente a la ejecución de la noción básica de la igualdad ante la ley, mediante la interpretación uniforme de las disposiciones que gobiernan a la comunidad y al aparato estatal.

Urbano Marín Vallejo
Abril de 2012.-

7 *Derecho Administrativo Chileno y Comparado; El Control Público,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 194.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿SUPERIOR JERÁRQUICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA?

Juan Pablo Beca Frei
Magíster en Derecho, Manuel Montt 056, Temuco. jbeca@uct.cl, Universidad Católica de Temuco.

RESUMEN:

Si bien es cierto que el ordenamiento constitucional contempla ciertas situaciones en las cuales el Tribunal Constitucional puede revertir decisiones de la Contraloría General de la República, esto no lo transforma en su superior jerárquico. A pesar de que el Tribunal Constitucional tiene ciertas particularidades que lo distinguen de la Contraloría, ambos órganos comparten una misma ubicación en el diseño institucional y desempeñan una labor de igual naturaleza. Las atribuciones del Tribunal Constitucional que le permiten revertir decisiones del órgano contralor son excepcionales. La Contraloría parece no comprenderlo y respetar más allá de lo constitucionalmente exigible los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional, actitud que contrasta con la de este último, que respeta por regla general los criterios interpretativos de la Contraloría General de la República.

No cabría sostener, ni nadie lo ha hecho, en el sentido estricto de la expresión, que el Tribunal Constitucional sea el superior jerárquico de la Contraloría General de la República, al modo en que lo es un jefe de servicio respecto de los funcionarios públicos que allí se desempeñan. Sin embargo, utilizando la expresión en un sentido figurado, cabe preguntarse si la Contraloría debe acatar órdenes del Tribunal Constitucional y sujetar su actuación a lo que éste establezca.

I. La Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional en el diseño institucional

Para ejercer algunas funciones clásicas, entre ellas, la "de control (control de legalidad y de auditoría de la Administración), el Poder Constituyente utiliza las 'autonomías constitucionales,'"[1], entre las que se cuenta la Contraloría General de la República, "y en lo concerniente a funciones o subfunciones nuevas el poder constituyente originario o derivado también utiliza las autonomías para el Banco Central, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público"[2]. Siendo, entonces, tanto la Contraloría como el Tribunal Constitucional órganos autónomos, no debemos olvidar que "en la doctrina nacional se ha sostenido que el reconocimiento constitucional de los órganos dotados de autonomía los sitúa en el mismo nivel que los demás órganos estatales creados directamente por el Poder Constituyente"[3].

1 Zúñiga (2007), p. 226.

2 Zúñiga (2007), p. 226.

3 Zúñiga (2007), p. 230.

Recurriendo el constituyente a la misma figura –autonomías constitucionales–, cabe preguntarse si estos órganos, o al menos la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional, que son los que nos interesan a efectos del presente trabajo, comparten una misma naturaleza jurídica o una misma ubicación en el diseño institucional, lo que nos permitirá dilucidar si el segundo es o no superior jerárquico de la primera.

En el marco del sistema presidencialista que nos rige, "la dirección política del Estado, con un grado apreciable de discrecionalidad, corresponde al Gobierno y al Congreso Nacional"[4], quedando fuera de este ámbito de discrecionalidad, por cierto, tanto la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Al primero le compete un control tanto de legalidad como de constitucionalidad de los actos de la administración, mientras que al segundo un control de constitucionalidad de diversos actos, tanto administrativos, así como de gobierno, legislativos y en algunos casos de los tribunales de justicia. Las labores que realizan, aun cuando no son idénticas, comparten una misma naturaleza, en cuanto a ambos órganos les corresponde verificar la coherencia entre un acto del Estado y una norma previamente establecida, siendo esta última el parámetro con que debe apreciarse el acto en cuestión, y jamás el mérito político del mismo, pues ello sería entrar en el ámbito de discrecionalidad reservado al Presidente de la República y al Congreso Nacional. En ese sentido, se ha sostenido que el control de constitucionalidad de las leyes es una suerte de toma de razón al legislador[5]. Con ello no se pretende desconocer el importante rol que le cabe al Tribunal Constitucional como custodio de la constitucionalidad de las actuaciones del Estado en general, siendo en ese sentido mucho más amplio que el rol de la Contraloría que se refiere únicamente al ámbito de la Administración del Estado, y que el rol que le cabe a otros órganos constitucionales autónomos.

Los constitucionalistas del régimen militar "establecieron la doctrina de que el presidencialismo chileno no está limitado ni balanceado solamente por los poderes del parlamento, sino por una serie de instituciones que tienen autonomía para ejercer por sí mismas funciones de contrapeso"[6], entre las que se cuentan, entre otros, la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Esta forma de organización del poder se mantuvo vigente al reinaugurarse, "a partir de marzo de 1990, un tipo de gobierno presidencialista con una fuerte hegemonía presidencial, con un parlamento debilitado y cuyos contrapesos del ejecutivo se centran más en órganos autónomos como el Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República"[7] y otros. Si consideramos a la Contraloría como un órgano de contrapeso de poder, no debe llamar entonces la atención que Zúñiga advierta que la gran cantidad de funciones que le caben "demuestra elocuentemente la hipertrofia de tareas del organismo contralor, que excede a la competencia de organismos homónimos en América"[8].

Todo lo dicho anteriormente nos lleva a sostener que la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional comparten efectivamente el mismo lugar en el ordenamiento institucional, desempeñando funciones similares y equivalentes –por regla general– , las que deben

4 Zúñiga (2008), p. 288.

5 Verdugo (2010).

6 Godoy (2003), p. 20.

7 Nogueira (2008), p. 334.

8 Vergara y Zúñiga (2008).

entenderse como complementarias y en un mismo nivel jerárquico, sin que pueda sostenerse entonces que el Tribunal Constitucional sea superior jerárquico de la Contraloría General de la República.

En el diseño institucional original de 1980 un ex contralor general de la República integraba el Senado y, como se recordará, el Senado designaba (y aún lo hace) a algunos integrantes del Tribunal Constitucional, lo que puede considerarse un contrapeso respecto de sus facultades. Si bien en determinadas circunstancias este Tribunal puede revertir decisiones de la Contraloría, de un modo indirecto esta participaba en la definición de los integrantes del primero. Revisando instituciones comparadas, es posible advertir que en Venezuela la Contraloría General de la República integra el Poder Ciudadano, órgano que participa en un complejo sistema de designación de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo[9], de un modo análogo a como lo hacía en Chile –vale decir, indirectamente– antes de la reforma constitucional de 2005.

Mención aparte merece el hecho de que el contralor general de la República integre, desde el año 1989, el Consejo de Seguridad Nacional, en circunstancias que el Presidente del Tribunal Constitucional no lo integra. Aun cuando las funciones de dicho Consejo se encuentran bastante disminuidas, no lo estaban al ser incorporado el contralor general de la República, y se recordará que dicho Consejo, hasta el año 2005, podía hacer presente al Tribunal Constitucional, y no a la Contraloría General de la República, su parecer respecto de determinadas materias.

Se puede apreciar así que la Contraloría, al menos en los aspectos reseñados, tenía una situación de privilegio respecto del Tribunal Constitucional, cuestión que no ocurre en la actualidad.

II. Particularidades del Tribunal Constitucional en el ordenamiento institucional

Aun compartiendo una misma naturaleza, hay sí una diferencia sustancial entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. La normativa constitucional parece dejar al mencionado Tribunal como un órgano de cierre del sistema institucional. Los órganos del Estado, por regla general, están inmersos en un intrincado sistema de controles recíprocos. A modo de ejemplo, podemos apreciar que el contralor general de la República puede ser sujeto pasivo de una acusación constitucional, y lo propio ocurre con autoridades de gobierno (el propio Presidente de la República y los Ministros de Estado así como los Intendetes y Gobernadores), autoridades judiciales y militares. Como contrapartida, las actuaciones legislativas de los integrantes del Congreso Nacional, quienes son los encargados de formular y de conocer de las referidas acusaciones, son de algún modo controladas por el Tribunal Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, sea en forma preventiva (en algunos casos en forma obligatoria y en otros eventual, en caso de ser requerido por los órganos y personas facultados constitucionalmente para hacerlo) o represiva. Otro ejemplo es el control que realiza la Contraloría sobre los actos de la Administración, la que también puede ser preventiva o represiva dependiendo de la situación.

9 Nogueira (2003).

El Tribunal Constitucional queda, sin embargo, exento de control. Por mandato expreso de la Constitución (art. 94 inc. 1°), respecto de sus decisiones no procede recurso alguno, siendo la única posibilidad de modificación permitida el que el propio Tribunal corrija errores de hecho en que hubiere incurrido. No existe en consecuencia órgano alguno que pueda revisar las actuaciones del Tribunal Constitucional. Más aún, las sentencias del Tribunal Constitucional, en ciertos y determinados casos, tienen efectos *erga omnes,* lo que, sumado al hecho de que no procede el recurso de inaplicabilidad (y por ende, tampoco la acción de inconstitucionalidad) respecto de una disposición que haya sido objeto de control preventivo (arts. 37 y 45 bis de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional)[10], les otorga a éstas un "sello de constitucionalidad"[11], sello que ningún otro órgano del Estado está en condiciones de otorgar.

El hecho de que sus integrantes no puedan ser objeto de acusación constitucional no es un mero olvido del constituyente, muy por el contrario, "nuestro constituyente tiene plena conciencia de que la defensa eficaz de la supremacía constitucional exige garantizar la inamovilidad de los ministros que integren el órgano llamado a custodiarla"[12]. De hecho, esta exclusión se mantiene desde que se creó el Tribunal Constitucional en 1970 y no fue objeto de modificación con la dictación de la Constitución de 1980 ni con su revisión el año 2005, y las iniciativas por reformar la materia no han prosperado[13].

Si bien hay otros órganos constitucionales cuyos titulares no pueden ser objeto de acusación constitucional, ello no significa que queden exentos de control o no puedan ser destituidos por otras vías. En el caso del Banco Central, si bien sus consejeros no pueden ser objeto de acusación constitucional, la ley orgánica constitucional respectiva, en los artículos 16 y 17, contempla mecanismos de remoción tanto del Presidente del Consejo como del resto de los consejeros. Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que el artículo 109 inciso tercero del texto constitucional establece que para que el Banco Central pueda obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, la calificación del caso de guerra exterior o peligro de ella no la realiza el propio Banco Central sino el Consejo de Seguridad Nacional (en una de las escasas atribuciones que tiene en la actualidad), lo que viene a ser también una suerte de control.

En el caso del Ministerio Público, tanto el Fiscal Nacional como los Fiscales Regionales pueden ser destituidos por la Corte Suprema previo requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros (art. 89 de la Constitución) en los casos prescritos por el texto constitucional[14].

Mención aparte merece la regulación de la Justicia Electoral. En el caso del Tribunal Calificador de Elecciones, se puede apreciar una situación análoga a la del Tribunal Constitucional, en el sentido de que no procede recurso alguno respecto de sus decisiones (art. 94 de la Constitución y art. 13 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones) y de que sus

10 En un trabajo anterior hemos criticado esta disposición. Ver Beca (2009).

11 Verdugo (2010).

12 Pfeffer (2009), p. 210.

13 Pfeffer (2009), p. 207.

14 En un trabajo anterior hemos criticado esta disposición. Ver Beca (1998), pp. 364-365.

integrantes no pueden ser objeto de acusación constitucional, cuestión que fue ratificada por la Cámara de Diputados en 1961 al declarar inadmisible la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Corte Suprema, señores Osvaldo Illanes Benítez y Miguel González Castillo, puesto que los hechos fundantes de la acusación se referían a la actuación de los mencionados ministros en cuanto integrantes del Tribunal Calificador de Elecciones[15]. Sin embargo, debe tenerse en especial consideración lo prescrito por el numeral 2° del artículo 93 de la Constitución, que le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por el Tribunal Calificador de Elecciones.

Si bien en Chile no hay necesariamente un control de constitucionalidad concentrado, toda vez que las acciones de tutela de derechos constitucionales, contemplados en los artículos 12, 20 y 21 de la Constitución competen a las Cortes de Apelaciones y Suprema, y nuevas acciones incluso a tribunales de primera instancia, como el amparo ante el Juez de Garantías y la acción de tutela de Derechos Fundamentales ante el juez laboral[16], al menos el control de constitucionalidad de las leyes se ha concentrado en el Tribunal Constitucional[17], al pasar éste a conocer, a partir de la reforma constitucional de 2005, del recurso de inaplicabilidad y al crearse, en la misma oportunidad, la acción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución.

Sin duda es un problema sin resolver el control que pudiere ejercerse sobre el Tribunal Constitucional, no existiendo en la actualidad control alguno, cuestión sobre la que volveremos más adelante, a propósito de su relación con la Contraloría General de la República.

Todo lo anterior nos lleva a sostener que el Tribunal Constitucional, en el diseño institucional, es el órgano de cierre del sistema, en el sentido de que es quien ejerce el control último y por sobre otros órganos constitucionales, sin que sus decisiones puedan ser revertidas o sus miembros cesados en sus cargos por decisión de otro órgano constitucional.

III. Sujeción de la Contraloría General de la República a eventuales controles

Decir que el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del sistema no equivale necesariamente a sostener que éste sea el superior jerárquico del órgano contralor (o de otros órganos constitucionales). El Tribunal Constitucional, en determinados casos, puede modificar una decisión del órgano contralor, como ocurre en el caso previsto en el numeral 9° del artículo 93 de la Constitución, en el que puede obligar a la Contraloría General de República a tomar razón de un decreto que hubiese representado por ser estimado inconstitucional si el Presidente de la República así lo solicita. Lo propio ocurre en el caso del numeral 16° del citado artículo, situación en la que el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de un decreto supremo, contradiciendo así la opinión de la Contraloría que al tomar razón del mismo lo consideró cons-

15 Silva Bascuñán (1997), p. 306.

16 Ugarte (2007).

17 Nogueira (2008).

titucional. Ello no implica que en todos los casos el Tribunal Constitucional pueda modificar una decisión de la Contraloría General de la República. De hecho, si un decreto es representado por estimarse ilegal, no cabe al Tribunal Constitucional intervención alguna. Entendemos, entonces, la referida atribución del Tribunal como manifestación de su rol de custodio de la constitucionalidad de los actos estatales en general más que como una manifestación de superioridad jerárquica respecto de la Contraloría General de la República.

Refuerza lo anterior el hecho de que el artículo 46 B de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional establezca como causal de inadmisibilidad de un requerimiento sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley el que éste se funde en alegaciones de legalidad. Si esta disposición no hubiese sido incluida, por estimarse inconstitucional como sostuvieron los Ministros Bertelsen y Venegas en el voto disidente del fallo rol 1.288 de 2008 del Tribunal Constitucional[18], ello hubiere implicado que el Tribunal Constitucional se transformase efectivamente en el superior jerárquico de la Contraloría, al salir de su ámbito de especialidad –el control de constitucionalidad– para entrar a invadir una atribución propia de la Contraloría, el control de legalidad de los actos de la Administración, como lo es la dictación de un decreto con fuerza de ley, que aún a pesar de ser un acto propiamente normativo, no pierde su calidad de acto propio de la Administración del Estado.

Sin perjuicio de lo dicho respecto de la relación entre el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, cabe hacer una breve reflexión sobre la relación de ésta con los tribunales de justicia, especialmente en lo que respecta a la procedencia del recurso de protección. Al conocer de contiendas de competencia entre la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago, el Senado ha sostenido, citando a la profesora Luz Bulnes, que la acción cautelar en cuestión no puede significar que se dejen sin efecto las atribuciones de otros órganos del Estado, puesto que ello implicaría una vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución, agregando el Senado que al respetar la finalidad propia de cada una de las instituciones (en el caso en cuestión del recurso de protección y del control de legalidad de los actos de la Administración) se evita toda "colisión, interferencia o duplicidad de funciones"[19]. Por ello el Senado resuelve que la Corte de Apelaciones carece de competencia para conocer de recursos de protección en los que se pretenda recurrir en contra de la resolución de la Contraloría que tome razón o represente determinados actos. Fallar la contienda de competencia a favor de la Corte de Apelaciones hubiere implicado, a juicio del Senado, reconocerle la facultad de revisar el fondo de la resolución[20-21].

Criticando la decisión del Senado recién referida, Fermandois señala que la conclusión a la que se llegó "llevaría a afirmar que se ha dado una carta de infalibilidad a la Contraloría"[22], cuestión que no compartimos, pues el Tribunal Constitucional puede, en ciertos casos, revertir las decisiones del órgano contralor. Así, existiendo una discrepancia sobre la constitucionali-

18 Tribunal Constitucional, rol 1.288 año 2009, pp. 108-110.

19 Fermandois (1998), p. 661.

20 Fermandois (1998).

21 Ver también Ferrada (2004) y Zúñiga (2008).

22 Fermandois (1998), p. 660.

dad de un determinado acto entre la Contraloría General de la República y el Presidente de la República, en caso de que la Contraloría represente este acto y el Presidente de la República no se conforme con dicha representación, será el Tribunal Constitucional el órgano llamado a resolver la discrepancia[23]. Y si el acto hubiese sido controlado positivamente por la Contraloría, quedaría a salvo el derecho de los ciudadanos de impugnarlo judicialmente, respetando las restricciones ya referidas respecto de la procedencia del recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República[24]. Cabe también al Tribunal Constitucional el "control reparador de constitucionalidad respecto de decretos supremos"[25], control que puede ser ejercido si lo solicita cualquiera de las Cámaras o un cuarto de sus miembros, en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón del decreto en cuestión. Estas atribuciones del Tribunal Constitucional son relativamente nuevas en nuestra tradición republicana, habiendo sido introducidas por la Constitución actualmente vigente, puesto que no se encontraban entre las atribuciones que tenía el Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la carta de 1925 reformada en 1970[26].

Debe considerarse que las atribuciones del Tribunal Constitucional no pueden implicar, en una lectura coherente de la Constitución, privar a la Contraloría de sus propias facultades, y que los casos en que el Tribunal puede revertir una decisión de la Contraloría General de la República deben considerarse como excepcionales. Los órganos autónomos, entre los que se cuentan tanto la Contraloría como el Tribunal Constitucional, cuentan con "un haz de 'propios poderes' de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución"[27]. La legitimidad de los dos órganos que comparamos es de naturaleza estrictamente constitucional y no democrática, por lo que sus atribuciones "conciernen a una competencia tasada y una fuerte sujeción a la Constitución y la ley"[28].

Zúñiga sostiene que "la adopción de un sistema de controles y responsabilidades coherente para las instituciones contramayoritarias, constituidas como 'autonomías constitucionales' es un imperativo de *Constitutione* y *lege ferenda* en un orden público republicano y democrático"[29], imperativo que podemos considerar cumplido en el caso de la Contraloría General de la República pero no en el caso del Tribunal Constitucional, caso este último en el que nuestra sistema institucional está al debe. El sistema de responsabilidad del Contralor General de la República se contempla en la institución de la acusación constitucional, mientras que el sistema de controles en las atribuciones del Tribunal Constitucional y en la posibilidad de recurrir de protección respecto de actos que la Contraloría haya tomado razón, con las restricciones ya anotadas anteriormente. No debe entenderse bajo ningún respecto que la existencia de controles y responsabilidades prive de autonomía al Órgano Contralor, o a cualquier otro órgano que goce de autonomía constitucional, sino por el contrario, como una exigencia del Estado de Derecho y del sistema democrático de gobierno, ambos consagrados en el Capítulo I de la Carta Constitucional.

23 Nogueira (2008).

24 Ferrada (2004).

25 Nogueira (2008), p. 362.

26 Constitución Política de la República de Chile, de 1925.

27 Zúñiga (2007), p. 229.

28 Zúñiga (2007), p. 241.

29 Zúñiga (2007), p. 244.

Así, contando el Órgano Contralor con un ámbito de autonomía garantizado –y de cierto modo exigido– por la Constitución, no es admisible pensar que otro órgano, igualmente autónomo, pueda amagar o limitar facultades y atribuciones que emanan del propio texto constitucional. En este sentido, las referidas facultades del Tribunal Constitucional para revertir decisiones de la Contraloría no deben ser leídas sino como excepciones, que buscan proteger a los ciudadanos en caso de vulneración de derechos esenciales, ante los cuales ceden otros principios como la autonomía de ciertos órganos, lográndose así cumplir con la finalidad del Estado –Bien Común– establecido en el inciso cuarto del artículo primero de la Constitución. Así, la autonomía de la Contraloría General de la República se verá limitada sólo en los casos expresamente señalados en el texto constitucional y con el único objeto de garantizar el cumplimiento de principios y normas constitucionales, entre las que se cuentan principalmente los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como límite a la actuación de los órganos del Estado, en razón de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución. No será, entonces el Tribunal Constitucional quien limite la autonomía de la Contraloría General de la República, sino que las disposiciones constitucionales –al igual que la autonomía de cualquier otro órgano del Estado–, siendo el mencionado Tribunal el órgano encargado de que estas limitaciones se respeten. En su labor de control de constitucionalidad, el Tribunal debe respetar su propio ámbito de competencia tasada y limitada, así como el ámbito que le corresponde a la Contraloría General de la República, tanto por el mandato constitucional expresado en el artículo 7° inciso 2° de la Constitución como por su falta de legitimidad democrática.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el fallo rol 153, de 25 de enero de 1993, del Tribunal Constitucional, en que se revisa la interpretación que tradicionalmente se hacía del artículo 35 de la Constitución[30], entrando así el Tribunal a determinar la formalidad propia de los decretos supremos, lo que le permitió conocer del asunto sometido a su decisión, cual era la eventual inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que aprobó el plan regulador intercomunal de La Serena-Coquimbo[31], el que fue en definitiva declarado inconstitucional, no por vulnerar derechos, sino por cuestiones formales. Expresamente señala el fallo que, "habiéndose establecido que el Decreto Supremo referido adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia la nulidad, este Tribunal no puede pronunciarse sobre las eventuales inconstitucionalidades de fondo planteadas en el requerimiento"[32], pero estos aspectos de fondo planteados eran, además de algunos numerales del artículo 19, el artículo 7° de la Constitución[33], que se refiere a la importante cuestión del Estado de Derecho, argumento más que suficiente para sostener que si el decreto es firmado por el Presidente de la República o por uno de sus Ministros "por orden del Presidente de la República", no es una formalidad menor, sino que pone en juego los pilares básicos del ordenamiento institucional. Ello justifica de por sí la intervención del Tribunal Constitucional, el que asume así un control de constitucionalidad en todo sentido, actuando no sólo como custodio de derechos sino de la Constitución como un todo. Al hacer esto pasa de algún modo por sobre el criterio de la

30 Cordero (2010).

31 Tribunal Constitucional, rol 153 año 1993.

32 Tribunal Constitucional, rol 153 año 1993, p. 10.

33 Tribunal Constitucional, rol 153 año 1993, p. 2.

Contraloría General de la República que ya había tomado razón del referido decreto, y rectifica lo actuado por el Órgano Contralor, pero lo hace, como se advirtió, en un asunto de la mayor trascendencia.

IV. La Contraloría General de la República sigue los criterios del Tribunal Constitucional

Sostiene Eduardo Aldunate que "la Contraloría General de la República se ha autoatribuido, a partir de la forma como interpreta sus atribuciones para emitir dictámenes y el modo como entiende el carácter vinculante de los mismos para los fiscales y abogados que no ejercen defensas judiciales, una verdadera facultad invalidatoria de actos antijurídicos"[34], interpretando en forma amplia sus atribuciones. Esta actitud parece no ser la misma respecto del Tribunal Constitucional, pues en este caso podemos observar que la Contraloría se autolimita, respetando en demasía al primero, al punto de dejar de ejercer atribuciones propias. A modo de ejemplo, el dictamen Nº 12.672/2007, mediante el cual el Órgano Contralor niega a la oficina de informaciones de la Cámara de Diputados copia de determinadas declaraciones patrimoniales. Lo hace citando el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida con ocasión del control de constitucionalidad de la Ley Nº 20.088, contradiciendo incluso la respuesta inicial que había dado inicialmente la Contraloría General de la República a la Cámara de Diputados, mediante el Oficio N° 6.254 de 2007 del Secretario General del Órgano Contralor, quien señalaba un plazo dentro del cual las declaraciones patrimoniales *"se incorporarían a la página web de esta entidad fiscalizadora para que los interesados en conocerlas, pudieran acceder a ellas"*[35]. Citando el considerando trigésimo primero del fallo respectivo del Tribunal Constitucional, la Contraloría es de opinión que el acceso a la información contenida en las declaraciones *"ha de serlo para las finalidades legítimas que la nueva normativa persigue, circunstancia esencial que exige, de todos los órganos involucrados por tales disposiciones, interpretarlas y aplicarlas con el objetivo señalado"* [36]. El Tribunal Constitucional declaró que la disposición contenida en el actual artículo 60 D de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado es constitucional, *"en el entendido de lo señalado por los considerandos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo"*[37] de la sentencia. Vale decir, la Contraloría aplica la disposición considerándola constitucional en el sentido señalado por el Tribunal Constitucional, pero este órgano no señala que entregar las declaraciones a la oficina de informaciones de la Cámara de Diputados sea ilegítimo o que lo sea la publicación de las mismas en la página web, es decir, lo que hace la Contraloría para resolver la solicitud recibida es interpretar no la ley sino el fallo del Tribunal Constitucional, limitando así de forma extrema sus propias atribuciones.

Algo similar se observa en el Dictamen Nº 14.632/2008, mediante el cual la Contraloría General de la República se pronuncia en contra de la interpretación que el Ministerio de Vivienda

34 Aldunate (2009), p. 377.

35 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 12.672/2007.

36 Tribunal Constitucional, rol 460 año 2005, p. 21.

37 Tribunal Constitucional, rol 460 año 2005, p. 24.

y Urbanismo hacía de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades para asignar responsabilidades a determinados profesionales en el ámbito de la construcción. En este dictamen la Contraloría desarrolla argumentos de texto para concluir en una determinada interpretación de la ley en cuestión, para luego citar al Tribunal Constitucional, y concluir que *"para este Organismo de Control no resulta posible desatender las consideraciones expuestas por la Magistratura indicada, máxime cuando las razones que ella expone para desechar el requerimiento en contra de la norma en cuestión, consistieron, justamente, en entender que ella no afectaba las atribuciones y consiguiente responsabilidad de los directores de obras municipales"* [38]. No queda claro si no se pueden desatender las consideraciones del Tribunal Constitucional *per se,* o si en este caso particular no se hace por coincidir el criterio de los dos órganos en cuestión. En otras palabras, parece ser que a la Contraloría no le basta su propia interpretación para resolver la cuestión sometida a su consideración, sino que recurre a un argumento de autoridad al recordar que el Tribunal Constitucional es de la misma opinión.

Lo propio ocurre en el Dictamen Nº 18.661/2008, en el que para resolver sobre la procedencia del pago de un bono de retiro para funcionarios de exclusiva confianza, la Contraloría recurre a un fallo del Tribunal Constitucional (rol 239 de 1996) para definir la carrera funcionaria, en circunstancias que ese es uno de los ámbitos de acción más propios de la Contraloría, existiendo más de diez mil dictámenes sobre el tema[39]. Igualmente, en un aspecto que tradicionalmente compete a la Contraloría, al resolver sobre la naturaleza jurídica del cargo de Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en el Dictamen Nº 26.261/2009, el Órgano Contralor recurre primero a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (citando el fallo rol 379 de 2003) y luego a la jurisprudencia administrativa, citando los Dictámenes Nºs. 11.828/1986 y 4.534/2000, ambos, como podrá apreciarse, cronológicamente anteriores al fallo del Tribunal Constitucional, por lo que es evidente que no es la Contraloría la que sigue el criterio del Tribunal Constitucional, como pretende hacerse aparecer, sino justamente lo contrario.

Como si la jurisprudencia administrativa no fuese suficiente, la Contraloría General de la República parece entender que necesita de algún modo del apoyo del Tribunal Constitucional. Ello lo podemos apreciar en los Dictámenes Nº 28.262/2007 y 39.501/2007. El primero de ellos recuerda el Dictamen Nº 14.571/2005 y los fallos del Tribunal Constitucional rol 244 de 1996 y roles 479 y 480 de 2006; y el segundo recuerda que el principio de la interpretación restrictiva de los preceptos que establecen alguna excepción es *"unánime aceptado por la doctrina y la jurisprudencia emitida tanto por la Contraloría General de la República como por el Tribunal Constitucional"* [40]. En el caso del Dictamen Nº 75.508/2010, refiriéndose a la naturaleza jurídica de las Corporaciones Municipales, el Órgano Contralor afirma que *"antes de la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de febrero de 1988 (rol N° 50), pudieron constituirse conforme a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil"* [41], cuando en estricto rigor el cambio normativo se produce por la publicación de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y no por la sentencia del Tribunal Constitucional que la declara constitucional

38 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 14.632/2008.

39 Ver http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset

40 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 39.501/2007.

41 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 77.508/2010.

(con algunas excepciones que no se refieren al tema de las Corporaciones Municipales), fechas que por lo demás no coinciden, y que por ende las mencionadas corporaciones adquieren una nueva naturaleza jurídica a partir del 3 de marzo de 1988 (fecha de publicación de la ley) y no desde el 29 de febrero (fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional).

Un fenómeno similar se advierte en el Dictamen Nº 68.345/2009, mediante el cual la Contraloría General de la República reafirma su competencia para instruir sumarios administrativos en Carabineros de Chile, cuestión que este último organismo había solicitado reconsiderar. Para reafirmar su competencia recurre –una vez más– a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y citando el fallo rol 1.051 de 2008 recuerda *"que las facultades de la Contraloría General que sean limitadas por ley –situación que en este caso por lo demás no acontece dejan a salvo el 'control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental'"* [42]. Como podrá apreciarse, en este caso la Contraloría recurre no sólo de forma innecesaria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como en los casos recién mencionados, sino que lo hace de forma errada, toda vez que ella misma reconoce que en el caso que resuelve la circunstancia aludida por el Tribunal (que las facultades de la Contraloría sean limitadas por ley) no acontece y, más aún, se pone al Tribunal Constitucional en situación de estar decidiendo una contienda de competencia que no le corresponde resolver, pues no hay ningún tribunal involucrado (artículo 93 N° 12 de la Constitución), y se hace aparecer como si el Tribunal Constitucional se estuviese refiriendo al caso particular de la competencia de la Contraloría respecto de Carabineros de Chile, cuestión que evidentemente no hace.

Al analizar la eventual inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud del 1° de septiembre de 2006, que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, el Tribunal Constitucional recalifica un determinado acto administrativo con el objeto de hacer posible que conociese del mismo[43], considerando así que el acto en cuestión no era una resolución exenta, como sostenía el Ministerio, sino un decreto supremo[44], forzando la dictación de un nuevo acto administrativo, esta vez efectivamente un decreto supremo, resguardando el Tribunal Constitucional "las competencias de la máxima autoridad del país"[45]. Si bien ello es cierto, más relevante que resguardar las atribuciones del Presidente de la República (que por lo demás no estaban en entredicho, pues no había conflicto entre la Presidencia y el Ministerio), el hecho relevante es que el Tribunal Constitucional le otorga competencia a la Contraloría General de la República, organismo que no había tenido la oportunidad de intervenir hasta el momento, y que puede hacerlo a partir de la decisión del Tribunal Constitucional, pues al exigir que la materia se regule a través de un decreto supremo está exigiendo que el mismo sea objeto del trámite de toma de razón. Cabe llamar la atención sobre la circunstancia de que el Tribunal Constitucional, mediante el fallo rol 591 de 11 de enero de 2007[46], forzó el control ejercido por la Contraloría, y que ésta ejerció un control de tipo formal, en el entendido de que lo que había cuestionado el Tribunal Constitucional era el órgano competente para aprobar las

42 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 63.845/2009.

43 Cordero (2010), p. 27.

44 Vivanco (2008), p. 558.

45 Cordero (2010), p. 30.

46 Tribunal Constitucional, rol 591 año 2007.

normas sobre fertilidad, pero el fondo del asunto no fue resuelto, y se requirió de un segundo fallo del Tribunal Constitucional[47], dictado poco más de un año después que el primero. Cabe preguntarse, entonces, si lo que hizo la Contraloría no fue sino seguir el criterio del Tribunal Constitucional, el que estableció lo siguiente: *"la Resolución Exenta 584 adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal, este Tribunal no emite pronunciamiento sobre otras eventuales inconstitucionalidades"* [48]. Siguiendo el razonamiento, al tomar razón del Decreto Supremo 48, la Contraloría mira si el acto emanó del Presidente de la República, pero no analiza otros aspectos de constitucionalidad, pudiendo perfectamente haberlo hecho, puesto que el control que debe hacer es de legalidad y constitucionalidad, en sentido amplio. "Es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad", toda vez que una eventual inconstitucionalidad "pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración"[49], y es por ello que el análisis de constitucionalidad que realiza la Contraloría no debe limitarse a cuestiones únicamente formales. Es probable que el no haberse realizado un análisis de fondo sea uno de los motivos por los cuales el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse nuevamente sobre la materia en cuestión.

Durante mucho tiempo la Contraloría aceptó que sus facultades fuesen limitadas por vía legislativa, y "aun cuando la CGR considerara la limitación inconstitucional, no le cabía sino obedecerla", pero los fallos del Tribunal Constitucional "parecen estar provocando un cambio en la jurisprudencia del ente contralor"[50]. En ese sentido, podría sostenerse que la Contraloría reconoce al Tribunal Constitucional como intérprete de la Constitución y se autolimita a sí misma como mera ejecutora de una norma que considera inconstitucional, sin atreverse a desafiar dicha inconstitucionalidad hasta contar con el respaldo del mencionado Tribunal y aplicar no una sentencia determinada emanada de éste, sino un criterio de interpretación diverso al que la propia Contraloría había sostenido con anterioridad.

Esta tendencia se ve reflejada cuando la Contraloría señala que el Tribunal Constitucional es el *"intérprete jurídico supremo de la Constitución"* [51], atribución que entiende que se da el propio Tribunal Constitucional al señalar que le corresponde *"la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución"* [52], cuestión que sienta el referido Tribunal al inicio del ya citado fallo 591 de 2007, en el considerando tercero, para afirmar su competencia. En este entendido, el Tribunal prefiere, antes de resolver el asunto sometido a su consideración, dejar establecida su competencia para pronunciarse sobre los denominados asuntos valóricos, y es interesante por ello que junto con señalar que le corresponde interpretar la Constitución en los términos referidos, establece que *"la interpretación debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental"* [53], es decir,

47 Tribunal Constitucional, rol 740 año 2008.

48 Tribunal Constitucional, rol 591 año 2007, p. 62.

49 Ferrada (2004) Versión en línea, sin paginación.

50 Díaz de Valdés (2010), p. 255.

51 Contraloría General de la República, Dictamen N° 31.356/2009.

52 Tribunal Constitucional, rol 591 año 2007, p. 22

53 Tribunal Constitucional, rol 591 año 2007, p. 22

si bien decidirá sobre asuntos valóricos, el propio Tribunal se autolimita al obligarse a hacerlo en consideración a los valores constitucionales, y evidentemente no a los valores personales de sus integrantes, con lo que junto con reafirmar su competencia reafirma su rol de custodio de la constitucionalidad de actos estatales, aspecto que, como se verá, es fundamental para comprender la relación de la Contraloría General de la República con el Tribunal Constitucional.

Es evidente que al Tribunal Constitucional le corresponde la interpretación inapelable de la Constitución, toda vez que sus resoluciones no son susceptibles de recurso de apelación o de cualquier otro recurso, y en ese sentido puede sostenerse también que la interpretación es definitiva, pero ello no debiese implicar considerarlo el intérprete supremo, ya que en casos diversos a los que conozca o pueda conocer, intérpretes de la Constitución somos todos, en la medida en que ésta obliga *"a toda persona, institución o grupo"* [54], como lo señala el artículo 6°, y de que no es posible obedecer sus preceptos sin interpretarlos, y dicha interpretación no debe sujetarse, en todos los casos, a la interpretación del Tribunal Constitucional, sino sólo en cuanto existan interpretaciones divergentes.

Analizando la interpretación que puedan realizar los tribunales ordinarios de justicia, por ejemplo, al conocer de una acción constitucional de protección, éstos no necesariamente quedan obligados a aplicar la interpretación que realice el Tribunal Constitucional en un recurso de inaplicabilidad fallado con anterioridad, puesto que éste tendrá efecto sólo en el caso para el cual se pronunció. Si el criterio interpretativo fuese obligatorio y *erga omnes,* no tendría sentido entonces, que el constituyente distinguiese tan claramente las instituciones de la inaplicabilidad y de la inconstitucionalidad, en numerales distintos del artículo 93, y con requisitos, tramitación y efectos muy diversos. Sólo cuando hay una declaración de inconstitucionalidad quedan los demás operadores jurídicos imposibilitados de interpretar de modo diverso al que lo ha hecho el Tribunal Constitucional, pues en realidad ya no hay nada que interpretar, en la medida en que la disposición cuestionada habrá ya salido del ordenamiento jurídico.

Lo mismo es válido también para la Contraloría General de la República, la que por ende no está obligada a respetar una interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional, salvo el caso en que le corresponda decidir sobre un asunto ya decidido por el Tribunal. En ese sentido podríamos entender que la Contraloría, en el citado Dictamen Nº 31.356/2009, no señale si le parece constitucional o no el Decreto Supremo Nº 48, sino que se limite a señalar el alcance del mismo. A la Contraloría se le pidió, en sendas solicitudes presentadas por la Asociación Chilena de Municipalidades, al abogado patrocinante del requerimiento parlamentario que dio origen al referido fallo, la Municipalidad de Los Ángeles y un grupo de abogados y profesores de Derecho, determinar el alcance del fallo rol 740 del Tribunal Constitucional, lo que se niega a realizar, señalando que no puede entenderse que el velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos del Estado sometidos a su fiscalización *"de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad* [55] *".* Lo que hace la Contraloría es aclarar –y no determinar– el alcance del referido fallo al señalar que *"necesario es informar que las Municipalidades*

54 Constitución Política de la República de 1980.

55 Contraloría General de la República. Dictamen Nº 31.356/2009.

quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia, y en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario" [56]. No es casual que utilice la expresión "informar", vale decir, da cuenta de algo ya establecido por el Tribunal Constitucional, sin innovar en la materia, cuidándose de no invadir las atribuciones del Tribunal Constitucional. Y es precisamente por ello que no se pronuncia sobre otras peticiones, como entender que determinados preceptos habrían quedado tácitamente derogados o que la autoridad sanitaria habría quedado impedida de realizar determinadas acciones, señalando que la *"Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, respecto de estos asuntos, en atención a que ellos exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional"* [57], argumento que hace extensivo a la solicitud de extender los alcances de la declaración de inconstitucionalidad a entidades privadas.

Así como la Contraloría en el caso recién señalado aplica una interpretación concreta del Tribunal Constitucional para resolver precisamente el caso que éste había ya resuelto, no ocurre lo mismo en el Dictamen Nº 60.656/2011. En este caso la Contraloría General de la República resuelve que el Intendente Regional no puede acceder a la petición de auxilio de la fuerza pública en contra de infractores que no han pagado una multa establecida por el Código Sanitario dentro del plazo legal, pero la han reclamado judicialmente. Para decidir como lo hizo, el ente contralor recurre al fallo rol 1.518 de 2009 del Tribunal Constitucional, fallo que recae en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el que debiese tener efecto únicamente en la causa en que se hubiere promovido. Al recurrir a esta particular interpretación del Tribunal Constitucional, lo que hizo la Contraloría fue dotar a un fallo particular de un alcance *erga omnes* que la Constitución no le otorga, produciéndose así, por un excesivo celo del Órgano Contralor de ser respetuoso del Tribunal Constitucional, una abierta inconstitucionalidad.

Las sentencias del Tribunal Constitucional son por cierto obligatorias, y lo son sin duda para la Contraloría General de la República como para cualquier otro órgano del Estado o para los particulares, pero lo que es obligatorio de la sentencia es su parte dispositiva, que en lo que atañe a la relación entre la Contraloría y el Tribunal Constitucional, se limita a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad. En este sentido, la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional en la parte considerativa de un determinado fallo, no será vinculante para la Contraloría cuando le corresponda aplicar el mismo precepto constitucional. La práctica de las sentencias interpretativas resulta común a todos los tribunales constitucionales europeos, y por mucho que esta práctica se extienda al Tribunal chileno, debe llamar la atención que "las sentencias interpretativas han sido severamente criticadas y su constitucionalidad puesta en duda, no obstante que esta sea una práctica frecuente en nuestro TC" [58]. En este sentido, no cabe exigirle a la Contraloría General de la República que avale una inconstitucionalidad, sino al contrario, que ejerza sus funciones con la autonomía que la Constitución le asegura, aplicando su propio criterio al interpretar tanto las disposiciones legales como constitucionales.

---

56 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 31.356/2009.

57 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 31.356/2009.

58 Verdugo (2010), p. 221.

V. El Tribunal Constitucional respeta los criterios de la Contraloría General de la República

La teoría del administrado cualificado "ha ido penetrando en nuestro sistema por la vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"[59], cuestión que podría interpretarse como una invasión de atribuciones del Tribunal en ámbitos más bien propios del quehacer de la Contraloría General de la República. Sin embargo, si se analiza con cuidado la decisión del Tribunal Constitucional a la que alude Cordero, se podrá advertir que ésta se basa en la jurisprudencia administrativa para afirmar la procedencia de los principios del derecho penal en el ámbito sancionador administrativo. Así, el fallo rol 747, de 31 de agosto de 2007[60], cita a su vez el fallo rol 480 de 8 de agosto de 2006, el que recurre a la jurisprudencia administrativa sosteniendo *"que tan evidente es lo anterior que la propia Contraloría General de la República ha dictaminado también que los principios del derecho penal son aplicables en el ámbito sancionardor administrativo"*[61], para luego transcribir la parte pertinente del Dictamen Nº 14.751/2005. Hay que considerar, sin embargo, que el voto disidente de los Ministros Bertelsen, Venegas y Navarro sí cita expresamente la jurisprudencia administrativa[62].

Podemos apreciar cómo el Tribunal Constitucional se muestra sumamente respetuoso de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y al tener que pronunciarse en un aspecto que cae con frecuencia en el ámbito de sus atribuciones, no sólo sigue su criterio sino que es celoso en el sentido de que se aprecie claramente que lo sigue, recurriendo a la cita señalada para que ello quede absolutamente claro.

La misma tendencia se aprecia en el fallo rol 740 del Tribunal Constitucional, que al resolver sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo Nº 48 del Ministerio de Salud, en el ya recordado caso de la píldora del día después, recurre a la jurisprudencia administrativa, citando el Dictamen Nº 25.403/1995 para afirmar que *"el nonato debe ser considerado como persona"*[63], dictamen que había sido invocado por parte de los requirentes[64]. Lo interesante de este fallo, a diferencia del anteriormente analizado, es que en este caso lo que resuelve el Tribunal Constitucional está lejos del ámbito más corriente de atribuciones del Órgano Contralor, sino que entra de lleno en lo que tradicionalmente le corresponde determinar a los Tribunales Constitucionales, cual es el alcance de las garantías fundamentales, en este caso, del derecho a la vida y la importante cuestión del inicio de la misma. Así y todo, existiendo un pronunciamiento previo de la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional no duda en recurrir a éste para zanjar el problema planteado.

Contrasta esta actitud del Tribunal Constitucional con la de la Contraloría General de la República en el mismo caso, pues al realizar observaciones al requerimiento que fue objeto del

59 Cordero (2010), p. 46.

60 Tribunal Constitucional, rol 747 año 2007.

61 Tribunal Constitucional, rol 480 año 2006.

62 Tribunal Constitucional, rol 747 año 2007, p. 68.

63 Tribunal Constitucional, rol 740 año 2008, p. 137.

64 Tribunal Constitucional, rol 740 año 2008, pp. 8-9.

fallo en comento, el Contralor General de la República sostuvo que "la Contraloría no tiene competencia para pronunciarse sobre los eventuales efectos nocivos que puedan producir a la salud los métodos anticonceptivos individualizados en el requerimiento. Sólo le corresponde velar por que la autoridad cumpla el procedimiento regulado en la ley al proceder al registro de los medicamentos", cuestión que habría ocurrido en la especie. Así, es la propia Contraloría General de la República la que se limita a un control formal, en circunstancias que el Tribunal Constitucional parece reconocerle competencia para analizar también las eventuales inconstitucionalidades de fondo de los actos de la Administración. Como se insinuó con anterioridad, esta actitud de la Contraloría pudo haber sido uno de los motivos de la dictación del que ha sido sin duda el fallo del Tribunal Constitucional que ha generado mayor polémica en la opinión pública.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La actitud de la Contraloría General de la República, que se muestra respetuosa de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, va más allá de su obligación constitucional de hacerlo. Sin duda la Contraloría debe respetar los fallos del Tribunal Constitucional, pero no está obligada a seguir siempre los criterios interpretativos del mismo, ni ha inhibirse ella misma de interpretar el texto constitucional. Existe, por ende, un espacio que no ha sido utilizado por la Contraloría General de la República y que está llamado a utilizarlo para defender de mejor manera la supremacía constitucional y así los derechos esenciales, labor que comparte con el Tribunal Constitucional, por cierto, cada uno en su propio ámbito de atribuciones.

Así como la Contraloría General de la República parece estar autolimitándose en exceso, la actitud del Tribunal Constitucional es de respeto a la Contraloría, ejerciendo sus atribuciones con cautela para respetar los criterios interpretativos de la misma, y parece comprender que si bien el ordenamiento constitucional contempla ciertas situaciones en las cuales puede modificar resoluciones del Órgano Contralor, el Tribunal Constitucional comprende que son situaciones excepcionales, que no lo convierten en superior jerárquico de la Contraloría, sino que le permiten desarrollar en plenitud su labor de custodio de la constitucionalidad de los actos del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate Lizana, Eduardo (2009): "La distribución de potestades normativas en la Constitución: Potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del Fiscal Nacional", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.* XXXIII: pp. 371-390

Beca F., Juan Pablo (1998): "El Ministerio Público en la Constitución Chilena", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 203, Año LXVI: pp. 359-365.

Beca F., Juan Pablo (2009): "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal Constitucional sobre su propia ley orgánica constitucional", *Microjuris* (publicación en línea).

Díaz De Valdés J., José Manuel (2010): "Anomalías constitucionales de las superintendencias: un diagnóstico", *Estudios Constitucionales,* Año 8, N° 1: pp. 249-282.

Fermandois Vöheringer, Arturo (1998): "Recurso de Protección contra entes constitucionales autónomos: Crítica a una errada interpretación", *Revista Chilena de Derecho Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.* Volumen 25 N° 3: pp. 657-664.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2004): "Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional", *Revista de Derecho* (Valdivia). Volumen XVII: pp. 113-137.

Godoy Arcaya, Óscar (2003): "Parlamento, presidencialismo y democracia protegida", *Revista de Ciencia Política.* Volumen XXIII N° 2: pp. 7-42.

Nogueira Alcalá, Humberto (2008): "La evolución política-constitucional de Chile 1976-2005", *Revista Estudios Constitucionales,* Año 6, N° 2: pp. 325-370.

Nogueira Alcalá, Humberto (2003): "Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI", *Revista Ius et Praxis* Año 9 N° 2: pp. 59-131.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2009): *¿Es procedente someter a juicio político a los Ministros del Tribunal Constitucional?,* en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 207-215.

Silva Bascuñán, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 376 pp.

Ugarte Cataldo, José Luis (2007): "La tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro", *Revista de Derecho.* Volumen XX N° 2: pp. 49-67.

Verdugo R., Sergio (2010): "Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador", *Estudios Constitucionales,* Año 8, N° 1: pp. 201-248.

Vergara, Alejandro y Zúñiga, Francisco (2008): "Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República", *Revista Chilena de Derecho.* Volumen 35 N° 2: pp. 371-398.

Vivanco Martínez, Ángela (2008): "La píldora del día después", *Revista Chilena de Derecho.* Volumen 35 N° 3: pp. 543-577.

Zúñiga Urbina, Francisco (2007): "Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la "Democracia Constitucional")". *Revista Ius et Praxis.* Volumen 13 N° 2: pp. 223-244.

Zúñiga Urbina, Francisco (2008): "Control Judicial de los Actos Políticos. Recurso de Protección ante las 'Cuestiones Políticas'". *Revista Ius et Praxis.* Volumen 14 N° 2: pp. 271-307.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile (1925). Disponible en *http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombrearchivo=LEYS%2FN_18-SEP-1925&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=131386.1980-08-11.0.0%23.* [Fecha Consulta: 7 de mayo de 2012], 18 de septiembre de 1925.

Constitución Política de la República, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Ley Nº 17.797, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones. Disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29427* [Fecha consulta: 9 de mayo de 2012], 12 de mayo de 1981.

Ley Nº 18.460, Establece la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones. Disponible en *http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitadasxmat?agr=1&sub=4&tipCat=0* [Fecha consulta: 24 de abril de 2012], 4 de noviembre de 1985.

Ley Nº 18.825, Reforma de la Constitución Política de la República. Disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True* [Fecha de consulta: 25 de abril de 2012], 17 de agosto de 1989.

Ley Nº 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Disponible en *http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitadasxmat?agr=1&sub=4&tipCat=0* [Fecha consulta: 24 de abril de 2012], 4 de octubre de 1989.

Ley Nº 19.696, Establece Código Procesal Penal. Disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0* [Fecha consulta: 7 de mayo de 2012], 29 de septiembre de 2000.

Ley Nº 20.050, Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Disponible en *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True* [Fecha consulta: 25 de abril de 2012], 18 de agosto de 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.672/2007. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.632/2008. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.661/2008. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.356/2009. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 68.345/2009. [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 75.508/2010. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Contraloría General de la República. Dictamen N° 60.656/2011. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset*

Tribunal Constitucional, 28 de febrero de 1988 (Control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional de municipalidades.), rol 50. [Fecha consulta: 12 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-avanzada*

Tribunal Constitucional, 6 de diciembre de 2005 (Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública), rol 460.12-005. [Fecha consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-avanzada*

Tribunal Constitucional, 11 de enero de 2007 (Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1 de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad), rol 591-06. [Fecha consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2007 (Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S.A., respecto de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y del artículo 81 Nº 1 del D.F.L. Nº 1 de 1982 del Ministerio de Minería, en la causa caratulada "Iberoamericana de Energía Ibener S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago.), rol 480-2006. [Fecha consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

Tribunal Constitucional, 31 de agosto de 2007 (Requerimiento de inaplicabilidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch respecto del inciso tercero del artículo 551; inciso segundo del artículo 539; inciso segundo del artículo 541; inciso segundo del artículo 539; artículos 536, 537 y 542; número 4º del artículo 544; artículos 557 y 558, todos del Código Orgánico

de Tribunales, en la causa Antecedentes de Pleno Rol N° 1920-2006 ad, seguida ante el Ministro en Visita don Juan Escobar Zepeda), rol 747-2007. [Fecha consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008 (Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud), rol 740-07-CDS. [Fecha consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

Tribunal Constitucional, 25 de agosto de 2009 (Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), rol 1.288-2008. [Fecha consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

Tribunal Constitucional, 21 de octubre de 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en los autos Rol Nº 3073-2009 sobre recurso de amparo interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago), rol 1.518-2009. [Fecha consulta: 11 de mayo de 2012]. Disponible en *www.tribunalconstitucional.cl*

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TOMA DE RAZÓN Y DE LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA

Enrique Navarro Beltrán
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Universidad Finis Terrae.

"La Contraloría se pronunciará sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos"
(Art. 8º del D.F.L. N° 2960 bis, de 1927)

"Me quedo con Huidobro declara la Contraloría General de la República"
(Nicanor Parra, Also sprach Altazor)

I. Toma de Razón y Constitución Política[1]

1. Fundamentos constitucionales

De acuerdo a lo dispuesto en el actual artículo 98 de la Constitución Política de la República, la Contraloría General de la República (en adelante "CGR") es un organismo autónomo que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscaliza el egreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examina y juzga las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; lleva la contabilidad general de la Nación y desempeña las demás funciones que le encomiende su ley orgánica constitucional.[2]

Se trata de un órgano, establecido en 1927[3] –aunque con antecedentes históricos en instituciones hispánicas[4]– y constitucionalizado en 1943[5], que goza de autonomía constitucional, misma que tiene una dimensión organizativa, institucional y normativa, según lo ha señalado el TC[6].

---

1 Una primera versión de este artículo se publicó en RUFT 11 (2007).

2 Las atribuciones y funciones de dicho órgano de control pueden encontrarse tanto en la Ley Nº 10.336, como en otros ordenamientos legales, siendo sólo imperativo para la validez normativa la jerarquía orgánica constitucional de las mismas. (TC, Rol 796/2007, consid. 8º. En el mismo sentido, Rol Nº 91/1990). En tal sentido, el TC ha señalado que es propio de la ley orgánica constitucional lo relativo a la normativa sobre: a) aplicación inmediata de decretos (Roles 117, c. 4; 142, c. 5; 168, c. 3); b) impresión de títulos representativos de deuda pública (Rol 390, c. 6); c) nombramiento de funcionarios y reclamo por vicios (Rol 79, c. 10); d) aplicación de facultades fiscalizadoras de la CGR a sector portuario (Rol 267, c. 5), a corporaciones y fundaciones constituidas por gobiernos regionales (Rol 443, c. 10) y a consejo privado (Rol 377, c. 10); e) procedimiento de rendición de cuentas de gastos reservados de los ministerios (Rol 366, c. 10) y f) efectos de decretos o resoluciones desde el ingreso a la CGR (Rol 381, c. 7). Una visión sistemática de la jurisprudencia en Navarro Beltrán, Enrique y Carmona Santander, Carlos: *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2011,* Ed. Tribunal Constitucional, 2011.

3 Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de 26 de marzo de 1927.

4 Pinto, Sonia; Méndez, Luz María; Vergara, Sergio: *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República,* Santiago, 1977.

5 Reforma constitucional aprobada por Ley N° 7.727, de 1943.

6 TC, Rol 1.051/2008, consid. 37.

Ahora bien, el artículo 98 de la Constitución Política de la República otorga a la Contraloría General de la República la facultad de ejercer "el control de legalidad de los actos de administración", materia objeto de estas notas, particularmente en lo relativo a las bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante.

Por su parte, el artículo 99 de la misma Ley Fundamental indica que *"en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copias de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados".* Obviamente, no procede la insistencia en caso que la representación tenga lugar respecto de un decreto o resolución que se estime contrario a la Constitución Política, en cuya situación sólo se prevé la facultad del Presidente de la República de recurrir al Tribunal Constitucional para que resuelva la controversia, en los términos que establecen los artículos 99 y 93 Nº 9 de Carta Política.

Por su lado, el artículo 10 de la Ley Nº 10.336, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, señala que el Contralor General de la República tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones, sin perjuicio de la facultad para eximir del trámite de toma de razón a *"los decretos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldo, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales"* [7].

En tal sentido, la Ley Nº 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, reitera en su artículo 1º que *"la toma de razón de los actos de la Administración del Estado se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República".*

De este modo, como lo ha indicado la doctrina, le corresponde a la Contraloría General de la República, revisar *"mediante el examen, a través de la toma de razón, de la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicio"* [8].

Por lo mismo, se ha señalado que *"tanto la Constitución (art. 88) como la ley 10.336 (arts. 1 y 10), le asignan a la Contraloría la potestad para pronunciarse sobre la 'constitucionalidad y legalidad' de los actos de la administración (...) de donde aparece patente y claro –y sin limitaciones de ninguna especie– que debe velar por la observancia irrestricta de las normas siguientes: a) de la Constitución y b) de las leyes"* [9].

---

7 Ello se encuentra señalado nominativamente en la Resolución N° 520, dictada por la Contraloría General de la República y publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de diciembre de 1996.

8 Silva Cimma, Enrique: *Derecho Administrativo, El control público, 1994,* p. 171. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que el trámite de toma de razón *"involucra un pronunciamiento del organismo contralor acerca de la constitucionalidad y legalidad de un determinado decreto o resolución"* (Rol Nº 67-02, 29 de enero de 2002).

9 Aróstica Maldonado, Iván: "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", RDP 49, 1991, p. 137.

Así las cosas, sin toma de razón *"no es posible cumplir ninguna decisión del administrador, no cabe su aplicación; es más, su ejecución, en el supuesto que se pretenda hacerlo, acarrea por ese sólo hecho la pérdida del empleo del funcionario ejecutor"* [10].

De este modo, en palabras de la judicatura, el control jurídico que efectúa la CGR se lleva a efecto *"por medio del pronunciamiento que debe hacer sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicios, a través de la emisión de dictámenes jurídicos que en materia administrativa deben observar las reparticiones públicas que los soliciten y mediante la fiscalización en el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo"* [11].

En todo caso, debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha reiterado, en resolución de 15 de julio de 2002, la amplia facultad del Órgano Contralor para representar la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de la Administración y la improcedencia del decreto de insistencia si se ha objetado la constitucionalidad del mismo. En efecto, la Magistratura Constitucional declaró ajustado a la Constitución el precepto contenido en un proyecto que establecía la facultad del Presidente de la República de dar curso a los decretos supremos y resoluciones de Jefes de Servicio representados, cuando insistiera con la firma de todos sus ministros, en el entendido de que la insistencia del Presidente es improcedente para el caso en que la representación de la Contraloría se motivara en la contrariedad con la Constitución.

Así, textualmente declaró que *"Sin embargo, atendida la amplitud de la norma en estudio, esto es, que el Contralor deberá darles curso a los respectivos decretos o resoluciones que represente cuando el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, sin efectuar distinción alguna sobre la causa de la representación, esta Magistratura estima necesario expresar que declarará la constitucionalidad del artículo 10, inciso primero, de la Ley Nº 10.336, y sus modificaciones, en el claro entendido que la insistencia del Jefe del Estado es improcedente en el caso que los decretos o resoluciones hayan sido representados por el Contralor por ser contrarios a la Constitución. Lo anterior se funda en lo prescrito en el artículo 88, inciso tercero, de la Carta Fundamental que dispone: 'Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia'".* Esta disposición armoniza y concuerda con la atribución que se le confiere al Tribunal Constitucional por el artículo 82, Nº 6º, de la misma Carta, que establece: *"Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88"* [12];

---

10 Soto Kloss, Eduardo: *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría,* en Libro Homenaje a la Contraloría General, 1977, p. 174.

11 C.A. de Santiago, Rol 6.552-2006, confirmado por la C.S., Rol Nº 770-2007. En el mismo sentido, C.A. de Santiago, Rol 5.711-2006, confirmado por la C.S., Rol Nº 2008-2007.

12 TC, Rol 356/2002.

2. La toma de razón como expresión de los principios de supremacía constitucional y de legalidad

De esta forma, en el control de toma de razón se analiza la estricta sujeción del acto administrativo tanto a la Constitución Política de la República como a la ley, tal como lo indican los artículos 98 y 99 de la Carta Fundamental.

Todo ello, por lo demás, en el marco de los principios de supremacía constitucional y de legalidad, que consagran los artículos 6º y 7º de la Constitución, lo que se recoge a nivel legal en el artículo 2º de la Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, conforme al cual *"Los órganos de la administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico"; de forma tal que "todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".*

En cuanto a la obligatoriedad del trámite de toma de razón, el TC ha expresado que *"los actos administrativos explicados se hallan sometidos a controles diversos según su jerarquía. Así, los decretos reglamentarios deben ser siempre revisados mediante el control preventivo denominado toma de razón, practicado por la Contraloría General de la República. En cambio, los simples decretos supremos, las resoluciones y las instrucciones pueden ser eximidos de ese trámite, con las exigencias de resguardo previstas en la ley, esto es, en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República"* [13]. Todo lo anterior, por cierto, sin perjuicio de las facultades de otros órganos, particularmente jurisdiccionales[14].

Por ello la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha ratificado la circunstancia que *"en nuestro sistema jurídico en virtud del principio jerárquico, el Decreto o el Reglamento debe subordinarse a la ley y ésta a la Carta Fundamental"*[15], dado que *"es un principio básico de derecho, reconocido por el artículo 7º de la Constitución el que los entes estatales no tienen más atribuciones que las que le fueron conferidas de manera expresa por la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad"*[16].

Como consecuencia de dichos principios de supremacía constitucional y de legalidad, la doctrina nacional ha afirmado que *"el constituyente exige que los preceptos de toda índole*

---

13 TC, Rol 591/2007.

14 Por eso se ha sentenciado que *"si bien mediante el trámite de toma de razón establecido en el artículo 87 de la Carta Fundamental, la Contraloría General de la República analiza la legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico ha previsto un conjunto de mecanismos encaminados a resguardar el principio de la supremacía constitucional, entre ellos la facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de un decreto promulgado y publicado (artículo 80 de la Constitución), o la facultad de los tribunales de declarar inconstitucional actos de autoridad a través de un recurso de protección (artículo 20 de la Constitución), o de la acción ordinaria de nulidad de derecho público (artículos 6º y 7º de la Constitución). Por lo demás, de acuerdo a estos últimos artículos, ésta obliga a todos los poderes del Estado –entre ellos por cierto los tribunales de justicia– los cuales deben velar para que los actos de los particulares y de la autoridad administrativa se encuadren dentro del marco establecido en la Constitución Política y en la ley"* (C.A. de Santiago, Rol Nº 4.013-95, de 15 de mayo de 1996, confirmado por la C.S., Rol Nº 2.291.06, de 19 de junio de 1996).

15 C.A. Santiago, 5 de agosto de 1988, GJ N° 98, p. 26.

16 C.A. Santiago, 4 de mayo de 1988, RDJ 85, sec. 5ª., p. 168.

emanados o que emanen de cualquier autoridad, se atengan a las bases de organización, procedimiento y solemnidades que dispone la misma Ley Fundamental y al mismo tiempo, en armonía con su sustancia normativa, en la que se incluye la invocación a los valores en que ha de inspirarse las decisiones (…) la ley fundamental otorga facultades precisas destinadas a hacer efectiva la supremacía constitucional a determinados órganos, como la (…) Contraloría General de la República" [17].

Así, la Contraloría General de la República, en palabras del mismo ente, *"es un organismo superior de control de la administración, dotado de autonomía y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección y debido uso del patrimonio público, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y la fidelidad y transparencia de la información financiera"* [18].

De acuerdo al texto de la Constitución Política, al no tomarse razón de un decreto por estimarse inconstitucional no cabe el decreto de insistencia presidencial[19].

3. Alcance de la toma de razón

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación a la pretensión legislativa de restringir las facultades constitucionales de dicho órgano.

Así, frente a un proyecto de ley que restringía la fiscalización de un ente estatal exclusivamente al examen de cuentas de entradas y gastos, se entendió que ello importaba una limitación a las actividades y funciones de control y fiscalización que le competen. En efecto, se sostiene que ello vulneraría la Constitución, *"pues ha contemplado solamente una de las actividades y funciones que el constituyente de 1980 señaló como aquellas a ser cumplidas por Contraloría General de la República, omitiéndose entre otras la principal de ellas consistente en el ejercicio del control de la legalidad que efectúa el Contralor General a través de la 'Toma de razón' de los decretos y resoluciones de los organismos y servicios que forman la administración del Estado",* concluyendo que *"de aceptarse el texto del artículo 1° contenido en el proyecto de ley en examen, en lo referente a la actividad de fiscalización de la Contraloría General de la República, se estaría vulnerando también la Constitución, pues se estaría impidiendo o limitando aquellas funciones a que se refiere la parte final del inciso primero del artículo 87 cuando señala que la Contraloría desempeñará 'las demás funciones que le encomienda la ley orgánica constitucional respectiva'"* [20].

Del mismo modo, al establecerse en un proyecto de ley que un fondo público estaría sometido sólo a la auditoría contable de la Contraloría General de la República, se precisó que ello *"es sin perjuicio de las demás atribuciones que posee dicha Contraloría en relación con la*

17 Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo IV, 1997, pp. 135 y 136.

18 CGR, Dictamen Nº 01556, de 25 de octubre de 2000.

19 TC, Rol 356, c. 9.

20 TC, Rol 92/1990, consid. 7 a 9.

fiscalización de los fondos públicos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 de la Carta Fundamental" [21].

En otro caso, en el que también se limitaba la facultad fiscalizadora respecto de la Superintendencia de Isapres exclusivamente al examen de cuentas de entradas y gastos, el Tribunal Constitucional declaró, en una sentencia interpretativa expresa, que el precepto *"se ajusta a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 98 de la Ley Fundamental, en el entendido que no excluye el ejercicio del control de legalidad de los actos de la administración, en lo que fuere procedente, con sujeción a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 99 de la misma Constitución Política. Lo anterior, siguiendo el principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución"* [22].

Más recientemente, respecto del proyecto de ley del Consejo para la Transparencia y, en cuanto a la circunstancia que éste sólo quedaría sujeto a la fiscalización de la Contraloría en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas, el TC lo declara ajustada a la Ley Fundamental *"en el entendido de que esta limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental, en lo que fuere procedente"* [23].

El TC ha señalado que –en todo caso– el acto que ha sido tomado en razón goza de una suerte de presunción de legalidad y constitucionalidad, no siendo por tanto definitiva, dado ello puede ser revisada tanto ante el propio TC como ante los tribunales de justicia[24].

4. Revisión judicial de la función contralora

En esta materia se presentaron en la década de los noventa algunas acciones de protección vinculadas al ejercicio de la facultad de toma de razón del organismo contralor.

Así, se ha señalado que *"la procedencia del recurso de protección en el caso de que se trata, es una consecuencia lógica de la amplitud con que está consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental, que no excluye ni exceptúa de su aplicación a ninguna persona, autoridad política o administrativa u órgano del Estado, siendo, en consecuencia, el Contralor General de la República una autoridad susceptible de esta acción. Ello no importa alteración de su autonomía ni de su función de control previo de la legalidad de los actos administrativos, porque las finalidades de la actividad jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia en estos casos, son independientes de las funciones propias del organismo contralor y procedentes sólo cuando se trata de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que quebranten garantías constitucionales a que se refiere el artículo 20 de la Constitución"* [25].

---

21 TC, Rol 178/1994, consid. 11º.

22 TC, Rol 1032/2008, consid. 17º.

23 TC, Rol 1051/2008, consid. 34º.

24 TC, Rol 116, cc. 3 y 4.

25 C.A. Santiago, Rol Nº 4.327-07, de 16 de diciembre de 1997.

La situación, como se sabe, incluso generó contiendas de competencias que resolvió el Senado en favor de la Contraloría General de la República[26].

En otro fallo, dictado en la década de los noventa, se precisa que el artículo 20 de la Carta Fundamental le otorga amplias facultades a los tribunales de justicia, sin excluir al Órgano Contralor, haciendo presente que las resoluciones del Senado tuvieron un efecto particular, declarando arbitraria e ilegal la resolución en virtud de la cual se negó tomar razón de una resolución del Ministerio de Transporte que adjudicaba una propuesta[27].

En tal sentido, cabe hacer presente una sentencia que señala la procedencia de la acción de protección respecto de las actuaciones de la Contraloría General de la República. Así, se sostiene que de acuerdo al artículo 20 del texto constitucional, le compete a los tribunales también conocer del recurso de protección y adoptar las medidas para restablecer el derecho que hubiese amagado o conculcado aun por la Contraloría General en el ejercicio del control de la legalidad de los actos de la Administración. La Corte, en estos casos de excepción ha señalado que el recurso de protección era la única vía idónea para tal efecto[28].

Así, se ha fundamentado que *"El tribunal que conoce el recurso de protección deducido en relación con un acto del Contralor se limita a pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad imputada en la acción cautelar y sus efectos en el ejercicio legítimo de ciertos derechos garantizados por la Constitución Política. No sustituye a la autoridad o ente recurrido en el ejercicio de sus facultades propias ni pretende arrogarse estas potestades".*

De modo que *"entrar a conocer de este recurso no implica desconocer las atribuciones del Organismo Contralor, como se sostiene en el informe, sino resolver si en el ejercicio de la facultad de control de legalidad de un acto de la administración, se ha incurrido en arbitrariedades e ilegalidades que conculquen algunas de las garantías a que se refiere el artículo 20 de la Ley Suprema, única vía constitucional idónea para hacerlo".*

Posteriormente, en un fallo dictado el año 2004, se insiste en que las facultades constitucionales y legales de la CGR referidas al control de la juridicidad de los actos administrativos no deben entrar en colisión con las potestades jurisdiccionales de los tribunales, *"la que sólo puede ser ejercida cuando la actuación del ente contralor se aparta de su función propia"* [29].

Sin embargo, más reciente jurisprudencia ha precisado que *"el trámite de toma de razón constituye una función de carácter constitucional que es de uso exclusivo y excluyente del*

---

26 Al respecto vid. RUFT 1, 1997. En tal sentido, señaló el Senado que *"a) Que –como se ha expresado– sería procedente un recurso de protección fundado en la falta de competencia del Órgano Contralor cuando éste, actuando al margen de sus atribuciones, pretendiere ejercer una función que nuestro ordenamiento jurídico no le entrega, pero no para impugnar la forma en que aquél ejerce su función de control de legalidad o el razonamiento que sirve de base a su decisión, como se pretende en este caso";* y *"b) que de la demora en que pudiere haber incurrido el Contralor General, para cumplir con este trámite de toma de razón, podría servir de fundamento a un recurso de protección dirigido a solicitar que se le fije plazo para hacerlo, pero de ninguna manera para pedir, una vez evacuado el trámite que la decisión de la mencionada autoridad sea modificada o dejada sin efecto, como ocurre en el caso en análisis".*

27 Sentencia de la C. A. Santiago, Rol Nº 1.175, de 28 de mayo de 1996, confirmatoria por la C. S., Rol Nº 2.254-96, de 12 de agosto de 1996.

28 C.A. Santiago, 15 de julio de 2000, recurso de protección Rol Nº 4.786-99, acogido y confirmada por sentencia de la C.S. de fecha 10 de agosto de 2000.

29 C.A. de Santiago Rol Nº 578-04, de 16 de marzo de 2004, confirmada por la C.S., Rol Nº 1.112-2004, de 5 de mayo de 2004.

Contralor General, razón por la cual no puede ser impugnada a través de un recurso de protección" [30].

II. FACULTAD PARA EMITIR DICTÁMENES

1. La potestad dictaminante de la Contraloría

La facultad de cualquier afectado por un acto ilegal dictado por un servicio público para solicitar dictamen a la Contraloría General de la República encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 N° 14 que autoriza a cualquier persona a *"presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que de la proceder en términos respetuosos y convenientes".*

En armonía con lo anterior, a nivel legal, el artículo 8º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, en su artículo 8° indica que *"los órganos de la administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o, a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo".*

Materializando la garantía constitucional aludida, el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Contraloría señala, dentro de las facultades del Contralor General de la República, la posibilidad de que éste emita dictámenes *"a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades".*

Cabe recordar que el ex Contralor Arturo Aylwin ha expresado sobre esta facultad que *"El órgano contralor tiene amplias atribuciones para impartir instrucciones o emitir dictámenes a requerimiento de los ministros de Estado, jefes superiores de servicio u otras autoridades. También puede hacerlo a petición de funcionarios o de particulares cuando, habiéndole solicitado éstos a la administración activa, no se hubiere emitido pronunciamiento alguno o se haya denegado el derecho pretendido"* [31].

Precisamente por lo mismo, se ha sostenido que *"otro medio de fiscalización que se reserva Contraloría es la emisión de dictámenes, al amparo de atribuciones generales que en tal sentido le acuerdan los artículos 6º, 9º y 19 de su ley orgánica…"* [32].

Como consecuencia de lo señalado, el ex Contralor General de la República don Enrique Silva Cimma ha sostenido al efecto que el control de legalidad *"puede ser previo o a posteriori. En el primer supuesto, se trata de que el acto sea controlado antes de su ejecución y, por lo tanto, de que no llegue a ejecutarse si es ilegal. En lo segundo, se aprueba o tacha el acto una vez ejercitado y, por lo tanto, en este último evento se procurará o su anulación o la reparación de los daños que el acto ilegal causó en la administración como a terceros, según corresponda"* [33].

---

30 C.A. de Santiago, Rol Nº 2.767-2006, confirmado por la C.S., Rol Nº 5.057-2007.

31 Aylwin Azócar, Arturo: *Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República, en 20 años de la Constitución chilena* (Ed. E. Navarro B), 2001, p. 608.

32 Aróstica Maldonado, Iván: "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", RDP N° 49, 1991, p.159.

33 Silva Cimma, Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado,* vol. III, p. 46.

Ciertamente, la potestad dictaminante tiene fundamento en la propia Carta Fundamental, al conferirle a la Contraloría el control de legalidad de los actos de la Administración[34]. Especial relevancia adquiere en materia municipal dado que dichos actos están exentos de toma de razón[35].

2. Efecto de los dictámenes y limitaciones

El dictamen es *"un acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al organismo contralor"* [36].

Estos dictámenes son obligatorios para los funcionarios públicos afectados, según lo indica el artículo 9º de la Ley Orgánica aludida. Así, por ejemplo, se ha señalado por la judicatura en el ámbito municipal[37].

Así lo ha precisado la doctrina, al expresar que el organismo contralor *"realiza control jurídico mediante la emisión de dictámenes que, cuando inciden en las materias administrativas que específicamente señala el artículo 6º de su ley orgánica, constituyen la jurisprudencia administrativa y por ende, tienen carácter vinculante para la administración (Ley Nº 10.336, artículo 5º, inciso 3º, y 19)"* [38].

Tal opinión es reafirmada por otro destacado autor, al hacer presente que *"tales dictámenes vinculan a quienes los solicitan, y a quienes deban aplicarlos (arts.9º y 6 ºy 17 y 19 LOCGR), y no sólo a ellos sino también a quienes siendo particulares se relacionan con la administración, la cual se encuentra vinculada por aquella jurisprudencia contralora constituida por esos dictámenes"* [39].

De este modo, como han señalado nuestros tribunales superiores de justicia, el control jurídico de la CGR se lleva a efecto *"por medio del pronunciamiento que debe hacer sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicios, a través de la emisión de dictámenes jurídicos que, en materia administrativa, deben observar*

---

34 La C.S. ha sentenciado por lo mismo, *"Que estas normas, con base constitucional en el artículo 98 de la Carta Fundamental, confieren a la Contraloría General de la República facultades para interpretar las normas y de este modo ejercer el control de legalidad que prevé dicho precepto"*. (Rol N° 4.533/2009, 13.10.2009).

35 Asimismo, se ha expresado que *"si bien las resoluciones municipales se encuentran exentas del trámite de toma de razón y sólo están afectas a registro, por lo que los decretos alcaldicios relativos a personal rigen 'in actum', esto es, desde la fecha de su dictación y posterior notificación al afectado, la exención de la toma de razón que beneficia a los actos municipales no significa que éstos queden al margen del control de legalidad, ya que el Órgano Contralor puede emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control, conforme lo reconocen los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, artículos 1º, 5º, 6º y 9º de la Ley N° 10.336 y artículos 51 y 52 de la Ley N° 18.695, sobre Municipalidades"*. (Rol N° 5.959/2010, 1.09.2010).

36 Aylwin Azócar, Patricio: *Derecho Administrativo,* 1996, p. 320.

37 Vid. C.S., Rol N° 7.890/2010, 10.12.2010, en donde se expresa que *"la Municipalidad recurrida se encuentra obligada a cumplir el Dictamen Nº 38.280 de la Contraloría General de la República en virtud de lo dispuesto en los artículos 98 de la Carta Fundamental y 10 y 6º de la Ley Nº 10.336, en relación con los artículos 51 y 52 de la Ley Nº 18.695"*.

38 Aylwin Azócar, Patricio: op. cit., p. 172.

39 Soto Kloss, Eduardo: *El Recurso de Protección,* 1982, p. 377.

las reparticiones públicas que los soliciten, y mediante la fiscalización en el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo" [40].

En lo tocante a las limitaciones respecto de la potestad dictaminante, el legislador ha previsto dos situaciones en las que no resulta procedente, como son los asuntos litigiosos y aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia. En tal sentido se ha señalado que el estudio de la legalidad de una resolución exenta de un servicio público y que daba inicio a un procedimiento fijación de tarifas *"no es por su naturaleza, de carácter litigioso, esto es, de aquellos asuntos propensos a mover un litigio o pleito".*[41] Del mismo modo, tampoco se estima como sometida al conocimiento de los tribunales, desde que *"no versan sobre ella las medidas cautelares prejudiciales"* y *"no se pidió tampoco declaración de nulidad o ilegalidad ni se acreditó que existiera en tramitación demanda o recurso presentado ante tribunal alguno"* [42].

Por último, se ha resuelto en recursos de protección en que no ha sido parte la Contraloría General, pero se ha pretendido hacer valer la obligatoriedad de los dictámenes, que éstos no tienen tal carácter para los tribunales y sólo pueden ser considerados como antecedentes ilustrativos[43].

3. Impugnación judicial de los dictámenes

En general se ha estimado que los dictámenes pueden ser impugnados por la vía de recursos de protección. Así, la Corte Suprema ha confirmado una sentencia de Corte de la Apelaciones de Santiago recaída en una protección, en cuyo considerando séptimo dispone que *"tampoco es efectivo que no puede recurrirse de protección en contra de un dictamen de la Contraloría, porque ésta los emite de acuerdo con sus facultades. En efecto, aunque, al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, pero su contenido puede serlo y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva"* [44].

En el mismo sentido y de manera categórica, ese Tribunal de Justicia ha declarado respecto de la Contraloría General de la República que *"el artículo 20 de la Constitución es claro para incluir como tal a todo aquel que sea autor de un acto u omisión ilegal y arbitrario que provoque amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los derechos que señala, de tal*

---

40 C.A. de Santiago, 4 de abril de 2007, Rol Nº 5.711-06, confirmado por C.S. Rol Nº 2008-07.

41 C.A. de Santiago, Rol Nº 8.317-2005, confirmado por la C.S., Rol Nº 2.199-2006.

42 Ibíd.

43 C.A. Santiago, Recurso de Protección Rol Nº 89-89, en sentencia de fecha 19 de mayo de 1989. Tal recurso se declaró sin lugar, resolviendo en su considerando 5º que *"los dictámenes de la Contraloría agregados a esta causa si bien significan un aporte valioso en relación con el fondo del problema planteado en el recurso, esto es, la legalidad o ilegalidad con que se habría tomado el acuerdo que dio origen a las sociedades en cuestión, es lo cierto que tal problema escapa al objeto de la protección solicitada, tal como se dijo anteriormente; además, tales dictámenes no obligan a este Tribunal y a lo sumo podrían ser considerados como antecedentes ilustrativos en relación con la cuestión que nos preocupa".*

44 C.A. Santiago, 16 de enero de 1989, en Recurso de Protección Rol Nº 427-88.

manera que, al no estar expresamente excluido el Organismo Contralor, no debe existir duda en cuanto a que puede ser sujeto pasivo de este recurso" [45].

En ese mismo sentido, la Corte Suprema ha sentenciado que los dictámenes de la Contraloría General de la República obligan a la Administración; por ello, al afectado no le cabe ya actuar ante la autoridad administrativa contra tal pronunciamiento, sino ante los órganos jurisdiccionales por medio de las acciones procesales pertinentes. Y si se trata de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, será apto el recurso de protección, sin perjuicio de que queda siempre a salvo la posibilidad de recurrir a otras acciones que establezcan las leyes, desde que el recurso referido constituye sólo un medio para que la acción de la justicia sea más operante y eficaz[46].

La misma doctrina continúa confirmando invariablemente el máximo tribunal de justicia, al disponer que *"un dictamen de la Contraloría General de la República puede ser corregido por la autoridad judicial competente, en la especie, por la vía del recurso de protección"* [47].

En otra sentencia de la Corte de Apelaciones, en su parte resolutiva manifiesta que corresponde a los Tribunales de Justicia conocer de las disputas entre partes y de acuerdo a lo consagrado en el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales el conocimiento de todos aquellos asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República cualquiera que sea la naturaleza o calidad de las personas que intervengan con excepción de la Contraloría General respecto de los juicios de cuentas[48].

---

45 C.A. Santiago, 13 de septiembre de 1989.

46 C.S., 3 de octubre de 1989, RDJ 86, sec. 5, p. 186.

47 C.S., 5 de noviembre de 1990, R.G.J. Nº 129, p. 111. Se indica en la referida sentencia que *"(...) del referido sentido y tenor literal del artículo 20 de la Constitución Política de la República, así como de la historia fidedigna de su establecimiento, resulta inconcuso que el recurso de protección –con arreglo al indudable sentido y alcance que impone la interpretación de su contenido literal– tiene por finalidad precisamente asegurar que cada uno y todos los funcionarios y las autoridades, individuales o colegiados, del Estado –sin distinción de nivel, jerarquía y naturaleza alguna– y cada persona o grupo de personas particulares, en el ejercicio de sus facultades y derechos –constitucionales, legales o reglamentarios– se encuadren en sus actos u omisiones al imperio del derecho en lo concerniente al ejercicio de los derechos y garantías establecidos en los citados números del artículo 19 antes mencionado, de manera tal que con ellos ninguna persona o autoridad, en sus manifestaciones de voluntad o en su dejar de hacer respecto de ellos, cause a otro privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de esos derechos y garantías. En la jurisprudencia, los Tribunales Superiores han declarado admisible recursos de protección interpuestos de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, en contra de actos de Ministros de Estado, de jefes de servicios nacionales, regionales o provinciales, de la Administración descentralizada, tanto de servicios o instituciones semifiscales, de empresas estatales o municipales; o de organismos autónomos, como las universidades o las municipalidades".* Al efecto Soto Kloss ha precisado que la acción puede dirigirse contra *"persona natural o jurídica, particular o autoridad, cualquiera sea ésta, si la administración, el juez, el legislador o el Contralor..." (El recurso de protección,* Eduardo Soto Kloss, Ed. Jurídica, 1982, p. 309).

48 C.A. Santiago, 2 de agosto de 1990, recurso de protección rol Nº 177-90, confirmada por sentencia de 5 de noviembre de 1990 de la Corte Suprema. En dicha sentencia se precisa que *"el recurso de protección contempla el artículo 20 de la Constitución Política del Estado ampara al que por causa de acto u omisiones arbitrarios o ilegales sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en los números que indica su art. 19, disposición amplia que faculta a cualquier persona, para interponer el recurso ante la Corte de Apelaciones contra actos u omisiones también de cualquier persona natural o jurídica, lo que concuerda con el principio general de que compete a los Tribunales de Justicia conocer de las disputas entre partes y consagrado en el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales al disponer que corresponde a dichos Tribunales el conocimiento de todos aquellos asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República cualquiera que sea la naturaleza o calidad de las personas que intervengan con la sola salvedad respecto de la Contraloría General de la República de las causas de cuentas que le corresponde conocer". Concluyéndose que por lo anterior "un Dictamen de la Contraloría General de la República puede ser corregido por la autoridad judicial competente, o sea, en este caso, por la Corte de Apelaciones de Santiago".*

En otro caso, la Corte de Apelaciones, conociendo de un recurso de protección interpuesto por un particular afectado en una licitación pública por infringir la Contraloría General de la República las bases de la licitación mediante pronunciamiento hecho en un determinado dictamen, aquel Tribunal resolvió que si bien reconoce que las normas constitucionales y legales le otorgan una competencia y *"funciones primordiales"* de velar por el control de juridicidad de los actos de la Administración, sin embargo, sobre la base del principio de jurisdicción y el propio artículo 73 de la Constitución Política, *"el proceder expuesto en el recurso no puede ni ha de substraerse de manera alguna a ese control superior que de todos los asuntos temporales y por mandato de la Constitución corresponde exclusivamente y privativamente a los tribunales de justicia, si el examen de la situación particular de que se trate lo haga exigible de modo manifiesto…"* [49].

En fin, conviene tener presente lo afirmado por dos destacados juristas chilenos, en el ámbito del derecho constitucional y el derecho administrativo, quienes al informar en derecho en materias sometidas a su conocimiento han señalado que *"De la letra, el origen y la historia de su establecimiento, se desprende claramente que el recurso de protección regulado en el citado artículo 20 de la Constitución Política puede impetrarse contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario que cause amenaza, perturbación o privación de algunos de los derechos cautelados, quien quiera sea su autor. La disposición es amplísima en este sentido y la Contraloría General de la República no está excluida como eventual sujeto pasivo de dicho recurso. Un dictamen de la Contraloría General de la República, en cuanto puede declarar o negar derechos con efectos directos y lesivos para terceros, dada su condición de vinculante para la Administración del Estado, es impugnable jurisdiccionalmente; y constituye indudablemente, en ese caso, aún si le negare su carácter de decisión, una amenaza cierta de lesión de derechos, de los que puede reclamarse por vía del recurso de protección"* [50].

Por otro lado, un dictamen pronunciado por la CGR, en el ejercicio de sus atribuciones legales y en materia de su competencia, no se estimó como una actuación ilegal o arbitraria, desde que le corresponde a dicho órgano contralor *"verificar el examen de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración"*, de modo que *"lo que ha hecho el órgano contralor es precisamente ejercer su potestad de fiscalización"* [51].

Del mismo modo, se consideró que no puede ser catalogado como ilegal un dictamen que obliga a recurrente a devolver dinero percibido a título de remuneración, desde que *"el órgano contralor obró dentro de sus facultades constitucionales y legales"*. Sin embargo, se calificó como arbitraria la conducta de la recurrida y atentatoria del derecho de propiedad toda vez que *"ha afectado su derecho de dominio sobre la asignación profesional que con efecto retroactivo Gendarmería le ha pagado"* [52]. En otras palabras, si ya se habían cumplido las condiciones legales para recibir la asignación, se consideró injusto el exigir que se devuelva lo percibido con anterioridad al dictamen de la Contraloría que reconoce el derecho.

---

49 C.A. Santiago, 28 de mayo de 1996, Rol Nº 1.175-96.

50 Silva Bascuñan, Alejandro y Daniel Argandoña, Manuel: "Informe en derecho sobre la Procedencia de un Recurso de Protección en contra de la Contraloría General de la República", publicado en TD, 1988, pp. 100 y 101.

51 C.A. de Santiago, Rol 8.317-2005, confirmado por la C.S. en Rol Nº 2.199-2006.

52 C.A. de Santiago, Rol 6.552-2006, confirmado por la C.S. en Rol Nº 770-2007.

4. Limitaciones establecidas a la procedencia de la protección en la última jurisprudencia

Reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido limitaciones en cuanto a la procedencia del recurso de protección. Así, por ejemplo, se ha estimado que no sería la vía para discutir acerca de la interpretación de las normas administrativas, lo que sería propio de acciones de lato conocimiento[53].

Igualmente, en cuanto al plazo para interponerse, se ha sentenciado que no se suspende por la interposición de acciones administrativas[54].

En cuanto al control de legalidad, se ha señalado por cierta jurisprudencia que dicho control sería más bien de carácter formal[55] o sólo si no ha actuado dentro de su competencia[56]. De forma tal que no le corresponde actuar como órgano contencioso administrativo, lo que es propio de la competencia de los tribunales de justicia[57]. Igualmente, no sería la vía para situaciones en que los derechos no sean indubitados[58].

---

53 Así, se ha sentenciado que *"el medio idóneo para dilucidar cuestiones jurídicas acerca de la correcta interpretación y alcance que debe darse a normas jurídicas, como es el que se presenta en este caso, es el correspondiente a un juicio de lato conocimiento que permita resolver en propiedad acerca de la pretensión del recurrente"*. Y ello, en atención a *"la naturaleza y finalidad del recurso de protección"*, al tratarse de *"una vía urgente, eficaz y extraordinaria, destinada a reparar situaciones de hecho ilegales o arbitrarias que afecten un derecho constitucional no discutido"*. (Rol 1.694/2010, 17.03.2010).

54 Por tanto *"ninguno de los recursos deducidos por el actor –reconsideración y reclamo de ilegalidad– han tenido la virtud de suspender el plazo para el ejercicio de la acción constitucional, por cuanto como esta Corte lo ha expresado en anteriores fallos, el recurso de protección resulta totalmente compatible con el ejercicio de cualquiera otra acción, jurisdiccional o administrativa, dirigida a enervar los efectos nocivos de un acto ilegal o arbitrario, desde que el artículo 20 de la Carta Fundamental es preciso en declarar que esta acción es sin perjuicio de otros derechos"*. (Rol 1.949/2010, 28.04.2010).

55 Así se expresa que *"El parecer de esta Corte es que el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría está autorizada a realizar es de carácter meramente formal, sin que se estime pertinente que, ejerciendo dicho control, pueda revisar la jerarquización de los fines de las normas y procedimientos sometidos a su dictamen, pues dicha tarea es propia del legislador y de la misma administración, en el ejercicio de sus funciones de gobierno, pero a través de las entidades especializadas en cada área del quehacer público. En último término, frente a posiciones discordantes entre partes, son los tribunales de la República, esto es, los órganos jurisdiccionales, los llamados naturalmente a intervenir y resolver cada caso. No parece adecuado pensar que el órgano contralor pueda entrar a calificar la legalidad de fondo de todos los asuntos que pasan por su revisión, pues ello lo transformaría en un supra organismo que tendría siempre la última decisión sobre cualquier materia vinculada al derecho público, aun cuando estuvieren involucrados intereses de particulares"*. (C.A. de Santiago, Rol 5711-2006, consid. 11º, confirmado por la C.S. en Rol Nº 2008-2007).

56 Por ello, se desecha una acción dado que *"tampoco se avizora un proceder arbitrario o ilegal de parte de la Contraloría General de la República, ente recurrido, pues ésta, al expedir el dictamen u oficio recurrido, y que lo hizo precisamente a requerimiento del mismo recurrente, ha obrado dentro del ámbito de sus atribuciones, que le entregan su ley orgánica, Nº 10.336, en concordancia con el artículo 98 de la CPR"*. (Rol N° 7.647/2010, 3.11.2010).

57 En suma, *"la Contraloría no constituye un ente que pueda tener intervención y facultad de decidir en lo contencioso administrativo, pues dicha materia, en ausencia de tribunales especializados, que serían los llamados especial y naturalmente a conocer de este tipo de asuntos, queda en manos de los Tribunales ordinarios de justicia, lo cual se realiza en la práctica bajo la forma de diversos procedimientos: por ejemplo el juicio ordinario para el caso de ejercerse la acción de nulidad de derecho público, o bajo la forma de los diversos reclamos de ilegalidad establecidos en también diversas leyes y que abarcan, igualmente, variados aspectos, o en fin, a través de las también diversas reclamaciones administrativas de que disponen los particulares, todo lo cual no es del caso detallar con mayor profundidad, pues lo dicho tiende simplemente a dejar sentado que la Contraloría General de la República no constituye un órgano jurisdiccional que pueda resolver materias que afectan a intereses ya consolidados de particulares o empresas"*. Por lo mismo, la acción constitucional *"no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados"*. (Rol N° 4.759/2010, 19.08.2010. En el mismo sentido, Rol N° 6.064/2011, 04.08.2011).

58 Por lo mismo, *"el recurso de protección constituye un arbitrio constitucional destinado a proteger el ejercicio de derechos que se encuentran indubitados, esto es, no discutidos, sin que esta vía constituya una instancia de declaración de los mismos. En esta perspectiva, la existencia de una controversia en cuanto a la procedencia de incluir el incremento del valor hora en la base de cálculo del bono de excedentes y acerca de si el bono que no ha sido pagado oportunamente devenga intereses y puede*

Dicha jurisprudencia –más reciente– de algún modo pone en duda la tesis finalista del Órgano Contralor, particularmente frente a peticiones de terceros, en cuanto ello pueda importar ejercicio de facultades propias de los tribunales[59]. Ello ha sido reiterado en otros fallos[60].

ABREVIATURAS USADAS

C.A. : Corte de Apelaciones

CGR : Contraloría General de la República

C.S. : Corte Suprema

GJ : Revista Gaceta Jurídica

RDJ : Revista de Derecho y Jurisprudencia

RDP : Revista de Derecho Público, Universidad de Chile

RDUF : Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae

TC : Tribunal Constitucional

TD : Revista Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral

---

ser reajustado, impide estimar que los recurrentes y las personas a cuyo favor se recurre posean un derecho indubitado que los habilite para reclamar por la presente vía cautelar". (Rol N° 1063/2010, 05.05.2010). De igual forma, *"la discusión de los derechos que en definitiva pueden corresponder a las personas a cuyo favor se recurre debe ser materia del procedimiento pertinente, incoado mediante el ejercicio de las acciones respectivas, porque esta acción es simplemente cautelar de derechos preestablecidos, cual no es el caso".* (Rol N° 11.225/2011, 30.12.2011).

59 Se agrega que *"un parecer contrario al expresado conduciría a un estado de incerteza jurídica, con fuerte impacto en lo económico, puesto que siempre estaría latente la posibilidad de que, frente a determinada actuación de algún instituto u órgano de la administración del Estado, cualquier persona que se sintiere afectada o que incluso invocara derechos genéricos, podría recurrir a la Contraloría General de la República, la que tendría la última palabra en todos los casos en que interviniere, como ya se adelantó, y por razones no sólo de forma, sino que también sustantivas, de tal suerte que los particulares nunca tendrían la posibilidad de concretar asuntos o negocios cuya autorización dependa de alguna autoridad administrativa, en tanto dicha entidad de control no se pronunciare sobre cada uno de tales asuntos. Ello incluso podría obligar a quienes quisieren hacer uso de algún beneficio o autorización concedida por cualquier entidad administrativa a indagar, de modo previo a la concreción de cualquier obra o negocio, el parecer del órgano contralor, lo cual no parece pertinente, porque ello importaría extender el control burocrático de dicha institución a niveles jurídicamente insoportables".* Se concluye que *"lo anteriormente indicado, además, se llevaría a cabo mediante la utilización de procedimientos, por parte de la entidad recurrida, que no se avienen con la correcta defensa de los intereses que cada uno de los involucrados en el asunto de que se trate pueda llevar a cabo. Es así como en este sentido, se advierte que la actividad fiscalizadora que ha llevado a cabo la Contraloría en el caso que se analiza, viene a constituir una suerte de sustituto de la actividad jurisdiccional, sede esta última en la que naturalmente se deben resolver conflictos entre partes, como se dijo anteriormente. Aceptar el criterio que esta Corte rechaza importaría que la normativa de fondo y los procedimientos pertinentes quedarían expuestos a una constante relativización, lo cual resulta incompatible con una actividad regulatoria, ya que la existencia de tales procedimientos garantiza que las decisiones de la autoridad se adopten con la transparencia y publicidad que requieren las actuaciones administrativas, particularmente cuando, como en el presente caso, han de tener impacto económico. En suma, este Tribunal no comparte la tesis finalista, en virtud de la cual el órgano contralor de la República ha emitido un juicio sobre el fondo del asunto, puesto que, reconociendo que tiene facultades para pronunciarse sobre consultas de particulares, no puede realizar una acción invasiva de las atribuciones de otros órganos de la administración del Estado".* (C.A. de Santiago, Rol 5.711-2006, consid. 11º, confirmado por la C.S. en Rol Nº 2.008-2007).

60 En el mismo sentido, véanse los roles Nº 2.224-2006, de 27 julio de 2006; Nº 4.617-2006 de 2 de octubre 2006 y Nº 4.614-2006 de 5 de octubre de 2006.

CONCLUSIONES

De lo señalado puede concluirse que:

1. La toma de razón de los actos administrativos, que importa el control preventivo de sujeción de los mismos a la Constitución y a la ley, tiene fundamento constitucional.

2. Dicha actuación es concreción de los principios de supremacía constitucional y de legalidad.

3. El TC, en diversos pronunciamientos ha señalado que no puede el legislador eximir del control de legalidad a los actos de la Administración.

4. Existe controversia en cuanto a la posibilidad de impugnar judicialmente dicha actuación, en particular a través del recurso de protección. De hecho, en la década de los noventa se presentaron contiendas de competencias que el Senado resolvió a favor de la Contraloría. En últimos fallos, los tribunales superiores de justicia han señalado la improcedencia de dicha vía constitucional.

5. Por su parte, la potestad dictaminante de la CGR encuentra su fundamento en la propia Carta Fundamental (arts. 98 y 99), en el derecho de petición y en los artículos 6º, 9º y 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría.

6. Dichos dictámenes son obligatorios para los funcionarios públicos y no resultan procedentes tratándose de asuntos litigiosos y en aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

7. Dichos actos pueden ser impugnados a través del recurso de protección, particularmente en tanto importe intromisión en las facultades privativas de los tribunales de justicia.

SOBRE EL CONTROL DE LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY

Luis Alejandro Silva Irarrázaval
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago. lsilva@uandes.cl

RESUMEN:

El control de juridicidad de los D.F.L. es una competencia compartida entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Pero el alcance específico de una y otra competencia es una cuestión debatida: Contraloría sostiene una tesis que se enfrenta con la tesis que sostiene el Tribunal Constitucional. La esencia de la discusión es si acaso puede un D.F.L. adolecer de un vicio de mera legalidad. Si se responde afirmativamente, como hace Contraloría, entonces habría supuestos en que el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse sobre el ejercicio de la potestad legislativa delegada del Presidente de la República. Pero en realidad –y es lo que se intenta demostrar en este trabajo– la tesis de la Contraloría está equivocada, porque en los D.F.L. los vicios de ilegalidad son una especie de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional siempre es competente.

Palabras clave: Decretos con fuerza de ley - Supremacía constitucional - Control de juridicidad.

I. Introducción

En el ejercicio de la potestad legislativa delegada, el Presidente de la República debe respetar la ley y la Constitución, o sea, el principio de juridicidad. Por la relevancia que esta función tiene, existen dos órganos autónomos que la controlan: la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Ambos tienen competencia para verificar que los D.F.L. hayan sido dictados conforme al principio de juridicidad.

El principio de juridicidad en el caso de los D.F.L., significa que deben ser conformes con la ley delegatoria y con la Constitución. Esto mismo podría formularse diciendo que los D.F.L. deben ser legales y constitucionales. La competencia de Contraloría para verificar el cumplimiento de estas condiciones está fuera de duda, porque la Constitución dice que deberá representar los D.F.L. que excedan o contravengan la ley delegatoria o que sean contrarios a la Constitución. En cambio, respecto del Tribunal parece ser menos claro, porque la Constitución le reconoce competencia para conocer sobre las cuestiones de constitucionalidad que se planteen respecto de un D.F.L., dejando abierta la pregunta de si esto comprende la relación entre el D.F.L. y la ley delegatoria.

¿Es posible distinguir los vicios de ilegalidad y los vicios de inconstitucionalidad de un D.F.L.? Porque si fuera posible, entonces la competencia del Tribunal Constitucional estaría res-

tringida sólo a los vicios de inconstitucionalidad. En cambio, si no fuera posible, la competencia del Tribunal se extendería a todos los supuestos en que el D.F.L. infringe el principio de juridicidad. La respuesta que se dé será determinante para precisar la competencia del Tribunal Constitucional.

Aceptar la posibilidad de excluir de la competencia del Tribunal Constitucional el conocimiento de una cuestión, por ser exclusivamente de legalidad, significaría aceptar la posibilidad de que haya actos ilegales que no sean inconstitucionales. Esto, a su vez, implicaría una peculiar interpretación del principio de supremacía constitucional, toda vez que el juicio de validez de una norma estaría haciéndose sin referencia alguna a la Constitución.

En realidad, no es posible distinguir los vicios de ilegalidad de los de inconstitucionalidad cuando se trata de verificar si un D.F.L. es conforme al principio de juridicidad. Toda ilegalidad es indefectiblemente una inconstitucionalidad, porque la Constitución no admite que un órgano estatal (en este caso, el Presidente de la República) actúe fuera de las competencias que le señale la ley.

El trabajo está dividido en siete partes. En la primera se enuncia el problema que suscita el control de juridicidad de los D.F.L. y que justifica esta breve investigación. La segunda y la tercera partes exponen las tesis contrapuestas de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional, respecto de las competencias de uno y otro órgano para controlar los D.F.L. En la cuarta parte se extraen las consecuencias que nacen de aceptar una u otra tesis, y en las partes quinta y sexta se desarrollan los argumentos que sostienen sendas tesis. La última parte es, a mi juicio, la más interesante, porque en ella se expone la tesis de este trabajo, que es mostrar la inseparabilidad práctica que existe entre la ley y la Constitución, como parámetros de control de los D.F.L.

II. El control de juridicidad de los D.F.L.

Los D.F.L. son actos del Presidente de la República sujetos al control jurídico de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional. El mecanismo de control de estos actos está diseñado por la Constitución, sin perjuicio de las disposiciones complementarias que se hallan en la LOCTC[1].

De las disposiciones constitucionales que reglan el control de los D.F.L., es posible identificar varias diferencias entre el control que efectúa la Contraloría y el que efectúa el Tribunal Constitucional. De entre estas diferencias, me interesa analizar una que es problemática y que se refiere al alcance de la competencia de uno y otro órgano.

La competencia de la Contraloría General y del Tribunal Constitucional para controlar los D.F.L. descansa en los supuestos de antijuridicidad que la Constitución establece. En el caso de Contraloría, dice la Constitución que deberá representarlos cuando excedan o contravengan la

1 Los artículos 25C N° 4 y el párrafo 4° (artículos 46 a 46D) de la Ley Nº 17.997.

ley delegatoria (artículos 64 inciso 6º y 99 inciso 2º), o cuando sean contrarios a la Constitución (artículo 99 inciso 2º)[2]. Tratándose del Tribunal Constitucional, dice que deberá resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que suscite un D.F.L. (artículo 93 N° 4).

Lo que interesa analizar aquí es si los supuestos para controlar la juridicidad de los D.F.L. determinan competencias de diferente alcance. En otras palabras, si la competencia de Contraloría es más amplia que la del Tribunal Constitucional, en consideración a que los supuestos de control en su caso son tres, y uno en el caso del Tribunal Constitucional. La respuesta a esta cuestión es polémica, y la Contraloría sostiene una tesis contraria a la que sostiene el Tribunal Constitucional.

III. El control de los D.F.L. en la tesis de la Contraloría

La Contraloría General de la República sostiene que los supuestos en que puede representar un D.F.L. determinan una competencia más amplia que la del Tribunal Constitucional. La razón para afirmarlo es que los supuestos en que el D.F.L. excede o contraviene la ley delegatoria implican un control de legalidad (la confrontación del D.F.L. con su ley habilitante), que se suma al control de constitucionalidad que supone verificar si el D.F.L. es contrario a la Constitución. En cambio, el Tribunal Constitucional sólo puede examinar la constitucionalidad del D.F.L., pero en ningún caso su legalidad, porque no es competente para decidir si el D.F.L. excedió o contravino la ley delegatoria.

La tesis de la Contraloría está principalmente desarrollada en el Dictamen Nº 47.681, de 23 de octubre de 2003, con que respondió el oficio que le dirigió el Tribunal Constitucional durante la tramitación de las causas roles Nºs. 392, 393 y 394[3]. En dicho dictamen, concluyó la Contraloría que *"no corresponde que ese Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento, ejerciendo la atribución prevista en el artículo 82 N° 3 [actual artículo 93 N° 4] de la Carta Fundamental, acerca de si un decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria que le da origen, toda vez que, de acuerdo con la normativa constitucional vigente que regula la materia, el control de legalidad de los decretos con fuerza de ley está entregado privativamente a esta Contraloría General de la República".*

El profesor Francisco Zúñiga sostuvo la misma tesis de la Contraloría, pero antes del Dictamen Nº 47.681[4]. Él distinguió claramente entre la ley y la Constitución como parámetros de control del D.F.L., y la confrontación del D.F.L. con su ley habilitante es propia del juicio de legalidad, que corresponde exclusivamente a la Contraloría[5]. El mismo camino siguió Molina, pero llevando más lejos sus consecuencias: el D.F.L. que excedió o contravino su ley habilitante,

---

2 Originalmente, la Contraloría sólo podía actuar en las hipótesis de exceso o contravención de la ley delegatoria, de acuerdo a la Constitución de 1925 después de la reforma constitucional de 1970. La Constitución de 1980 amplió su competencia, para examinar también si el D.F.L. era contrario a las normas de la Constitución. Ribera (2004), pp. 126-130.

3 Las causas fueron acumuladas y falladas en la sentencia rol 392, de 18 de noviembre de 2003, porque hubo tres requerimientos distintos, pero dirigidos contra el mismo acto, el D.F.L. N° 21/2003, del Ministerio de Hacienda.

4 De hecho, el profesor Zúñiga fue citado en el dictamen.

5 Zúñiga (2001). Lo mismo en Zúñiga (2002), p. 89. En el mismo sentido, Verdugo et al. (1997), p. 247.

no tiene más jerarquía que un decreto supremo y, por lo tanto, cualquier tribunal puede declarar su ilegalidad[6]. Mas no así el Tribunal Constitucional, que sólo puede controlar los vicios de constitucionalidad, al punto que el Presidente de la República no puede requerir su intervención cuando la Contraloría ha representado un D.F.L. "por ilegalidad o simple antijuridicidad" [7].

IV. El control de los D.F.L. en la tesis del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional afirma que los supuestos del artículo 99 de la Constitución son todos supuestos de inconstitucionalidad. Esto significa que puede juzgar si un D.F.L. excedió o contravino su ley delegatoria, así como si es conforme o no a la Constitución. Por lo tanto, su competencia sería más amplia que la de la Contraloría General, porque además de responder a los mismos supuestos, puede ser ejercitada antes y después de la toma de razón del D.F.L.[8]

La tesis del Tribunal Constitucional se halla desarrollada fundamentalmente en la sentencia roles acumulados Nºs. 392, 393 y 394, de 18 de noviembre de 2003. Allí contesta a la tesis de Contraloría General, defendiendo su competencia para decidir si el D.F.L. se ajusta a su ley delegatoria. En efecto, se pregunta el Tribunal Constitucional *"si la extralimitación del Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad delegada, origina sólo un problema de ilegalidad o, también, suscita uno de inconstitucionalidad"* (considerando 1º). Y la respuesta brota de un sencillo razonamiento: *"es de absoluta nitidez que si la Norma Fundamental exige que la ley delegatoria señale las materias precisas sobre las que recae la delegación, es porque esta delegación sólo autoriza al Presidente de la República para actuar dentro de los límites determinados en la autorización correspondiente y, al sobrepasarlos, es notorio que está contraviniendo la prohibición contenida [en el artículo 64 de la Constitución, entonces artículo 61]"* (considerando 9º). Además, estaría contraviniendo el artículo 63 y el artículo 7º de la Constitución.

La objeción presentada por Contraloría, acerca de la naturaleza legal y no constitucional de la disconformidad entre el D.F.L. y su ley delegatoria (sea por exceso, sea por contravención), es resuelta por el Tribunal probando que al excederse o contravenir el D.F.L. su ley habilitante, incurre en un vicio de inconstitucionalidad. En pocas palabras, ilegalidad e inconstitucionalidad son vicios que se identifican.

Esta identificación de los vicios de legalidad e inconstitucionalidad es lo que sostiene Ribera, cuando se refiere a la inconstitucionalidad indirecta en que incurre un D.F.L. que excede o contraviene la ley delegatoria: *"una inconstitucionalidad puede deberse a que la norma sujeta a control contraviene directamente la Constitución (inconstitucionalidad directa) o porque transgrede el marco delegatorio que autoriza su existencia (inconstitucionalidad indirecta)"* [9]. E inmediatamente explica que *"es indirecta, pues el Tribunal Constitucional para comprobar el*

6 Molina (2001). Nogueira (2001) sostiene esta tesis también.

7 Molina (2001).

8 Antes de la toma de razón, artículo 99 inciso 7º de la Constitución y 46A inciso 2º y 46D inciso 1º de la LOCTC; después de la toma de razón, artículo 93 N° 4 de la Constitución y 46 inciso 1º de la LOCTC.

9 Ribera (2004), p. 141.

cumplimiento de los preceptos constitucionales debe necesariamente realizar una comparación entre el decreto con fuerza de ley y la ley delegatoria" [10]. Cazor también defiende la tesis del Tribunal Constitucional, porque sostiene que ilegalidad e inconstitucionalidad son vicios concurrentes en el caso de los D.F.L. disconformes con su ley habilitante: es una "violación de la Constitución a través de la violación de la ley delegante".[11]

V. La incompatibilidad de las tesis y sus consecuencias

Las tesis de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional son incompatibles, y las consecuencias que se siguen de una y otra son diferentes. La incompatibilidad radica en la calificación del vicio que afecta a un D.F.L. que excede o contraviene la ley delegatoria: La Contraloría dice que es ilegalidad y el Tribunal dice que es inconstitucionalidad. Las consecuencias de la calificación que se admita inciden en la determinación de los legitimados activos para solicitar al Tribunal Constitucional un pronunciamiento, porque si se admite que es una cuestión de legalidad, entonces los parlamentarios no pueden requerir en contra del D.F.L. por exceder o contravenir la ley delegatoria. Esto podría interpretarse como una alteración del equilibrio de los poderes estatales, porque las posibilidades del legislativo para fiscalizar al ejecutivo se verían disminuidas. Pero también supondría una definición de los poderes de control de Contraloría General de la República, que pasaría a ser el único órgano competente para pronunciarse sobre la adecuación del D.F.L. con su ley habilitante[12].

El estudio de cuál tesis sea la correcta –si la de Contraloría o la del Tribunal Constitucional– no es una cuestión irrelevante desde el punto de vista práctico. La búsqueda de la respuesta a este problema está justificada, porque de la conclusión que se obtenga dependerá en parte el modo de funcionamiento de los mecanismos de ejercicio y control del poder estatal. Con el fin de aproximarnos de la manera más justa al problema, revisaré los argumentos que sostienen las respectivas tesis.

VI. Los argumentos de la tesis de la Contraloría

Los argumentos de la tesis de Contraloría son dos. El primero se basa en la distinción que existe entre legalidad y constitucionalidad. El segundo, en cambio, descansa en la interpretación de las distintas disposiciones legales y constitucionales que regulan el control jurídico de los D.F.L.

---

10 Ribera (2004), pp. 141-142. Henríquez (2010), p. 159, en el mismo sentido: "toda vulneración del decreto con fuerza de ley a su ley delegatoria se traduce en una violación de la Constitución, aunque indirectamente". Moraga (2010), p. 48, no distingue entre inconstitucionalidad directa e indirecta, sino que entiende el artículo 93 inciso 7º en el sentido "que es igual y directamente inconstitucional contravenir la ley delegatoria o contravenir de cualquier otro modo la Constitución".

11 Cazor (2002), p. 113.

12 Si se acepta la tesis de la Contraloría, entonces el Presidente de la República no podría solicitar la intervención del Tribunal Constitucional para que juzgue un D.F.L. representado por exceder o contravenir la ley delegatoria. Porque si estos supuestos son de ilegalidad, entonces el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse, ya que no tiene competencia para juzgar la legalidad de un D.F.L.

A. La distinción de los supuestos de legalidad y constitucionalidad

La ley y la Constitución son normas distintas y, por lo tanto, el juicio de conformidad de un acto con la ley y con la Constitución es distinto también. Cuando se juzga si un D.F.L. excedió o contravino la ley delegatoria, la medida del juicio es la ley y la cuestión es de legalidad. En cambio, cuando se juzga si un D.F.L. es contrario a la Constitución, el parámetro es la Constitución y la cuestión es de constitucionalidad.

Comparar el contenido de un D.F.L. con su ley habilitante es una operación distinta a la comparación del mismo D.F.L. con la Constitución. De hecho, es posible que un D.F.L. sea conforme a la ley y contrario a la Constitución, es decir, que sea legal e inconstitucional[13]. Y esto, en principio, sólo es posible si se reconoce que las esferas de la legalidad y de la constitucionalidad son distintas e independientes[14].

Nogueira resume claramente esta posición: *"respecto del control de los requisitos de fondo de los Decretos con Fuerza de Ley, puede distinguirse entre los vicios de legalidad y los vicios de constitucionalidad, que responden a la idea de ajustarse a la ley habilitante o la Constitución, respectivamente"* [15].

B. La interpretación del estatuto normativo

Las disposiciones que reglan el control jurídico de los D.F.L. parecen apoyar la tesis de la Contraloría, porque de ellas se podría inferir que hay unos supuestos de control que se refieren a vicios de legalidad y otros supuestos que se refieren a vicios de constitucionalidad.

La primera prueba que se puede presentar a favor de la tesis de la Contraloría es la distinción que hace el texto de la Constitución entre los supuestos de control. Porque efectivamente la Constitución enumera tres hipótesis en que la Contraloría puede representar un D.F.L., mientras que una sola en el caso del Tribunal Constitucional. ¿Por qué? Esta diferencia se explicaría como una consecuencia de las diferentes competencias de uno y otro órgano: la Contraloría siempre ha tenido el control de legalidad de los actos del ejecutivo y desde 1970 el de constitucionalidad. Por su parte, al Tribunal Constitucional le compete por su propia definición exclusivamente el control de constitucionalidad.

Una segunda prueba que podría ofrecerse en pos de la tesis de la Contraloría se funda en el artículo 46B N° 3 de la LOCTC. Este numeral dispone que el requerimiento de los parlamentarios contra un D.F.L. deberá declararse inadmisible cuando *"la cuestión (…) se funde en alegaciones de legalidad".* Esta causal de inadmisibilidad incorporada el 2009 vendría a corroborar la diferencia e independencia que habría entre los ámbitos de la legalidad y de la constituciona-

---

13 Contraloría suscribe la teoría de la ley pantalla, Silva (2008), pp. 148-152. Una referencia más actualizada, Pallavicini (2010), pp. 116 y ss.

14 El Dictamen Nº 73.055/2010 demuestra que esta es una doctrina asumida por la Contraloría y que es consistente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

15 Nogueira (2001).

lidad[16]. Esta causal existe precisamente por la posibilidad de que un requerimiento se base en un problema de legalidad del D.F.L.: ¿y qué problema podría ser este, sino que ha excedido o contravenido su ley delegatoria?[17].

VII. Los argumentos de la tesis del Tribunal Constitucional

La tesis del Tribunal Constitucional descansa, como era de esperar, en los argumentos contrarios a los de la tesis de Contraloría. Un primer argumento consiste en la identificación entre ilegalidad e inconstitucionalidad que se produce en los supuestos de control de los D.F.L. El otro argumento consiste en una interpretación del estatuto normativo que regla el diseño y ejercicio del control jurídico de los D.F.L.

A. La inseparabilidad de los supuestos de legalidad y constitucionalidad

Uno de los argumentos que sostuvo el Tribunal Constitucional para acoger el requerimiento contra el D.F.L. por haber excedido su ley delegatoria en la sentencia rol 392 fue la inconstitucionalidad de cualquiera de los supuestos de antijuridicidad de un D.F.L. El razonamiento fue sencillo: si el artículo 64 inciso 4º (entonces artículo 61 inciso 4º) dice que la ley delegatoria *"señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación"*, con el fin de que el Presidente de la República no se extralimite, significa entonces que cuando el Presidente se extralimita, contraviene el artículo 64 de la Constitución. Razonamiento análogo sigue respecto del artículo 7º de la Constitución: si el Presidente excede o contraviene la ley delegatoria, entonces actúa fuera de su competencia e infringe por esto la Constitución[18].

El razonamiento del Tribunal Constitucional identifica la disconformidad de la ley y la disconformidad con la Constitución. Este argumento excluye, por lo tanto, la ilegalidad como un vicio posible del D.F.L.; toda ilegalidad es inconstitucionalidad. En este punto, la doctrina de la sentencia rol 392 es la misma que sostuvieron los Ministros Bertelsen y Venegas en su disidencia en la sentencia rol 1.288. No existe, afirmaron, la posibilidad de plantear una cuestión de legalidad respecto de un D.F.L., pues si el Presidente de la República, al dictarlo excede el ámbito de la ley delegatoria, *"actuará fuera del ámbito de sus competencias y no cumplirá con uno de los requisitos de validez que el artículo 7º de la Carta Fundamental contempla para la actuación de todo órgano del Estado, siendo, en tal caso, ella inconstitucional y no meramente ilegal"* [19].

---

16 La causal fue incorporada con ocasión de la reforma de la LOCTC.

17 Parecería que el propio Tribunal Constitucional sostiene esta interpretación, puesto que no objetó la causal cuando hubo de controlar la constitucionalidad de su propia ley orgánica. Más todavía, considerando que hubo una disidencia justamente sobre esta causal, de los Ministros Bertelsen y Venegas, STC 1288, de 25 de agosto de 2009, considerando 3º.

18 Sentencia rol 392, considerando 9º. La doctrina sostenida en esta sentencia contrasta con la sostenida, por ejemplo, en la sentencia rol 1.053, de 22 de mayo de 2008: *"más que una contravención a la Carta Fundamental, lo que se reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente, lo que exorbita las facultades de este Tribunal, quien no está llamado a resolver las controversias de legalidad"* (cons. 30º).

19 Sentencia 1.288, de 25 de agosto de 2009, considerando 3º. Dada esta identificación de los argumentos, entre la sentencia rol 392 y el voto disidente de la sentencia rol 1.288, resulta difícil justificar la causal de inadmisibilidad del artículo 46B N° 3 de la

B. La interpretación del estatuto normativo

Así como las disposiciones legales y constitucionales podían ser interpretadas a favor de la tesis de la Contraloría, también pueden serlo a favor de la tesis del Tribunal Constitucional.

Un primer argumento se basa en el artículo 99 inciso 3º de la Constitución, que autoriza al Presidente de la República para remitir al Tribunal Constitucional los antecedentes de un D.F.L. representado por la Contraloría, cuando no se conforme con dicha representación, para que el Tribunal dirima la controversia. Si la Contraloría pudiera representar un D.F.L. por cuestiones de legalidad, entonces se enfrentaría la siguiente alternativa: o bien se entiende que el Presidente no puede remitir los antecedentes al Tribunal cuando la Contraloría ha representado el D.F.L. por exceder o contravenir la ley delegatoria, o bien se entiende que el Tribunal Constitucional es competente para juzgar cuestiones de legalidad en el control de los D.F.L. La primera posibilidad de la alternativa altera el diseño de los pesos y contrapesos de los poderes estatales[20]; la segunda posibilidad se contradice con la tesis de la propia Contraloría.

Una segunda forma de entender el artículo 99 inciso 3º de la Constitución es cambiando el punto de partida: la Contraloría no puede representar un D.F.L. por cuestiones de mera legalidad; toda ilegalidad es, al mismo tiempo, inconstitucionalidad. Esta es la forma como lo entiende el Tribunal Constitucional.

Aceptar que, cualquiera sea la razón por la que la Contraloría represente un D.F.L., la decisión de ésta es siempre susceptible de ser sometida al juicio del Tribunal Constitucional, representa una posición que armoniza mejor con el artículo 93 N° 4 y su inciso 7º y, en general, con la concentración del control de constitucionalidad en dicho Tribunal.

VIII. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: DISTINTOS PERO INSEPARABLES

¿Quién tiene razón, la Contraloría General de la República o el Tribunal Constitucional? Creo que existen fuertes motivos para demostrar que la posición del Tribunal Constitucional es más conveniente que la de la Contraloría[21]. Pero ahora no me interesan estos motivos de conveniencia, sino otro motivo: uno que conduce necesariamente al asentimiento de la tesis del Tribunal Constitucional. Y este motivo es la imposibilidad de separar los juicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad de un D.F.L.

La propia jurisprudencia de la Contraloría sirve para demostrar que, en la mayoría de los casos, el control de legalidad y el de constitucionalidad obedecen a los mismos supuestos, en que la infracción a la ley y la infracción a la Constitución se identifican.

LOCTC. Porque si las diferencias entre el D.F.L. y la ley delegatoria son siempre inconstitucionales, ¿a qué hipótesis se pueden referir las "alegaciones de legalidad"?

20 Así razonó el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 392, considerando 5º.

21 Permite un control más amplio del ejercicio de la facultad legislativa delegada; confirma el diseño concentrado del sistema de control de constitucionalidad; contribuye a un mejor equilibrio de los poderes estatales.

A. La sintonía entre legalidad y constitucionalidad en la jurisprudencia de la Contraloría

Una cosa es lo que la Contraloría dice que hace y otra distinta es lo que hace. La Contraloría insiste en distinguir el ámbito de la legalidad del ámbito de la constitucionalidad, como si fueran dos cuestiones enteramente distintas y separables. Pero en la práctica, la Contraloría no es consistente con este supuesto. De hecho, es posible advertir en su jurisprudencia que la legalidad y la constitucionalidad del D.F.L. son cualidades que coinciden. Con un par de ejemplos, esto queda más claro.

El primer ejemplo es el Dictamen Nº 7.284, de 9 de febrero de 2010, con que la Contraloría representó por inconstitucionalidad el D.F.L. N° 271/2009, del Ministerio de Obras Públicas. El D.F.L. N° 271/2009 modificó los requisitos de ingreso y promoción de la planta de personal de la Dirección General de Obras Públicas. La Contraloría estimó que el mentado D.F.L. afectó "la carrera funcionaria a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política de la República". Pero ¿cómo llegó a esta conclusión? Analizó prolijamente las disposiciones del D.F.L. a la luz del principio de jerarquía que estructura la carrera funcionaria. Pero este principio se halla consagrado en la ley, principalmente en los artículos 7º, 11, 17 y 45 de la Ley Nº 18.575, en armonía con los artículos 3º, 5º, 9º, 32 y 64 de la Ley Nº 18.834. Esto significa que el análisis de juridicidad del D.F.L. N° 271/2009 incorporó la ley como criterio de juicio. Y de hecho, el dictamen se refiere más o menos detenidamente a cada una de las normas legales aludidas, para luego concluir que el D.F.L. es inconstitucional; la Contraloría examina la legalidad del D.F.L. y concluye que es inconstitucional, porque *"de los preceptos citados [se refiere a las normas legales mencionadas en este párrafo], se desprende que los principios de la carrera funcionaria a que alude el artículo 38 de la Carta Fundamental, han sido legalizados por la referida normativa orgánica constitucional, que junto con el citado Estatuto Administrativo, se encarga, además, de desarrollarlos".* Esto es importante, puesto que la Constitución ha sido "legalizada"; la infracción de la ley que "legalizó" la Constitución es, al mismo tiempo, infracción de la Constitución[22].

El segundo ejemplo es el Dictamen Nº 73.055, de 6 de diciembre de 2010. El dictamen es la respuesta a un oficio del Tribunal Constitucional para que presente sus observaciones a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad contra el D.S. N° 264/2010 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que fijó normas complementarias a la normativa sobre televisión digital[23]. El vicio que se le reprocha en el requerimiento es la infracción del principio de reserva legal, porque limita derechos fundamentales. La Contraloría aconseja al Tribunal Constitucional rechazar el requerimiento, porque el D.S. es constitucional. Para justificar su opinión, analiza en el dictamen cada una de las infracciones a la Constitución contenidas en el requerimiento. Respecto de la supuesta vulneración de la garantía del artículo 19 N° 12 (porque

---

22 El Dictamen Nº 31.619/2001 confirma esta tesis al afirmar que, en virtud de la supremacía constitucional y el carácter normativo de la norma constitucional, las disposiciones de la Constitución son *"aplicables a las situaciones que regula directamente sin necesidad de la intermediación del texto legal, salvo cuando la propia Constitución se remita a la ley, como condicionante de su aplicación efectiva".*

23 Creo que es irrelevante que no se trate de un D.F.L., porque la obligación de la Contraloría es la misma que tiene respecto de los D.S.: control de legalidad y de constitucionalidad. La sentencia del Tribunal Constitucional es la rol 1.849, de 12 de mayo de 2011.

los canales de televisión serían asignados administrativamente), la Contraloría estuvo por desestimarlo, porque no se habría interpretado correctamente el artículo 15 inciso final de la Ley Nº 18.168 ni los artículos 12 letra e) y 27 de la Ley Nº 18.838. Además, dijo la Contraloría, debe tenerse en cuenta que el mismo decreto impugnado dispone que las asignaciones de nuevos canales se efectuarán "conforme a la ley"; luego, no se observa en este punto "cómo el decreto en examen excedería o afectaría las mencionadas normas constitucionales". Respecto de la eventual infracción del artículo 19 N° 22 (porque la asignación de los canales obedecería a criterios arbitrarios), Contraloría aconsejó su rechazo, porque la falta de criterios que se le reprocha al D.S. obedece a una omisión de la ley que aplica, es decir, el defecto no sería del D.S. sino de la ley. Por último, respecto de las garantías N°s 23 y 24 del artículo 19, que se verían vulneradas por asignaciones administrativas temporales de frecuencias de emisión, contestó Contraloría que *"… no se aprecia cómo los numerales 23 y 24 de la Carta Fundamental serían vulnerados por el decreto impugnado, toda vez que por una parte el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia [art. 15 inciso final de la ley 18.168] (…) permite expresamente el uso del espectro radioeléctrico mediante permisos y, por otra (…), la determinación y asignación de frecuencias es potestad del Ministerio (…) en conformidad [al artículo] (…) 24 de la referida ley N° 18.168".* En otras palabras, no es inconstitucional porque es legal. Como se puede ver, cada uno de los tres vicios de inconstitucionalidad reprochados al D.S. fueron rebatidos por la Contraloría con argumentos basados en la ley y su correcta interpretación. Podría decirse, resumiendo el discurso de Contraloría, que el D.S. no es inconstitucional, porque no es ilegal o, también, que el D.S. es constitucional porque es legal.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República muestra que la legalidad y la constitucionalidad de los D.F.L. son cualidades cuyo enjuiciamiento no se separa. Es más, podría también inferirse que la constitucionalidad es una cualidad que está prácticamente casi condicionada por la legalidad, debido a que la legalidad es, en principio, un presupuesto de la constitucionalidad.

Lo que la Contraloría dice que hace no es consistente con lo que hace: aunque postula una separación entre lo legal y lo constitucional, de hecho parece condicionar lo constitucional a lo legal. Esta inconsistencia que puede detectarse entre lo que la Contraloría hace y lo que dice que hace, puede encontrar una explicación satisfactoria si se entiende la concepción que tiene del principio de supremacía constitucional.

B. El concepto de supremacía constitucional en la jurisprudencia de la Contraloría

En relación al control de juridicidad de los D.F.L., la Contraloría fundamenta en la Constitución su competencia exclusiva para controlar la legalidad de los D.F.L.; si sólo ella puede juzgar la conformidad de un D.F.L. con su ley delegatoria, es por expreso mandato de la Constitución: actuar de otro modo significaría desconocer la supremacía de la norma constitucional.

La Contraloría dice que la Constitución distingue claramente los vicios de legalidad y de constitucionalidad de un D.F.L. Y sobre esta distinción, defiende su competencia exclusiva para controlar los vicios de legalidad, dejando al Tribunal Constitucional el control de los de consti-

tucionalidad. Pero la propia Contraloría se contradice con este presupuesto y, por lo tanto, con su conclusión. La demostración de esta contradicción se puede hacer a partir de la doctrina de la ley pantalla.

Las raras veces que la Contraloría se ha encontrado con un decreto o resolución legal pero inconstitucional, ha declinado su representación, porque entiende que al hacerlo estaría declarando indirectamente la inconstitucionalidad de la ley que habilita el acto[24]. Puesto que la Constitución no le ha entregado competencia para controlar la constitucionalidad de la ley vigente, debe abstenerse de declarar la inconstitucionalidad del acto que aplica correctamente esa ley inconstitucional. Habla por sí solo el siguiente texto de un dictamen de la Contraloría: *"si bien esta Entidad Fiscalizadora debe representar un decreto con fuerza de ley no sólo cuando exceda o vulnere la ley delegatoria, sino también cuando infrinja una norma constitucional (…), en este último aspecto no cabría la representación, de acuerdo con las facultades que le asisten, en caso que, conformándose estrictamente el decreto con fuerza de ley a la normativa delegatoria, la inconstitucionalidad derivare de ésta (…). Por lo demás, la Constitución Política consulta mecanismos especiales para declarar la inconstitucionalidad de las leyes"* [25].

En principio, podría parecer que esta doctrina de la ley pantalla confirma el presupuesto que se quiere discutir, porque se basa precisamente en la distinción entre legalidad y constitucionalidad: el acto es legal e inconstitucional, ¿cómo puede ser esto posible si la legalidad y la constitucionalidad no son cosas distintas y separables?

La doctrina de la ley pantalla en la jurisprudencia de la Contraloría revela que este órgano entiende que la supremacía constitucional le exige observar la ley aunque ésta sea inconstitucional. Pero al entender que la supremacía constitucional le exige respetar la ley aunque sea contraria a la Constitución, entonces está asumiendo que, al menos en cierto sentido, constitucionalidad y legalidad son sinónimos: si la Contraloría no aplica la ley, incurre en una inconstitucionalidad. Si este razonamiento lo trasladamos al problema de los D.F.L., ¿no cabría decir lo mismo del ejercicio de la potestad legislativa delegada por parte del Presidente de la República? Esto significaría que si el Presidente no se ajustara a la ley delegatoria, incurriría en una inconstitucionalidad. Si así fuera –como creo que es–, entonces el D.F.L. ilegal sería inconstitucional, por lo que la ilegalidad y la inconstitucionalidad serían en este caso sinónimos.

La sujeción estricta a sus competencias es, para la Contraloría General de la República, una exigencia básica de la supremacía de la Constitución. Apartarse de ellas, por ejemplo para juzgar la constitucionalidad de una ley, es una inconstitucionalidad. Exactamente lo mismo ocurre en el caso de los D.F.L.: la supremacía de la Constitución exige que el Presidente de la República no se aparte de la ley delegatoria en el ejercicio de la potestad delegada. Si lo hace, incurre en una inconstitucionalidad. Esto es lo mismo que afirmar que un D.F.L. ilegal es siempre inconstitucional. Y esta es la tesis del Tribunal Constitucional.

---

24 Por todos, Dictamen Nº 30.193/2006.

25 Dictamen Nº 5.748, de 13 de febrero de 1996. Silva (2000), p. 85: *"aun cuando al Contralor merezca reparos de inconstitucionalidad la ley autorizante, ello no puede llevarle a rechazar por vicio de inconstitucionalidad, sustentado en tales defectos, el decreto con fuerza de ley en examen. La ley autorizante es una ley promulgada y los vicios de inconstitucionalidad de que pudiera adolecer sólo pueden apreciarlos [sic] la Corte Suprema"*.

CONCLUSIÓN

El control de juridicidad de los D.F.L. no admite una separación tajante entre legalidad y constitucionalidad, porque ajustarse a la ley delegada (legalidad) es una condición de constitucionalidad del ejercicio de la potestad delegada. La tesis de la Contraloría General de la República sobre el control de los D.F.L. es, por lo tanto, equivocada. Y la doctrina de la ley pantalla defendida por la propia Contraloría, demuestra que su concepción de la supremacía constitucional es inconsistente con su tesis acerca de los D.F.L. y su control.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cazor, Kamel (2002): *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República,* dos tomos (Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 535 pp.

Henríquez, Miriam (2010): "El control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en Nogueira, Humberto (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional* (Santiago, Librotecnia), pp. 147-160.

Molina, Hernán (2001): "Los decretos con fuerza de ley en la Constitución de 1980". Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200006&lng=es&nrm=iso* [fecha de consulta: 11 de mayo de 2012].

Moraga, Claudio (2010): "Control de los decretos con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público,* Vol. 72: pp. 40-51.

Nogueira, Humberto (2001): "La delegación de facultades legislativas en el ordenamiento jurídico chileno". Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200005&lng=es&nrm=iso* [fecha de consulta: 8 de mayo de 2012].

Pallavicini, Julio (2010): "Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público,* Vol. 72: pp. 108-132.

Ribera, Teodoro (2004): "El control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público,* Vol. 66: pp. 121-144.

Silva, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo VII (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Silva, Luis Alejandro (2009): *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales* (Santiago, LegalPublishing), 308 pp.

Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (1997): *Derecho Constitucional,* Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Zúñiga, Francisco (2001): "Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria". Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200007&lng=es&nrm=iso* [fecha de consulta: 8 de mayo de 2012].

Zúñiga, Francisco (2002): *Elementos de jurisdicción constitucional,* Tomo II (Santiago, Universidad Central de Chile), 279 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 47.681/2003.

Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 30.193/2006.

Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 7.284/2010.

Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 73.055/2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 392, de 18 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 1.053, de 22 de mayo de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 1.288, de 25 de agosto de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 1.849, de 12 de mayo de 2011.

EL MÉRITO, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Baltazar Morales Espinoza
Magíster Derecho Público
Facultad de Derecho Universidad de Concepción. bamorale@udec.cl.

RESUMEN:

En el trabajo en curso el autor analiza la posición de la Contraloría General de la República en torno al control del mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad administrativa durante los últimos sesenta años, incluida la influencia de la Ley Nº 19.817 del año 2002.

Se propone que, no obstante la postura contralora, fundada y tradicional, de no intervención, el ente de control por imperativo valórico de base constitucional y legal debe y puede ejercer revisión en los ámbitos de mérito, oportunidad y conveniencia de la actuación administrativa.

Palabras clave: Mérito - Oportunidad - Conveniencia.

I. Introducción

Durante muchas décadas, se ha afirmado como un paradigma del administrativismo local que a la Contraloría General de la República no le corresponde el control del mérito, oportunidad o conveniencia de las actuaciones administrativas.

En efecto, y como lo veremos a lo largo de estas páginas, en los últimos decenios, la existencia y funcionamiento del ente contralor ha girado en torno al tópico comentado, viéndose ello reforzado con la dictación de la Ley Nº 19.817 publicada en el Diario Oficial el 26 de julio del año 2002, texto legal, que reformando la Ley Nº 10.336 del ente contralor, dispuso entre otras modificaciones la incorporación del artículo 21º B, que vino a reiterar lo planteado al inicio de este apartado.

La motivación de este trabajo, al cumplirse 10 años de la Ley Nº 19.817 ya mencionada, es abordar el dogma esbozado y determinar su vigencia al contrastarlo con nuestra época actual, y particularmente con nuestra Ley Fundamental.

II. Estado anterior a la Ley Nº 19.817 del año 2002

La Contralora General de la República, en forma constante, uniforme y reiterada, a través de sus dictámenes emitidos desde mediados del siglo XX, ha expresado la declaración de principios expuesta, esto es, que *"a Contraloría le compete ejercer el control de legalidad de los actos de la administración con prescindencia de los aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad de*

las medidas que se adopten, cuya ponderación incumbe privativamente a la administración activa" [1-2].

El doctrinador Arturo Aylwin Azócar, el año 1992, y a propósito de un artículo sobre la toma de razón señalaba[3]:

"…Por consiguiente, cuando la Contraloría General de la República estudia el decreto o resolución debe hacerlo en términos de establecer que se cumplen adecuadamente todos y cada uno de los requisitos que exigen la Constitución o las leyes, a los cuales nos referiremos más adelante. Pero, lo que el Organismo Contralor no podrá hacer es representar el decreto o resolución porque, a su juicio, importa un costo económico o social muy elevado, o porque no es oportuno de acuerdo con un parámetro de prioridades en la atención de las necesidades públicas. Y no podrá hacerlo porque las materias referidas sólo pueden ser materia de un control de eficiencia, de mérito, de oportunidad o de resultado, que es de incumbencia de la propia administración".

Agregaba mas adelante: "…Cabe preguntarse ¿Podría la Contraloría General de la República representar un decreto que ordena la ejecución de la obra de ampliación del Metro de Santiago hasta La Florida, basado en el hecho de que el trazado más conveniente es otro, que resulta menos costoso? ¿Podría representar una resolución de un jefe de servicio mediante la cual se llena una vacante basado en que existe ya un número adecuado de funcionarios? ¿Podría representar un decreto que ordena la adquisición de un tipo de vehículos para la Administración Pública porque, a su juicio, existen otros que serían más convenientes para los intereses del Estado? la respuesta negativa es obvia. Y, por el contrario, es obvio que cada una de las respuestas sería afirmativa si se tratase de control de mérito".

Por último indica: "Lo que está vedado al Organismo Contralor, cuando toma razón de un decreto o resolución, es efectuar un control de conveniencia o mérito, circunstancias todas que califica la propia Administración.

De este modo no le compete a la Contraloría General reprochar la libre apreciación de las circunstancias que la autoridad administrativa ha considerado para atender la necesidad pública, como tampoco puede representar una decisión que, dentro de los marcos legales, ha sido estimada por dicha autoridad como la más pertinente, idónea o conveniente para la satisfacción de la necesidad pública que corresponda. Todos ellos son aspectos propios del control de mérito, conveniencia u oportunidad".

La jurisprudencia judicial reiteraba lo expuesto al prescribir que *"la toma de razón constituye un trámite previsto en la Constitución Política al que deben someterse, antes de su total perfeccionamiento, determinados decretos y resoluciones, consistente en un juicio que emite la Contraloría General de la República acerca de si el acto formal se ajusta o no a Derecho,*

---

1 Para efectos de ilustrar, véanse los Dictámenes Nºs. 70.202/1959, 48.557/1968, 59.030/1979, 9.365/1983, 18.891/1988, 22.249/1988, 7.148/1990, 47.684/1999, 24.751/2002, entre otros.

2 En forma excepcional el ente contralor ha tenido un predicamento distinto. Véanse Dictámenes Nºs. 8.642/1959, 40.985/1980, además de aquellos dictados durante el período 1970-1973. citados por Millar (2000), p. 83.

3 Aylwin (1992), p. 65.

sin que ese organismo pueda pronunciarse sobre cuestiones técnicas, oportunidad, mérito o conveniencia de su dictación o contenido, así como tampoco si se han cumplido los fines o alcanzado las metas programadas, aspectos todos cuya verificación y evaluación compete al propio Ejecutivo" [4].

En suma, a julio del año 2002, en base a las normas constitucionales pertinentes, a la propia ley orgánica del ente contralor, y a la fuente doctrinaria y jurisprudencial apuntadas, existía bastante consenso en nuestro Derecho en cuanto a que a la Contraloría General le estaba vedado entrar en las tierras del mérito oportunidad, o conveniencia decisional de la administración activa.

III. Historia y contenido de la Ley Nº 19.817

En el proyecto de ley presentado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados en el año 2000 no había ninguna referencia expresa o tácita a la temática en estudio.

En efecto, en la iniciativa presidencial, en lo pertinente, se proponía introducir el artículo 21 bis en los siguientes términos:

"Artículo 21 bis.- La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público, y la probidad administrativa.

A través de estas auditorías la Contraloría General evaluará el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

El Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, plazo y modalidades de las auditorías que corresponde al Organismo Fiscalizador.

La Contraloría General podrá autorizar, en casos calificados, a los servicios sujetos a su fiscalización la contratación de auditorías de estados financieros a empresas particulares externas, las cuales estarán sujetas a su tuición técnica" [5].

Durante la discusión del proyecto en la Cámara de Diputados, en la parte que interesa, no hubo mayores consideraciones al artículo en estudio. Se escuchó la opinión del Contralor de la época don Arturo Aylwin, quien no hizo mayores reparos, y la Comisión respectiva por unanimidad procedió a aprobar en general sin mayor debate.

---

4 Rol Nº 1.513-1998. También Rol Nº 7.435-2001, entre otros.

5 Sesión 10ª Cámara de Diputados, jueves 2 de noviembre de 2000.

En la discusión en particular, el artículo 21 bis se aprobó en los términos del ejecutivo, con la sola precisión de que la expresión "velar por el cumplimiento de las normas jurídicas" sería comprensiva de toda norma jurídica[6].

En los términos expuestos, en lo que interesa, el proyecto fue enviado al Senado. En esta última Cámara surgieron dudas de constitucionalidad, en cuanto a que las auditorías que menciona el artículo 21 bis del proyecto pudieran significar que el ente contralor quedará facultado para evaluar el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno desde el momento en que la evaluación aludida significa ponderar la gestión del servicio.

Opinaron con matices el senador de la época don Enrique Silva Cimma, el jefe de la División Jurídica del ente contralor, y la propia autoridad contralora, sugiriendo este último, curiosamente, que ante las dudas surgidas se incorporará expresamente, que en caso alguno el organismo contralor realizará control de mérito, oportunidad o conveniencia, porque estos elementos deben ser calificados por la propia administración y no por la Contraloría[7].

Al final, y sometido a votación general, se aprobó por unanimidad en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado el proyecto enviado por la Cámara política en los mismos términos en que había sido remitido[8].

Al pasar a la discusión en sala en el Senado, el senador Viera Gallo, reconoce y plantea en lo que interesa una significativa duda del artículo 21 bis, en cuanto a sus alcances con nuestra temática en estudio. Así expresa: "Algo que este proyecto no termina de clarificar es hasta dónde las auditorías que realiza la Contraloría van a constituir un control de legalidad estricto o un control de mérito.

Ese punto es bastante importante y trascendente. Y el proyecto no lo define, pues establece que entre las materias que la Contraloría debe fiscalizar está, justamente, la eficiencia con que han actuado los servicios públicos". Agrega a párrafo subsiguiente: "Ese punto quedó pendiente. Y espero que en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría se pueda avanzar en la materia"[9].

Con posterioridad, en la Comisión del Senado ya nombrada, se recibieron diversos informes en Derecho, como documentos de entidades gremiales e institucionales atinentes al tema en estudio, aportando cada uno de ellos variados elementos de juicio que significaron al final que la respectiva Comisión resolviera por unanimidad de sus integrantes reformular el proyecto en la parte que interesa, sustituyéndolo por el siguiente:

"Artículo 21° A. La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

6 Sesión 61ª Cámara de Diputados, miércoles 9 de mayo de 2001.

7 Diario de Sesiones del Senado, martes 5 de junio de 2001.

8 Sesión 10ª Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 12 de junio de 2001.

9 Sesión 12ª del Senado, martes 10 de julio de 2001.

Conforme a lo anterior, a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros, comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

El Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Contraloría podrá autorizar, en casos calificados, a los servicios sujetos a su fiscalización la contratación de auditorías de estados financieros a empresas particulares externas.

Artículo 21° B. La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas" [10].

El texto expuesto llegó a la discusión en la sala del Senado, lugar en que fue presentado por el senador Silva Cimma, quien en lo referido al ejercicio de auditorías por parte de la Contraloría expresó que por medio de ellas no se podían evaluar cuestiones de mérito o de conveniencia de actos políticos o administrativos[11].

Limitación importante, pues como el mismo senador más adelante explica, ante una consulta formulada, "…creo que hoy día la palabra 'auditoría' está generalizada no sólo en el sentido de ser una revisión en lo financiero, sino también, hipotéticamente, en el de analizar la conveniencia o el mérito del acto. Por ejemplo, en la organización de la Contraloría venezolana se faculta al Contralor para determinar si es justo y conveniente el precio de los contratos que el ejecutivo aprueba. Naturalmente que, en el Derecho chileno, eso sería llegar demasiado lejos, y también lo sería que, a pretexto de la auditoría, se examinará la conveniencia del acto administrativo o la del acto político. Por eso, la Comisión introdujo la salvedad explícita de que en ningún caso la función de auditoría podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas"[12].

El senador Viera Gallo, en la misma sesión, reiteró los alcances y conceptos del senador Silva Cimma. Sin embargo, acto seguido, y después de aprobarse el proyecto, y para la sola constancia de la historia de la ley, agregó:

"En todo caso, quiero continuar mi intervención haciendo notar que no resultará fácil, cuando se aplique la fiscalización de la Contraloría, determinar el límite exacto entre el control de

---

10 Acordado en las sesiones de fechas 8, 15 y 22 de enero y 5 de marzo de 2002, con asistencia de los Honorables Senadores señores Sergio Díez, Marcos Aburto, Andrés Chadwick, Enrique Silva, y José Viera-Gallo.

11 Sesión 16ª del Senado, miércoles 15 de mayo de 2002.

12 Sesión 16ª del Senado, miércoles 15 de mayo de 2002

legalidad y el no control del mérito u oportunidad de las decisiones del Poder Político y Administrativo".

Por último expresar que en la misma sesión intervinieron otros senadores, quienes pidiendo la palabra reiteraron o redondearon la idea matriz anteriormente transcrita[13].

En suma, la historia de la ley es clara, en cuanto a que a la Contraloría General le está impedida inmiscuirse en el mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión administrativa y política, manteniendo una coherencia con la realidad jurídica anterior a la dictación de la Ley Nº 19.817 y que ha sido descrita en el apartado anterior.

IV. Vigencia y aplicación de los arts. 21A y 21 B de la Ley Nº 19.817

Con la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.817, D.O. de fecha 26 de julio del año 2002, la postura contralora, como la posición judicial fue la misma, ratificada o amparada ahora en la norma legal.

En una constante uniformidad, el año 2005 el ente contralor señalaba:

"A mayor abundamiento, es menester consignar que las argumentaciones relativas a la eficacia del proceso de restructuración de que se trata, su coherencia técnica, su pertinencia y/o necesidad del mismo constituyen aspectos de mérito, oportunidad o conveniencia que conforme a lo prescrito en el artículo 21 B de la Ley N° 10.336 –no corresponde a este Ente Fiscalizador evaluar o analizar, ya que ellos son propios de la gestión que debe desarrollar la autoridad universitaria en ejercicio de su autonomía administrativa reconocida por el artículo 75 de la Ley N° 18.692, Orgánica Constitucional de Enseñanza– y de las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha entregado"[14].

En la misma línea, manteniendo una constante permanente en la materia, la Excma. Corte Suprema el año 2008 decía:

"Noveno: Que la única restricción impuesta al control de legalidad que corresponde a la Contraloría General de la República, en general, es la de que, con motivo de dicho control de legalidad, 'no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, por imponerlo así el artículo 21 B de la ley orgánica en relación con el artículo 52 de la ley de Administración Financiera del Estado (D.L. 1.263 de 1975) que remite a la propia administración activa" la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos.

El contenido del acto recurrido en la especie no implica una apreciación sobre conveniencia u oportunidad del acto fiscalizado, de modo tal que no puede entenderse violatorio de la prohibición reseñada"[15].

---

13 Intervinieron los senadores Novoa, Gazmuri y Larraín.

14 Dictámenes Nºs. 51.095/2005, 15.426/2008, 41.457/2010, 29.397/2011, 11/2011, 24/2011 y 28/2012.

15 Corte Suprema rol 4.880-2008. Véase también Corte de Apelaciones rol 5.789-2007.

V. Proposición: revisión contralora, al mérito, oportunidad y conveniencia de las decisiones administrativas

V.I. Cuestión previa: exclusión de las decisiónes políticas

En efecto, como cuestión previa, valga separar de la discusión en estudio las llamadas "decisiones políticas", que corresponden a los llamados "actos políticos" que nada tienen que ver con los actos administrativos y consiguientemente con el control que ejerce o puede ejercer la Contraloría.

La doctrina argentina señala que se debe advertir que los actos "políticos" que cumplen en su sistema el Congreso y el Poder Ejecutivo dan lugar a las denominadas "cuestiones políticas", y que los llamados "actos de gobierno" son una especie dentro del género "actos políticos". En nuestro régimen (argentino), se llaman "actos de gobierno" exclusivamente a los "actos políticos" cumplidos por el Presidente. Así, cuando el Congreso declara el estado de sitio, emite un "acto político", pero cuando quien lo declara es el Presidente de la República, se dice que emite un "acto de gobierno"[16].

Chapus enseña que la expresión actos políticos se utiliza para nombrar tres categorías de actos que son: los actos parlamentarios, los escrutinios políticos y, por cierto, los actos de gobierno. Los actos parlamentarios son todas las medidas que emanan de asambleas parlamentarias, que no tengan carácter legislativo, de ley, tales como resoluciones de asambleas, decisiones o comportamientos de sus comisiones, de su oficina, de su presidente, de su secretario general. Los escrutinios políticos corresponden a las elecciones presidenciales y legislativas, elecciones del Parlamento europeo, votaciones de referéndum, todas con carácter de operaciones políticas. Los actos de gobierno, en cambio, siguiendo a Chapus, son, por una parte, los actos del poder ejecutivo concerniente a las relaciones con el Parlamento, y, por otra, los actos del gobierno referidas a sus relaciones con las organizaciones internacionales y los Estados extranjeros[17].

En suma, los actos políticos, exteriorización de las cuestiones o decisiones políticas, ninguna vinculación tienen con la decisión administrativa, que en manifestación de la administración del Estado, se concretan a través de los actos administrativos, entendidos éstos en los términos del artículo 3º de la Ley Nº 19.880, como actos de la administración.

En nuestro medio, y en base a la regulación constitucional y legal de la Contraloría, el tema es absolutamente claro, en el sentido de que el Órgano Contralor tiene por función ejercer el control de legalidad a los actos administrativos y, en caso alguno, a los actos políticos o de gobierno[18].

En síntesis, la proposición que se va a desarrollar queda reducida al control del mérito, oportunidad y conveniencia en la decisión administrativa por parte de la entidad contralora.

---

16 Este autor (2006), p. 37.

17 Ídem (2006), p. 37.

18 En el caso de los actos de gobierno, y en un plano doctrinario, se discute la opción de un control formal al instrumento jurídico de expresión de un acto de gobierno.

V.II. Bases de la proposición

Efectuada la delimitación anterior, expondremos a continuación los fundamentos de la pertinencia de la revisión contralora al mérito, oportunidad y conveniencia de la actuación administrativa.

1. La primacia de la persona humana y sus derechos[19]

La Constitución Política de la República, en su artículo primero, es clara y categórica, en cuanto a que todo órgano del Estado, cualquiera sea su régimen, autonomía, potestades y recursos, e incluyendo los de faceta administrativa, debe subordinarse a la persona humana y a sus derechos. En una sola frase, la persona centro de la actividad estatal.

No hay duda alguna que la expresión vertida sintetiza de manera adecuada y justa a los ojos de nuestro constituyente cómo se construye y edifica entre nosotros la relación persona-Estado[20].

La persona humana (y sus derechos) con sus prolongaciones –familia y cuerpos intermedios– se erige como la causa y fin de la existencia estatal. En la perspectiva apuntada, no puede aceptarse o concebir que alguna actuación de órganos del Estado cualquiera que ésta sea afecte al individuo o sus derechos, pues de ser así estaría quebrantando la letra y espíritu fundacional de su acta constitutiva, como es la Ley Fundamental[21].

En definitiva, habiéndose concebido la relación persona-Estado de manera piramidal, y ubicándose el individuo en la cúspide, al Estado y a todos los órganos que lo componen sólo les cabe expresarse con sumisión hacia quien detenta la supremacía, que no es sino la persona humana[22].

En el desarrollo expuesto, es evidente y claro que toda decisión administrativa que en el ámbito del mérito, oportunidad y conveniencia menoscabe, desmejore a la persona, sus derechos y/o prolongaciones está vulnerando la primacía por el constituyente declarada, y en ese contexto, siendo la Ley Fundamental la violada, al ente contralor no le cabe sino la obligación de control respectivo, conforme al mandato que le impone el propio artículo 98 de la misma Carta.

2. Fin último de la actividad administrativa: satisfacción de la necesidad pública

El artículo primero de la norma fundamental dispone que, en función de la prevalencia de la persona, la finalidad del Estado es la promoción del bien común.

---

19 Constitución Política de la República, artículos 1º inciso cuarto, 5º inciso segundo, 19 en sus distintos numerales, especialmente el 26.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Estatuto de Roma 1950).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) D.O. 5 de enero de 1991.

20 Este autor (2006), p. 96.

21 Ídem (2006), p. 96.

22 Ídem (2006), p. 97.

A su turno, y concretando la declaración recién expuesta, encontramos a la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que en diversos preceptos expresa:

"Artículo 3°. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; *su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente* y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia, y publicidad administrativas, y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

"Artículo 5º. *Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.*

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones" [23].

Conforme a las normas transcritas, al Estado Administrador le corresponde una participación muy concreta y precisa en la promoción del bien común estatal, y es la atención/satisfacción de la necesidad pública, no de cualquier manera, sino de forma continua, permanente y observando, entre otros principios, los de eficiencia y eficacia.

Así las cosas, la atención/satisfacción de la necesidad pública, que el legislador le encarga a la Administración Estado, no es meramente programático, declarativo, nominal o formal, sino que real, concreto, permanente, dinámico y creciente, con énfasis en los medios utilizados y en los resultados alcanzados.

En suma entonces, la atención/satisfacción de la necesidad pública, que a la Administración se le ha encargado, exige en consecuencia integralidad. Esto es, no sólo dentro del marco de la legalidad, sino también del mérito, conveniencia y oportunidad.

---

23 En la misma orientación, el artículo 53 de la Ley Nº 18.575, en el ámbito de la probidad indica que *"El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley".* En la misma línea y texto legal, el artículo 62 Nº 8 agrega: "Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 8. *Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia,* y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración".

En la misma línea, el decano Soto Kloss expresa que "El ejercicio, pues, de poderes jurídicos por parte de órganos estatales, administrativos en este caso, está *finalizado* y justamente por el objetivo a perseguir: satisfacer unas determinadas necesidades públicas. Satisfacer necesidades significa no otra cosa que utilizar los medios adecuados para lograr su solución, y lograr solución es actuar de manera eficaz, esto es, oportuna y convenientemente. Parece insensato afirmar, entonces, que exista satisfacción concreta de una necesidad pública por parte de un órgano administrativo dado cuando éste actúa de modo inepto, de manera inconveniente y de forma inoportuna. Y si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones si bien inoportunas son legales.

Si la administración actúa con medios inconvenientes, si actúa cuando ya es tarde porque pasó la oportunidad, si utiliza procedimientos inidóneos o aun inaptos para el caso concreto, preciso es afirmar –y sin vacilación– que ha actuado no ajustada a Derecho, que ha hecho mal uso de sus potestades, que ha decidido *ultra vires,* que se ha apartado de la previsión normativa que le atribuyó potestades administrativas públicas; es decir, que su actuar ha sido ilegal, antijurídico, contrario a Derecho.

La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad, como algunos piensan y durante tanto tiempo se ha afirmado por la doctrina; no es tampoco un sector de libertad que conservaría la Administración cada vez más arrinconada por la juridicidad; ni mucho menos es un elemento que escape a control, y en profundidad, de aquel que fiscalice el actuar jurídico de la Administración (juez-contralor). No, oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que *integran la potestad jurídica misma* que el legislador ha conferido al administrador habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas.

A ningún ente público el legislador puede haberle dado potestades públicas administrativas de imposición unilateral para que actúe de modo inconveniente, de manera inoportuna, en forma inidónea o ineficaz; si tal actúa, el administrador pervierte la normativa creada por el legislador, envilece la función jurídica que le ha sido atribuida, perturba la paz de la comunidad; brevemente, no se ajusta a Derecho, lo infringe, lo viola, transforma su decisión en una actuación antijurídica, ya que no ha utilizado sus poderes de acuerdo a Derecho, y no hacerlo constituye –sin discusión posible– una ilegalidad"[24].

3. Interdicción de la arbitrariedad

El artículo 19 N° 2 de la CPE en su inciso segundo expresa que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

"La arbitrariedad contraviene las características esenciales del hombre. Atropella su inteligencia, su sentido de la justicia, su aspiración a vivir individual y colectivamente conforme a valores superiores. La arbitrariedad es contraria al humanismo, compromete la paz social.

[24] Soto (2009), p. 320.

Rebaja la dignidad del hombre, al actuar impulsado por sus pasiones y sus instintos, sin control de la razón. Degrada la auténtica libertad, en libertinaje"[25].

Fernández González, comentando el precepto transcrito, señala que el principio jurídico de igualdad sustenta el derecho a no ser discriminado, en virtud del cual se prohíbe la imposición o adopción de diferencias arbitrarias, esto es, de discriminaciones, cualquiera que sea la autoridad –pública o privada– que la establezca, incluso que se trate del legislador[26].

El llamamiento constitucional tiene dos claros destinatarios. Por un lado y primeramente, al constituyente y legislador. Por otro, a toda autoridad del Estado, cualquiera sea su función o calidad, incluyendo a los jerarcas de la administración estatal.

En consecuencia es claro que la faz de la actuación administrativa vinculada al mérito, oportunidad y conveniencia debe sumisión al postulado de la interdicción de la arbitrariedad con sus cánones de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, todos integrantes de la idea de derecho.

V.III. Ausencia del peligro de la co-administración de la Contraloría[27].

Como se planteó en el parlamento por algunos senadores, existe el temor de que el órgano contralor, al estar facultado para revisar los aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia de la actuación administrativa, se convierta en parte de la administración activa y termine, en los hechos, co-administrando con los restantes órganos del Estado Administrador.

La preocupación es infundada. La entidad contralora, dentro de lo que el ordenamiento jurídico le manda, revisará en cada caso la concurrencia de los requisitos o presupuestos de dictación de cada acto, su finalidad: atención/satisfacción de la necesidad pública sectorial que al ente respectivo le corresponda, todo ello dentro del marco de continuidad, permanencia, eficiencia, eficacia, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que nuestro Derecho, según hemos demostrado impone.

En este sentido, la entidad contralora no participará en la elaboración, adopción o formación de decisiones o resoluciones de la administración activa, como tampoco en los criterios de apreciación y calificación de los hechos; sino que sólo revisará que ellas, las decisiones o resoluciones administrativas y/o los criterios de apreciación y calificación utilizados, estén conformes con la atención/satisfacción de la necesidad pública. En suma, con el derecho.

En síntesis, la entidad contralora no co-administra, pero tampoco puede abdicar de la función que la ley le impone, que es la revisión de la actividad administrativa conforme a derecho.

25 Molina (2006), p. 88.

26 Fernández (2001), p. 121.

27 Misma temática se plantea en el caso de los actos de gobierno sujetos a control judicial.

CONCLUSIONES

1. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico actual, el control que incumbe a la Contraloría General de la República, sobre la actividad administrativa, no es de conformidad a la ley, sino que a derecho.

2. La noción de derecho, parte y se integra, con nuestra Constitución Política de la República, y toda la demás legislación integrante y complementaria, formando un solo contenido o entramado normativo conducente a alcanzar la expresión derecho en su unicidad.

3. En el contexto expuesto entonces, la autoridad contralora debe revisar los aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia de las decisiones administrativas en función de la finalidad positivizada, como es, la atención/satisfacción de la necesidad pública respectiva, en un marco de continuidad, permanencia, eficacia, eficiencia, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que el derecho impone.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aylwin Azócar, Arturo (1992): "Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón". *Cuadernos de Análisis Jurídico* Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 65-75 pp.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012): Historia de la Ley. Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario. Ley N° 19.817 de 2002 que modifica la Ley N° 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República.

Fernández González, Miguel (2001): *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley.* (Santiago, Edit. Jurídica), 351 pp.

Millar Silva, Javier (2000): "Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973". *Revista Facultad de Derecho Universidad Austral,* 83-94 pp.

Molina Guaita, Hernán (2006): *Derecho Constitucional* (Edit. Jurídica), 471 pp.

Morales Espinoza, Baltazar (2006): "El Acto de Gobierno". Tesis de Magíster Facultad de Derecho Universidad de Concepción, 171 pp.

Soto Kloss, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales.* (2ª edición Santiago. LegalPublishing), 806 pp.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile de 1980 actualizada. Disponible en el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional, *http://www.leychile.clN?i=25563&f=2012-03-15&p=,* fecha consulta 8 marzo 2012.

Ley N° 10.336. Texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial 10 julio de 1964.

D.F.L. N° 1-19.653. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial 17 noviembre de 2001.

Ley N° 19.817. Modificatoria de la Ley Nº 10.336 en diversos aspectos, en lo que interesa con la incorporación de los artículos 21A y 21B. Diario Oficial 26 de julio de 2002.

Ley N° 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial 29 de mayo de 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

JUDICIAL:

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.513-1998 (recurso de protección).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.435-2001 (recurso de protección).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5.789-2007 (recurso de protección).

Corte Suprema, Rol N° 4.880-2008 (recurso de protección).

ADMINISTRATIVA:

Contraloría General de la República, Dictamen N° 8.642/1959.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 70.202/1959.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 48.557/1968.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 59.030/1979.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 40.985/1980.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 9.365/1983.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.891/1988.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 22.249/1988.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 7.148/1990.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 47.684/1999.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 24.751/2002.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 51.095/2005.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 15.426/2008.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 41.457/2010.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 29.397/2011.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 11/2011.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 24/2011.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 28/2012.

TOMA DE RAZÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y JURISDICCIÓN

Marcelo Venegas Palacios
Ministro y ex Presidente del Tribunal Constitucional, mvenegas@tcchile.cl

SUMARIO:

I. El Estado de Derecho: La Sumisión a Derecho y su Control. II. La Toma de Razón y el Control de Juridicidad de los Actos de la Administración. III. La Toma de Razón y la Presunción de Legalidad. IV. La Presunción de Legalidad de Frente a la Administración y ante los Tribunales.

RESUMEN:

El presente trabajo aborda algunos aspectos de la Toma de Razón, examen previo a través del cual la Contraloría General de la República cumple la función de controlar la legalidad de los actos de la Administración que la Constitución Política le encomienda. Se detiene en la presunción de legalidad y su valor frente a los órganos jurisdiccionales, en especial ante el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Estado de Derecho - Toma de Razón - Presunción de legalidad - Valor.

I. El Estado de Derecho: la sumisión al Derecho y su control

Nuestra Constitución Política, dentro de lo que denomina *"Bases de la Institucionalidad"*, consagra un Estado de Derecho. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha resuelto que *"La Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad"* (Cons. 67°)[1]. El Estado de Derecho nace como expresión jurídicamente acuñada para hacer resaltar que no puede existir un orden de justicia en las relaciones del ciudadano con la Autoridad, si esa Autoridad no está también vinculada, sujeta, subordinada en su actuar, al Derecho. En especial la Autoridad administrativa, que es quien está en contacto permanente, frecuente y reiterado con el ciudadano, al realizar concretamente en su función toda esa enorme gama de servicios en bien de la comunidad, satisfaciendo las necesidades públicas[2].

El concepto de Estado de Derecho se caracteriza por representar un orden jurídico objetivo e impersonal, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, traduciendo así el concepto chileno de la juridicidad, de clara estirpe portaliana[3]. Expresión del Estado de Derecho es, por cierto,

---

1 Tribunal Constitucional (1995). Rol N° 207.

2 Soto Kloss (1996a), p. 349.

3 Comisión De Estudios Para La Nueva Constitución (1981), "Proposiciones e ideas precisas". *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 8: p. 171.

el que las funciones del Estado sean ejercidas, de acuerdo con la Constitución, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de la adecuada interrelación que debe existir entre ellos, concepto esencial en una auténtica democracia. Ello tiene expresa consagración en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, preceptos en virtud de los cuales todo órgano del Estado debe someter su actuar a las prescripciones del Derecho, a la Constitución y a las leyes. Dichos preceptos constitucionales instituyen, junto al de la supremacía constitucional, el principio de legalidad (también llamado principio de juridicidad), que importa la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar[4] y que constituye la manifestación primaria del Estado de Derecho.

El Tribunal Constitucional ha precisado que aquel principio *"…supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Desde este punto de vista, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto"* (Cons. 48°)[5].

De lo hasta ahora dicho, es fácil advertir que la mera consagración del principio de juridicidad no basta para entender que se ha configurado un Estado de Derecho, pues su vigencia plena y efectiva precisa –además de otras condiciones– de un conjunto de mecanismos de control en virtud de los cuales pueda asegurarse el sometimiento de la actuación de la Administración al Derecho en su integridad[6].

Un determinado ordenamiento jurídico podría contemplar, con rango constitucional, normas que impongan el sometimiento de las autoridades y su actuación al imperio del Derecho, pero dichas normas no pasarían de ser meramente programáticas –una declaración de principios– si el mismo ordenamiento no arbitra medios para verificar y controlar el sometimiento del actuar de las autoridades al Derecho. En términos de un autor, "En el marco de un Estado de Derecho es indispensable que existan fórmulas para controlar la Administración Pública, y para verificar que la actividad burocrática se ajusta al ordenamiento jurídico. La fiscalización de la actividad administrativa puede ser interna o externa, y ese control puede ser político (analizando las cuestiones de conveniencia u oportunidad), jurídico (examinando la conformidad a Derecho), o de eficacia (se trata de comprobar el grado de satisfacción del interés general, y de valorar la utilidad real de la acción burocrática)"[7].

II. La Toma de Razón y el control de juridicidad de los actos de la administración

La Toma de Razón forma parte del conjunto de mecanismos de control, tendentes a velar por la actuación regular de la Administración del Estado. A través de ésta se materializa

4 Soto Kloss (1996 b), p. 24.

5 Tribunal Constitucional (2007). Rol N° 790.

6 Nuestra Constitución Política, a lo largo de su texto, vertebra el principio antedicho. En este sentido, podemos citar los artículos 6º y 7º; 38 inciso segundo en relación a su artículo 76; el artículo 93; el artículo 98; artículos 112 y 113; artículos 116 y 119.

7 Blanquer (2010), p. 815.

–principalmente– la responsabilidad que la Constitución le impone a la Contraloría General de la República de controlar la legalidad de los actos de la Administración (art. 98 de la Constitución).

Nacida muy modestamente y sólo como una forma de fiscalizar el cumplimiento de la legislación relativa a la hacienda pública, como un control sobre "la legalidad de las órdenes de pago expedidas por los Ministerios", según el art. 12 del D.F.L. N° 7.912 de 1927, poco a poco, y por circunstancias históricas muy concretas de nuestro desarrollo institucional, la Toma de Razón se convierte en un control "jurídico" en el más amplio sentido de la palabra, hasta quedar reconocido como tal, de manera definitiva, por la Carta de 1980[8].

En efecto, el artículo 98 de la Constitución Política instituye la existencia de un "organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República [que] *ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración,* fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva".

La norma constitucional, en primer lugar (tras consagrar su autonomía y antes de referirse a la labor del órgano contralor respecto de la hacienda pública), le encomienda a la Contraloría General "el control de legalidad de los actos de la Administración", en términos muy amplios[9], sin efectuar distingos. Afirma Verdugo Marinkovic que "…una de las manifestaciones de mayor relevancia que cumple la Contraloría por mandato constitucional, se encuentra representado por el control preventivo de los decretos supremos y de las resoluciones de Jefes de Servicios que deben tramitarse ante este órgano"[10]. El artículo 99, por su parte, en su inciso primero prescribe que en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.

Puede decirse, así, que la Toma de Razón es un mecanismo de control preventivo que se realiza en el seno de un procedimiento de la misma clase, una vez que se ha dictado el respectivo acto administrativo, en virtud del cual la Contraloría examina la juridicidad del mismo, y que puede tener como resultado su "representación", por considerar que adolece de un vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, o bien estampar su "Toma de Razón", que implica que lo ha estimado ajustado a Derecho, superando, entonces, dicho control. Vinculado con la entrada en vigencia de los actos administrativos, y tal como afirma Aróstica Maldonado, es un control

8 Aróstica (1991a), p. 132.

9 El Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución le entrega a la Contraloría General de la República un control amplio de legalidad. Por sentencia de 10 de julio de 2008-Rol Nº 1.051, considerando trigésimo cuarto, sentenció: "Que, de la misma manera como lo ha hecho en casos similares (sentencia de 4 de marzo de 2008, Rol 1.032), esta Magistratura declarará que el precepto de la iniciativa precedentemente citado se ajusta a lo dispuesto en la Ley Fundamental, en el entendido de que esta limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, *deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental, en lo que fuere procedente".*

10 Verdugo (2006), p. 226.

preventivo imprescindible para la entrada en vigencia de los actos administrativos y que puede ser impeditivo de la misma en el supuesto de ser irregular la decisión de la Administración[11].

No siendo objeto de estas notas analizar de manera cabal la Toma de Razón como mecanismo de control que tiene una notoría importancia para la vigencia del Estado de Derecho, abordaremos brevemente, a continuación, una cuestión muy concreta: cómo ha de considerar el juzgador la Toma de Razón cuando la validez del acto administrativo que superó dicho control es controvertida jurisdiccionalmente.

III. La Toma de Razón y la presunción de legalidad

Es frecuente leer afirmaciones como: "Si el Contralor toma razón del decreto supremo o de la resolución, el acto *queda investido de una presunción* de legalidad, pero ella no es definitiva"[12]; o "La toma de razón *le imprime al acto administrativo una presunción de legalidad,* en cuanto a su ejecutoriedad, pero no implica inmunidad jurisdiccional, o que el acto o dictamen asociado esté exento de interpretaciones discutibles de la legalidad"[13], o también "la toma de razón no otorga una juridicidad definitiva e inamovible al acto administrativo controlado, sólo otorga una presunción de juridicidad, por lo que el acto puede ser examinado, en caso de duda, recurriendo a los tribunales de justicia o al Tribunal Constitucional"[14].

Y es que, ya a mediados del siglo pasado, en su Dictamen N° 1.589, de 9 de enero de 1957, la Contraloría General afirmaba que "…un decreto supremo legalmente tramitado tiene pleno valor y eficacia jurídica dentro de la Administración y deben por tanto, ser cumplido y respetado por los funcionarios públicos, no siéndoles lícito excusarse de cumplirlo a pretexto de una supuesta ilegalidad del mismo, *ya que una vez que ha sido tramitado y tomado de razón por la Contraloría, se ha establecido una verdadera presunción de legalidad".* Criterio que se ha mantenido en el tiempo[15], como se comprueba en sucesivos dictámenes:

> DICTAMEN N° 8.099/1973: "La toma de razón de decretos y resoluciones le imprime una presunción de legalidad que permite su ejecución, sin desmedro que dichos actos puedan ser invalidados si mas tarde se comprueba que ellos adolecían de defectos de ilegalidad o que se habían fundado en presupuestos irregulares, pero esta invalidación debe ser resuelta por la misma autoridad administrativa que dispusiera la medida afectada, a través de un nuevo decreto o resolución que ordene dejarla sin efecto, para corregir por esa vía, irregularidad derivada de una determinación ilegitima y encuadrar sus decisiones a los dictados de la ley".

11 Aróstica (1991a), p. 132.

12 Verdugo (2006), p. 226.

13 Vergara y Zúñiga (2008), p. 396.

14 Bermúdez (2010), p. 237.

15 En lo que respecta a que la toma de razón inviste al acto de una presunción de legalidad.

DICTAMEN Nº 26.637/1997: "Además, dicho control imprime al acto una presunción de legalidad que determina que debe acatarse por las autoridades o particulares a quienes afecte, sin desmedro de la obligación de la autoridad administrativa de invalidar sus decisiones cuando nuevos elementos de juicio o antecedentes demuestren que ellas adolecen de ilegitimidad; por tanto, la autoridad no puede solicitar que se dé plena validez a un acto administrativo ilegítimo, sino que debe adoptar las medidas para dejarlo sin efecto, restableciendo el imperio del derecho, respetando el principio de legalidad que, conforme los artículos 6º y 7º de la constitución y 2 de Ley Nº 18.575, deben observar los órganos del Estado".

DICTAMEN N° 6.494/2003: "Precisado lo anterior, es necesario tener presente que la reiterada jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, contenida en los dictámenes N°s. 8.099, de 1973, y 16.820, de 1993, entre otros, ha concluido que la Toma de Razón de los decretos y de las resoluciones que le corresponde tramitar con arreglo al artículo 10° de su ley orgánica constitucional N° 10.336, les imprime una presunción de legalidad que permite su ejecución, sin desmedro que dichos actos puedan ser invalidados si con posterioridad se comprueba que ellos adolecían de defectos de ilegalidad o que se habían fundado en presupuestos irregulares –lo que no acontece en la especie–, invalidación ésta que, de ser procedente, debe ser resuelta por la propia autoridad u organismo de la administración activa que dispuso la medida, a través de un nuevo decreto o resolución que ordene dejarlo sin efecto, para corregir por esa vía las irregularidades derivadas de una determinación ilegítima y encuadrar sus decisiones a los dictados de la ley".

DICTAMEN Nº 34.186/2004: "A ese respecto cabe recordar que el trámite de toma de razón imprime una presunción de legalidad al acto, pero no impide la ulterior revisión del mismo a la luz de antecedentes no considerados en su oportunidad".

DICTAMEN N° 7.355/2007: "…dicho control de juridicidad constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos que no guarda relación con la existencia de la actuación administrativa de la cual emanan, ni con las causales que podrían motivar la reserva o secreto de los actos y resoluciones, sino que se establece como requisito de validez de los mismos, es decir, se relaciona con sus efectos y obligatoriedad".

DICTAMEN N° 38.395/2011:"Sin embargo, en armonía con lo expresado por la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General en sus dictámenes N°s. 7.355, de 2007, y 19.938, de 2010, el trámite de toma de razón pendiente de un acto administrativo no obsta a su existencia, constituyendo este control de legalidad únicamente un requisito de eficacia del mismo. En efecto, en los citados dictámenes se señaló, en relación a la toma de razón, que 'dicho control de juridicidad constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos que no guarda relación con la existencia de la actuación administrativa de la cual emanan' y que este trámite se establece como requisito de validez de los actos y resoluciones, por lo que se relaciona con sus efectos y obligatoriedad"[16].

[16] Sobre el trámite de Toma de Razón, como requisito de existencia del proyecto de acto administrativo sujeto a él, en cuanto tiene lugar antes de que éste nazca a la vida del Derecho, véase también Dictamen N° 57.309, de 2003 (que cita, asimismo, el Dictamen N° 14.069/1959).

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta presunción de legalidad. En una ocasión señaló que "el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, *una simple presunción de legalidad y constitucionalidad,* y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales; (Cons. 3°)"[17]. Posteriormente señaló: "En el mismo orden de ideas, es útil destacar que Contraloría tomó razón del decreto supremo requerido, lo que revela que lo estimó legal y constitucional, incluso en aquella parte que constataba la exención de toma de razón respecto de la resolución que aprobaba la comentada metodología. Es evidente el celo que pone dicha repartición en lo que son sus potestades, de manera que, el hecho de no haber reparado el acto, es demostrativo que dicha repartición no estimó que el decreto supremo cercenará sus facultades contraloras. *Se debe ponderar también que la toma de razón le confiere al decreto supremo una sólida presunción de legitimidad, que sólo muy poderosas razones pueden desvirtuar"* (Cons. 6°)[18].

IV. La presunción de legalidad ante a la Administración y frente a los tribunales

La cuestión que aquí nos interesa es auscultar cómo opera esta presunción y el alcance que tienen sus efectos en dos ámbitos diversos pero concretos, examinando el valor que ella tiene en el seno de la Administración, es decir, cuando el acto administrativo que ha sido tomado de razón se hace valer de frente a la Administración, y el valor que a la misma se reconoce ante los tribunales, cuando la validez del acto controlado ha sido cuestionada judicialmente.

La presunción de legalidad que resulta de la Toma de Razón de un determinado decreto o resolución es predicable sin cuestionamiento dentro de la Administración. Este es el sentido que –acertadamente a nuestro parecer– le atribuyó originariamente la Contraloría General en el Dictamen N° 1.589, de 9 de enero de 1957, en cuanto afirmó que "…un decreto supremo legalmente tramitado tiene pleno valor y eficacia jurídica dentro de la Administración y debe por tanto, ser cumplido y respetado por los funcionarios públicos, no siéndoles lícito excusarse de cumplirlo a pretexto de una supuesta ilegalidad del mismo, *ya que una vez que ha sido tramitado y tomado de razón por la Contraloría, se ha establecido una verdadera presunción de legalidad"*. Así, un agente de la Administración no puede incumplir –por vía de acción u omisión– lo establecido por el acto administrativo regularmente cursado, respaldado por la presunción de legalidad. No puede proclamar la ilegalidad del acto en cuestión, por sí mismo y ante sí mismo, para dejar de cumplirlo. Aunque ello no significa que, si se justifica, el funcionario no deba representar la ilegalidad de manera previa o eventualmente pueda reclamar de la misma. Como apunta Aróstica Maldonado, "no enerva la posibilidad, y aún la carga, que pesa sobre todo empleado público para representar previamente el acto viciado, o de reclamarlo después de manera formal, oportuna, constante y específica por todos los medios a su alcance[19].

17 Tribunal Constitucional (1990). Rol N° 116.

18 Tribunal Constitucional (2003). Rol N° 370.

19 Aróstica (1991b), p. 7.

Tratándose de oponer la Toma de Razón ante los Tribunales de Justicia o el Tribunal Constitucional, sin embargo, la situación es distinta.

Aunque es también un acto administrativo, y en cuanto tal, debe tener fundamentos, exigencia que le viene impuesta por la propia Constitución y expresada indirectamente por su artículo 8º[20], lo cierto es que, en la práctica, la "Toma de Razón" se materializa únicamente a través de un timbre (que reza "Tomado Razón") que se estampa en el acto administrativo que ha sido sometido al control efectuado por la Contraloría. Pero ello no significa que este acto carezca de fundamentos, sino que, como resulta obvio, no es obligatorio consignarlos expresamente en cada caso.

Pero este simple estampado, no obstante la trascendencia que reviste al dar cuenta de que el acto administrativo ha superado dicho control, por lo que debe ejecutarse y cumplirse, puede no resultar suficiente frente al juzgador, al momento de suscitarse una controversia judicial en que se cuestiona su juridicidad. Y es natural que ello pueda ocurrir, porque la presunción de legalidad, plenamente vigente en el seno de la Administración, no exime necesariamente a ésta de la carga de exponer los fundamentos de la Toma de Razón, cuando la juridicidad del acto es cuestionada ante un tribunal. Por ello, dado el caso, podrá ser necesario justificar en sede judicial los fundamentos que tuvo en vista la Contraloría General para dar curso al acto, para "tomar razón" de él.

Ello podrá ser así aunque la Toma de Razón sea, sin lugar a dudas, un antecedente muy relevante en respaldo de la juridicidad del acto, que incluso puede resultar suficiente ante los tribunales en algunos o muchos casos, pues, como lo recalcó en sentencia recaída en el Rol N° 370, el Tribunal Constitucional: *"Se debe ponderar también que, la toma de razón le confiere al decreto supremo una sólida presunción de legitimidad, que sólo muy poderosas razones pueden desvirtuar"*. Pero, naturalmente, de ese reconocimiento de la Magistratura Constitucional no puede desprenderse que el solo estampado resulte siempre y en todos los casos suficiente, como pudo comprobarse ante el mismo Tribunal Constitucional, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad deducido por 36 diputados en contra del Decreto Supremo Nº 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 6 de octubre de 2010, relativo a normas sobre televisión digital, que dio origen a la causa Rol N° 1.849.

Durante la tramitación de dicho requerimiento, que cuestionaba la constitucionalidad de un decreto supremo del cual oportunamente había tomado razón la Contraloría General, pudo comprobarse con toda nitidez que tanto el Tribunal Constitucional como el Contralor General de la República estaban perfectamente conscientes de las diferencias existentes al momento de hacerse valer la Toma de Razón ante la Administración y ante los tribunales.

En efecto, junto con declarar la admisibilidad del requerimiento, y tal como lo ordena el artículo 110 de su Ley Orgánica Constitucional, el Tribunal Constitucional ordenó ponerlo en

20 "Artículo 8°. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

conocimiento del Contralor General de la República, en su calidad de órgano constitucional interesado, para que dentro del plazo de diez días formulara las observaciones y presentara los antecedentes que estimara pertinentes.

Mediante escrito de 6 de diciembre de 2010, que rola de fojas 96 a 111 del expediente respectivo, el Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza Zúñiga, informó al Tribunal al tenor de la resolución recién aludida, exponiendo latamente los fundamentos de derecho por los que, a juicio del Órgano Contralor, el decreto impugnado se ajustaba plenamente a la Constitución y las razones por las cuales debía desestimarse el requerimiento formulado en su contra.

Junto a lo anterior, la Contraloría General se hizo presente en el proceso a través del Consejo de Defensa del Estado, organismo que asumió su representación judicial en virtud de lo dispuesto en el N° 3, del artículo 3º, de su Ley Orgánica. Y en la vista de la causa, celebrada en audiencia de 6 de enero de 2011, alegó en los estrados del Tribunal Constitucional la abogada de ese Consejo, señora Clara Szczaransky Cerda, en representación de la Contraloría General de la República.

De esta manera, los fundamentos que, en su momento, habían justificado estampar en el decreto la "Toma de Razón", sin que fuera necesario explicarlos a la Administración, obligada como está, a presumir su juridicidad, debieron ser expuestos ante el tribunal ante el cual había sido impugnado el acto administrativo, y controvertidos los fundamentos de su Toma de Razón. De ello da cuenta la sentencia de 12 de mayo de 2011, en la que el Tribunal Constitucional, junto con desechar el requerimiento prácticamente en su totalidad, precisó que el cuestionado Decreto Supremo Nº 264, *"habiendo sido regularmente cursado por la Contraloría General, al tenor de las Leyes N°s. 10.336, artículo 10, y 19.880, artículo 3°, inciso octavo, goza de una presunción en orden a encontrarse plenamente ajustado al precepto citado de la Ley N° 18.168. De suerte que, siguiendo el criterio explicado en autos por dicha entidad fiscalizadora a través de su Dictamen N° 73.055, de 2010, y en estrados por el Consejo de Defensa del Estado, este tribunal puede inferir razonablemente que en la especie no se ha vulnerado, por derivación, el artículo 32, N° 6°, de la Constitución;"* (Cons. 12°) [21].

Quedó demostrado en dicha oportunidad, ante el Tribunal Constitucional, como ocurre a diario ante otros tribunales, que la presunción de juridicidad con que el trámite de Toma de Razón recubre a los actos tramitados por la Contraloría General, sin necesidad de consignar fundamentos, si bien no puede ser puesta en duda al interior de la Administración, puede ser cuestionada ante un tribunal. Ello no debe interpretarse como un desconocimiento o desacato frente a la facultad constitucional del Organismo Superior de Control, sino como una expresión más del funcionamiento armónico de las múltiples instituciones que conforman el Estado de Derecho, pues ante dicho cuestionamiento bastará que la Contraloría General dé a conocer los mismos fundamentos que, en su momento, tuvo en cuenta al tomar razón del acto ahora impugnado, aunque no hubo entonces necesidad de expresarlos. Con ello, lejos de debilitarse el

21 Tribunal Constitucional (2011). Rol N° 1849.

valor del trámite de Toma de Razón, se fortalece la confianza que el Constituyente depositó en la Contraloría General de la República, confirmada día a día por su trabajo serio y certero.

Pues, quién podría negar que existe en nuestro país una generalizada seguridad de que, como lo dijera el Tribunal Constitucional, en sentencia de 9 de abril de 2003:

"Es evidente el celo que pone dicha repartición en lo que son sus potestades, de manera que, el hecho de no haber reparado el acto, es demostrativo que dicha repartición no estimó que el decreto supremo cercenará sus facultades contraloras. [Y que] ... *la toma de razón le confiere al decreto supremo una sólida presunción de legitimidad, que sólo muy poderosas razones pueden desvirtuar".*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aróstica Maldonado, Iván (1991a): "El trámite de toma de razón de los actos administrativos". *Revista de Derecho Público* N° 49, pp. 131-163.

Aróstica Maldonado, Iván (1991b): "¿Qué queda de la 'presunción de legalidad'?". *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales,* Tomo LXXXVIII, N° 1, pp. 1-7.

Blanquer, David (2010): *Derecho Administrativo 1°. El fin, los medios y el control* (Valencia, Tirant Lo Blanch) 1115 pp.

Bermúdez Soto, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal-Publishing), 374 pp.

Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1981), "Proposiciones e ideas precisas". *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 8, pp. 144-318.

Soto Kloss, Eduardo (1996a): *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales.* Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 360 pp.

Soto Kloss, Eduardo (1996b): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales.* Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 480 pp.

Vergara Blanco, Alejandro; Zúñiga Urbina, Francisco (2008): "Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República". *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 35 N° 2, pp. 393-398.

Verdugo Marinkovic, Mario (2006): "Efectos vinculantes de los precedentes del Tribunal Constitucional en la actividad de la Contraloría General de la República". *Revista de Estudios Constitucionales,* Año 4 N° 1, pp. 223-231.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional (1990). Sentencia Rol N° 116.

Tribunal Constitucional (1995). Sentencia Rol N° 207.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia Rol N° 370.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia Rol N° 790.

Tribunal Constitucional (2008). Sentencia Rol N° 1.051.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia Rol N° 1.849.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.589/1957.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.099/1973.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 26.637/1997.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 6.494/2003.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 34.186/2004.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 7.355/2007.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.395/2011.

III. Procedimientos y sanción. Debido proceso

EL MOTIVO DE HECHO EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: NOTAS SOBRE PROCEDIMIENTO, FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN

Iván Aróstica Maldonado
Profesor de Derecho Administrativo.

INTRODUCCIÓN

1. Que todo acto de la Administración debe obedecer a un fundamento y justificación de hecho, para no ser tildado de arbitrario e ilegal, es tema pacífico tanto en la jurisprudencia administrativa y judicial como en la buena doctrina nacional.

Siendo apenas de recordar que en el ordenamiento sólo el propietario está facultado para "disponer arbitrariamente" (artículo 582 Código Civil): el dueño (respecto a las cosas de su dominio) es el único que puede decir "así lo quiero, así lo ordeno; valga mi voluntad por razón". Pero que ello no puede hacerlo una autoridad que gobierna personas libres, tal como proclama de entrada la Constitución (artículo 1º inciso 1º), precisamente porque los sujetos no pueden ser objeto de dominio y comoquiera que la libertad consiste –negativamente– en no tener dueño.

Y no querríamos decir mucho más, por miedo a caer en barroquismos.

2. Sí subrayar que dicho sustento fáctico es sobremanera exigible tratándose de los llamados actos "decisorios" o que expresan una "voluntad". Puesto que decisión o acto volitivo propiamente tal sólo puede producirse ante una situación de incertidumbre (un estado de confusión o desorden) por existir varias alternativas diferentes y mutuamente incompatibles entre las que elegir, y donde a la postre se escoge una con el propósito de pasar a un estado de certeza (u orden)[1].

Habiendo decisión entonces cuando, a partir de un *statu quo,* se opta por cambiar hacia el futuro, dado que se presentan ante sí al menos dos nuevos caminos excluyentes, frente a una disyuntiva así, cualquiera puede resolver según lo que piensa (razonadamente) o siente (emotivamente, según atracción o repulsión)[2]. Mas, como la autoridad siempre debe decidir merced a una "discriminación no arbitraria", entre diferentes alternativas que poseen una misma posibilidad dentro de cierto contexto dado, ello la pone en el imperativo de fundamentar y justificar, con razones de hecho, la opción elegida: por qué tomó tal camino y descartó aquel otro.

---

1 Óscar Johansen Bertoglio, *Una teoría de la Información* (2003), Universidad de Ciencias de la Informática Pedro de Valdivia (Santiago), pp. 21-43. En tanto no existe decisión si al llegar a cierta bifurcación –por ejemplo– un conductor necesariamente toma su izquierda para arribar al destino programado: él no encara en tal caso alternativas entre las que discriminar, puesto que la solución o respuesta única al problema ya está predeterminada de antemano.

2 Sobre la intuición, como pre-comprensión, Mario Bunge, *Intuición y razón,* Editorial Sudamericana-Debolsillo (Buenos Aires) 2ª edición (2005), pp. 119-189. Sobre los límites del "sexto sentido", Matteo Motterlini, *Trampas mentales* (2010), Paidós (Barcelona), 270 pp. Sobre el pensar lento y el rápido, Daniel Kahneman, *Thinking, fast and slow* (2010), Farrar, Straus and Giroux (New York), 500 pp.

3. Esto, aplicado al hacer un juicio de realidad en fase de control, se traduce en preguntar qué motivo la condujo a sancionar o a negar la absolución. ¿En cuáles pruebas fiables, validadas por ceremoniales ajustados a derecho, se apoyó la autoridad para dar por probado el hecho imputado al infractor? ¿Hay o no discrepancia entre lo afirmado y la realidad? ¿Cuánta verdad y comprensión hay en el relato del episodio que sustenta la decisión tomada?

Interrogantes sobre el "porqué", respecto a los hechos soportantes de una decisión, que llevan a tamizar el "razonamiento" seguido por su autor, partiendo por distinguir las fases de deliberación y de argumentación: en tanto la deliberación es una etapa previa, de formación del pensamiento, en donde la autoridad busca demostrar y justificar los hechos en que se basa, la argumentación –en cambio– es una fase posterior, de expresión del pensamiento, en que la autoridad se empeña por convencer o persuadir, aun retóricamente, acerca de la congruencia de su versión a fin de vencer el escepticismo o generar adhesión[3].

El caso es que si dejamos de lado el discurso vertido en esta motivación, de querer hacer una revisión concienzuda sólo a los motivos fácticos, necesitaríamos manejar ciertas nociones básicas en epistemología (sobre el pensar verdadero-material)[4] y lógica (sobre el pensar correcto-formal)[5], aparte de contar con mínimas destrezas en la gestión de algunos modelos, técnicas y criterios de evaluación utilizables para probar, refutar o apreciar los hechos e hipótesis que se presentan en un caso.

4. Tarea ímproba para quienes estamos formados sólo como expertos en leyes. No obstante que en la práctica, más allá de sentirnos satisfechos con aprender cuáles medios de prueba pueden presentarse en un procedimiento y con conocer la legislación al respecto, los abogados tendríamos que ser capaces de diagnosticar cuándo es racional considerar que algo está probado, saber cómo evaluar las evidencias y qué estándares de certeza es posible manejar[6].

Tomás-Ramón Fernández: "Comprobar si la realidad de los hechos ha sido o no falseada, si se ha tomado en consideración algún factor no relevante según la ley o si no se ha tenido en cuenta alguno que, de acuerdo con esa ley, lo sea efectivamente para adoptar la decisión que ésta hace posible, si se ha obviado o no el mayor peso o mayor valor de alguno de los factores legalmente relevantes o si, de tener todos aquellos el mismo valor, no se ha razonado la concreta opción a favor del que se ha considerado decisivo o el razonamiento concretamente aportado adolece de errores lógicos o resulta inconsistente con la realidad de los hechos, son hitos o

3 Rodrigo Valenzuela Cori, *Retórica. Un ensayo sobre tres dimensiones de la argumentación* (2009), Editorial Jurídica de Chile (Santiago), 178 pp. Giandomenico Majone, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas públicas* (2000). Fondo de Cultura Económica (México), 240 pp.

4 Denise Najmanovich, *Epistemología para principiantes* (2008), Era Naciente (Buenos Aires), 176 pp. Carlos Asti Vera-Cristina Ambrosini, *Estructuras y procesos. Temas de epistemología* (2005), C.C.C. Educando (Buenos Aires), 141 pp. Y el clásico de Johan Hessen, *Teoría del Conocimiento* (1925), con varias ediciones de acceso fácil.

5 Juan Rivano, *Lógica elemental,* Editorial Universitaria (Santiago) 7ª edición (2004), pp. 94, 105-146. Gabriel Arrieta Gutiérrez, *Introducción a la lógica,* Pearson Educación (México), 320 pp.

6 Juan Antonio Cruz Parcero, "Los métodos para los juristas" (2006), en Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica (director Christian Courtis), Editorial Trotta (Madrid), pp. 17-39.

pasos imprescindibles del test de racionalidad que toda decisión discrecional debe superar para merecer el calificativo de racional y no arbitraria"[7].

Por cierto, temas tan arduos como éstos ameritan un tratamiento mucho más profundo del que es posible realizar aquí. Donde el blanco de nuestras tareas se reduce a mostrar un mapa hecho en escala menor, así como unas ideas simplificadoras de una complejidad mayor, que puedan servirnos de guía metodológica y conceptual al tiempo de examinar los hechos sobre los que se sostiene una sanción administrativa.

Conocer y entender en un procedimento racional

1. El punto de partida es acordar que, al igual como cualquier persona juiciosa "piensa antes de actuar", asimismo todo órgano administrativo debe ser probo y caracterizarse por "lo razonable e imparcial de sus decisiones", según la LOC Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 53). Esto es, para no ser vano ha de "saber antes" de adoptar un cambio, mediante la aprehensión completa y correcta de la realidad sobre la cual le toca actuar.

- Un "saber" que será cualificado cuando conoce y entiende, ambas cosas a la vez. Ya que mientras el *conocimiento* permite superar la ignorancia (la falta de aprehensión completa de la realidad), el *entendimiento* permite vencer el error (la falsa percepción de la realidad)[8]. De modo que sólo si la autoridad conoce su acto estará fundado (basado en hechos verdaderos y ciertos), y únicamente si entiende su acto estará justificado (basado en hechos significativos y relevantes).
- Un saber "antes", desde que aquel conocimiento y entendimiento primarios, de donde sigue una voluntad derivada, sólo pueden adquirirse conforme a determinados *procedimientos* y protocolos preestablecidos, que garanticen la objetividad e imparcialidad tanto en la investigación como en la decisión tomada.

De donde se dice que, ante realidades que se nos presentan confusas, a causa de nuestra propia falibilidad y limitaciones cognoscitivas, la aceptación de una verdad emergente de alguna conclusión solamente puede otorgarse a satisfacción de aquellas metodologías procesales aceptables que se han ejecutado en forma apropiada.

2. En seguida recordaremos que, como las sanciones administrativas se rigen por los mismos principios y garantías que imperan en el orden penal, esto implica que su imposición no puede sino ser el congruente resultado de "un procedimiento y una investigación racionales y justos" establecidos previamente por el legislador, según prevé el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución.

---

7 Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, *El Derecho y el Revés,* Ariel (Barcelona), 4ª edición (2006), p. 144.

8 Luís Heinecke Scott, *Método de Intelección Estratégica,* INIE Editores (Santiago), 2ª edición (2009), pp. 11- 47.

A más que en el campo administrativo sancionador también debe cumplirse con el principio de tipicidad, asegurado en el inciso 9° de mismo precepto fundamental, en cuya virtud *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".* De forma tal que, en la estructura de toda ley de ese carácter, ha de verse explicitado tanto dicho supuesto de hecho definido en general ("la conducta"), como aquella consecuencia jurídica atribuida al mismo, circunscrita igualmente de un modo universal ("las penas")[9].

Todo lo cual lleva a plantear tres cuestiones precisas cuando examinamos un tal acto de sanción: 1ª) en el curso de la investigación practicada, ¿cuáles fueron las pruebas válidas reunidas? (atinente al procedimiento seguido); 2ª) de la evidencia empírica allí acopiada, ¿se desprende la veracidad del nudo hecho investigado? (referente al conocimiento adquirido), y 3ª) de ser real y efectivo ese hecho singular, ¿calza dentro de aquella conducta reprochada? (relativa al entendimiento alcanzado).

Lo que nos pone previamente en la tarea de ajustar estas operaciones a un modelo de referencia.

3. A cuyo efecto y simplificando al máximo, retendremos que el examen de juridicidad de un acto administrativo no consiste más que en determinar si una norma general dada, en relación a ciertos hechos singulares, permite o no adoptar la concreta decisión que contiene dicho acto.

Metodológicamente hablando, este ejercicio hace parte de un *silogismo*[10]. En el que la *premisa mayor* corresponde a aquella norma general de la ley que regula una situación en abstracto, definiendo un tipo genérico de evidencias (hechos) que admite y un tipo genérico de afirmaciones (decisiones) que permite. Bajo la fórmula "Cuando quiera que se tiene una evidencia (hechos) *como* X, entonces cabe hacer una afirmación (tomar una decisión) *como* Y"; o más sencillamente "Siempre que X, Y"[11].

La *premisa menor* corresponde al cuerpo de hechos singulares o evidencia específica recogida –mediante instrumentos idóneos de recolección de datos– durante el procedimiento

9 Por ende, "en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no a la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o pena", según el antiguo maestro Baccaria, *De los delitos y de las penas,* en edición del Fondo de Cultura Económica (2000), pp. 220-221. Sobre el silogismo en general, Juan C. Ossandón Valdés, *Aprendiendo a pensar,* Editorial Monasterio (Santiago), 2ª edición (2011), pp. 73-84.

10 Con todos sus límites como esquema-guía, el silogismo jurídico no hace a quien lo aplica un autómata que ejecuta mecánicamente la ley, ni sólo sirve para afrontar casos baladíes o sencillos. En esta crítica, el clásico Jaime Balmes, en *El criterio,* edición de 1967 de Editorial Bruguera (Barcelona), pp. 163-169. Igualmente, David Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación* (2010), Marcial Pons (Madrid), pp. 28-30, y Alejandro Nieto-Agustín Gordillo, *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (2003), Editorial Trotta (Madrid), pp. 45-46.

Tal como fijar la premisa menor demanda un conjunto de operaciones complejas (que ya veremos), otro tanto pasa antes de asentar la correspondiente premisa mayor. Luego de una etapa de precomprensión, donde se analizan preliminarmente los acontecimientos o situaciones, con el objeto de colocarlos bajo ordenaciones tentativas, muchas veces el establecimiento de esa premisa mayor exige unos cuantos esfuerzos intelectuales determinantes, relativos a la selección, vigencia, interpretación y aplicación de dicha norma. V. nuestro *Chile, always surprising: ¿sanciones sobre la marcha?* en Ius Publicum (Universidad Santo Tomás) N° 21 (2008) 170-173. Sobre la utilidad de los "modelos", Chris Collison-Geoff Parcell, *La gestión del conocimiento* (2003). Paidós (Barcelona) con un ejemplo ilustrativo en pp. 45-46.

11 Wayne C. Booth, Gregory G. Colomb, Joseph M. Williams, *Cómo convertirse en un hábil investigador* (2001), Editorial Gedisa (Barcelona), pp. 136-154.

administrativo e investigación practicada. En tanto que la *conclusión* o afirmación corresponde al objeto mismo del acto sancionador dictado, en concordancia y proporción con esos antecedentes reunidos.

4. Convenido, pues, que la ley descriptiva de una conducta ilícita viene a ser la premisa mayor de un silogismo, monitorear las penas en cuanto a sus motivos de hecho implica atender específicamente a la premisa menor del mismo: a los hechos singulares que se dicen probados y aceptados por esa ley habilitante.

Si a lo anterior se suma que las sanciones deben ser el resultado concluyente de un procedimiento y una investigación racionales y justos, es este componente de "racionalidad" el que nos lleva a escudriñar –en forma previa– si tales hechos fueron buscados imparcialmente por la autoridad, luego recabados a través de fuentes formales de producción de pruebas y en seguida procesados conforme a un raciocinio lógico. Todo, con miras a respaldar verdaderamente al acto, confiriéndole suficiente fundamento y justificación.

5. Por manera que tal despliegue deja acotado el ejercicio de control –concomitante o posterior– a estos tres aspectos:

- En lo que hace al *procedimiento*, chequear si se están siguiendo u observaron oportunamente aquellos protocolos legales aptos para recabar idóneamente los datos; esto es, si la autoridad ha dado o no los pasos que hacen metodológica y jurídicamente aceptable una investigación (cómo, cuándo y en qué condiciones se consultaron los testimonios, declaraciones y otros medios de contraste);

- En lo que toca a la *fundamentación*, testear la verdad o falsedad del hecho invocado por el acto[12]; esto es, si ese acontecimiento ocurrido en el pasado se encuentra confirmado, consistentemente, por los resultados de la evidencia empírica recogida (si en realidad se registró una cierta situación fáctica), y

- En lo concerniente a la *justificación*, valuar si ese evento posee o no las dimensiones requeridas que le permiten subsumirse o quedar comprendido dentro de aquella predeterminada fórmula legal (si aquel acontecimiento cuadra o encaja dentro de los supuestos de hecho previstos genéricamente en dicha premisa mayor).

Ahora, para descubrir si una decisión administrativa está basada en sucesos que han ocurrido o que el autor supone que han ocurrido o que intenta hacer creer que han ocurrido, de la manera como los presenta, respecto de cada uno de estos tres aspectos (procedimiento-fundamento-justificación), conviene aplicar algunas cartografías que, menos que recetas infalibles, puedan servir para alcanzar un diagnóstico tan rápido como aceptablemente riguroso.

---

12 Para poder enjuiciar el hecho tal como ha sucedido, puede que convenga mejor distinguir el hecho material mismo, en cuanto suceso fáctico o acontecimiento real (que existe o no), del enunciado, aserción, descripción o relato posterior que se efectúa del mismo (y que puede ser verdadero o falso): Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel-sello de Editorial Planeta (Barcelona) 1ª edición (1994), 4ª impresión (2010), pp. 272-307. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos,* Editorial Trotta (Madrid), 4ª edición (2011), pp. 61 y 115-117.

I. PROCEDIMIENTO: BÚSQUEDA Y COLECCIÓN DE LOS DATOS

Sobreentendido que no pueden existir sanciones de plano, al modo como quería la reina loca de Alicia en el País de las Maravillas ("¡No, no; primero la sentencia y después la evidencia!"), es condición de validez que los hechos que motivan una pena queden recogidos y asentados "antes", en el curso de un previo procedimiento administrativo de investigación. Donde lo primero es separar y prestar atención a las etapas –distintas– de búsqueda y colección de los datos.

Búsqueda de los datos

1. A partir de una inquietud o interrogante inicial (expuesta como suceso eventual en el acto cabeza del procedimiento), obviamente nadie parte una indagación sin tener ninguna idea en mente, al menos aproximada de adónde puede conducir ésta. El punto que lo invalida todo, es cuando el investigador se aferra a una única idea preconcebida de antemano y cae en la "trampa de la evidencia confirmatoria", que lo hace apegarse a una opinión o punto de vista *a priori* y, consiguientemente, a seleccionar sólo la evidencia que confirma ese parecer. Filtrando los datos que lo secundan y evitando la que lo contradiga.

Tal cual no da buena cuenta de la rica y multifacética fauna en África quien ha ido de safari a mirar leones solamente, el investigador tampoco puede abanderizarse con una única primera aproximación selectiva de la situación, pues apenas encuentra lo que desea ver, pierde interés, llega rápido a un punto de saturación y todo lo demás se le hace redundante. La investigación acuciosa, por el contrario, se reconoce cuando se exploran todas las posibilidades, por inoficiosas que puedan parecer en un comienzo.

Exhibir miles de pruebas con patos negros no demuestra que todos los patos son negros; sólo acredita que el investigador ha visto miles de patos negros. De allí su obligación de indagar y buscar al mismo tiempo, con parejo ahínco, aquella otra hipótesis de trabajo (hay patos blancos) que pueda refutar su primera impresión[13].

2. En análoga posición de neutralidad se encuentra la autoridad administrativa cuando da comienzo a una pesquisa, ya que el principio de probidad consagrado en la LOC Nº 18.575 le exige dar muestras de "lo razonable e imparcial de sus decisiones" (artículo 53). Significante aquí de que debe empezar buscando los hechos del caso exenta de prejuicios, sin ideas preconcebidas ni inclinaciones *a priori*[14].

---

13 Dado que la acumulación de ejemplos no certifica un enunciado, por eso el método de razonamiento inductivo tampoco acepta considerar que una investigación sea completa y convincente cuando sólo se ha limitado a la *verificación* de una hipótesis, sin considerar la *falsación* de ella por otra hipótesis de contraste, que pueda refutarla. Para una aproximación clara y accesible al aporte del falsacionismo de Karl R. Popper a la ciencia, sus *Conjeturas y refutaciones,* Paidós (Barcelona), adaptación a la 4ª edición inglesa (2003), especialmente pp.57-87, y *Miseria del historicismo,* Alianza Editorial (Madrid). 1ª edición (2002) 2ª reimpresión (2008), pp. 147-161.

14 Todos nos familiarizamos con el viejo chiste del fiscal que, al interrogar a un testigo, le pregunta: "¿Ha dejado de pegarle a su esposa? Responda: sí o no". De cualquier manera que conteste, el testigo estaría admitiendo que en el pasado golpeaba a su esposa. Esto puede que no sea cierto, pero el interrogador ha tratado de atrapar al testigo formulándole esa pregunta de una manera implícitamente predeterminada, que no deja alternativas. En este caso la pregunta es más importante que la respuesta, al revelar la parcialidad del fiscal. Nicholas Capaldi, *Cómo ganar una discusión. El arte de la argumentación,* Gedisa Editorial (Barcelona), 1ª edición (1990), 2ª reimpresión (2005), pp. 192-193.

Precisamente porque el órgano se encuentra en estado de tomar una "decisión", ante la disyuntiva de elegir uno entre dos cursos de acción posibles (sancionar o absolver) y habida cuenta que esa elección no puede ser "arbitraria" sino "razonable", por eso debe investigar con igual celo y acuciosidad todas las posibles hipótesis convergentes, contradictorias y divergentes[15], de manera "imparcial". Debiendo por ello dar cuenta transparente, tanto en el expediente como en el documento aprobatorio de su determinación, de (uno) qué indagaciones concretas llevó a cabo respecto de una y otra hipótesis y (dos) cómo llegó a mantener una en pie y a descartar las otras.

3. En este tema, como en otros atinentes a decisiones públicas, conviene insistir que aprovecha al mismo decisor no perderse en el "efecto túnel", que es cuando se reduce el ámbito de visión al estar dominada por determinados datos e informaciones, sin capacidad para confrontarlos con otros discrepantes mediante la comunicación interpersonal. Enfrentada la autoridad a situaciones difusas, donde reinan estados de mayor incertidumbre, el procedimiento participativo cobra una importancia crucial y no puede tratársele como algo puramente ritual[16]: dado un entorno complejo en que el conocimiento se halla disperso y altamente descentralizado, en depósitos o fuentes externas a la autoridad, son justamente las personas quienes pueden aportarle elementos de juicio invaluables para una decisión acertada[17].

Y por eso, para asegurar que la investigación oficial no se oriente en un único sentido, es que rige para el afectado el derecho constitucional a "un procedimiento y una investigación racionales y justos", a partir del cual se ha señalado que, junto con conferir poderes punitivos a la Administración, la ley asimismo debe contemplar ciertas garantías procedimentales mínimas indispensables, como una etapa de formulación precisa de cargos, resultantes de la investigación, debidamente comunicados al imputado, y otra destinada a brindarle la debida oportunidad para presentar descargos y pruebas de refutación[18].

Veamos ahora cuándo y cómo deben reunirse los respectivos antecedentes.

Colección de los datos

Los fundamentos materiales de un acto o sanción administrativa sólo pueden consistir en aquellos hechos que han quedado registrados en la fase de instrucción del procedimiento pre-

15 M. Taruffo, *La prueba de los hechos* citada, pp. 249-256.

16 G. Majone, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas públicas* citado, p. 53.

17 Una óptica global sobre la actual multiplicidad de fuentes de producción y comunicación de conocimientos, interrelacionadas y estimuladas positivamente por los gobiernos, en Manuel Castells, *La era de la información.* Vol. 1 *La sociedad en red,* Siglo XXI Editores (México) 5ª edición (2004), 590 pp.

18 Tribunal Constitucional sentencias de 17.6.2003 (rol 376: considerandos 29º-34º), 21.4.2005 (rol 437: cons. 16º-23º) y 26.6.2008 (rol 725-2007: cons. 21º-26º), que condicen con la historia fidedigna del establecimiento de la citada norma suprema (sesión 101ª, de 9.01.1975 de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución). Asimismo, varias leyes que otorgan poderes sancionadores a la Administración consultan paralelamente un previo procedimiento tendente a asegurar la debida audiencia al presunto infractor: 19.613 (modifica art. 17 de la Ley Nº 18.410 atinente a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles); 19.913 (art. 22 respecto a la Unidad de Análisis Financiero); 19.937 (art. 19 de la Superintendencia de Salud); 19.995 (art. 55 respecto a la Superintendencia de Casinos de Juego), y 20.223 (incorpora incisos 11-13 al art. 3º de la Ley Nº 18.696).

vio, de modo que éstos son los únicos que cabe invocar en el decreto o resolución aprobatorio de dicha decisión[19].

Pero como determinar si los hechos aducidos son apoyados o refutados por la realidad exige un escrutinio basado en determinadas técnicas probatorias, a continuación hemos de atender que esos antecedentes queden asentados merced al empleo de medios de prueba lícitos (permitidos por el ordenamiento y producidos con las garantías que los hagan dignas de confianza jurídica). Mediante el "empleo de medios idóneos de diagnóstico", como dice la LOC Nº 18.575 (artículo 53).

1. A veces una ley determina cuáles instrumentos deben emplearse para establecer algunos hechos específicos, incluso asignándoles –desde ya– cierto valor cognoscitivo intrínseco.

1.1. Situación que acontece, a menudo, cuando se trata de hechos que por su naturaleza pueden ser acreditados en forma objetiva mediante certificados oficiales o una simple constatación.

Son certificados oficiales, por ejemplo, aquellos expedidos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, los cuales, según la Ley Nº 19.477 (artículos 4º Nº 7 y 32), "hacen fe" de los hechos y actos jurídicos que consten en los registros que mantiene dicho organismo.

Son actas de simple verificación, por ejemplo, aquellas que levantan los propios funcionarios fiscalizadores a quienes algunas leyes les atribuyen el carácter de "ministros de fe", de modo que los hechos en ellas estampados constituyen una "presunción de veracidad"[20].

1.2. Ante una norma específica que le indique a la Administración cuáles fuentes o medios probatorios debe emplear y qué valor debe asignarles respecto a la comisión de ciertas infracciones, no cabe prescindir de ellas[21]. Pero el que en estos casos la autoridad no pueda omitir la explotación de esas precisas formas de diagnóstico no le impide acceder a otros medios o fuentes de información, tendentes a complementar o a refutar los hechos por aquellas formas acopiados[22].

---

19 En la hora veinticinco, durante un ulterior contencioso, la Administración no puede invocar otro material fáctico que el acopiado en dicha oportunidad (ya agotada), sin vulnerar las reglas de un procedimiento judicial justo y racional. Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2009), Legal Publishing Chile (Santiago), pp. 257-258.

20 D.L. Nº 3.500 (art. 94 Nº 8), Leyes Nº 18.410 (art. 3º D agregado por la Ley Nº 19.613), 18.902 (art. 11 A), Ley Nº 19.988 (art. 43), etc. Aunque, por tratarse de meros actos administrativos de conocimiento personal, nuestros tribunales han acotado que deben ser coherentes y racionales; que deben limitarse a constatar los hechos que verifican los inspectores por sus propios sentidos, y no a través de los dichos de personas presentes en la visita, y que tampoco pueden entrar a calificar o a interpretar situaciones jurídicas: *Fallos del Mes* 125 (1969), pp. 50-54, y *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 95 (1998) 2.1, pp. 34-36. En materia laboral, v. Corte Suprema 28.10.2008 (rol 5.058/2008) y 27.11.2008 (rol 5.844/2008).

21 Así, cuando el Código Sanitario dice que "Bastará para dar por acreditada la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla" (art. 166).

22 Aunque no referido a sanciones, un ejemplo de esto fue la Ley Nº 19.234 (12.08.1993), que formuló cómo acreditar la calidad de "exonerado político": a través de decretos, resoluciones, oficios o bandos que así lo demuestren, o –en caso de inexistencia, destrucción o pérdida de éstos– ateniéndose a otros documentos o instrumentos que constituyan un principio de prueba por escrito y que demuestren en forma fehaciente la existencia de móviles políticos en la exoneración, además de poder complementarse con informaciones sumarias de a lo menos tres testigos contestes en los hechos (art. 9º). Todos los cuales pudieron ser ponderados privativamente, hasta formarse convicción, por el Presidente de la República a través del Ministerio del Interior (art. 10).

Esto es una cuestión de mínima prudencia, tanto más cuando las sanciones deben aplicarse tras un procedimiento justo y racional, lo que pasa por darle una oportunidad de defensa al acusado, por manera que la autoridad está forzada a recibir y en definitiva a ponderar las pruebas ofrecidas por él (tendentes a negar o atenuar el hecho que se le imputa). Interpretar lo contrario, que tales leyes cierran al imputado la posibilidad de rendir otras probanzas, distintas a las enumeradas por el legislador, importaría contravenir el artículo 19 Nº 26 de la Carta, ya que en tal extremo se estaría privando de toda significación concreta y eficacia práctica al susodicho derecho a levantar una defensa efectiva.

2. A falta de normas específicas que le indiquen a la autoridad cómo establecer los hechos investigados, un medio idóneo de diagnóstico puede identificarse con "cualquier medio de prueba admisible en derecho", por aplicación supletoria de la Ley N º19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (artículo 35)[23].

2.1. Esa alusión a "cualquier medio" alienta a la autoridad a ser eficiente y eficaz en procura de alcanzar la verdad material. Lo que le *permite* acudir a todas aquellas fuentes capaces de registrar evidencia empírica acorde con la naturaleza de aquello que se investiga, pero a la par la *obliga* a usar los distintos medios y fuentes de información confirmatoria y contradictoria que se encuentren a su alcance, sin menoscabar el principio de economía procedimental.

Entonces, la autoridad debe poder contestar ¿por qué se atuvo a los resultados que arrojó un solo antecedente, si para asentar un hecho se exige la convergencia de a lo menos dos fuentes distintas? ¿Por qué usó unas y no otras? ¿Pidió informes o pericias a otros organismos estatales, para cotejarlos con los suyos propios? ¿Consultó la evidencia científica disponible? ¿Alcanzó bases de datos? ¿Solicitó el concurso de expertos independientes? Y de todo este esfuerzo de búsqueda debe quedar constancia en el expediente y resumirse en los vistos y considerandos del decreto o resolución aprobatorios del acto, precisamente porque esto es lo que refleja la genuina imparcialidad y acuciosidad con que se desarrolló la investigación[24].

2.2. El que sea "admisible en derecho" connota cualquier medio autorizado de común u ordinario, donde por principio quedan fuera los denominados "procedimientos especiales" de investigación, para acceder a antecedentes contenidos en fuentes cerradas. Conforme a la Constitución (artículo 19 Nº 5), ha menester en tal caso una ley específica que autorice afectar la inviolabilidad del hogar (a través de allanamientos) o las comunicaciones privadas (por medio de intercepciones, escuchas y grabaciones electrónicas).

---

23 Esta ley define que "Los actos de instrucción son aquellos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto" (art. 34 inc. 1º).

24 Por el principio de publicidad consagrado en nuestra Carta (art. 8º inciso 2º) y en la LOC Nº 18.575 (art. 13 inciso 2º), a la Administración toca promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que adopte. La Ley Nº 19.880 (art. 11 inciso 2º), aludiendo al principio de imparcialidad, añade por su parte que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, o perturben o amenacen su legítimo ejercicio.

Como la Ley Nº 19.974 (2.10.2004), que sólo permite a los entes integrantes del Sistema de Inteligencia del Estado, en determinadas situaciones y con los debidos resguardos, intervenir las comunicaciones, los sistemas y redes informáticos y realizar escuchas y grabaciones electrónicas, incluyendo la visual (artículos 23-32), amén de exigirles secreto de los antecedentes e informaciones que guarden en su poder[25].

II. FUNDAMENTO: LOS HECHOS EFECTIVOS Y CIERTOS

Hemos dicho que la autoridad tiene que "saber" para poder decidir fundadamente (entre la absolución y la sanción). Lo cual implica obtener un conocimiento o aprehensión completa de la realidad antes investigada, comoquiera que sólo aquellos hechos singulares plenos y verdaderos pueden constituirse en premisa o motivo válido de una conclusión razonada. Recapitulando, que el acto volitivo tiene fundamento real únicamente cuando se basa en hechos conocidos y ciertos.

Pero no basta aseverar que se tiene conocimiento de alguna situación, pues nadie puede ser creído bajo la sola fe sus afirmaciones. Para alcanzar un saber efectivo, cabal y contrastable (susceptible de ser controlado) resulta indispensable desplegar ciertos ejercicios intelectivos en metódica sucesión, como son: 1º) valorar cada prueba por separado a fin de adquirir los datos; 2º) confrontar luego entre sí esos distintos datos para extraer información, y 3º) interpretar finalmente las informaciones ya destiladas a fin de adquirir algún conocimiento razonado, traducido en una certeza o –al menos– en un verosímil grado de probabilidad.

Cabría visualizar esto como un proceso de elaboración, donde ingresan por separado distintas materias primas en bruto (datos), que luego son integradas o cruzadas entre sí (información), para terminar arrojando un producto de conocimiento con un determinado nivel en calidad (certeza o probabilidad).

> Aunque se barajan indistintamente (véanse sus definiciones en el Diccionario) hay algunas diferencias conceptuales entre "dato-información-conocimiento".
>
> Cuando viajo a Concepción, recibo datos en la página web de Cóndor Airlines (fecha, número de vuelo, horas de salida y de llegada). Si yo los comparo y cruzo con otros datos (de la Dirección General de Aeronáutica Civil o un colega me reporta si la aerolínea cumple o no sus horarios, si avisa con tiempo sus retrasos, etc.), ya poseo información convergente, divergente o contradictoria. Tengo conocimiento cuando puedo afirmar, con certeza o al menos con un grado de probable verdad, que la empresa es puntual y que el avión saldrá a la hora anunciada.

Datos: valoración de las pruebas

Antes señalamos casos en que la ley atribuye directamente cierto valor específico a un determinado medio probatorio o a alguna fuente de datos. Pero como la mayoría de las veces

25 Acerca de estos medios intrusivos de investigación, Rodrigo Vera Lama, *Sistema de Inteligencia del Estado a la luz del Derecho* (2008), Librotecnia (Santiago), pp. 211-253.

esto no ocurre, allí la autoridad administrativa podría invocar para sí una suerte de facultad de discrecional de evaluación, apelando a la Ley Nº 19.880 (artículo 35) que le permite emplear cualquier medio idóneo de diagnóstico "apreciándose en conciencia".

1. Ni decir tiene que ello no alienta el secretismo ni el descontrol, como que esto facultaría una íntima convicción, subjetiva y reservada al fuero interno del decisor, toda vez que en este punto siguen rigiendo, sin paréntesis, aquellas normas constitucionales y legales que le impiden a la Administración ser "arbitraria". Enrielándola a apoyar sus actos sobre hechos fehacientes y tenidos como tales tras un proceso intelectivo "racional" (en los precitados artículos 19 Nº 3 inciso 6º de la Carta y 53 de la LOC Nº 18.575).

No ha de entenderse, pues, que la Administración quede así licenciada para ser antojadiza o caprichosa, atribuyéndole un efecto demostrativo cualquiera a las pruebas reunidas, ya que su estimación en conciencia no la exime de tener que justipreciarlas conforme a una reflexión razonada. Proscrita la arbitrariedad administrativa y obligada la autoridad a obrar racionalmente, por eso debe proceder a sopesarlas cuantitativa y cualitativamente, mediante una serie coherentemente articulada de inferencias inductivas y deductivas.

Si, según el Diccionario, "apreciar" significa que se le "ponga un precio" a las cosas, en este caso a cada una de las pruebas acopiadas, y "en conciencia" se lee como actuar conforme a un "conocimiento exacto y reflexivo de las cosas", forzoso es concluir que la autoridad debe calcular dichas pruebas reunidas de una manera racional.

2. Ciertamente, en tal caso no existe un patrón absoluto, un parámetro único y universal para tabular las pruebas. Pero de otras disciplinas auxiliares, compelidas a responder por su evidencia, cabe convocar algunas experiencias útiles a la hora de graduar el valor de los datos y materiales reunidos[26].

En este modelo adaptado a lo jurídico, en que no entran las evidencias ilegítimas o apócrifas (se eliminan las confesiones obtenidas bajo apremio, las fotos o grabaciones trucadas, los documentos adulterados, los testimonios falsos, otras ordalías, etc.), por ejemplo con A-1 se rotula a un medio merecedor de confianza plena que contiene una verdad directa. Los datos de medios menos fidedignos o fuentes menos certeras pueden ser designados B-2, C-4, etc.

[26] Sherman Kent, *Inteligencia estratégica* (1978), Editorial Pleamar (Buenos Aires), pp. 184-190. Para calibrar el peso de las pruebas, en este ámbito hay quienes distinguen tres pasos: además de evaluar la fuente y la evidencia misma por separado (como se muestra en el cuadro), habría que apreciar aparte el canal de comunicación a través del cual llega la información, por la eventual distorsión que puede sufrir el mensaje al paso de diferentes nodos e intermediarios (fuentes secundarias, como testigos de oídas, traductores, peritos, etc.): Robert M. Clark, *Intelligence Analysis,* CQ Press (Washington D.C.), 2ª ed. (2007), pp. 114-138.

CÓDIGOS DE EVALUACIÓN	
Confiabilidad del Medio	Exactitud del Contenido
A. Cuando se le otorga máxima credibilidad, por no existir dudas de su competencia u honorabilidad. O porque los datos suministrados en el pasado han demostrado ser creíbles en todos los casos.	1. Cuando el dato suministrado es completo, preciso y veraz.
B. Cuando se le otorga valor relativo, por tratarse de un medio o fuente que ha proveído datos ciertos en el pasado en la mayoría de los casos.	2. El dato es conocido de primera mano por el medio o fuente, pero sin comprender todos los aspectos de la cuestión.
C. Un medio o fuente cuya información en el pasado no ha resultado cierta en la mayoría de los casos.	3. El dato no es conocido de primera mano por el medio o fuente y es parcial, pero puede ser corroborado por antecedentes alternos.
D. Medios o fuentes que no han sido utilizadas o donde existen dudas respecto a su reputación y autenticidad.	4. El dato no es conocido de primera mano por el medio o fuente, es parcial o admite diferentes versiones y no puede ser corroborada por ningún otro antecedente.

3. A su vez, para insertar cada prueba dentro del casillero correspondiente del organizador anterior, por ejemplo para procesar el crédito o credenciales de un testigo presencial, se puede abrir un mapa conceptual con variables como las siguientes[27]:

1. Proximidad espacial	¿A qué distancia estaba del hecho en relato?
2. Proximidad temporal	¿Cuánto tiempo después reportó el hecho?
3. Grado de expertizaje	¿Es experto en el tema?
4. Estado físico y sensorial	¿Cuáles eran las condiciones de la persona?
5. Grado de atención	¿Estaba concentrada o distraída?
6. Grado de objetividad	¿Tiene algún motivo para distorsionar?
7. Prejuicios y creencias	¿Sus preconceptos influyen en el relato?
8. Sentimientos involucrados	¿Sus sentimientos afectan la declaración?

Medida la calidad del testigo, a continuación se procede a ponderar la calidad de la observación, del contenido de su declaración (en la columna relativa a la exactitud de los antecedentes aportados), a ver si refleja un relato objetivo de los hechos o se adentra en el terreno de las subjetivas opiniones e interpretaciones; si es completo y veraz, etc. Si depone acerca de una acción humana, la declaración rendida sería completa si puede responder las siguientes

27 Josefina Beas, Josefina Santa Cruz, Paulina Thomsen y Soledad Utreras, *Enseñar a pensar para aprender mejor,* Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago), 4ª edición (2008), capítulo 2 "La confiabilidad de las fuentes de información", pp. 35-44 y 139-144. Para una comparación, v. Rodrigo Coloma, Mauricio Pino y Carmen Montecinos, "Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal", *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso) XXXIII (2009), pp. 303-344.

interrogantes esenciales[28]: quién (individualización de las personas o sujetos que intervinieron en la acción, hecho o actividad investigada); qué (acción desarrollada, hecho o actividad que es materia de investigación); cuándo (oportunidad o momento en el tiempo –horario/calendario– cuando ocurrió dicha acción); dónde (lugar o espacio geográfico donde se concretó o desarrolló el hecho); cómo (procedimientos, medios humanos o técnicos empleados o utilizados); por qué (móviles o razones que originaron la actividad) y, de ser posible, para qué (finalidad declarada o intenciones perseguidas por los actores o sujetos que protagonizaron la acción)[29].

4. Mientras que un recuadro para el análisis de un medio documental, podría considerar estas otras preguntas claves[30]:

Evaluación de fiabilidad (confiabilidad de medio)	Evaluación de calidad (exactitud del antecedente)
¿Quién es el autor?	¿Cuáles son sus presupuestos subyacentes?
¿Cuál es su posición?	¿Qué dice y qué no dice el documento?
¿Cuáles son sus prejuicios y parcialidades?	¿Cómo se presenta el argumento?
¿Dónde y cuándo se confeccionó?	¿El relato está bien fundamentado y es convincente?
¿Por qué se hizo?	¿Cuál relación hay entre este documento y los que se hicieron previamente?
¿Cómo se hizo y para quién?	¿Cuál relación guarda este documento con los que se hicieron posteriormente?
¿En qué contexto fue confeccionado?	¿Qué opinan de este documento otras fuentes?

Con lo que ya se ha dado el primer paso al evaluar cada medio de prueba por separado, ponderando el crédito que merece cada uno de ellos y la precisión de los antecedentes recopilados por su intermedio.

Información: cotejo entre las pruebas

Hasta aquí ya se tienen *datos,* equivalentes a los ladrillos para empezar una construcción. Por lo que en seguida hay que componer la *información,* para lo cual habrá de realizarse una apreciación de conjunto entre los datos. Es decir, con la totalidad de las pruebas acumuladas, comparar e integrar unas con otras.

Así, una combinación del contenido de las piezas probatorias reunidas puede darnos como resultado que entre ellas existe convergencia, divergencia o contradicción.

28 Adaptadas de Arturo Rodolfo Sánchez de Bock, *La Inteligencia, la Seguridad y su Planeamiento* (2009), Dosyuna Ediciones Argentinas (Buenos Aires), pp. 21-22.

29 Para medir la confianza que merece un peritaje, por ejemplo, se pueden considerar factores como la seguridad científica que ofrece (no es lo mismo un examen de ADN que un test de alcoholemia), la trayectoria académica y profesional del perito firmante, su vigencia y especialidad, así como su reputación y el reconocimiento brindado por sus pares, etc.

30 Adaptadas de Loraine Blaxter, Christina Hughes y Malcom Tigth, *Cómo se hace una investigación,* Biblioteca de Educación-Herramientas Universitarias, Gedisa Editorial (Barcelona), 1ª edición (2002), 4ª reimpresión (2008), p. 252.

Hay *convergencia* cuando dos ítemes favorecen coincidentemente la misma afirmación. Hay *divergencia* cuando apuntan hacia explicaciones diversas (lo que exige un segundo análisis tendente a precisar si son opuestas o concordantes[31]). Hay *contradicción* cuando entre los medios o fuentes de información existe oposición lógica.

A ser necesario, para facilitar la confrontación y el destilado de los datos en crudo, en esta etapa puede convenir desensamblarlos, a fin de distinguir entre sus elementos fundamentales y sus aspectos secundarios o complementarios.

Conocimiento: certeza o probabilidad

1. De esta forma estaremos en condiciones de consolidar el peso final de la evidencia reunida, diciendo que un hecho puede darse por probado con completa certeza, alta probabilidad, mediana probabilidad o baja probabilidad[32]. Y que habría improbabilidad cuando el supuesto hecho no cuenta con antecedentes suficientes a su favor e imposibilidad si se revela derechamente falso.

Categorías de convicción a las cuales podría atribuírseles un significado, por ejemplo, según la siguiente combinación. *Completa certeza:* cuando se asevera firmemente que un hecho es verdadero, porque concurren a lo menos dos pruebas distintas a su favor, rotuladas cada una en la categoría A-1, sin oposición (el "como mínimo dos", ejemplificado con los golpes repetidos en la puerta que anuncian la llamada de un visitante, es la norma de redundancia que despeja la ambigüedad, determina claramente la situación y anula la arbitrariedad)[33]. *Alta probabilidad:* cuando el hecho puede ser cierto, porque hay a lo menos dos pruebas A-1 que lo apoyan versus otras de menor valor en contradicción. *Mediana probabilidad:* cuando el hecho probablemente es efectivo, porque lo respalda una sola prueba A-1, sin que existan otras que la contradigan, o se presenta igual número de pruebas con valor A-1 a favor y en contra. *Baja probabilidad:* cuando el hecho eventualmente es factible, porque las pruebas que lo avalan superan en número y calidad a aquellas que lo contradicen.

¿Cuál estándar de persuasión apoya una decisión válida?[34]

2. Una teoría descriptiva de las decisiones dice que algunas se toman con conocimiento completo y en condiciones de certeza. Que otras decisiones con riesgo son adoptadas según información parcial e incompleta, merced a datos que se presentan en condiciones de probabilidad. Y que hay decisiones con incertidumbre cuando no se conocen los datos o el

---

31 Como cuando un medio reporta que una nave se dirige hacia Chile, mientras que otra fuente informa que la misma nave va con rumbo a Australia. Ambas podrían estar en lo correcto, si el barco sólo está haciendo una escala en Melbourne.

32 Para un ejercicio práctico, Hermes H. Benítez, *Las muertes de Salvador Allende* (2006), RIL Editores (Santiago), "Consideraciones metodológicas", pp. 37-47.

33 Eva Aladro Vico, *La información determinante* (2009), Editorial Tecnos (Madrid), pp. 21-22.

34 Comparativamente, sabemos que en materia penal la Justicia tiene que estar convencida "fuera de duda razonable" que el acusado es culpable, antes de poder condenarlo. En tanto que en un juicio de carácter civil la norma comúnmente aceptada es la de "preponderancia de la evidencia creíble", a menos que la ley obligue un nivel más exigente que el de la prueba prevalente. F. Lee Bailey, *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante* (1998), Limusa Noriega Editores (México), pp. 79-96.

decisor actúa en función de un oponente racional, evento en el cual la determinación se formula mediante una serie de ingenios como la teoría de juegos[35].

Lo que traído acá permite distinguir entre la acusación previa y la sanción posterior. La acusación cuadra dentro de esa segunda categoría, donde el nivel de exigencia probatoria es inferior al que se requiere cuando se pronuncia resolución definitiva para los mismos efectos de acreditar el hecho punible y la participación del imputado. Mientras que las sanciones administrativas son de aquella primera clase: en ausencia de una ley que rebaje el estándar de seguridad probatoria a un nivel inferior al de certeza completa, éstas únicamente pueden imponerse cuando convergen a demostrar la veracidad material del hecho reprochado como infracción a lo menos dos pruebas enteramente fidedignas y exactas, sin que concurra a desacreditarlo ninguna otra evidencia en contrario.

Misma línea por donde discurre nuestro Poder Judicial, al declarar que las sanciones administrativas sólo pueden aplicarse en presencia de infracciones ostensibles, patentes, precisas, claras y manifiestas, debidamente acreditadas[36].

III. Justificación: los hechos pertinentes y relevantes

1. De tal manera llevamos avanzado que un acto decisorio tiene fundamento cuando la autoridad emisora conoce verazmente la realidad, esto es, cuando se basa en alguna evidencia empírica adquirida a través de un proceso continuo, que transita desde el acopio de los antecedentes de hecho (datos), pasa por su cotejo crítico (información), hasta llegar a poder afirmar la existencia cierta o probable de una determinada situación material (conocimiento). Aunque un saber cualificado todavía requiere algo más: que el acto esté justificado, vale decir que se sostenga sobre hechos significativos y relevantes.

No se puede simplemente decir que Juan es chileno (conclusión) porque nació en Chile (dato fáctico), dado que entre estas dos afirmaciones todavía no existe relación. ¿Es que el hecho de haber nacido en Chile permite sostener que un sujeto es chileno? A esto no cabe responder brindando más y más datos convergentes, ya que la pregunta siempre cabría formularla de nuevo. Para pasar de los datos a la conclusión, hay que volver a la premisa mayor (norma general) que justifica o autoriza la inferencia:

"Son chilenos: los nacidos en el territorio de Chile" (artículo 10 Nº 1 CPR).

Al paso que el argumento debe refutar o hacerse cargo inmediatamente de la hipótesis de reserva: "a menos que" Juan sea hijo de extranjeros transeúntes y no haya optado por la nacionalidad chilena.

---

35 Roberto Meza Antognoni, *Lenguaje y poder en la Sociedad del Conocimiento* (2009), Ediciones Radio Universidad de Chile (Santiago), pp. 221-222.

36 RDJ 87 (1990) 2.3, pp.109-111; RDJ 88 (1991) 2.5, pp. 302-307; Gaceta Jurídica 292 (2004), pp. 37-42; La Semana Jurídica 250 (22-28 agosto 2005), pp. 8-9; LSJ 252 (5-11 septiembre 2005), pp. 9-10, etc. Nos parece que este nivel de exigencia es el único que asume el carácter de genuina garantía, cuando el derecho a la presunción de inocencia viene siendo cuestionado por entes administrativos. Sobre ellos pesa la carga de probar, no sólo los hechos que sustentan positivamente su decisión, sino también que esa presunción se halla completamente descartada.

2. En nuestro esquema, concebimos el acto decisorio como expresión de un silogismo, advirtiendo que no se trata aquí de descubrir todas las posibles falacias contra la lógica formal que podrían invalidar el argumento completo del acto[37], ni de cuestionar la selección, vigencia, interpretación y aplicación de la premisa mayor (afirmativa universal) que sirve de soporte normativo al acto.

Nuestro foco de atención se ha centrado sólo en aquella premisa menor (afirmación particular) que se identifica con el antecedente factual del acto, a fin de ver si ese motivo contiene un hecho efectivo y –ahora– si éste constituye un ejemplo cabal de aquella generalización aceptada.

Acotando que la sanción administrativa estará "fundamentada" si se basa en específicos *hechos ciertos,* en cuanto acreditan fehacientemente la existencia de la premisa menor, y que estará "justificado" si se sostiene sobre *hechos pertinentes,* en tanto encuadran dentro de alguno de los tipos genéricos de evidencia admitidos como ejemplos de "conducta" por la premisa mayor.

3. De allí que nuestro siguiente paso consista en determinar si la evidencia empírica ofrecida en la sanción administrativa es de aquella *clase genérica* aceptada en el supuesto legal (premisa mayor), toda vez que el acto, además de fundado, debe encontrarse justificado sobre la base de hechos *relevantes.*

Porque –como bien se ha dicho– todavía cabría cuestionar un acto, aunque se base en hechos ciertos y a pesar de su verdad. Ya que no basta para justificarlo la congregación de múltiples datos, sin importar lo fiables que puedan ser, porque las buenas razones van más allá de la mera cantidad, incluso más allá de su calidad. Para que sea convincente, es menester que explique por qué sus datos no sólo son fiables, sino también adecuados[38].

4. Para lo cual, conceptualmente, habría que separar lo concerniente a la calificación jurídica del hecho del tema relativo a su justificación.

Aquella es una operación conceptual compleja, tendente a elucidar en cuáles premisas normativas distintas (aplicables conjunta o alternativamente) se puede subsumir un acontecimiento o suceso, con determinadas consecuencias jurídicas en cada caso. Mientras que este ejercicio intelectivo relativo a la justificación, sólo trata de determinar si el hecho se incluye o no dentro del tipo genérico de evidencias que admite una única y ya seleccionada de antemano norma o premisa mayor.

---

37 Nicholas Capaldi, *Cómo ganar una discusión. El arte de la argumentación,* Gedisa Editorial (Barcelona), 1ª edición (1990), 2ª reimpresión (2005), pp. 38-50. Elena Teresa José, *Conocimiento, pensamiento y lenguaje. Una introducción a la lógica y al pensamiento científico* (2006), Editorial Biblos (Universidad Nacional de Salta), pp. 46-54. Astrid Gómez y Olga María Bruera, *Análisis del lenguaje jurídico,* Editorial de Belgrano (Buenos Aires), 2ª edición (1984), 3ª reimpresión (1995), pp. 129- 181.

38 Wayne C. Booth, Gregory G. Coloma y Joseph M. Williams, *Cómo convertirse en un hábil investigador,* citado, pp. 113-114 y 134-154. Roberto Marafioti, *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo XX,* Editorial Biblos (Buenos Aires), 2ª edición (2005), pp. 126-128.

5. Ahora, toda vez que la "conducta" definida por la ley no nos remite a un hecho como mero dato empírico material, sino que a un suceso enunciado en general, tales menesteres implican un proceso de subsunción, cuyo núcleo se considera también un silogismo[39]:

   S se caracteriza plenamente en la ley con las notas distintivas o indicadores 1, 2, 3.

   H presenta los caracteres o rasgos 1, 2, 3.

   Luego, H es un caso de S.

6. Por lo que, en definitiva, viene siendo la selección de la norma, de entre aquellas diversas leyes potencialmente aplicables al caso, la que determina cuál es la "conducta" punible (premisa mayor), descrita en la forma de un supuesto de hecho abstracto (hipótesis o condición que, de verificarse, desencadena la consecuencia jurídica preestablecida en esa norma, es decir, las "penas"). Cuya interpretación –a su vez– es la que permite seleccionar y determinar cuáles son esos hechos singulares o concretos genuinamente significativos y relevantes (premisa menor), en tanto pueden caber dentro de la previsión de aquélla.

Pero para ahondar en estas operaciones, acerca de la selección e interpretación de las leyes, obviamente sería necesario otro ensayo.

CONCLUSIÓN

En un sedicente mundo de incertidumbres, en el que desde las ciencias, la filosofía y las artes se comunican verdades (si es qué) transitorias y precarias[40], apenas algunas probabilidades tentativas y conjeturales, aún así, el derecho sigue impertérrito, imponiéndole a las autoridades el deber inexcusable de decidir. Y de hacerlo racionalmente, sobre la base de hechos ciertos y significantes.

Así que sin pretensiones de articular una fórmula para alcanzar toda la verdad, con las páginas que aquí terminan sólo hemos querido sugerir algunas premisas de aquel razonamiento deliberativo que, con referencia a una norma punitiva, permiten decantar dicho sustento material atinente a una sanción administrativa.

39 Karl Larenz, obra citada, pp. 267-268.

40 Julio Retamal Faverau, *Y después de Occidente, ¿qué?,* Editorial Algarrobo (Santiago), 1ª edición (1983), 294 pp. Sobre las decisiones jurídicas adoptadas en entornos de incertidumbre, José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán* (2009), Marcial Pons (Madrid), 211 pp.

LA CONTRALORÍA GENERAL Y EL CONTROL DE LAS INFRACCIONES A LA TRANSPARENCIA

Gladys Camacho Cepeda

Profesora Asociada de Derecho Administrativo y de la Cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores "Probidad y Transparencia Públicas", además de Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid).

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El principio de responsabilidad de la función pública y las infracciones a la transparencia pública. 3. La potestad sancionadora del CPT y el procedimiento para su ejercicio. 4. Los sumarios administrativos tramitados para determinar infracciones a la transparencia. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En la actualidad, el derecho de acceso a la información pública no sólo ha cobrado gran relevancia, sino que tiene un fundamento de primer orden en el Capítulo I de la Constitución Política de la República (CPR). Así, el artículo 8º CPR, conformador de las bases de la institucionalidad, ha dado el impulso definitivo para la promulgación de la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP), la cual ha demandado un importante ajuste en la organización y práctica administrativa.

Desde abril de 2009, fecha en que entró en vigencia la Ley de Transparencia Nº 20.285 (LT), el Consejo para la Transparencia puso el énfasis en ir proveyendo, a través de instrucciones de aplicación general, las directrices para un adecuado cumplimiento de las obligaciones de transparencia por parte de los servicios públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LT[1]. Esto es, por la vía de instrucciones ha apelado a educar en las prácticas que se consideran correctas y que resultan obligatorias para los servicios públicos comprendidos en dicha ley.

La transparencia es un valor que ha cobrado gran relevancia, especialmente a partir de la reforma constitucional de 2005, que incorporó el nuevo artículo 8º CPR. Desde entonces, la tendencia del secretismo en la Administración Pública, si bien no ha sido revertida totalmente, por lo menos ha sido abiertamente reprobada, suscitando un despliegue de significativos esfuerzos por parte de los órganos del Estado por cumplir con las obligaciones de transparencia como condición del buen hacer público. Igualmente, se ha asumido que la transparencia es una carga que todos los servicios públicos deben cumplir en los términos amplios que establece la Ley de Transparencia, lo cual ha hecho cambiar a la jurisprudencia administrativa. Así, en 1996

[1] Destacan a este respecto las Instrucciones Generales del Consejo para la Transparencia Nº 4 sobre Transparencia Activa (D.O. 3.02.2010); Nº 5 Sobre Transparencia Activa para Empresas Públicas, Empresas del Estado y Sociedades del Estado (D.O. 3.02. 2010); Nº 7 Complementa la Instrucción Nº 4 (D.O. 25.05.2010); Nº 9 Modifica las Instrucciones Generales Nºs. 4 y 7 (D.O. 20.08.2010), y Nº 10 Procedimiento Administrativo sobre el Derecho de Acceso a la Información (D.O. 17.12.2011).

el Dictamen N° 41.334 establecía que *"los servicios públicos no están obligados a proporcionar información a particulares o suministrarles los documentos o copias que les soliciten, si no les afectan directamente o no se vinculan con situaciones fácticas concretas en que deben intervenir"*. Este criterio jurisprudencial es superado a raíz del perfeccionamiento de nuestro Ordenamiento. De este modo, en el 2000, el Dictamen N° 13.575 da cuenta de la vigencia del principio de publicidad declarando que *"Sólo a partir del 14/12/199, fecha de publicación de la ley 19.653, que agregó el artículo 11 bis a la ley 18.575, se contempla la facultad de recabar de la autoridad competente los documentos que sirven de sustento o complemento directo o esencia a los actos administrativos".* Después de la importante reforma constitucional de 2005, el Dictamen N° 7.355 de 2007 reitera que *"la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio general de orden público que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado, en las cuales se contienen sus declaraciones de voluntad"*. Finalmente, ya aprobada la LT, el Dictamen N° 44.511, de 2009, confirma que *"toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano del Estado acorde a la normativa que regula esa materia"*.

Con todo, ciertamente, no estamos en una situación de plena satisfacción en materia de transparencia, pues cumplir con las exigencias que de ella se desprenden no es fácil, ya que la transparencia no es una *"condición natural"* de las organizaciones gubernamentales, aunque sí podemos reconocer que un buen grado de complacencia podemos mostrar con todo lo que se ha avanzado en esta materia.

En consecuencia, a fin de allanar las dificultades de la transparencia, es necesario estar vigilante de su cumplimiento y de cómo han cambiado los hábitos y las pautas de comportamiento dentro de las organizaciones públicas, pues éstas son las más eficaces garantías de un buen resultado en esta materia, es decir, cuando la transparencia se haga carne en el proceso de la gestión administrativa, asegurando su fidelidad al interés general.

El Consejo para la Transparencia, creado por la Ley N° 20.285 como una corporación autónoma de derecho público, tiene tres funciones importantes en relación a la transparencia: a) promoverla; b) fiscalizarla, y c) resolver los reclamos que se susciten por su infracción[2]. Para el cumplimiento de estos fines la LT ha reconocido al Consejo, entre otras facultades, la potestad sancionadora que constituye una herramienta de gran calibre para que éste asegure el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, el Consejo para la Transparencia tiene una planta reducida, su sede está radicada en Santiago y no se desconcentra en regiones, éstas entre otras constituyen características que configuran una situación que hace proclive a que el Consejo dependa de apoyos institucionales para obtener las colaboraciones que requiere en el cumplimiento de su función fiscalizadora. El legislador, conocedor de esta realidad, dispuso una norma en este sentido que

[2] El artículo 32 LT a la letra preceptúa: "El Consejo tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información".

apela a la técnica de cooperación interadministrativa[3]. A este respecto, entre otros convenios ha sido con la Contraloría General de la República con quien el Consejo para la Transparencia ha celebrado el 3 de junio de 2009 un convenio de colaboración que le permita verificar el cumplimiento de los parámetros y criterios técnicos en materia de transparencia que éste ha aprobado, así como para investigar las infracciones al régimen de transparencia previstos en el Título VII de la LT[4]. Cabe anotar que el artículo 49 había previsto la necesidad de esta colaboración especialmente en materia disciplinaria, pero respetuoso de la autonomía constitucional del Órgano Contralor lo había formulado con carácter meramente facultativo[5].

Es pertinente recordar que la transparencia constituye uno de los más importantes valores institucionales que la Contraloría General proclama, teniendo como objetivo estratégico el fortalecimiento del principio de probidad administrativa y transparencia en la gestión pública. De ahí que una revisión a las investigaciones sobre infracciones a la LT realizadas a través de sumarios administrativos sustanciados por la Contraloría General nos permitirán visualizar cuáles son los problemas del incumplimiento de la transparencia en las organizaciones públicas y las limitaciones de los cambios organizacionales que sobre esta materia se han producido.

2. El principio de responsabilidad de la función pública y las infracciones a la transparencia pública

Como consecuencia de la opción constitucional por erigir un Estado Democrático de Derecho, el desempeño de toda función pública está indisolublemente ligado a responsabilidad. La función pública es exigente y demanda actuar con arreglo a los principios de juridicidad y de probidad consagrados en la Constitución Política. De este modo, el principio de responsabilidad es inherente al ejercicio de funciones públicas mediante las cuales se realizan los fines del Estado.

Es indiscutible que el principio de responsabilidad es el corolario del sometimiento al Derecho de toda la actuación administrativa, no existiendo espacios de actividad exentos a esta vinculación. Por consiguiente, la infracción del ordenamiento jurídico conlleva –por mandato constitucional contenido en los incisos finales de los artículos 6º, 7º y 38 de la Constitución Política, la responsabilidad del funcionario que la hubiere cometido y eventualmente, la imposición de sanciones. El instituto de la responsabilidad hace efectiva la sujeción al Derecho de quienes desempeñan una función pública, quienes deben responder por su mal hacer o su incorrecto ejercicio. En este punto nos referiremos particularmente a la responsabilidad personal de las jefaturas de servicio quienes ocupan una posición de autoridad dentro del entramado de la organización administrativa por lo que se les atribuye responsabilidad por el cumplimiento de su función-deber derivado de su poder jerárquico, lo que les atribuye el control permanente del

---

3 El artículo 34 LT dispone: *"Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado".*

4 El texto del convenio celebrado entre el Consejo para la Transparencia y la Contraloría General está disponible en *http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20090408/asocfile/20090408125721/convenio_contraloria.pdf* [consulta: 22 de mayo de 2012].

5 El artículo 49 LT establece: *"…Con todo, cuando así los solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer sanciones que correspondan".*

correcto funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, que se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de sus actuaciones[6].

La organización administrativa es un instrumento esencial para la satisfacción de las necesidades públicas que actúa a través del personal que la compone. Por ello, resulta primordial comprender que la actuación del funcionario público es inescindible de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa o, en el caso de las jefaturas, deja cometer. Concordantemente con este postulado la mejor doctrina nacional afirma: "La responsabilidad administrativa es la obligación en que se encuentra el funcionario que ha contravenido sus deberes u obligaciones estatutarias, de soportar una medida disciplinaria" (Pantoja)[7]. En el mismo sentido la jurisprudencia administrativa subraya que la responsabilidad es garantía de la legalidad, premisa básica de derecho público sobre la que descansa nuestro sistema jurídico, pues *"este principio de subordinación a la ley constituye el pilar fundamental en que descansa la disciplina social. Sin él, no sólo se engendraría el caos, sino que desaparecerían el funcionamiento armónico de la administración pública, las jerarquías instituidas para hacerlo posible y la distribución de funciones entre los numerosos encargados de atender las necesidades de la colectividad"* (Dictamen N° 28.268 de 1966). La responsabilidad de quien ejerce función pública emerge de la Constitución Política, de la que emanan expresas exigencias de orden ético, de transparencia, de validez para la actuación regular y en general, de sometimiento de la actuación conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico que ella instituye. Y si no obstante, estas prescripciones no se cumplen, la actuación acarrea para el infractor las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

La responsabilidad está asociada a todos los ámbitos en los que se ejerce función pública, es un principio de orden y un instrumento de control del poder que asegura la vigencia del sistema democrático y el Estado de Derecho. Control que en la función pública tiene su parámetro en las precisiones que efectúa el legislador de las exigencias constitucionales y que se traducen en deberes y prohibiciones estatutarias. Ahora bien, estos deberes no están compilados en una sola norma legal sino que en algunos casos como es el que nos ocupa, están contemplados en una ley especial. Ahora bien, por lo general cuando el legislador tipifica una infracción remite al Estatuto Administrativo[8] que es aplicable al infractor para que previo procedimiento disciplina-

---

6 El artículo 11 de la Ley N° 18.575, dispone *"Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de sus actuaciones. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones".* En el mismo sentido, el artículo 64 del Estatuto Administrativo, D.F.L. N° 29 de 2004, de Ministerio de Hacienda, establece como obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas dos deberes que nos interesa destacar: *"a) ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones; y b) Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia".*

7 Vid. Pantoja Bauzá, R., "El Elemento o Recurso Humano de la Administración organización: Jurídicamente, el Estatuto Administrativo", Apunte de cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 41.

8 El término "Estatuto Administrativo" lo utilizamos en la acepción que la jurisprudencia administrativa ha elaborado, es decir, éste es un concepto jurídico de rango constitucional por lo que no se refiere a una ley determinada sino a una idea abstracta que abarca a todo cuerpo normativo que regule la relación de empleo público, como así lo ha establecido, desde 1948, el Dic-

rio se imponga la sanción administrativa. Sin embargo, en casos muy especiales –como también ocurre con las faltas relacionadas con las declaraciones de intereses y de patrimonio reguladas en el artículo 65 de la Ley Nº 18.575– el legislador ha optado por establecer un catálogo más específico de sanciones aplicables. En relación con las infracciones establecidas en los artículos 45 al 47 de la LT, el legislador sólo permite al CPT sancionar al infractor con multa y con suspensión de 5 días. Este catálogo más acotado de sanciones no afecta la naturaleza disciplinaria de las mismas, ya que éstas se imponen a causa del incumplimiento de los deberes de transparencia cuya infracción se haya tipificada en los citados artículos, lo que hace surgir la responsabilidad administrativa de la autoridad infractora. Se ha de concordar que aun cuando las medidas disciplinarias señaladas por el legislador sean más específicas para algunas infracciones administrativas ello no resta la naturaleza disciplinaria de estas sanciones, ya que éstas se imponen en virtud de la potestad disciplinaria que se ejerce en el ámbito doméstico de la Administración, esto es respecto del personal que está vinculada a ella. La particularidad en este caso es que el imputado o infractor sólo puede ser la más alta autoridad del servicio[9].

El cumplimiento y subordinación a la ley constituye el pilar fundamental en que descansa la disciplina de la organización administrativa jerarquizada. Adicionalmente, la LT ha dado realce a los principios de control y de responsabilidad como pilares informadores y garantizadores del derecho de acceso. Así, en virtud de estos principios, el legislador ha determinado que el *cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente"* (art. 11, letra i) LT), y que *el incumplimiento de las obligaciones que la ley de transparencia impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esa ley* (art. 11, letra j) LT).

La Ley de Transparencia, en su Título VI de Infracciones y Sanciones, artículos 45 a 49, ha establecido las faltas administrativas que el Consejo puede sancionar. A este respecto resulta importante detenerse sobre algunos conceptos clave para el adecuado funcionamiento del régimen disciplinario vinculado a las infracciones a la transparencia. Así como también anotar que no todas las infracciones administrativas que incidan en un inadecuado cumplimiento de la LT son sancionables por el Consejo. Es más, la jefatura superior del servicio deberá perseguir las responsabilidades de su personal en caso que hayan cometido infracciones a la transparencia, incoando un procedimiento disciplinario para determinar los hechos y las responsabilidades consiguientes, no estando habilitado el CPT para perseguir en estos casos las responsabilidades de otros funcionarios que no sean las jefaturas superiores que la ley le habilita. En otras palabras, la potestad disciplinaria del Consejo ha de convivir armónicamente con la potestad disciplinaria de los jefes de servicio. La Contraloría General ha también acotado el objeto de los sumarios solicitados por el CPT a investigar las responsabilidades de las jefaturas que pueden ser imputadas, de ello entendemos que el Órgano Contralor deja en manos del servicio iniciar los respectivos sumarios si hubieren otros hechos determinantes de responsabilidades que no sean perseguibles por el CPT.

---

tamen N° 15.412. Vid. Pantoja Bauzá, R., "El Elemento o Recurso Humano de la Administración organización: Jurídicamente, el Estatuto Administrativo, Apunte de cátedra de Derecho Administrativo, op. cit., p. 2".

9 Como se verá más adelante, en caso de infracción a las obligaciones de transparencia activa el jefe superior del servicio podrá ser imputado junto con la unidad de control del servicio.

Un primer elemento importante es el de caracterizar cuáles son las faltas a la transparencia o cuáles son las conductas que constituyen contravenciones sancionables por el Consejo para la Transparencia.

En general, la *falta disciplinaria* consiste en una infracción de los deberes y prohibiciones que pesan sobre el funcionario público. El incumplimiento del deber impuesto constituye un ilícito administrativo que puede materializarse en virtud de una acción u omisión. La particularidad del ilícito administrativo es que conlleva el incumplimiento de los imperativos legales que se imponen al funcionario para asegurar el correcto quehacer diario de la Administración, en el caso que nos ocupa se trata de proteger la transparencia pública en los términos amplios que el legislador de quórum calificado la ha concretado, traduciéndola en obligaciones de transparencia activa y pasiva.

Estas normas de conducta cuya observación es preceptiva deben estar contenidas en el ordenamiento jurídico, para que puedan ser sancionadas, es decir, debe preexistir la regla o norma u obligación cuya violación o incumplimiento motiva la sanción. Para el caso de las infracciones a la transparencia, debemos examinar el Título VI de Infracciones y Sanciones de la LT para la correcta configuración de la ilicitud administrativa a partir de los imperativos legales que éste contempla y así construir el tipo del ilícito administrativo. Por consiguiente, la tipificación de los ilícitos administrativos descritos en el Título VI de la LT da a lugar a cuatro tipos de infracciones. Ahora bien, las faltas administrativas que afectan la transparencia pública son de dos categorías según vulneran las obligaciones de transparencia activa o bien las obligaciones de transparencia pasiva.

Para facilitar su comprensión, en el siguiente cuadro se esquematizan los elementos que caracterizan estas infracciones al derecho de acceso a la información pública.

Cuadro N° 1

Las infracciones a la transparencia pública

Categoría	1° Infracción relativa a obligaciones de Transparencia Activa (art. 47 LT)	2° Infracción relativa a obligaciones de Transparencia Pasiva (art. 45 LT)	3° Infracción relativa a obligaciones de Transparencia Pasiva (art. 46 LT)	4° Infracción relativa a obligaciones de Transparencia Pasiva (inc. 2°, art. 46 LT)
Conducta Infraccional	Incumplimiento injustificado de las normas del Título III L.T.	Haber denegado infundadamente el acceso a la información, contravención del art. 16 L.T.	No entregar oportunamente la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme	Persistencia de la autoridad o jefatura en su actitud de renuencia a entregar información en la forma decretada por resolución a firme.
Responsable / infractor	1.- Reparticiones de control interno de los órganos u organismos de la Administración. 2.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio	La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio	La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio	La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio
Sanción	Multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor.	Multa de 20% a 50% de su remuneración	Multa de 20% a 50% de su remuneración	Se le aplicará el duplo de la sanción impuesta y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

Las infracciones tipificadas en la Ley de Transparencia descritas en el cuadro anterior tienen algunas características que nos interesa resaltar. En primer lugar, es de destacar que la información calificada como de transparencia activa tiene un mecanismo efectivo que garantiza su cumplimiento. En este caso, de acuerdo a una interpretación sistemática de los artículos 9º y 47 de la LT se deduce que los responsables de la infracción a las normas del Título III de la LT sobre transparencia Activa, son tanto el jefe superior de servicio como los responsables de mantener el sitio de transparencia así como la autoridad encargada del control interno. De acuerdo a lo prescrito por el artículo 47 de la LT no se singulariza exclusivamente en el jefe de servicio la responsabilidad en las infracciones a la transparencia activa, si bien éste puede incurrir en culpa

in vigilando. Consiguientemente, en relación con el artículo 47 L.T., no obstante que el jefe de servicio al inicio del sumario comparte la calidad de investigado junto a las otras autoridades mencionadas, ello no conlleva necesariamente que de existir cargos sea éste el imputado así como también que en caso de aplicarse una sanción sea éste el sancionado, pues el sumario deberá esclarecer la responsabilidad que corresponda en cada caso.

En segundo lugar, tratándose de una infracción disciplinaria, el legislador ha concedido relevancia al elemento volitivo del responsable, por consiguiente descarta la responsabilidad estricta y en su lugar enfatiza la culpa como criterio de atribución de responsabilidad infraccional. Así, en el caso de la infracción contemplada en el artículo 45 LT hace recaer en la *"denegación infundada"* del acceso a la información el surgimiento de la responsabilidad administrativa. Del mismo modo, el artículo 47 LT hace pivotar el surgimiento de responsabilidad administrativa en *"el incumplimiento injustificado"* de las normas de transparencia activa. Más aún, el artículo 46 hace hincapié en la falta en la oportunidad y en la forma en se pone a disposición la información pública sancionando *"la no entrega oportuna de la información en la forma decretada".* Por último, el mismo artículo 46 se refiere a la renuencia a acatar la entrega de información por resolución a firme, sancionando a la autoridad correspondiente si *"persistiere en su actitud"* de resistencia a entregar la información ordenada.

En tercer lugar, se observa que el principal sujeto responsable ante el Consejo es *"la autoridad o jefatura o jefe superior de servicio"* (salvo en el caso de las infracciones a la transparencia activa, en el cual comparte responsabilidad con el responsable de mantener el sitio de transparencia, y el jefe de control interno del respectivo organismo). Ello se deduce de lo que establece el artículo 1º Nº 1 LT, el cual preceptúa que para los efectos de la aplicación de esa ley: *"La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado: es la autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional".* De similar modo define esta noción el reglamento de la LT aprobado por D.S. Nº 13, de 2009, de Ministerio Secretaría General de la Presidencia[10]. La jurisprudencia administrativa también ha advertido sobre la correcta interpretación del concepto "jefe de servicio" que en diversas oportunidades emplea el legislador, sosteniendo que este concepto siempre alude a la máxima autoridad del servicio correspondiente. La expresión "Jefes de Servicios Públicos" –observa el Órgano Contralor– utilizada por la norma en comento es análoga a la de "jefes superiores" a que alude la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 31, que indica, en lo que interesa, que *"Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. Sin embargo, la ley podrá, en casos excepcionales, otorgar a los jefes superiores una denominación distinta".* De esta forma, cabe concluir que la expresión "Jefes de Servicios Públicos" a que alude la parte final de la inhabilidad del citado artículo 27, número 1, debe entenderse referida únicamente al jefe superior de un servicio público, esto es, a la máxima autoridad de la respectiva entidad, sin importar la denominación que le otorgue la ley, por lo que no cabe extender su alcance a otras jefaturas de niveles jerárquicos distintos de aquél. Tal conclusión se encuentra, además, en armonía con

[10] El artículo 3º del reglamento define: *"1. La autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado: es la autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional".*

el contexto de la aludida disposición, que incluye en la inhabilidad a diversas autoridades del ámbito estatal" (Dictamen Nº 32.675 de 2011).

Lo señalado nos permite advertir que la singularidad de las infracciones a la transparencia, de las que casi en exclusividad responde el jefe de servicio, están fundadas en la culpa *in vigilando*[11]. Como se sabe, esta culpa constituye la excepción a la regla de la exigencia de culpabilidad por hecho propio, pues en este caso se le imputa responsabilidad al jefe de servicio derivado de su poder-deber jerárquico, ya que como jefatura está obligada a dirigir la actividad y controlar la actuación de los funcionarios de nivel inferior y reconducirlos a una unidad de acción, para el caso que nos ocupa, la unidad en la actuación alude a la exigencia de coherencia y respetuoso cumplimiento de las obligaciones de transparencia que el órgano está obligado a cumplir, por lo que a la jefatura superior le cabe el deber de prevenir la infracción administrativa de sus subordinados relacionada con: a) la inobservancia de las obligaciones de transparencia activa; b) la denegación infundada de la información pública; c) la no entrega oportuna en la forma decretada, y d) la persistencia en la no entrega de la información ordenada. Es sabido que toda esta actividad no la realiza directamente el jefe superior de servicio, pues en la práctica los órganos administrativos han establecido unidades responsables de las tareas vinculadas a la transparencia pública, que son las que coordinan y ejecutan las labores internas que deben realizarse para el cumplimiento institucional en esta materia. Por esta razón, el hecho que el legislador radique en el jefe superior de servicio la responsabilidad y sea ésta la autoridad a la que se le hace efectiva la responsabilidad administrativa, es una decisión sustancial que conlleva un mensaje explícito sobre la relevancia que tiene el respeto de las normas que regulan la transparencia pública[12]. En consecuencia, el que puede tener la calidad de imputado en las infracciones tipificadas en el Título VI de la LT no es otra que la jefatura de más alto nivel en la respectiva organización administrativa, es decir, aquel que ocupa el peldaño organizativo más alto de la pirámide del servicio[13]. Ahora bien, esto no constituye novedad, pues ya la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653 había también radicado la responsabilidad en el jefe del servicio sancionándolo con suspensión del cargo y multa (artículo 11 ter introducido a la Ley Nº 18.575 por el N° 7 del artículo 1º, de la citada ley).

En cuarto lugar, el perfeccionamiento de las infracciones contenidas en el artículo 46 LT está sujeto a que se haya producido una resolución definitiva a *firme* como lo dispone el artículo citado. La resolución puede ser la que dicte el propio Consejo (en caso que no haya sido reclamada por ilegalidad ante la Corte respectiva) o la sentencia judicial que ponga fin al proceso por reclamo de ilegalidad.

---

11 *Culpa in vigilando* es una expresión latina que significa "culpa en la vigilancia". Esta es una noción empleada en responsabilidad civil para aludir a que una persona es responsable de los actos que realiza otra sobre la que tiene un especial deber de vigilancia, ejemplo prototípico en el que esto acontece es el ámbito laboral, referido a la responsabilidad del empleador sobre sus empleados. Se le reprocha al empleador no haber vigilado adecuadamente la actividad de su trabajador, razón por la cual éste produce un daño por el que aquél debe asumir la responsabilidad de indemnizar civilmente.

12 Recordemos que la moción parlamentaria cuando aún se planteaba regular el acceso a la información pública mediante la reforma de la LOCBGAE, proponía introducir el artículo 13 ter iniciando con la frase "Al funcionario público o agente responsable que en forma arbitraria obstruya o impida el acceso…", texto que no fijaba en el jefe superior de servicio la responsabilidad de la infracción a la transparencia. Vid. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 202.85, p. 11, disponible en *http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20285&anio=2012* [consulta: 24 de mayo de 2012].

13 Como ya se ha señalado, tratándose de la infracción del artículo 47 LT la sanción es extensiva a los encargados de mantener el sitio de transparencia y encargados de control interno.

Finalmente, en quinto lugar, debemos atender a la infracción contenida en el párrafo segundo del artículo 46 y diferenciarla de la que está contenida en el párrafo primero de la misma disposición. Así, el párrafo primero sanciona la no entrega de la información decretada por resolución a *firme* bien sea en la oportunidad o plazo indicados o bien en la forma señalada. Mientras que por su parte el párrafo segundo del artículo 46 castiga la persistencia en la no entrega de la información. Respecto del tiempo que ha de transcurrir para que se constituya la conducta infraccional que la norma describe como la *"persistencia en su actitud"* de no entregar la información, ha de tenerse en cuenta lo que la LT dispone en sus artículos 27 y 30, en los que se señala que serán el CPT o la Corte de Apelaciones, según corresponda, los que al fallar los reclamos deberán establecer un plazo prudencial en el que deberá cumplirse la entrega de la información por el órgano reclamado, por lo que habrá que tenerse en cuenta el vencimiento de este plazo para que se constituya la infracción por renuencia a entregar la información ordenada.

Por otra parte, pareciera que la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 46 LT más bien está redactada con una finalidad de apremio a la autoridad que se resiste a cumplir la decisión a *firme* (decisión pronunciada por el Consejo o sentencia judicial según sea el caso)[14]. Si fuera este el caso, el objetivo de la disposición sería forzar el cumplimiento de lo ordenado mas no castigar al incumplidor. Recordemos que las medidas de apremio son instituciones de índole procesal definidas como las facultades coercitivas otorgadas a la autoridad judicial para obtener el eficaz e inmediato cumplimiento de sus determinaciones, es decir, son los medios que el tribunal tiene a su alcance para que las partes en un negocio cumplan con las determinaciones firmes dictadas por el juzgador en el procedimiento. En este sentido, se regulan en el Código de Procedimiento Civil en el Título XIX de la Ejecución de las Resoluciones. Sin embargo, en nuestra opinión lo que regula el artículo 46 no es la ejecución de lo resuelto sino el castigo al incumplimiento. Ello por cuanto el castigo está separado del procedimiento que resuelve la reclamación y está ligado a un nuevo procedimiento administrativo disciplinario que deberá incoar el Consejo. Esto refleja la ambivalencia del legislador respecto del Consejo, pues de un lado lo configura con autonomía y le atribuye competencia para resolver reclamaciones sobre el derecho de acceso, pero eso no lo constituye como un tribunal contencioso administrativo. En consecuencia, el legislador no le da facultades de coacción al CPT para evitar el desacato de sus decisiones y asegurar que éstas sean observadas con mayor eficacia, sólo le reconoce la herramienta del castigo al incumplimiento pero sujetándolo a los requisitos comunes del derecho disciplinario.

---

14 En realidad, esta disposición resulta ser más una reminiscencia del artículo 11 ter que introdujo la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653 en la Ley N° 18.575, el cual regulaba el procedimiento de amparo al derecho de información ante el juez de letras en lo civil. Así el párrafo sexto del citado artículo 11 ter a la letra preceptuaba: *"La no entrega oportuna que decrete el tribunal será sancionada con la suspensión del jefe del servicio de su cargo, por un lapso de cinco a quince días, y con multa de dos a diez unidades tributarias mensuales. Si el jefe del servicio persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de las sanciones indicadas".* En un sentido similar se expresaba la moción parlamentaria presentada por los senadores Gazmuri y Larraín, que pretendía introducir reformas a la LOCBGAE y mantener la acción de amparo al derecho de acceso a la información en sede judicial, proponiendo reemplazar el artículo 14 de dicha ley por el siguiente texto: *"La no entrega oportuna de la información solicitada en virtud de la presente ley, en la forma que decrete el tribunal, será sancionada según las normas establecidas en el artículo 13 ter de la presente ley, y con una multa de dos a diez unidades tributarias mensuales".* Vid. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.285, op. cit., p. 45.

De este modo, el incumplimiento por la autoridad infractora de lo resuelto constituye una infracción administrativa que permite al Consejo hacer efectiva la responsabilidad administrativa de la jefatura del servicio, sujetándose, claro está, al debido proceso. La disposición del segundo párrafo del artículo 46 de la LT lo que hace es configurar una conducta infraccional distinta que la contenida en el párrafo primero. Lo señalado tiene varias consecuencias que pasamos a listar. En primer lugar, al constituir una infracción diferente a la contenida en el párrafo primero del artículo 46 LT, es preceptivo la incoación de un nuevo procedimiento disciplinario (sumario administrativo o investigación sumaria que investigue, impute, oiga y resuelva), como requisito previo para imponer la sanción. En segundo lugar, la sanción de multa, si bien se calcula en función de la multa inicial impuesta, este monto sólo es una base de cálculo para la nueva sanción que ascenderá al duplo inicialmente impuesto. En consecuencia, de producirse esta situación, la autoridad respectiva habrá sido infringida dos veces a consecuencia de la comisión de dos infracciones administrativas distintas. En tercer lugar, la infracción del párrafo segundo del artículo 46 que se comenta es castigada con dos medidas disciplinarias concurrentes, pues la multa debe ineludiblemente ser acompañada de la suspensión del cargo por un lapso de cinco días. Este número de días de suspensión no puede ser rebajado por el Consejo, ya que el legislador estableció expresamente el lapso que ha de imponerse.

3. La potestad sancionadora del CPT y el procedimiento para su ejercicio

En este punto importa determinar el órgano que tiene reconocida la potestad sancionadora. A este respecto, cabe señalar que aunque los incisos 4° del artículo 27[15] y 6° del artículo 30[16] LT aluden a la oportunidad en que tanto el CPT como la Corte de Apelaciones respectiva están facultados para estimar que se debe iniciar un procedimiento disciplinario, no aclaran sobre qué órgano recae la atribución de la potestad sancionadora. Es más, tampoco estas disposiciones prescriben una única oportunidad en que se puede ordenar la incoación de un procedimiento disciplinario, sino que más bien indican desde cuándo se puede declarar la necesidad de iniciar el procedimiento sancionador. Ello está en concordancia con lo actuado hasta el momento, pues el Consejo Directivo del CPT ha adoptado la decisión de incoar el procedimiento disciplinario posteriormente a la dictación de la decisión que resuelve el amparo respectivo, por lo general respaldándose en el correspondiente fallo.

Como ya se ha señalado, la LT, en su Título VI ha regulado las infracciones y sanciones relacionadas con vulneración de la transparencia pública. En este punto nos importa hacer referencia al titular de la potestad sancionadora: el procedimiento disciplinario y su correspondiente tramitación. Por lo que las determinaciones a este respecto que el legislador ha adoptado se resumen en el siguiente cuadro.

---

15 El art. 27 inciso 4 LT dispone: *"En la misma resolución, el Consejo podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley".*

16 Por su parte, el art. 30 inciso 6º LT establece: *"En la misma resolución, el Tribunal podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley".*

Cuadro N° 2

Disposiciones Comunes para hacer efectiva la responsabilidad por infracciones a la transparencia pública	
Procedimiento	Previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo
Publicidad	Sanciones deberán ser publicadas en los sitios electrónicos del Consejo y del respectivo órgano o servicio, dentro del plazo de cinco días hábiles
Autoridad Instructora	El CPT o la Contraloría General de la República
Autoridad Sancionadora	Consejo para la Transparencia

Es el artículo 49 contenido en el Título VI, el que nos permite afirmar que el legislador reconoció la potestad sancionadora del Consejo para la Transparencia, entendiendo que es éste el facultado para imponer las medidas disciplinarias que dispone la LT. *"Las medidas disciplinarias* –define la Contraloría General– *son los medios que la ley contempla para castigar al funcionario que infringe sus deberes de tal, previo un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa, según decisión de la autoridad con potestad punitiva para imponer esas sanciones"* (Dictamen Nº 29.382 de 1993). Así, el citado artículo empieza señalando: *"Las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo".*

En segundo lugar, el legislador dispone el sumario administrativo y la investigación sumaria como los procedimientos disciplinarios preceptivos que se deben incoar previo a la imposición de una sanción. Además, reenvía a la regulación contenida en el Estatuto Administrativo sobre los procedimientos dispuestos, disponiendo que la instrucción de la investigación sumaria o sumario administrativo debe realizarse *"ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo".*

Ahora bien, esta disposición permite desglosar la potestad disciplinaria de la tramitación del procedimiento sancionador. Así, señala que *"cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan".*

Este apartado contiene algunas determinaciones importantes que se comentan seguidamente. Por un lado, que las normas que regularán el procedimiento disciplinario pueden variar cuando éste sea tramitado por la Contraloría General, ya que el Órgano Contralor tiene en virtud de su LOC N° 10.336 sus propias disposiciones que han sido reglamentadas mediante Resolución N° 236, de 1998. En consecuencia, el Estatuto Administrativo no aplica sino en carácter supletorio para la tramitación de estos procedimientos. En segundo lugar, cuando se pida la colaboración de la Contraloría General, ésta es la que incoará el procedimiento a solicitud del CPT. En tercer lugar, la técnica legislativa deficitaria induce a equívoco, pues dice que la Contraloría General es la que establecerá las sanciones, lo cual pareciera erróneamente inducir a que ésta tendría la facultad de resolver el sumario y no sólo de proponer una resolución con la que el CPT puede coincidir o disentir. La primera frase del artículo 49 es la que nos permite señalar que siendo el CPT el que tiene reconocida la facultad sancionadora con la cual colabora

la Contraloría General, la interpretación correcta es que la labor de la Contraloría es propositiva y no resolutiva.

4. Los sumarios administrativos tramitados para determinar infracciones a la transparencia

El Consejo para la Transparencia ha sido creado con algunas debilidades institucionales que están en relación con su falta de autonomía presupuestaria, por lo que, en definitiva, su actividad se ve condicionada por lo que el Ministerio de Hacienda le fije como presupuesto[17]. Además, el CPT es un órgano que tiene su asiento en Santiago y que no se desconcentra territorialmente, por lo que no tiene una regular presencia institucional en otros lugares del país. Esto limita su capacidad fiscalizadora en materia de transparencia y dificulta su potestad sancionadora, la cual por exigencias constitucionales y legales demanda como requisito previo la instrucción de un procedimiento disciplinario sujeto a las reglas del Estatuto Administrativo. Así, en razón a estas limitaciones materiales, el Consejo depende de la colaboración que le pueda prestar la Contraloría General para el ejercicio de su potestad disciplinaria.

Con fecha 3 de junio de 2009, el CPT y la Contraloría General suscribieron un convenio de colaboración con dos objetivos fundamentales: que la Contraloría refuerce la fiscalización en transparencia[18] y que ésta le colabore con la sustanciación de los procedimientos administrativos por las infracciones a la Ley de Transparencia[19]. En estos casos la Contraloría investigará los hechos y, en su caso, establecerá las sanciones que correspondan remitiendo los antecedentes al Consejo Directivo del Consejo. Este último ponderará prudencialmente para decidir, fundadamente, si aplica una sanción o sobresee.

Para lo que aquí nos interesa, repararemos en la colaboración que la Contraloría ha estado prestando para la sustanciación del respectivo procedimiento disciplinario usando lo que informa el propio CPT en su página web al 31 de mayo de 2012[20] y que se presentan en los cuadros de elaboración propia que se reproducen más adelante.

Para un examen cuantitativo de cómo ha evolucionado la demanda de colaboración en esta materia, se ha tener en cuenta que desde abril de 2010 hasta mayo de 2012 han sido 61 las solicitudes que el CPT ha cursado a la Contraloría General. Se destacan dos meses de este año

---

17 Han sido públicas las diferencias que sobre esta materia han existido entre Hacienda y el CPT, respecto del incremento presupuestario que el CPT aspiraba obtener para el mejor cumplimiento de sus funciones.

18 En relación a este aspecto, el Convenio señala que el CPT comunicará periódicamente a la Contraloría General los parámetros y criterios técnicos que éste defina en materia de transparencia activa y/o gestión de solicitudes de acceso a la información, así como su interés porque el Órgano Contralor verifique su cumplimiento en determinados sectores o servicios incorporándolos en las auditorías que realice en dichos servicios y remitiendo copia de los respectivos informes al CPT (cláusula tercera del convenio).

19 En virtud de lo establecido en la cláusula cuarta del convenio de colaboración suscrito entre la Contraloría General y el CPT, el Consejo podrá solicitar a la Contraloría que incoe sumarios administrativos por las infracciones previstas en los artículos 45 a 47 de la Ley de Transparencia, dentro o fuera de la ciudad de asiento del Consejo.

20 Vid. para el listado de sumarios: *http://www.consejotransparencia.cl/actos-y-resoluciones-con-efectos-sobre-terceros/consejo/2009-04-08/125721.html#T6.*

en que el mayor volumen de solicitudes se han cursado: enero y mayo de 2012, en los cuales se han remitido dos grupos de solicitudes a la Contraloría General; el día 25 de enero se remitieron 11 solicitudes, y el 2 de mayo se enviaron 30 solicitudes al Órgano Contralor.

Cuadro Nº 3

Estado de situación de sumarios por infracción a la transparencia

SUMARIOS	Sanción Multa	Sobreseído	Sub-Total
Terminados	6	3	9
En Trámite	-	-	52
TOTAL			61

De la información extraída se observa que los órganos más reclamados son las municipalidades. Al margen de los municipios sólo han sido sumariados 5 servicios públicos: Fonasa, Gendarmería, la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, el Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota y el Servicio de Urbanismo y Construcción de la Región del Maule.

En el siguiente cuadro se resumen los órganos reclamados relacionándolos con la causal que se le reprocha por parte del Consejo.

Cuadro Nº 4

Distribución de sumarios por infracción a la transparencia

Órgano denunciado/Causal denunciada	Infracción a Transparencia Activa	Resistencia a cumplimiento de decisión	No existe la información que debiera	Fundamento argüido no se ajusta a realidad	TOTAL
Municipalidades	49	7			56
Fonasa		1			1
Gendarmería				1	1
Subsec. FF.AA.			1		1
Serviu-Maule		1			1
Serv. Salud Viña del Mar-Quillota	1				1
TOTAL					61

De los sumarios que se han consignado, es menester destacar que la justificación más importante para solicitar la incoación de los procedimientos disciplinarios es la infracción a la transparencia activa, falta que está contemplada en el artículo 47 de la LT: en esa situación se encuadran 50 de los sumarios que se han solicitado por parte del CPT a la Contraloría General. La infracción del artículo 47 se constata a propósito del reclamo interpuesto contra el servicio y que se reitera en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el respectivo amparo

–cuando el Consejo fiscaliza el cumplimiento–, lo que adiciona la infracción establecida en el artículo 46 de la LT que se refiere a *"la no entrega oportuna de la información en la forma decretada una vez que ha sido ordenada por resolución a firme".*

Uno de los casos que se distingue es el relacionado con la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas (Oficio CPT del 12.09.2011), pues en éste el Consejo Directivo no acuerda particularmente solicitar a la Contraloría hacer efectiva la responsabilidad por infracciones a la transparencia sino que, en cambio, notifica al Órgano Contralor de su decisión (Rol C632-11), en la que se acuerda remitirle los antecedentes relacionados con el citado amparo *"a fin de que adopte las medidas que resulten pertinentes en relación con los hechos"*, es decir, lo que directamente se pide es que ésta ejercite sus atribuciones y disponga el curso a seguir. Este caso nos permite reflexionar sobre el margen de actuación que tiene el Órgano Contralor respecto de las solicitudes para iniciar un procedimiento disciplinario por parte del Consejo Directivo del CPT. En el caso que se comenta, relacionado con la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, el CPT deja abierta la posibilidad para que la Contraloría General pondere la denuncia y elija el curso a seguir más adecuado (v.gr. ordenar una auditoría)[21]. Mientras que en los demás casos que se inician mediante un oficio por el que el CPT solicita la incoación de un sumario administrativo, esta solicitud tiene mérito suficiente para condicionar la apertura del sumario, es decir, la Contraloría General no podría eludir iniciar el sumario aduciendo falta de mérito.

Otro aspecto relevante es el relacionado con el tipo de procedimiento disciplinario escogido. Si bien el artículo 49 abre la posibilidad para que la responsabilidad por infracciones a la LT se haga efectiva previa investigación sumaria, en todos los casos ha sido el sumario administrativo el procedimiento disciplinario impulsado. Ello puede tener como explicación que es el propio CPT el que pide este tipo de procedimiento disciplinario cuando realiza la solicitud respectiva. Igualmente, se estima que dado que es el jefe superior de servicio el que ocupa la calidad de denunciado, se ha preferido el procedimiento sancionador de más lato conocimiento.

Ahora bien, en muchos casos estos procedimientos no deberían presentar complejidad alguna, pues es el propio CPT el que en ejercicio de sus atribuciones, ha constatado la comisión de la infracción, dejando constancia de este hecho a través de actos administrativos[22] que se han dictado: a) para la decisión que acoge el reclamo de un particular por infracción a las obligaciones de transparencia activa; b) a través de los informes de las fiscalizaciones realizadas por su Unidad de Fiscalización, y c) mediante el acta de la sesión en la que adopta el acuerdo de solicitar la incoación de un sumario administrativo a la Contraloría General, en cuyo fundamento hace una recapitulación de todas las medidas que ha adoptado para lograr el cumplimiento de la decisión que resuelve el reclamo sin obtener resultado. Seguidamente, ha de observarse con especial interés que en todos estos casos los documentos emitidos por el CPT constituyen actos administrativos que tienen la calidad de instrumentos públicos[23], cuya característica sustancial

---

21 En el caso que se comenta, de acuerdo a lo que informa el CPT en su página web, el sumario administrativo está en curso.

22 De acuerdo al artículo 3º de la Ley Nº 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado: *"…se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública".*

23 Para el Código Civil, artículo 1699, instrumento público es el autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente.

es considerarse auténticos y que hacen plena fe, en cuanto a la veracidad de las declaraciones de los hechos que el órgano público ha constatado o ha comprobado por los medios que la ley le suministra. Este atributo de documento público, criterio que ha sido sostenido por la Contraloría General en reiterada jurisprudencia administrativa[24], dota de presunción de autenticidad a los actos administrativos dictados por el CPT, cuya destrucción una vez que el acto está a firme sólo puede obtenerse en sede administrativa a través de la invalidación o el recurso revisión extraordinario o a través de las vías judiciales de impugnación de instrumento público establecidas por nuestro ordenamiento jurídico. Por consiguiente, es menester hacer plena fe a lo que en el acto administrativo se declara estar comprobado por el órgano administrativo, en el caso que nos ocupa, CPT. Lo señalado trae como importante consecuencia que el sumario administrativo se inicia con la acreditación de la infracción por parte del CPT, por lo que corresponde al órgano tramitador del mismo sólo imputar los cargos, oír al inculpado y verificar las circunstancias de justificación o de atenuación de la responsabilidad. Es así como ha sucedido con los sumarios administrativos que se han sobreseído, tal es el caso de aquel tramitado contra el alcalde de Vitacura y el tramitado contra la alcaldesa de Viña del Mar[25], en los cuales se desvirtuó la falta de oportunidad en la entrega de la información pública y la denegación infundada de la información.

En este punto toca hacerse cargo de los sumarios terminados, cuyo número asciende a nueve, de acuerdo a lo informado en la página web del CPT. De los sumarios afinados en cinco de ellos se impuso sanción de multa del 20% de la remuneración y en un caso (al alcalde de la Municipalidad de Cochamó) se impuso multa del 40% de la remuneración. Como se ha señalado en el apartado anterior, la responsabilidad por la infracción a la transparencia activa puede hacerse efectiva no sólo frente al jefe superior del servicio sino también frente a la unidad responsable del control interno del servicio, en una interpretación concordada de los artículos 9º y 47 de la LT De este modo, en el caso de la Municipalidad de El Carmen, además del alcalde se multó al administrador municipal, y en la Municipalidad de Pencahue también se sancionó al Director de Control. Finalmente, en el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región del Maule se sancionó con multa del 20% de la remuneración tanto a la Directora como al Director del Departamento Técnico del servicio.

Respecto de los sumarios que se han sobreseído, cabe la duda sobre si la decisión de sobreseimiento recae en la Contraloría General como órgano que incoa y afina el sumario o esta es una atribución del CPT como órgano que posee la facultad disciplinaria[26]. En nuestro concepto esta decisión recae en el CPT como titular de la potestad sancionadora, por cuanto la Contraloría General sólo actúa en la tramitación del sumario administrativo a consecuencia de la colaboración que el legislador le faculta a prestar al CPT en el artículo 49 de la LT. Esta interpretación es la que se ha consolidado, pues las últimas resoluciones del Contralor General que en estos

24 Ver Dictámenes Nºs. 58.015, de 2004, 15.609 y 58.963, ambos de 2008.

25 Vid. Resoluciones N°s. 02505 de 12 de mayo de 2011 y 02856 de 27 de mayo de 2011 de la Contraloría General de la República.

26 En relación con el punto que se trata, ha de tenerse presente que las Resoluciones N°s. 02505 de 12 de mayo de 2011 y 02856 de 27 de mayo de 2011 de la Contraloría General de la República, resolvían el sobreseimiento del sumario por parte de la Contraloría General, por lo que ésta era la que adoptaba la decisión y no el CPT.

casos aprueban los sumarios administrativos culminan proponiendo al CPT el sobreseimiento[27]. En relación con esta problemática, se observa un defecto que puede tener consecuencias en la garantía para la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso de las autoridades sumariadas, pues en los casos en que el Órgano Contralor ha hecho la propuesta de sobreseimiento, el CPT no ha dictado la preceptiva resolución final bien sea acogiendo la propuesta o bien sea reabriendo el sumario. El CPT sólo informa –en el listado que reproduce de los sumarios administrativos solicitados al Órgano Contralor[28] en la columna "Resultados"– que la Contraloría General ha propuesto el sobreseimiento dando cuenta brevemente del fundamento, pero no hace ninguna referencia a la dictación por parte del CPT de la resolución correspondiente. Si bien la LT, en su artículo 48, sólo obliga a publicar las sanciones en los sitios electrónicos del CPT y del servicio respectivo, aplicando el principio de relevancia, se concluye que es del todo conveniente que, cualquiera sea el resultado del sumario, se publique la resolución final.

Finalmente, un último aspecto sobre el que se reflexionará es el relativo a si las resoluciones del Consejo para la Transparencia que imponen una sanción por infracción a la transparencia pública son resoluciones que deben cumplir el trámite de toma de razón. En esta materia se contraponen dos disposiciones, de un lado, el Nº 7.2.3 de la Resolución Nº 1.600 de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General, por el que se resuelve que están afectas las resoluciones que declaren "sobreseimientos, absoluciones y aplicación de medidas disciplinarias, en investigaciones sumarias y sumarios administrativos instruidos u ordenados instruir por la Contraloría General", situación que en el caso que se examina se configura totalmente. De otro lado, el inciso sexto del artículo 43 de la LT, por el que se dispone *"Las resoluciones del Consejo estarán exentas del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República".*

De lo observado a través de los facsímiles de las resoluciones sancionadoras que ha dictado el CPT que se reproducen en su sitio web, éstas se han dictado como resoluciones exentas, criterio con el que concordamos, pues existe una disposición legal expresa que respalda la no afectación de las resoluciones del CPT, sin distinguir la materia sobre la cual versan. Esta disposición es armónica con lo establecido en la Constitución Política respecto a que el ejercicio de la función de control de legalidad mediante el trámite de toma de razón se hará de acuerdo a lo que establezca la ley (artículo 99 CPR). Sin embargo, un trámite al que sí están afectas las resoluciones disciplinarias dictadas por el CPT es el de registro, cuya finalidad es diversa a la toma de razón. En este caso, la Contraloría General tiene la responsabilidad de registrar los decretos y resoluciones que afecten a los funcionarios públicos (letra c) del artículo 38 de la Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República), pues ésta debe guardar toda la información que afecte al personal de la Administración del Estado. Esta función además garantiza que la Contraloría General cuente con la información relevante para velar por el respeto al principio de probidad en la función pública de modo que quienes ingresen al servicio público no estén incursos en inhabilidades y la hoja de vida del funcionario de fe de su comportamiento anterior.

---

27 Ver resoluciones exentas de la Contraloría General Nºs. 01960, 01961, ambas de 19 de abril de 2012, y 01979, de 20 de abril de 2012.

28 Este listado está disponible en *http://www.consejotransparencia.cl/actos-y-resoluciones-con-efectos-sobre-terceros/consejo/2009-04-08/125721.html#T6* [consulta: 31 de mayo de 2012].

CONCLUSIONES

La materia disciplinaria en relación con las obligaciones de transparencia pública dan cuenta de la ambivalencia de trato que el legislador confiere al Consejo para la Transparencia. De un lado, configura al Consejo como un órgano que resuelve conflictos relacionados con el derecho de acceso a la información, configurándolo como un cuasi tribunal contencioso administrativo especialísimo; sin embargo, no le confiere herramientas de apremio para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Paralelamente, revelando su naturaleza de órgano administrativo, el legislador le confiere potestad sancionadora, sujetándola a la sustanciación de un procedimiento disciplinario que está orientado a castigar el incumplimiento.

Finalmente, la labor de la Contraloría General en esta materia viene constituyendo un buen ejemplo de colaboración interadministrativa, haciéndose cargo de la sustanciación de los sumarios administrativos solicitados por el CPT. Un importante efecto que ello tendrá será el establecimiento de los criterios para ponderar la configuración de la gravedad de las infracciones y, en especial, las circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad que han de aplicarse en esta materia, sobre la cual se está construyendo jurisprudencia administrativa.

SIGLAS EMPLEADAS

CPR: Constitución Política de la República.

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575.

LAIP: Ley de Acceso a la Información Pública N° 20.285.

LT: Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N° 20.285.

OCDE: Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico.

D.F.L.: Decreto con Fuerza de Ley.

CPT: Consejo para la Transparencia.

LA CONTRALORÍA Y LA PREGUNTA DE CARBONNIER

Antonio Pedrals García de Cortázar
Profesor de Teoría General del Derecho, Universidad de Valparaíso.
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Dirección Postal Casilla 3134, Valparaíso. antonio.pedrals@uv.cl / pedrals.antonio@gmail.com, Valparaíso Chile.

RESUMEN:

Jean Carbonnier se pregunta cuál *es la parte del Derecho en la angustia de nuestro tiempo.* Orientado por esta inquietud, el trabajo entrega un panorama de la época, con especial referencia a la tendencia a la ilegalidad que se advierte en los más variados campos, y al extremo valor que se atribuye generalizadamente a la apariencia (Cap. I, II y III). Sobre estas bases, se comentan las medidas adoptadas por la Contraloría con el fin de afrontar, de modo apropiado, el complejo problematismo socio-jurídico actual (Cap. IV). Por último se abordan los cuestionamientos que afectan a las instituciones públicas en general, y la percepción específica que la sociedad, el foro y la academia tienen de la Contraloría (Cap. V).

Palabras clave: Crisis civilizacional - Tendencias a la ilegalidad y a la apariencia - Percepciones sociales sobre la Contraloría.

> No escribo para el señor de la estirada chaqueta, ni para su bigote enfadado, ni siquiera para su alzado índice admonitorio (…).
>
> Para ti y todo lo que en ti vive,
> yo estoy escribiendo.
>
> Vicente Aleixandre (1962)[1]

I. El tema

1. Jean Carbonnier

Maestro de vida y obra, atento a las múltiples luces de la realidad, Jean Carbonnier asumía los temas jurídicos con amplia perspectiva. Pensaba que no correspondía restringirse al estudio de las solas normas, que son ininteligibles por sí mismas y requieren ser comprendidas en su contexto. De ahí su famoso teorema: "el Derecho es más extenso que las fuentes formales del Derecho"[2]. Coincidía, así, con Ortega, cuando señalaba que "lo 'jurídico' del Derecho es sólo *una parte* de su efectiva realidad, cuya otra parte son una porción de cosas de la vida de un pueblo que, dada la errónea óptica perusada, no parecen tener nada que ver con él"[3].

1 Aleixandre (1977), pp. 797 y ss.

2 Carbonnier (1974), p. 28.

3 Ortega (1962), p. 159.

Desde este punto de vista, Carbonnier reflexionaba acerca de *la parte del Derecho en la angustia contemporánea…*[4]. Con más vigencia que nunca, su pregunta apunta a tres aspectos fundamentales: el modo en que el Derecho y sus operadores sufren los problemas de la época; el modo en que el Derecho y sus operadores contribuyen a aumentar esos problemas, y el modo en que el Derecho y sus operadores ayudan o pueden ayudar, aunque sea modestamente, a atenuarlos.

2. Nuestro tiempo

Con su esencial ambivalencia, la época actual ha sido calificada como la edad donde se han hecho realidad muchos de los sueños de la Antigüedad[5] pero, a la vez, el tiempo en que "todas las ideologías y todos los sistemas se han deshonrado"[6].

En los últimos doscientos años, el ser humano ha alcanzado poderes extraordinarios. Con eficacia nunca soñada, interviene pragmáticamente en materias biológicas, psíquicas, organizacionales, políticas, económicas, científicas, artísticas, etc. Millones de individuos han accedido a un nivel de vida sin precedentes. También ha crecido el sentido de la dignidad humana, y se ha desarrollado el respeto por el fenómeno de la vida. Más de un autor ha llegado a pensar que, "desde un punto de vista histórico, vivimos en el mejor mundo que ha existido nunca"[7].

Pero no es necesario subrayar que, junto a sus conquistas, la humanidad se ve asediada por graves aflicciones. Una inundatoria bibliografía, de los más diversos géneros, refiere los problemas demográficos, urbanísticos, psicológicos, políticos, jurídicos, económicos, familiares, convivenciales, culturales, técnicos y ecológicos, que generan esa sensación de perdimiento, esa angustia a que se refería Carbonnier y a la que, por la misma época, aludía Nicanor Parra en "Los vicios del mundo moderno"[8]. Se ha dicho que "el hombre está probando en todas partes sus nuevas alas", pero que "demasiado a menudo nuestros modernos Ícaros caen ignominiosamente al suelo"[9]. Como señala Heidegger: "Por doquier hay conmociones, crisis, catástrofes, necesidades: la miseria actual, la confusión política, la impotencia de la ciencia, el vaciamiento del arte, la falta de suelo en la filosofía y de fuerza en la religión. Sin género de dudas, hay problemas en todas partes"[10].

Una extensa bibliografía multidisciplinaria subraya el impulso desenfrenado que nos conduce. Los analistas hablan de una sociedad convulsa, desbocada, exhausta, descerebrada, y abundan en analogías relativas al mundo kafkiano, al mito de Fausto, a la Torre de Babel y al

4 Carbonnier (1974), pp. 140 y ss. El texto aludido data de la década del 50 del siglo pasado.

5 Pedrals (2006), pp. 15 y ss.

6 Yourcenar, en Goslar (2002), p. 230.

7 Popper y Lorenz (1985), p. 146.

8 Carbonnier (1974), p. 140. Parra (1956).

9 Doxiadis (1964).

10 Martín Heidegger en Safranski (2000), p. 236.

Diluvio Universal[11]. Desde su privilegiado observatorio, el Secretario General de las Naciones Unidas ha vuelto a expresar, por estos días, algo que ya, varias veces, sin gran resultado, habían dicho sus antecesores: "sin exageración, podemos decir que el futuro de nuestro planeta está en juego"[12].

Por otra parte, con su *auctoritas,* Solzhenitsyn no ha vacilado en señalar que la lucha por la conservación física y espiritual de nuestro planeta, una lucha de proporciones cósmicas, no es un vago asunto que tendrá lugar en el futuro, sino un suceso que ya ha comenzado. "Las fuerzas del Mal han iniciado su ofensiva decisiva, podemos sentir su presión. Sin embargo las pantallas están llenas de sonrisas rituales y de brindis con los vasos en alto. ¿A qué viene tanta alegría?"[13].

3. Enfoque

La pregunta de Carbonnier es amplísima. Apunta a todo el Derecho y a sus relaciones con la angustia que aqueja al "vasto mundo" Pero, naturalmente, ello no impide que su interrogación pueda utilizarse como un instrumento de análisis más acotado.

De hecho, en este trabajo su pregunta nos guiará para un esfuerzo muy delimitado. Por lo pronto, nos detendremos en un organismo específico, la Contraloría General de la República, para luego examinarla o, mejor dicho, *invitar a examinarla,* considerando tres aspectos fundamentales: 1) La progresiva tendencia a la ilegalidad que se advierte en los más variados campos; 2) El extremo valor que se atribuye socialmente a la apariencia, a lo mostrativo, a lo externo, y 3) La crisis institucional que se manifiesta en abundantes cuestionamientos a las entidades públicas y a sus operadores. La idea es atender a estos temas y extraer algunas nociones de interés respecto de la institución que nos convoca.

Las páginas que siguen se ofrecen, por supuesto, *modi res considerandi.* Por lo demás, Car bonnier solía concluir sus exposiciones con un educado *n'est ce pas?*, ¿no es así?[14].

---

11 Véase Anderson (1996). Berman (1988). Delbanco (1997). Delpech (2006). Giddens (2001). Guattari (1998). Herman (1998). Misarovic y Pestel (1975). Ralston (1997). Ratzinger (2005).

12 Ban Ki-Moon (diciembre 2011). Sobre la problemática gobernabilidad nacional y mundial, Arbós y Giner (1996).

13 Solzhenistsyn (1978). Sobre el 'brindis' en 1900: Bauman (2009), p. 75 y ss. Referencias generales de interés: Arendt (1999). Baudrillard (1998), p. 45, 63, 157. Bauman y Tester (2002), pp. 65 y ss. Carbonnier (1995), pp. 317 y ss. Delbanco (1997). Derrida y Roudinesco (2009), p. 108. Merton (1960). Mnouchkine (2011), pp. 44, 72, 78, 98, 103, 109, 110, 115, 136. Pedrals (2006), p. 129. Ratzinger (2005), pp. 41 y 239 y (2004), Nº 34. Yourcenar (1982), p. 264. Zubiri, en Corominas y Vicens (2006), pp. 629 y ss.

14 Tapia y Valdivia (2004).

II. El impulso hacia la ilegalidad

Entre las complejas circunstancias de nuestra época,
figura una creciente vocación por la ilegalidad.

Luigi Ferrajoli[15]

4. La caída de las normas

En un ensayo, de la década del 20 del siglo pasado, Ortega decía que "los prestigios hace años aún vigentes han perdido su eficiencia. Ni la religión ni la moral dominan la vida social ni el corazón de la muchedumbre. La cultura intelectual y artística es valorada en menos que hace veinte años. Queda sólo el dinero"[16].

Con estas líneas, anticipaba el análisis de lo que, con los años, se bautizaría como "modernidad líquida".

Por diversas circunstancias históricas, la actualidad se inclina a desestimar las creencias, instituciones, pautas y normas tradicionales. Todo lo que se pensaba sólido tiende a deshacerse, a licuarse[17]. "Todo lo que se creía permanente y perenne se esfuma"[18]. Según Bauman, "El problema contemporáneo más siniestro y penoso puede expresarse (…) por medio del término *Unsicherheit,* la palabra alemana que fusiona tres expresiones castellanas: incertidumbre, inseguridad y desprotección"[19].

En este contexto, y en su peculiar estilo, Nicanor Parra ha escrito aquello de: "¡Este país es una buena plasta!/ ¡¡aquí no se respeta ni la ley de la selva!!"[20].

5. El poderoso caballero

En este ambiente desnormatizado e incierto, como lo anticipó Ortega, el dinero juega un rol clave, gozando de un poder social sin precedentes. Con el increíble aumento de bienes y servicios disponibles, cada vez más numerosos y seductores, el dinero es la llave indiscutida para lograr las metas que, con énfasis casi evangélico, predican los medios de comunicación: hay que entretenerse y pasarlo bien; el mundo es el "gran objeto de nuestro apetito, una gran manzana, una gran botella, unos grandes senos…"[21]. La felicidad, así entendida, es el único mandamiento[22].

---

15 Ferrajoli (2011).

16 "Los escaparates mandan", Ortega (1955), pp. 459 y ss.

17 Bauman (2005), pp. 106 y ss. y 133 y ss.

18 Marx y Engels (1998), p. 56.

19 Bauman (2001), p. 13. *Sobre la tesis de Lipovetsky acerca del "crepúsculo del deber"*. Canto-Sperber (2002), pp. 47 y ss.

20 Parra (1983).

21 Erich Fromm, en Bauman (2002), p. 98.

22 Bauman (2005), p. 99.

El dinero sería la clave de la felicidad. El que tiene dinero puede comprar. Comprar cosas, comprar conductas, comprar normas, comprar mentes. "El dinero es el significante que anula todos los demás significantes"[23]. La "norma del dinero", dice Castoriadis, constituye uno de los rasgos característicos de la sociedad actual[24]. "¡A sus órdenes, mi capital!", decía Ignacio Illacurría S.J., fallecido mártir en El Salvador[25].

Lejos del ámbito intelectual, en una entrevista, un destacado narcotraficante confirma, sin disimulos, estos asertos: "Dinero. Nosotros tenemos dinero. ¿Usted cree que quien tiene 40 millones de dólares (…) no manda? Con 40 millones de dólares la prisión es un hotel, es un escritorio… ¿Cuál es la policía que va a quemar esa mina de oro?"[26].

Según otro analista, "la codicia y la riqueza se reparten el poder en nuestra sociedad, y ese poder es utilizado a su vez para aumentar y concentrar más riqueza y poder en manos de unos pocos". Ampliamente difundidas por la prensa, estas palabras provienen del ex vicepresidente de Estados Unidos, Al Gore[27].

En cuanto a la concentración de la riqueza, un estudio norteamericano de 2008 revela que la elite que maneja las más importantes decisiones económicas del mundo no pasa de seis mil personas[28]. Al concentrar y controlar decenas o cientos de grandes compañías, que a su vez dominan los más diversos mercados, "la oligarquía planetaria vive en un mundo separado del resto de los mortales, en ciudadelas protegidas, rodeada de un numeroso y variado séquito a su servicio, desde abogados, consejeros en impuestos e inversiones, asesores de imagen, médicos personales, operadores de sus medios privados de transporte, grupos de guardaespaldas y servicios domésticos de sus palacios. Son los señores feudales de esta época"[29].

6. Hechos relevantes

En este panorama general hay aspectos que merecen destacarse en forma especial:

a) Organizaciones criminales. Con la explotación mundial de rubros enormemente lucrativos –drogas, armas, esclavitud, etc.– las grandes organizaciones criminales disponen de recursos económicos ingentes, generando no menos de un quinto, aproximadamente, del PIB mundial[30]. Además, en ciertos países, la participación sería mucho mayor. En Rusia, por ejemplo, equivaldría a un 50%. Su poderío les permite influir en la vida oficial y, con proce-

23 Lacan, cit. por Electorat (2012).

24 Castoriadis (2002), p. 155. *Sobre otros motivos para vivir.* Castoriadis (2007), p. 16. Jung (1986), pp. 253 y ss. Maslow en Hoffman (2009), pp. 139 y ss. Pedrals (2011a).

25 En Corominas y Vicens (2006), p. 827.

26 Camacho, M., líder del PCC, Primero Comando da Capital, en Lanata (2010). El entrevistado agrega: "Nosotros somos una empresa moderna, rica. Si el funcionario vacila, es despedido y 'colocado en el microondas'. Ustedes son el Estado quebrado, dominado por incompetentes. Nosotros tenemos métodos ágiles de gestión. Ustedes son lentos, burocráticos. Nosotros luchamos en terreno propio. Ustedes, en tierra extraña. Nosotros no tememos a la muerte. Ustedes mueren de miedo".

27 Pedrals (2010).

28 Rothkopf (2008); la obra trae un capítulo sobre Chile. Véase la referencia de Lamarca (2009), p. 114.

29 José Cademártori en Drago, Moulian y Vidal (comp.) (2011), p. 31.

30 Gayraud (2007). Glenny (2008). Le Monde (2009). Mosca (2003). Salazar (1996).

dimientos de blanqueo (algunos muy sofisticados), incorporarse calladamente a actividades empresariales visibles.

En directa relación con el tema, hay unos cincuenta "paraísos fiscales", algunos ligados en forma directa a las grandes potencias, que permiten que organizaciones criminales, empresas multinacionales e individuos de alto patrimonio lleven a cabo actividades generalmente prohibidas (secreto bancario absoluto, sociedades secretas, etc.)[31].

b) Presiones sobre gobiernos y administraciones. Por su alto poder económico, las empresas multinacionales[32], las grandes organizaciones criminales y los individuos de alto patrimonio, gozan, en los hechos, de un poder que les permite actuar sobre los agentes públicos y obtener regulaciones y decisiones propicias. Al efecto, se valen del *lobby,* financiación de partidos, chantaje económico, manipulación de la opinión pública, etc. Un papel clave lo juega la corrupción, flagelo en proceso de crecimiento mundial.

c) Contribución de los *mass media* al imaginario social. Ligados a los grandes poderes económicos, los medios entregan un continuo y persuasivo discurso concienciador, destacando el poder del dinero, las maravillas del consumo y la gloria de los vencedores en el gran juego social[33]. Como ha dicho Bauman, "aquí y allá, todos contribuyen al revoltijo universal, pero nadie parece capaz de visualizar las consecuencias, por no hablar de controlarlas. Aquí y allá, el juego sigue adelante sin árbitro y sin reglas legibles que podrían decidir el resultado"[34].

7. La corrupción

Dentro de este cuadro, destaca singularmente el fenómeno de la corrupción. Príncipes[35], duques[36], presidentes[37], ministros[38], generales[39], altos funcionarios[40], importantes políticos[41],

---

31 Chambost (1982). Escario (2011).

32 Cortés (2000). Fisichella (2002). Forrester (2000). George, S. (2001). Korten (1998). Le Monde Diplomatique (2010). Pedrals (2010). Salinas y Karmy (2009). Sklair (2003).

33 Ver Bauman y Tester (2002), pp. 158 y ss. García-Pablos (1992), pp. 182 y ss.

34 Bauman (2001), p. 153.

35 Por ejemplo Príncipe Bernardo de Holanda (1976).

36 Al tiempo de redactarse esta comunicación, el duque Iñaki Urdangarín, casado con una infanta de España, fue imputado por corrupción y desvío de fondos públicos (diciembre 2011).

37 Por ejemplo Giovanni Leone, en Italia (1978), Fernando Collar de Mello, en Brasil (1992), Carlos Andrés Pérez en Venezuela (1993), Jacques Chirac, en Francia (2011), Christian Wulff, en Alemania (2012). El ex presidente israelí Moshe Katsav fue condenado por delitos de violación, conducta indecente y acoso sexual (2010). Por su parte, Paul Schmitt, presidente de Hungría, tuvo que renunciar al cargo por haberse descubierto que, en su momento, había copiado su tesis doctoral (2012).

38 En diciembre del 2011 enero 2012, la prensa dio cuenta de la situación en Brasil, donde, en el gobierno de Dilma Rousseff, en un período de ocho meses, siete ministros han abandonado sus cargos por acusaciones de corrupción, existiendo también acusaciones contra el comandante en jefe del Ejército. Por la misma época, se informó de los procesos por corrupción que enfrenta el ex premier israelí Ehud Olmert.

39 Ver nota anterior.

40 En enero de 2012, la prensa informó de acusaciones en contra de Phillipp Hilderbrand, presidente del Banco Central de Suiza, quien debió renunciar.

41 Por ejemplo Bo Xilai, secretario del Partido Comunista en Chongquing, China (2012).

dirigentes del deporte[42] y otras figuras relevantes encabezan una nómina planetaria a la que, incesante y progresivamente, se siguen integrando individuos de diferentes niveles sociales. Estimulada por una verdadera fascinación por el dinero, habría emergido una "cleptocracia"[43], una cultura de la corrupción[44]. La ética parece haber sufrido una suerte de ataque nuclear y la corrupción se habría vuelto sistémica[45].

En una entrevista del año 2008, el ex rector de la Universidad de Chile y ex ministro de Estado, Edgardo Boeninger, reconocía que "uno de los problemas más complicados que se perciben en Chile, en estos últimos años, es un deterioro en los índices de probidad y transparencia"[46]. "La gente se ha soltado las trenzas"[47].

A su vez, un destacado periodista, Premio Nacional de su especialidad, ha señalado que "la ausencia de una prensa crítica ha sido el caldo de cultivo de la corrupción de nuestras autoridades. Hoy es pan de todos los días la defraudación fiscal, el pago de coimas, el enriquecimiento ilícito y el desvío de recursos públicos al financiamiento de las competencias electorales. Se ha llegado al extremo de asaltar los dineros dispuestos para crear empleo y dejar en completa falencia a algunas empresas fiscales tan valoradas por la población como Ferrocarriles del Estado"[48]. Manejando datos concretos, un libro reciente estima que, entre los años 1990 y 2009, en Chile se ha dilapidado un billón de pesos. "Es decir, un millón de millones"[49].

8. Reacciones

Las circunstancias expuestas se recogen en una fundada bibliografía crítica de una sociedad desnormatizada, volcada a la intensa adoración del becerro de oro. Numerosos analistas muestran que, al amparo del lema *lucri bonus odor*[50], la presión del dinero, en los más variados ámbitos, ejerce una verdadera "dictadura"[51], que está alterando la identidad humana, la convivencia, la cultura y las relaciones con la naturaleza. En definitiva, el proceso compromete el destino de la especie y de la misma vida[52].

Por otra parte, en lo que toca al combate contra la corrupción, existe una difundida estimación acerca de que estamos ante un problema fundamentalmente *jurídico* que, como tal, debe ser afrontado, decisiva y preferentemente, por el Derecho. Así queda de manifiesto en variadas

42 Por ejemplo Ricardo Teixira, en Brasil (2012).

43 Bardón (2007).

44 Schaulsohn (2008). Soto (2008).

45 Castoriadis (2002), p. 40.

46 En Zegers (2008).

47 En Carvallo (2007).

48 Cárdenas (2009), p. 166.

49 Duval (2009).

50 "El olor a ganancia es bueno". Texto atribuido al emperador Vespasiano.

51 Forrester (2000).

52 Berman (2004), p. 158. Eric Fromm en Funk (1987), p. 12. Nussbaum (2010). Vernik (2007), p. 13. Sobre la lógica de dar sin reprocidad: Ratzinger (2009) Nºs. 34 y ss.

leyes, tratados, proyectos legislativos, estudios doctrinarios, documentos políticos e, incluso, creencias populares.

En enero del año 2008, por ejemplo, el Gobierno de Chile anunció "una revolucionaria reforma a la legislación sobre partidos políticos", ya que "la falta de una legislación eficaz de partidos es *la causa del mayor retraso de Chile en la lucha contra la corrupción"*[53]. También resulta interesante un grafiti que, hace algunos años, apareció en Valparaíso, sede del Poder Legislativo. El texto constaba de tres segmentos configurados en forma vertical. El primer segmento era una 'protesta' ("Basta de corrupción"); el segundo, una 'receta' ("nueva Constitución"); el tercero, una "firma" ("Chacón"). La rima en "Ón" contribuía a la fuerza del mensaje[54].

La idea de que estamos ante un problema esencialmente jurídico ha sido comentada en forma crítica por el actual contralor[55].

El llamado pensamiento "juridicista", magnifica los efectos que pueden obtenerse a través de los instrumentos del Derecho, y prescinde, a la vez, de las numerosas dimensiones extrajurídicas implicadas en los problemas sociales. Por lo demás, este modo de pensar está considerablemente extendido. Se ha dicho que la beatería legislativa parece ser idiosincrática…[56]. Políticos, empresarios, académicos y otras personas que, frente a problemas sociales extremadamente complejos, postulan soluciones meramente jurídicas o políticas, olvidan un antiguo refrán: "De todo cuanto aflige al corazón humano / cuán poco pueden leyes y monarcas"[57].

III. Las luces de la apariencia

"Una buena capa todo lo tapa".

Refrán español.

9. Imagología

Desde antiguo se habla de "el gran teatro del mundo", donde "todos los hombres y mujeres son meros actores que tienen sus entradas y salidas"[58]. Pero, por diversas circunstancias, entre las que se cuenta la extrema penetración psico-social de la fotografía, del cine, de la televisión y, en general, de los *mass media,* el fenómeno se ha ampliado notablemente. El valor social atribuido a la imagen, a lo escénico, a lo mediático, se ha elevado a niveles nunca antes conocidos[59].

Se ha dicho que vivimos la cultura de la imagen. Todos tendemos a ser actores y público en la "sociedad del espectáculo". La apariencia –dice Kristeva– ha llegado a convertirse en una

53 Informaciones de prensa enero/2008. Cursiva nuestra.

54 Pedrals (2007), p. 233.

55 Mendoza (2011). En conexión con lo expuesto, ver Barra (2009), pp. 11 y ss.

56 Gandolfo (2012).

57 Ver Pedrals (2007), p. 236. En el § 17 se vuelve sobre el tema.

58 Shakespeare (1999).

59 Berger (1987), pp. 67 y ss.

suerte de nueva religión, con liturgias que operan en todos los ámbitos de la convivencia[60]. Lo importante son "los eslóganes, las caras, los gestos, la publicidad"[61].

Este panorama permite albergar una zona social invisible que encierra situaciones diferentes y, a veces, radicalmente distintas a lo que se muestra[62]. Variados estudios e informaciones sobre las relaciones del dinero con gobiernos y administraciones revelan múltiples situaciones irregulares: compras de políticos, de funcionarios, de decisiones, de normas y hasta de opinión pública. Lo indicado no agota la nómina.

La existencia de un submundo marginado de lo "presentable", mueve a los interesados a recurrir a maniobras de ocultamiento y de distracción y a estar en situación de justificar lo que, de un modo u otro, pueda salir a la luz. Desde su atalaya filosófica, Xavier Zubiri nos advierte que estamos envueltos en todo el mundo por una gran oleada de sofística: "nos arrastran inundatoriamente el discurso y la propaganda"[63]. Por su parte, un experimentado periodista no ha vacilado en referirse a "las máquinas de los poderes y de los poderosos", que se sirven de "esa cosa amorfa, triste, gelatinosa y, a veces, ruin y malvada, que son las relaciones públicas o todo tipo de comunicación que está al servicio de unos pocos, en detrimento de la mayoría anónima"[64].

En estas circunstancias, emerge cierto periodismo de investigación que, en sus versiones más incisivas, opera al margen de los grandes consorcios comunicacionales[65]. Parejamente, la literatura y el cine muestran importantes sectores "vaciados de sentido y contaminados por la maldad, la perversión y los negocios sucios"[66]. Según un conocido novelista, cada día resulta más necesario observar la sociedad desde el punto de vista del crimen: "la novela negra es el gran género social de hoy"[67].

Especial mención merece la voluminosa novela *Millennium,* de Stieg Larsson, que, de modo similar a otros relatos suecos, presenta un "desmontaje de un país que, bajo las apariencias de bienestar, progreso y justicia, cobija la corrupción y el crimen"[68]. Según una influyente página web francesa, Larsson ha creado una de las obras más importantes del siglo XXI: un auténtico fresco de la sociedad moderna que no puede compararse a lo que ningún escritor de novela criminal ha hecho nunca antes.

---

60 Kristeva (2004). Debord (1999). Häring (1985). Parejamente, las inquietudes espirituales, "la nostalgia de la paz del alma", han llegado a considerarse como irrelevantes o incluso como una evasión de las realidades del mundo, Castermane (1996).

61 Vargas Llosa, en Bofill, Montes y Soto (2012).

62 Innerarity (2004). Cuello (2011). Diversos autores se refieren a aspectos farsescos de la vida actual. Un famoso novelista norteamericano, William Gaddis, por ejemplo, apunta a la farsa del supuesto libre mercado, de la supuesta libre empresa, del supuesto capitalismo popular. Otros analistas glosan las "representaciones" que se dan en la administración, en el comercio, en la cultura, etc. Nunca ha sido tan relevante como ahora aquello de que las apariencias engañan. Un libro reciente, del profesor Haba, de Costa Rica, inicia su exposición con un epígrafe de antiguo origen: "El mundo quiere ser engañado".

63 Zubiri (1980), p. 15.

64 Nibaldo Moscciatti, en CIPER (2010). Valery (1954), p. 64.

65 Cárdenas (2009). Matus (1999). Mönckeberg (2005), (2007), (2009) y (2011).

66 Alonso (2010).

67 Piglia en Guerrero (2011).

68 Marín (2010).

10. Casuística

Desde hace tiempo, la visibilidad social se ha vuelto problemática. Sociólogos y otros analistas nos advierten que se tiene la impresión de que "todo está a la vista, pero que, al mismo tiempo, los poderes que realmente nos determinan son cada vez más invisibles, menos identificables (…)"[69].

No es ningún secreto que, entre quienes intervienen de un modo u otro en lo obscuro, operan, a veces, personas con prestigio, poder y dinero, que disponen de asesorías, medios comunicacionales e importantes grupos de apoyo. Existe toda una sociología de los clanes (mafias, camarillas, trenzas, etc.), autoprotegidos y, en muchas ocasiones, entrelazados, de la que no se debiera prescindir al tiempo de examinar con realismo a la sociedad. Se trata de un fenómeno que surge en los más variados ámbitos –política, administración, economía, educación, etc.[70].

En las Escuelas de Derecho y Sociología debiera prestarse especial atención a casos emblemáticos como los de Calisto Tanzi, en Parmalat; Kenneth Lay, en Enron; Marcel Maciel, en los Legionarios de Cristo; Bernard Maddof, en su empresa de inversiones; Fernando Karadima, en la Parroquia del Bosque, etc. Más allá del interés que estos casos presentan, como episodios donde ilicitud y maldad alcanzan dimensiones extremas, ellos son claros ejemplos de la distancia increíble, a veces sideral, que puede darse entre apariencia y realidad…

Sin llegar a los extremos citados, la vida social ofrece abundantes apariencias que pugnan con aquello que se mantiene oculto, tema que cabe investigar en los más variados ámbitos convivenciales. Aquí sólo aludiremos, sinópticamente, a algunas situaciones.

Por ejemplo, a las exploraciones que efectúa un equipo de estudio en torno a posibles anomalías e irregularidades al interior de las universidades nacionales, tanto estatales como privadas. En lo que se refiere a las primeras, que aquí interesan en forma especial, el grupo ha ido reuniendo una casuística donde, en una u otra forma, se aprecia *infracción de ley, abuso de la misma o erosión de los principios de buena administración.* Se trata de hechos variados que apuntan a la conquista de poder interno, al aprovechamiento de recursos económicos, al empleo de bienes universitarios, a la mantención de la opacidad institucional, etc.[71]. Algunos

---

69 Innerarity (2004).

70 Castoriadis (2002), pp. 160 y ss. Sobre las redes en la Administración: Barra (2009), p. 13. Ver, más adelante, las referencias a climas organizacionales "tóxicos" o "patológicos".

71 Sobre el tema: Carvajal (2007), pp. 401 y ss. Duval (2009), Cap. III. Martínez (2010). Mönckeberg (2005) y (2007). Pedrals (2006), pp. 39 y ss. y (2009), pp. 973 y ss.

Sin perjuicio de los reparos que derivan de la operación de las universidades privadas, en las que aquí no entraremos, el funcionamiento de las universidades estatales envuelve variados problemas fácticos y jurídicos. Por ejemplo, la mayoría tiene estatutos impuestos hace más de 30 años –grande *mortalis aevi spatium*– por el Gobierno Militar. De este modo, y a pesar del tiempo y circunstancias transcurridos, los "gobernantes" (el rector y sus directivos), gozan de poderes excepcionalísimos. Se suele señalar, eso sí, que desde 1994, los rectores son elegidos y que ello implica un proceso democratizador. Pero el tema requiere un análisis más profundo. Subrayemos que, con estos estatutos, quien hace de cabeza de la entidad, dispone de un amplísimo margen de maniobra en lo que toca a la constitución del staff directivo, contrataciones, despidos, sumarios, remuneraciones, ayudas económicas, desincentivos, claustros electorales, publicidad, opacidad institucional, etc. Procede recordar, adicionalmente, que la Ley Nº 19.305 (1994), eliminó la prohibición de servir más de dos períodos rectorales, que venía originalmente en los estatutos militares. Dice Thesing (1999), con razón, que "una democracia necesita demócratas"; si el "gobierno" universitario no está en manos de verdaderos demócratas, es fácil que, al amparo de los estatutos autoritarios, se establezca, en la práctica, un régimen donde un "Rektor" (en lenguaje parriano), haga prevalecer la política u otras cir-

de los sucesos han sido "visibilizados" por la jurisprudencia administrativa y judicial e, incluso, con cierta amplitud, por los medios de comunicación, pero la mayor parte permanece encerrada tras las paredes corporativas. Dejamos constancia, en todo caso, que la investigación está lejos de ser exhaustiva[72].

Otro aspecto "sumergido" es el *mobbing:* los acosos o malos tratos laborales al interior de la Administración que, con negativos efectos para los funcionarios, infringen directivas jurídicas y perjudican rodajes institucionales. Variados antecedentes mueven a estimar que sólo una mínima parte de los acosos se transparentan en la jurisprudencia administrativa y judicial[73]. La opacidad está determinada por diversos factores. Por ejemplo, el temor a las represalias[74]; las dificultades de las reclamaciones; los costos de las asesorías; la falta de apoyo de los compañeros de trabajo, etc. También influye el hecho de que, en ocasiones, el prestigio social de los hostilizadores convierte en poco creíbles las acusaciones en su contra. Autor de un estudio sobre las graves repercusiones laborales que puede tener el *mobbing,* Leymann ha estimado necesario dejar una constancia clara y directa: "en las sociedades altamente industrializadas el lugar de trabajo constituye el único campo de batalla donde la gente puede matar a otra sin correr el riesgo de enfrentar a los tribunales…"[75].

En estrecha relación con lo anterior, está el complejo tema del clima organizacional que, en ocasiones, y con diversas intensidades, puede convertirse en "adverso", "tóxico" o "patológico", afectando a toda una institución, a una o más partes de la misma o a un determinado grupo de funcionarios. En los casos más graves, se trata de escenarios con liderazgos negativos, prebendas, discriminaciones, marginaciones, hostilidades, espionajes, purgas y estratagemas varias[76]. Son situaciones que muchas veces son difícilmente "creíbles" o "entendibles" para personas ajenas al ambiente. Al igual que en el caso del *mobbing,* con el que tiene íntima vinculación, el punto está a la espera de una adecuada consideración jurídica, tanto científica como práctica; esto último a nivel del foro y de los órganos del Estado.

Adicionalmente, y para no quedarse en una exposición "deshumanizada, esquelética y formal"[77], creemos oportuno transcribir un testimonio que se nos ha hecho llegar. Proviene de un meritorio y destacado funcionario que, ante acosos repetidos y arbitrarios, decidió abandonar el servicio donde trabajaba. Dice así: "desde mi desvinculación, y por higiene y salud mental me he desvinculado también totalmente de la institución, con excelentes resultados en mi calidad de vida. Vivir diariamente en la inmoralidad, incompetencia y prepotencia física e intelectual de quienes son sus dirigentes, hace mucho daño. Ahora alejado de toda esta miseria, vuelve la esperanza y tranquilidad espiritual".

---

cunstancias, sobre principios jurídicos fundamentales. Acerca de transparencia y opacidad en las universidades, ver Consejo Nacional de Transparencia (2012).

72 Sobre la transparencia y opacidad de las universidades: Consejo Nacional de Transparencia (2012).

73 Ver Martínez (2010). Parlamento Europeo (2001). Pedrals (2006) pp. 39 y ss., 61 y ss. y 79 y ss. Pedrals (2009), pp. 973 y ss. Peña y Sánchez (2007). Pérez V. (2012), con bibliografía y jurisprudencia. Zorrilla (2005).

74 En conexión al tema de las represalias, ver Ley Nº 20.205 (Diario Oficial 24/julio/2007). En Barra (2009), pp. 11 y ss. hay diversas críticas a esta ley.

75 Leymann (1996).

76 Ver notas (71 y 73).

77 Expresiones de Ramos Sobrino (1969), p. 39.

En lo tocante a situaciones de extrema inescrupulosidad, resulta interesante destacar que los autores que tratan estos temas no vacilan en utilizar términos como villanos[78], bandidos[79], canallas[80] y expresiones coloquiales análogas[81], sin recurrir a términos más técnicos. Es que, cuando se estudian los problemas sociales, dice Margarita Yourcenar, "siempre se vuelve a la lucha entre el bien y el mal".

11. Develamiento

Llamando, alguna vez, a la tranquilidad social, alguien dijo aquello de que "las instituciones funcionan". Pero, afortunadamente, la Contraloría no se acoge a tan confiada divisa. Trascendiendo las frases y slogans, su misión es examinar, sin prejuicios, *cómo* funcionan.

Todo ello le abre un campo de actuación extremadamente vasto, misceláneo y lleno de dificultades. Para apreciarlo de modo cabal, habría que asumir en el no sencillo trabajo de revisar, por ejemplo, la jurisprudencia administrativa de los últimos años. Pero también caben ejercicios más simples, v. gr. constatar las referencias a la Contraloría que aparecen en estudios que dan cuenta histórica de casos de corrupción en Chile[82].

A título anecdótico, agreguemos que, durante los días en que elaboramos el primer esquema para este texto, registramos numerosos titulares de interés en los periódicos: "Contraloría acusa irregularidades en platas a escolares más pobres"[83]. "Contraloría investiga compras de fármacos en el Hospital Van Buren"[84]. "Contraloría ordena sumario por tres tipos de anomalías en subsidios de reconstrucción"[85]. "Contraloría revela cúmulo de irregularidades en Hospital San Juan de Dios: hay 55 sumarios abiertos, incluso por robo de órganos"[86]. "Contraloría acude a Consejo de Defensa del Estado por gasto de subvención estatal"[87]. "Contralor refuta estimación de rectores universitarios sobre aportes estatales"[88]. "Contraloría ordena destitución del director de obras de Zapallar"[89]. "Contraloría instruye sumario por anomalías en Seguridad Ciudadana en la Municipalidad de Viña del Mar"[90]. "Contraloría formula observaciones a proyecto de reparación de la Moneda"[91].

---

78 Marías (2010).

79 Maslow en Hoffman (2009), p. 48.

80 Mnouchkine (2011), pp. 48, 78 y 110.

81 Ver, también, Bauman y Tester (2002), pp. 97 y 176.

82 Por ejemplo, Duval (2009).

83 La Segunda (2011a).

84 Barría (2011).

85 La Segunda (2011b).

86 Fernández (2011).

87 Ramos (2011a).

88 La Segunda (2011c).

89 El Mercurio (2011).

90 Ramos (2011b).

91 Pérez (2011b).

En el mismo período, el contralor se refirió públicamente a diversas irregularidades que siguieron al terremoto de febrero de 2010: demoras en invertir los dineros, falta de documentos de respaldo del uso de recursos, ausencia de informes sociales y protocolos uniformes para Aduanas, etc. Entre las variadas situaciones negativas, señaló, como un ejemplo concreto, que, "en Los Andes, se permitió el indigno ingreso de mercaderías vencidas o descompuestas, medicamentos vencidos, ropa con fecas humanas y otros"[92].

12. Reflexión necesaria

Pero nada de lo expuesto debiera conducir a una visión de absoluta negatividad. Es verdad que es mucho lo que se oculta socialmente, pero hay variadas situaciones negativas que, a pesar de todo, logran hacerse visibles y resultan sancionadas… Reparemos en que ello no es gratuito. Acontece por el esfuerzo, a veces denodado y hasta heroico, de funcionarios y particulares que –contra viento y marea–, se empeñan en que las normas jurídicas rijan para todos, igualitariamente.

Se trata de personas que resisten la pasividad moral y, a veces, con grandes dificultades, cumplen sus deberes, y/o impugnan situaciones injustas, atreviéndose a oponerse, resistir y contradecir[93].

IV. "Improbus labor"

> Todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha: esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha con los que no los aceptaban.
>
> Rudolf von Ihering

¿Cómo enfrenta la Contraloría, en su campo, el complejo problematismo socio-jurídico de la actualidad?

13. Cultura organizacional

Los juristas vivimos entre leyes, reglamentos, instrucciones, etc., en una suerte de universo de papel (o de pantalla). Pero los textos son sólo segmentos de una realidad mayor, que comprende también personas, actuaciones y variadas circunstancias integradas en procesos interrelacionados. Lo que interesa, en definitiva, es que estos procesos culminen en *resultados sociales positivos.*

92 González (2011a).

93 VV.AA., Declaración de Oñati (2006).

De ahí que, desde el inicio de sus funciones, el actual contralor haya estado fuertemente interesado en promover una cultura organizacional que, para decirlo con frase orteguiana, esté "a la altura de los tiempos". Destacaremos algunos aspectos:

a) Rigor de las auditorías. Se ha explicitado que las revisiones que efectúe la institución no pueden, bajo ningún respecto, considerarse "cenas románticas" o conciliábulos para promover "arreglos", amparándose en el antiguo aforismo de que "la ropa sucia se lava en casa". Lo que corresponde debe salir a la luz. La divisa de la Contraloría incluye de modo esencial los conceptos de transparencia y probidad. Su doctrina se ajusta a la idea de que no cabe validar ningún organismo, "a no ser que resista el riguroso examen de una mente no comprometida"[94].

b) Debido proceso. Se ha dicho, también, que el rigor no debe llevar a que se alejen los mejores funcionarios, "–aquellos que sirven, que funcionan– reemplazándolos por esclavos, siervos administrativos". En una sociedad democrática y proba, "la simple imputación de reproche ético individual o social, sea quien fuere el que la formula, puede llevar al escarnio. Todos deben ser titulares del debido proceso, incluso quienes sean sujetos de reproches mediante los canales institucionales correspondientes y que se refieran a infracciones al principio de probidad"[95].

c) Responsabilidad. El Contralor ha destacado igualmente que la entidad es "depositaria" de la confianza de miles de personas que han puesto sus sueños y esperanzas en una sociedad más justa, ya que el sentido mismo de la democracia conlleva a que no sean unos pocos los que puedan vivir bien, sino sean muchos los que cada día vivan mejor, y es en ese norte donde la Contraloría General procurará que al menos todos quienes pagan sus impuestos, por modestos que éstos sean, tengan la tranquilidad de que su correcto uso se fiscalizará de manera sería y oportuna por parte de la institución"[96].

14. Actuaciones extrainstitucionales

Un aspecto que ha interesado especialmente a la Contraloría es lo relativo a actuaciones reservadas que, en ocasiones, operan a favor de intereses particulares.

Es consabido que en los procesos conducentes a la adopción de decisiones políticas o administrativas suelen darse gestiones *extra legem.* Con ello, los referidos procesos "tienden a desinstitucionalizarse e informalizarse y, a la par, tornarse desconocidos y misteriosos, no sólo para la ciudadanía, sino también para muchos de los actores incluidos en los circuitos formales"[97].

Para apreciar la relevancia que pueden llegar a tener estas actuaciones, conviene considerar antecedentes concretos. Resulta de especial interés, por ejemplo, un complejo asunto que, co-

94 Santos P. Amadeo, en Velásquez (1981).

95 Mendoza (2011).

96 Mendoza (2011).

97 Cortés (2000).

nocido originalmente por la Contraloría, pasó con posterioridad a sede judicial. Desconocemos si, en el caso, se intentaron actuaciones ante la instancia contralora, pero existe importante y documentada información sobre lo ocurrido en los tribunales[98].

La ministro de Corte a cargo del proceso recibió una serie de graves presiones de parte del Ejecutivo, situación que ella misma comunicó a la Corte Suprema, en carta que el Alto Tribunal hizo pública[99].

No resulta en absoluto absurdo pensar que, en múltiples ocasiones, exista la intención de actuar (de intervenir, de gestionar, etc.) respecto de asuntos que se encuentran en Contraloría. Si bien carecemos de ejemplos concretos, no olvidamos que, en 1977, un contralor reconoció que el organismo "siempre ha sentido presiones de los demás órganos públicos, en todos los gobiernos"[100]. Como concordancia, recordemos que, a lo largo de las décadas, la actuación de Contraloría ha erosionado intereses de presidentes, de ministros, de intendentes, de alcaldes, de rectores universitarios, de grandes empresarios, etc.[101].

Lo expuesto tiene directa relación con el tema del *lobby,* que ha dado origen a varios proyectos legislativos, ninguno de las cuales ha cristalizado.

Junto a las iniciativas generales para asegurar la corrección de los procedimientos, el actual contralor, en este contexto, ha adoptado una medida concreta: tanto su agenda como las agendas del subcontralor y de otras autoridades internas, tienen carácter público. La idea es evitar todo "secretismo". Quienes deseen informarse acerca de las personas que hablan con el contralor, pueden hacerlo sencillamente a través de la respectiva página web. Se sabe que, en algunas ocasiones, hay personas que han solicitado ser eximidas de la regla, pero entendemos que la regulación se ha cumplido sin excepciones[102].

Lo dicho se relaciona con una nueva iniciativa legislativa. Al tiempo de redactarse este texto, el Ejecutivo ha anunciado el envío al Congreso de un proyecto sobre *lobby* que, precisamente, "estará enfocado en garantizar que los organismos y autoridades públicas transparenten su agenda, especialmente cuando reciben a personas u organizaciones que les soliciten audiencia por intereses específicos". *"La idea* –se ha aclarado– *es replicar el modelo instaurado por la Contraloría, entidad que, a través de su sitio web, permite visualizar toda la agenda del contralor, Ramiro Mendoza"*[103].

98 Pedrals (2011a).

99 Carta de la Ministro Gloria Ana Chevesich, en La Segunda (2004).

100 Héctor Humeres, en El Mercurio (1977).

101 Entre muchos otros, cabe citar los casos que siguen: - Representación de decretos presidenciales durante el gobierno de la Unidad Popular. Pedrals y Massone (2003), pp. 18 y ss. - Representación de un decreto que convocaba a una consulta nacional, durante el gobierno militar (1978). - Reparos en el caso de las aulas tecnológicas (1994), Duval (2009), p. 59.

102 Sobre "el acceso al poderoso", ver Schmitt (2010).

103 En Sepúlveda (2012), cursiva nuestra. No se necesita subrayar que abundan las inquietudes sobre estas materias: ¿Basta, al efecto, la transparencia de las agendas? ¿Cómo se afrontan otras posibles actuaciones del circuito extra institucional de poder? ¿En qué medida se acogerán las ideas de los proyectos en curso?

15. Otras medidas

También conviene glosar algunas iniciativas adicionales:

a) Auditorías Integradas Aleatorias (AIA). La Contraloría contempla un plan anual de auditorías a instituciones elegidas al azar, cuya selección se realiza mediante sorteo digital, de acuerdo a un listado que incluye las reparticiones más sensibles de la Administración[104].

b) Audiencias públicas. Con conciencia de la importancia que, para el Estado de Derecho, tiene la sociedad civil, a partir del 2012 se contempla un plan de audiencias públicas que permitirá recibir preocupaciones o denuncias de la ciudadanía sobre el funcionamiento de los diferentes servicios[105].

c) Apertura documental. En esta época de inflación normativa y falta de certeza jurídica, la Contraloría ha abierto a la comunidad su banco de datos jurisprudenciales, permitiendo su libre consulta. Sería conveniente que, en el futuro, existiera la posibilidad de seguir en línea el curso de los procesos internos.

d) Medidas en pro de una política sana. En conexión con esta materia, procede destacar las recientes instrucciones formuladas respecto a las elecciones municipales del año 2012, que tienden a evitar la indebida intervención de los funcionarios públicos[106]. Adicionalmente, se ha establecido un "Informe Presupuestario Municipal", que la prensa ha considerado un "semáforo" evaluador de los municipios[107].

e) Autocontrol. La Contraloría considera, además, el control de las actividades de sus funcionarios sujetándose, como corresponde, al principio de transparencia[108].

V. El declive de las instituciones

> El nivel de desconfianza es una situación que nos preocupa. Los chilenos muestran descontento con las instituciones públicas.
>
> Alejandro Ferreiro, Presidente del Consejo para la Transparencia[109].

16. Cuestionamientos

Es consabido que, entre otras condiciones, la mantención y desarrollo del Estado de Derecho exige una "buena" administración, lo que implica actuar con "objetividad, probidad, neu-

104 La Segunda (2011d).

105 Ramiro Mendoza en Pérez (2011a).

106 Contraloría (2012).

107 Pérez , G. (2012).

108 González (2011b).

109 En Pinochet (2012).

tralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación, transparencia, ejemplaridad, accesibilidad, eficiencia y eficacia"[110].

Por otra parte, desde un punto de vista sustantivo, la Administración debe contribuir a que la República avance hacia los grandes objetivos nacionales y, en forma más amplia, hacia los "objetivos civilizacionales" o "ideas capitales" del siglo XXI. Nos referimos a esas metas a las que –según diversas fuentes jurídicas y extrajurídicas– todos los países, organizaciones e individuos, debieran apuntar, unitariamente, para enfrentar el juggernaut o leviatán que nos afecta a nivel mundial[111].

Estas consideraciones cuentan con amplia adhesión académica y social, pero contrastan con múltiples aspectos de la realidad.

Ante la complejidad de los problemas, se aprecia mundialmente un amplio e intenso cuestionamiento de las instituciones. Por lo pronto, se critican los modos con que funciona la democracia. Según un acreditado economista, "los latinoamericanos han demostrado contundentemente su amor por la democracia y han luchado duramente por ella, pero la credibilidad en algunas de sus entidades claves está erosionada en los hechos"[112]. Dentro de este planteamiento, se objeta la eficacia, la eficiencia y la orientación de las organizaciones políticas y administrativas. Se critica el desempeño de la llamada "clase política" y han vuelto a interpelarnos las clásicas impugnaciones de Weber[113], Ortega, Heidegger[114] y otros autores que, sin velos ni disimulos, se han ocupado del tema[115].

Todo esto se manifiesta por diversos medios, volcándose en descontento social y, aun, en "indignación", para usar el término que Hessel hizo famoso. Los cuestionamientos, en Chile, aparecen en muy variadas sedes. Con motivo del bicentenario de la Independencia, por ejemplo, el actual Presidente de la República expresó: "Me duele, como le duele a muchos chilenos, la gradual pérdida de prestigio que afecta a la actividad política en general y a algunas de nuestras instituciones más representativas, como el propio Congreso y los partidos políticos en particular (…) estamos frente a una paradoja: nuestros ciudadanos demuestran un alto aprecio por la democracia, pero también expresan una creciente desafección por la política. Y ésta es una paradoja peligrosa, porque digámoslo fuerte y claro: no hay democracia sana con política enferma". El mandatario agregó: "la enfermedad que adolece nuestra democracia es, en último término, una crisis de representación, que afecta no solamente a nuestro país, afecta a muchas, sino a todas las democracias del mundo"[116].

---

110 Boletín Oficial del Estado (2005). La enumeración se inspira en el "Código de Buen Gobierno de los miembros y de los altos cargos de la administración general del Estado", de España.

111 Entre las propuestas que, en mayor o menor grado, aparecen acogidas en diversas fuentes normativas, destacamos las siguientes: desarrollo integral de los individuos; convivencia pacífica, cooperativa y regulada; protección y promoción de una cultura al servicio de la humanidad; desarrollo y empleo de tecnología apropiada; respeto al fenómeno de la vida; orientación valorativa conforme a criterios de socialidad, justicia, racionalidad y seguridad. Sobre el tema: Pedrals (2011b).

112 Kliksberg (2003), p. 12. Castoriadis (2002), pp. 145 y ss.

113 Weber (2001), p. 160. Sobre Weber: Oro (2007). Sobre la política en general, Oro (2003).

114 Safranski (2000), p. 269.

115 Los críticos apuntan a la incompetencia, ineficiencia, ineficacia, inflexibilidad, improbidad, opacidad y falsedad de muchas actuaciones. Ver la reciente obra de Javier Marías (2010), *Los villanos de la nación.*

116 Piñera (2010).

Su antecesora inmediata, que pertenece a la tienda opositora, sostuvo algo similar[117]. Por su parte, el actual Presidente del Senado sabe "perfectamente bien que el sistema político está cuestionado"[118]. Y, a su vez, el Presidente de la Cámara considera que "el gran desafío del Congreso es recuperar la confianza ciudadana"[119].

Los cuestionamientos a las *instituciones públicas* en general se expresan en publicaciones académicas, en movimientos sociales, en abstención electoral y en encuestas sociales ampliamente difundidas[120]. En lo que toca específicamente a la Administración, el Presidente de la Corte Suprema ha dejado constancia de que una de las causas de la mayor judicialización que se aprecia en los conflictos sociales es "la arbitrariedad y abuso de algunos agentes de la Administración Pública"[121].

Haciendo suyas estas apreciaciones, un artículo de un destacado académico presenta algo así como un sueño destinado a remover conciencias. En el país llueve y todo se moja. Las goteras caen dentro "de la Moneda, del Congreso y de las apolilladas sedes partidistas de distinto signo, por los intersticios de las instituciones de una República sin dirección, un barco a la deriva y a punto de naufragar en un mar de chascarros, chambonadas y desprolijidades sin nombre"[122]. En otro artículo, el autor preguntaba: "¿Quién, hoy, en nuestra elite dirigente, está de verdad pensando? Afortunadamente los hay, pero pocos y perdidos en una gran jalea cuyos ingredientes son el cortoplacismo de la calculadora electoral, unido a un narcisismo mediático sin límites y una avidez por el poder patética y pequeña"[123].

17. La situación de la Contraloría

Ahora, ¿cómo aparece la Contraloría en este ambiente de abundantes cuestionamientos? Adelantemos que las opiniones que se recogen son, en general, positivas y que, por ello, se ha dicho que la entidad es hoy una suerte de "isla institucional".

Un estudio de la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, dirigido a conocer la percepción del desempeño y la satisfacción de los usuarios responsables, de las distintas unidades de las instituciones del Estado sujetas a los procesos y servicios de la Contraloría, concluyó que esa percepción era positiva y que "el trabajo desempeñado registra calificaciones *óptimas* en los diferentes procesos y servicios que presta"[124].

Otro estudio, del Instituto Libertad y Desarrollo, concluyó que la Contraloría es apreciada como la entidad nacional con menor corrupción y con *0,0% de percepción de hechos de esta clase*[125].

---

117 En Correa (2010). Ver Duval (2009), p. 28.

118 Pinto y Contreras (2012).

119 Pinto y Contreras (2012).

120 Centro de Estudios Públicos (2011). Adimark (2011) y Consejo Nacional de Transparencia (2011).

121 Ballesteros (2012).

122 Warnken (2011).

123 Warnken (2010).

124 Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo (2010). Cursiva nuestra.

125 Apablaza 2010). Cursiva nuestra.

Por su parte, el presidente de la Corte Suprema, en el último Discurso de Inauguración del Año Judicial, dejó expresa constancia del "enorme prestigio y confiabilidad pública de que goza este importante organismo"[126].

Estas opiniones concuerdan con consideraciones académicas que reconocen derechamente los méritos de la institución, destacando que los resultados positivos se logran no obstante la amplitud de las funciones y la limitación de los recursos disponibles[127].

Trascendiendo, ahora, la perspectiva meramente legal y administrativa, agregaríamos que la acción contralora puede mirarse como un gran esfuerzo ético-jurídico; como una suerte de cruzada, como "un viaje, un sacrificio y una batalla", que se lleva a cabo, contra viento y marea, en pro del interés común. El viejo, pero siempre entusiasta profesor Bauman, diría que "Después de todos estos años tan poco románticos", la Contraloría se atreve a mostrarnos que *"nuestra vocación puede volver a ser un campo de pruebas del coraje, la coherencia y la lealtad a los valores humanos"*[128].

Estimamos, por ello, que la institución contribuye a configurar positivamente nuestras creencias básicas, fortifica nuestro imaginario social y, como diría Robert P. George, ayuda, en algún grado, a "hacer mejores" a los chilenos[129]. Su labor se inscribe en el esfuerzo por afirmar "los valores morales" que deben presidir el orden social y sin los cuales no resulta posible la gobernabilidad"[130].

Ahora bien, la tarea de "moralizar la sociedad", si se nos permite hablar del tema, es una labor inmensa, compleja y plena de interrogantes. Al pensar en ella, la mente se ve asaltada por imágenes de dificultades sin nombre. Se acuerda uno de relatos clásicos: de las narraciones sobre la piedra de Sísifo, sobre el tonel de las Danaides, sobre el establo de Augías… A propósito de esto último, un autor pregunta: ¿se ha convertido la sociedad en un gigantesco estercolero "que ha hecho saltar todos los diques, que ha rebosado y se ha desparramado por todas partes"?[131].

La tarea moralizadora y juridizadora exige una complejísima acción multifactorial en la que, por falta de espacio, no podemos entrar aquí. Consignemos, empero, que todas las entidades públicas están llamadas a asumir decididamente esta tarea. Por supuesto, se requiere contar con "la voluntad de quienes tienen a su cargo la conducción de grupos humanos"; a ellos corresponde "velar por el comportamiento ético de quienes están bajo su supervisión y, en especial, predicar con el ejemplo"[132].

Todas las organizaciones, públicas y privadas, y todos los ciudadanos estamos llamados a realizar esfuerzos en dirección *pro iuris.* No hay entidades y personas exentas. Lo más seguro

126 Ballesteros (2012).

127 *Revista Chilena de Derecho* (2008). Corales (2012).

128 Bauman y Tester (2002), p. 30.

129 George, R. (2001).

130 Arbós y Giner (1996), pp. 99 y ss. Bauman y Tester (2002). Ratzinger en Antúnez (2008), pp. 59 y ss.

131 Dürrenmatt (1973), p. 12.

132 Mendoza (2011).

es que nadie esté capacitado, singularmente, por sí solo, para lograr algo decisivo. Pero todas nuestras conductas están insertas en la vida colectiva; todas nuestras acciones –dice Mnouchkine– hacen la Historia, la grande y la pequeña[133]. "En el mundo moral, lo mismo que en el material –señala Stefan Zweig–, no se pierde jamás una átomo de fuerza"[134].

Agradezcamos al actual contralor su decidido, fuerte e inspirador liderazgo en estas tareas. No hacerlo sería injusto y, además, implicaría esa lamentable "sordera psicológica" tan frecuente en quienes sólo piensan formalmente en el Derecho, como si en nuestro ámbito no operara como *elemento clave el factor humano.* El celo de este alto funcionario constituye "una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos"[135].

18. Síntesis y envío

Ya hemos señalado que Carbonnier se pregunta cuál es la parte del Derecho en la angustia de nuestro tiempo, y que ello apunta a tres aspectos fundamentales: el modo en que el Derecho y sus operadores sufren los problemas de la época; el modo en que el Derecho y sus operadores contribuyen a aumentar esos problemas, y el modo en que el Derecho y sus operadores ayudan o pueden ayudar, aunque sea modestamente, a atenuarlos.

Resulta evidente que, por la propia naturaleza de sus funciones, la Contraloría se enfrenta al complejo problematismo sociojurídico de la actualidad y, en especial, a lo que hemos llamado la progresiva tendencia a la ilegalidad y al extremo valor que se atribuye socialmente a la apariencia (Cap. I, II y III). A este respecto, y para afrontar sus difíciles tareas, la institución ha adoptado, en los últimos años, una serie de medidas relativas a su cultura organizacional, a las actuaciones extrainstitucionales y a otras materias de interés (Cap. IV). Con sus acciones y logros, y en franco contraste con los demás organismos públicos, que se encuentran fuertemente cuestionados, la Contraloría se perfila, en definitiva, como una suerte de "isla" a la que, tanto la sociedad como el foro y la academia, perciben positivamente (Cap. V).

Trascendiendo, ahora, los análisis meramente legales y administrativos, la acción de la Contraloría se aprecia como un gran esfuerzo ético-jurídico de interés nacional (§17). Agreguemos que sería deseable que su actual impulso en pro de la eticidad y la juridicidad del país siguiera creciendo: avanzando en aplicaciones prácticas, en reflexiones, en investigaciones y en la promoción de la multidisciplinariedad y cooperación que, al efecto, se requieren.

El presente trabajo no alcanza a detenerse en la consideración de posibles análisis críticos de la entidad, de sus procesos y de situaciones vinculadas. Con todo, marginalmente, por aquí y por allá, toca algunos puntos que, quizá, pueden servir para alguna reflexión[136].

---

133 Mnouchkine (2011), pp. 24 y 44.

134 Zweig (1942).

135 Las expresiones las tomamos del Código del Buen Gobierno español: Boletín Oficial del Estado (2005). Sabemos lo difícil que, en su momento, fue lograr un acuerdo para la designación del actual contralor. ¿Qué ocurrirá vencido el plazo del actual mandato? Aunque sea a título teórico, cabe preguntarse: ¿qué resguardos jurídicos sería posible implementar, para lograr, en la medida de lo posible, una designación realmente "apropiada"?

136 Por ejemplo, apartados 10, 14 nota (103), 15 letra "c", 17 nota (135), etc.

¿Qué decir, ahora, del presente aniversario?

Gran crítico social, Jean Baudrillard solía advertir que la celebración de aniversarios, la "museificación de los acontecimientos", en los tiempos presentes no pasan de ser sino operaciones de blanqueo. Hay tanto que ocultar que, en numerosos casos, los discursos, las publicaciones, los reconocimientos, etc., vienen a constituir medios idóneos para sumergir y olvidar aquello que intencionalmente se quiere mantener en la obscuridad…

Pero, ante los datos desnudos y concretos que obran en nuestra mesa de trabajo, examinados sin influjos políticos, amistosos o de otro carácter, no tenemos dudas de que la presente celebración está viva y plenamente justificada. *Hoy por hoy, la Contraloría es un orgullo para el país.*

BIBLIOGRAFÍA

Adimark (2011): "Encuesta: Evaluación Gestión del Gobierno. Informe mensual". Disponible en *www.adimark.cl/estudios/index.asp* [fecha consulta diciembre de 2011].

Aleixandre, Vicente (1977): *Obras completas,* Vol. I (Madrid, Aguilar Ediciones), 1180 pp.

Alonso, Eduardo S.J. (2010): "El escritor oculto: el hábil juego de la mentira", *Revista Mensaje,* Vol. 59, Nº 594, p. 55.

Anderson, Perry (1996): *Los fines de la historia* (Barcelona, Anagrama), 173 pp.

Antúnez Aldunate, Jaime (2008): "Entrevista con el Diario El Mercurio. El Logos precede el Ethos", en *Revista de Antropología y Cultura Cristiana, Cuaderno Humanitas* Nº 20, "20 años de la visita el Cardenal Ratzinger a Chile", diciembre, pp. 59-66.

Apablaza M., Carolina (2010): "Informe Sociedad y Política. Encuesta de Corrupción 2009: percepción y realidad", *Libertad y Desarrollo* Nº 117, pp. 13.

Arbós, Xavier y Giner, Salvador (1996): La gobernabilidad. *Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial* (Madrid, Siglo XXI de España Editores), 118 pp.

Arendt, Hannah (1999): *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (Barcelona, Editorial Lumen), 182 pp.

Ballesteros Cárcamo, Rubén (2012): "Discurso de Inauguración del año Judicial 2012", *Diario Oficial,* Santiago de Chile (23 de marzo).

Bardón, Álvaro (2007): "Cleptocracia, burocracia, ¿democracia?", *El Mercurio,* Santiago de Chile (27 de septiembre).

Barra Gallardo, Nancy (2009): "Reflexiones acerca de la ley Nº 20.205 'protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad'", *Revista de Derecho* Nº 21, junio, pp. 11-34.

Barría, Audénico (2011): "Contraloría investiga compras de fármacos en el Hospital Van Buren", *El Mercurio,* Santiago de Chile (20 de noviembre).

Baudrillard, Jean (1998): *El paroxista indiferente.* Conversaciones con Philippe Petit (Barcelona, Editorial Anagrama), 192 pp.

Bauman, Zygmunt (2001): *En busca de la política* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 217 pp.

Bauman, Zygmunt y Tester, Keith (2002): *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones* (Barcelona, Editorial Paidós), 219 pp.

Bauman, Zygmunt (2005): *Modernidad Líquida* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 232 pp.

Bauman, Zygmunt (2009): *El arte de la vida* (Barcelona, Ediciones Paidós), 173 pp.

Berger, John (1987): *Mirar* (Buenos Aires, Ediciones de la Flor S.R.L), 247 pp.

Berman, Marshall (1988): *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la Modernidad* (Madrid, Siglo XXI Editorial), 386 pp.

Berman, Morris (2004): *Historia de la conciencia. De la paradoja al complejo de autoridad sagrada* (Santiago de Chile, Editorial Cuatro Vientos), 452 pp.

Bofill, C., Montes, R. y Soto, H. (2012): "La política se ha banalizado y frivolizado", *La Tercera,* Santiago de Chile (17 de marzo).

Boletín Oficial del Estado (2005): "Acuerdo por el que se aprueba el Código del Buen Gobierno de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado". Disponible en *www.boe.es/boe/dias/2005/03/07/pdfs/A07953-07955.pdf* [fecha consulta 20 enero 2012].

Canto-Sperber, Monique (2002): *La inquietud moral y la vida humana* (Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica), 304 pp.

Carbonnier, Jean (1974): *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (Madrid, Editorial Tecnos), 367 pp.

Carbonnier, Jean (1995): *Essais sur les lois* (París, Répertoire du notariat Defrénois). 336 pp.

Cárdenas, Juan Pablo (2009): *Un peligro para la sociedad. Testimonio de un periodista que incomoda al poder* (Santiago de Chile, Random House Mondadori), 169 pp.

Carvajal Aravena, Patricio (2007): "¿Es Chile una sociedad bien ordenada? La realidad nacional desde la perspectiva de la TJ de J. Rawls. La estructura del Estado Gendarme Chileno. Un ensayo interpretativo", Filosofía y política en Rawls, *Colección Jornadas Académicas* Nº 28, pp. 399-421.

Carvallo, Mauricio (2007): "Hay declinación en los niveles de transparencia y probidad", *El Mercurio,* Santiago de Chile (9 de septiembre).

Castermane, Jacques (1996): "Una experiencia interior", en *El Correo de la UNESCO* (mayo), pp. 32-37.

Castoriadis, Cornelius (2002): *Figuras de lo pensable (las encrucijadas del laberinto VI)* (México, Fondo de Cultura Económica), 302 pp.

Castoriadis, Cornelius (2007): *Democracia y relativismo. Debate con el Mauss* (Madrid, Trotta), 102 pp.

Centro de Estudios Públicos (2011): "Estudio Nacional de Opinión Pública Nº 65 (noviembre-diciembre)". Disponible en *www.cepchile.cl* [fecha consulta: 29 de diciembre de 2011].

Ciper (2010): "El provocador discurso de Nibaldo Mosciatti al recibir el Premio Embotelladora Andina 2010". Disponible en *www.ciperchile.cl/2010/10/15/el-provocador-discurso-de-nibaldo-mosciatti-al-recibir-el-premio-de-periodismo-embotelladora-andina-2010/* [fecha consulta: 15 de octubre de 2010].

Consejo Nacional para la Transparencia (2011): "Estudio Posicionamiento Nacional del Consejo de Transparencia. Informe final". Disponible en *www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120104/asocfile/20120104180151/estudio_nacional_de_transparencia_2011.pdf* [fecha consulta 10 de enero de 2012].

Contraloría (2012): "Contraloría emite instructivo por campaña municipal", *La Tercera,* Santiago de Chile (16 de marzo).

Corales H., Jacqueline (2012): *La certeza jurídica en el Derecho actual,* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (Valparaíso, Universidad de Valparaíso), 98 pp.

Corominas, Jordi y Vincens, Joan Albert (2006): *Xavier Zubiri. La soledad sonora* (Madrid, Taurus), 917, pp.

CORREA, Raquel (2010): "Entrevista a Michelle Bachelet", Revista Sábado, *El Mercurio,* Santiago de Chile (2 de octubre).

Cortés Terzi, Antonio (2000): *El circuito extrainstitucional del poder* (Santiago de Chile, Ediciones ChileAmérica), 232 pp.

Cuello Peña y Lillo, Luis (2011): *La verdad social y los medios de comunicación,* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (Valparaíso, Universidad de Valparaíso), 61 pp.

Chambost, Edouard (1982): *Los paraísos fiscales* (Madrid, Ediciones Pirámide), 312 pp.

Delbanco, Andrew (1997): *La muerte de Satán* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello), 365 pp.

Delpech, Thérèse (2006): *El retorno a la barbarie en el siglo XXI* (Buenos Aires, Editorial El Ateneo), 315 pp.

Derrida, Jacques y Roudinesco, Elisabeth (2009): *Y mañana qué…* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.), 213 pp.

Debord, Guy (1999): *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo* (Barcelona, Editorial Anagrama), 144 pp.

Doxiadis, Constantinos (1964): *Arquitectura en transición* (Barcelona, Ariel), 224 pp.

Drago, Claudia, Maulian, Tomás, Vidal, Paula (compiladores) (2011): Marx en el siglo XXI. *La vigencia del(os) marxismo(s) para comprender y superar el capitalismo actual* (Santiago de Chile, LOM Ediciones), 326 pp.

Dürrenmatt, Friedrich (1973): *Hércules y el establo de Augias* (Barcelona, Editorial Lumen), 122 pp.

Duval Varas, Tomás (2009): *1990/2009 Maldita corrupción. La peor bofetada a los más pobres* (Santiago de Chile, Instituto Democracia y Mercado), 104 pp.

El Mercurio (1977): "Héctor Humeres", Santiago de Chile (18 de diciembre).

El Mercurio (2011): "Contraloría ordena destitución del director de Obras de Zapallar por entrega de certificados irregulares en sector de Costa Cachagua", Santiago de Chile (18 de diciembre).

Electorat, Mauricio (2012): "En Babilonia", *El Mercurio,* Santiago de Chile (8 de abril).

Escario, José Luis (2011): *Paraísos fiscales* (Madrid, Fundación Alternativas), 128 pp.

Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo (2010): "Percepción del desempeño de procesos y servicios de la Contraloría General de la República. Informe final". Disponible en *www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Intranet/ARCHIVOS/Novedades/Informe%20Encuestas%20CGR.pdf* [fecha consulta: diciembre 2010].

Fernández, Oriana (2011): "Contraloría revela cúmulo de irregularidades en Hospital San Juan de Dios: hay 55 sumarios abiertos, incluso por robo de órganos", *La Segunda,* Santiago de Chile (7 de diciembre).

Ferrajoli, Luigi (2011): Conferencia con motivo de su distinción como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, en proceso de publicación.

Fisichella, Domenico (2002): *Dinero y democracia. De la antigua Grecia a la economía global* (Barcelona, Tusquets Editores), 200 pp.

Forrester, Viviane (2000): *Una extraña dictadura* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 164 pp.

Funk, Rainer (1987): *Fromm. Vida y obra* (Barcelona, Editorial Paidós), 206 pp.

Gandolfo, Pedro (2012): "En nuestras leyes", *El Mercurio,* Santiago de Chile (14 de abril).

García-Pablos de Molina, Antonio (1992): *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas* (Valencia, Tirant Lo Blanch), 236 pp.

Gayraud, Jean-François (2007): *El G 9 de las mafias en el mundo* (Barcelona, Ediciones Urano), 544 pp.

George, Robert P. (2001): *Para hacer mejores a los hombres* (Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias), 226 pp.

George, Susan (2001): *El informe de Lugano* (Barcelona, Icaria Editorial), 255 pp.

Giddens, Anthony (2001): *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestra vida* (Madrid, Taurus), 117 pp.

Glenny, Misha (2008): *Mc Mafia. El crimen sin fronteras* (Buenos Aires, Emecé Editores), 384 pp.

González R., René (2011a): "Contralor acusa debilidades para garantizar buen uso de recursos en catástrofes: Los ejemplos del 27/F", *La Segunda,* Santiago de Chile (29 de noviembre).

González R., René (2011b): "Autoexamen de Contraloría: Investigaciones internas detectan mal uso de autos fiscales", *La Segunda,* Santiago de Chile (30 de diciembre).

Goslar, Michele (2002): *Marguerite Yorcenar. Qué aburrido hubiera sido ser feliz* (Barcelona, Paidós Ibérica Ediciones), 419 pp.

Guattari, Felix (1998): *El devenir de la subjetividad* (Santiago de Chile, Dolmen Ediciones), 179 pp.

Guerrero, Pedro Pablo (2011): "Piglia: ficción paranoica y novela negra", *El Mercurio,* Santiago de Chile (13 de marzo).

Innerarity, Daniel (2004): *La sociedad invisible* (Madrid, Espasa-Calpe), 227 pp.

Haba, Pedro Enrique (2010): *Entre tecnócratas y wishful thinkers. La visión "misionera" de las ciencias sociales (inclusive su adaptación como neoliberalismo)* (Granada, Editorial Comares), 370 pp.

Häring, Bernhard (1985): *Ética de la manipulación. En medicina, en control de la conducta y en genética* (Barcelona, Editorial Herder), 280 pp.

Herman, Arthur (1998): *La idea de decadencia en la historia occidental* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello Española), 527 pp.

Hoffman, Edward (2009): *Vida y enseñanza del creador de la psicología humanista. Abraham Maslow* (Barcelona, Editorial Kairós), 461 pp.

Jung, Carl Gustav (1986): *Recuerdos, sueños, pensamientos* (Barcelona, Editorial Seix Barral), 425 pp.

Kliksberg, Bernardo (2003): *Hacia una economía con rostro humano* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 190 pp.

Korten, David C. (1998): *No todo lo que brilla es oro. Cuando las transnacionales gobiernan el mundo* (Santiago de Chile, Cuatro Vientos Editorial), 407 pp.

Kristeva, Julia (2004): *Historias de amor* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores), 340 pp.

Lamarca, Felipe (2009): *Las prisas pasan, las cagadas quedan* (Santiago de Chile, La Tercera Ediciones), 206 pp.

Lanata, Jorge (2010): "Brasil, el gigante y sus delirios de grandeza", Revista Sábado, *El Mercurio,* Santiago de Chile (2 de octubre).

La Segunda (2004): "Carta de la jueza Chevesich a la Suprema", Santiago de Chile (6 de julio).

La Segunda (2011a): "Escándalo en La Florida: Contraloría acusa irregularidades en platas a escolares más pobres… usadas hasta para turistear", Santiago de Chile (15 de noviembre).

La Segunda (2011b): "Subsidio de reconstrucción: Contraloría ordena sumario por tres tipos de anomalías", Santiago de Chile (2 de diciembre).

La Segunda (2011c): "Contralor refuta estimación de rectores sobre aportes estatales", Santiago de Chile (16 de diciembre).

La Segunda (2011d): "21 reparticiones públicas serán revisadas a fondo por Contraloría el próximo año", Santiago de Chile (26 de diciembre)

Le Monde Diplomatique (2009): *Radiografía del narcotráfico* (Santiago de Chile, Editorial Aún creemos en los sueños), 57 pp.

Le Monde Diplomatique (2010): *Política y dinero en Chile y el mundo* (Santiago de Chile, Editorial Aún creemos en los sueños), 58 pp.

Leymann, Heinz (1996): "Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal/moral ("Mobbing") en el trabajo", *European Journal of Work and Organizacional Psychology,* Vol. 5, Nº 2, pp. 165-184.

Marías, Javier (2010): *Los villanos de la nación. Letras de política y sociedad* (Barcelona, Libros del Lince), 314 pp.

Marín, Pablo (2010): "En la sucursal del infierno", *La Tercera,* Santiago de Chile (25 de abril).

Martínez, Carlos (2010): *Las tribulaciones de un universitario en la Universidad* (Valparaíso, Ediciones AFA-UV), 100 pp.

Marx, Karl y Engels, Friedrich (1998): *Manifiesto comunista* (Madrid, Editorial Alba), 95 pp.

Matus, Alejandra (1999): *El libro negro de la justicia chilena* (Santiago de Chile, Editorial Planeta Chilena), 349 pp.

Mendoza, Ramiro, Contralor General de la República (2011): "Cuenta Pública 2010". Disponible en *www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository /Portal/Destacados/Cuenta_Publica/2010/Discurso2010.pdf* (fecha de consulta: 20 de julio de 2011).

Merton, Thomas (1960): *La vida silenciosa* (Buenos Aires, Editorial Sudamericana), 193 pp.

Misarovic, Minaljo y PESTEL, Eduard (1975): *La humanidad en la encrucijada* (México, Fondo de Cultura Económica), 261 pp.

Mnouchkine, Ariane (2011): *El arte del presente* (Santiago de Chile, LOM Ediciones), 178 pp.

Mönckeberg, María Olivia (2005): *La privatización de las universidades. Una historia de dinero, poder e influencias* (Santiago de Chile, Editorial La Copa Rota), 603 pp.

Mönckeberg, María Olivia (2007): *El negocio de las universidades en Chile* (Santiago de Chile, Random House Mondadori), 669 pp.

Mönckeberg, María Olivia (2009): *Los magnates de la prensa* (Santiago de Chile, Random House Mondadori), 520 pp.

Mönckeberg, María Olivia (2011): *Karadima. El señor de los infiernos* (Santiago de Chile, Random House Mondadori), 556 pp.

Mosca, Gaetano (2003): *¿Qué es la mafia?* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 109 pp.

Nussbaum, Martha C. (2010): *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (Madrid, Katz Editores), 199 pp.

Oro Tapia, Luis (2003): *¿Qué es la política?* (Santiago de Chile, RIL Editores), 183 pp.

Oro Tapia, Luis (2007): *El problema ético del poder en Max Weber. Apostillas a "La política como profesión". Minuta de clases* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso), 43 pp.

Ortega y Gasset, José (1955): *Obras completas de José Ortega y Gasset,* Tomo III, 3ª edición (Madrid, Revista Occidente), 644 pp.

Ortega y Gasset, José (1962): *Obras completas de José Ortega y Gasset,* Tomo IX, 3ª edición (Madrid, Revista Occidente), 853 pp.

Parlamento Europeo (2001): *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo.* Disponible en *wwwmobbing.nu/resolucionPE10_10.htm* [fecha consulta 5 de abril de 2012].

Parra, Nicanor (1956): *Poemas y antipoemas* (Santiago de Chile, Nascimento), 158 pp.

Parra, Nicanor (1983): *Poesía política* (Santiago de Chile, Editorial Bruguera), 204 pp.

Pedrals, Antonio y Massone P., Pedro (2003): *El intento de transición chilena al socialismo* (Valparaíso, Edeval), 119 pp.

Pedrals, Antonio (2006), *Ensayo de Serenidad. El profesor universitario en el mundo actual* (Valparaíso, Edeval), 166 pp.

Pedrals, Antonio (2007): "Sobre el grafiti ¡Basta de corrupción / Nueva Constitución!", *XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público 2007,* Vol. I. pp. 233-238.

Pedrals, Antonio (2009): "Las garantías en las operaciones jurídicas de la economía de la pobreza", *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Tomo I, pp. 29-38.

Pedrals, Antonio (2010): "La figura del 'poderoso caballero' en el contexto de la modernización del Estado", *Derecho Público en el siglo XXI. Reforma y modernización del Estado,* XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público 2008, Vol. II, pp. 879-890.

Pedrals, Antonio (2011a): "Separación de poderes y circuito extrainstitucional del poder", Estudios de Derecho Público, *El principio de separación de poderes,* XL Jornadas Chilenas de Derecho Público 2010, pp. 3-25.

Pedrals, Antonio (2011b): "Grandes objetivos civilizacionales", exposición en las XLI Jornadas de Derecho Público 2011, Santiago de Chile, en proceso de publicación.

Peña Saint Martin, Florencia y SÁNCHEZ DÍAZ, Sergio (2007): "Mobbing y Salud. Repercusiones negativas en los trabajadores y en los espacios laborales", en *Cuando el trabajo nos castiga. Debates sobre el mobbing en México* (Azcapotzalco, Ediciones Eón y UAM), pp. 181-201.

Pérez Villar, Carmen Gloria (2012): "El maltrato laboral en la función pública. Jurisprudencia nacional e internacional", trabajo presentado para el 85º Aniversario de la Contraloría General de la República.

Pérez G., Ximena (2011a): "Contraloría abrirá audiencias ciudadanas en 2012 y prevé alza de denuncias por elecciones", *El Mercurio,* Santiago de Chile (27 de diciembre).

Pérez G., Ximena (2011b): "La Contraloría formula observaciones a proyecto de reparación de la Moneda", *El Mercurio,* Santiago de Chile (29 de diciembre).

Pérez G., Ximena (2012): "La Contraloría crea 'semáforo' que evalúa entrega de información presupuestaria de municipios", *El Mercurio,* Santiago de Chile (6 de abril).

Pinochet, Jaime (2012): "Chilenos no confían en el sector público y creen que ocultan información", *El Mercurio,* Santiago de Chile (4 de enero).

Pinto, M. y Contreras, F. (2012): "Presidentes del Senado y de la Cámara llaman a recuperar prestigio de la política", *El Mercurio,* Santiago de Chile (21 de marzo).

Piñera, Sebastián (2010): "Discurso Presidencial", *Diario Oficial de la República de Chile,* Cuerpo III, Santiago de Chile (21 de septiembre).

Popper, Kart y Lorenz, Konrad (1985): *El porvenir está abierto* (Barcelona, Tusquets Editores), 208 pp.

Ralston Saul, John (1997): *La civilización inconsciente* (Barcelona, Editorial Anagrama), 219 pp.

Ramos, Pablo (2011a): "Contraloría acude al CDE por gastos de subvención escolar", *El Mercurio,* Santiago de Chile (15 de diciembre).

Ramos, Pablo (2011b): "Contraloría instruye sumario administrativo en 'caso Pazo'", *El Mercurio,* Valparaíso (29 de diciembre).

Ramos Sobrino, Blas (1969): *El Derecho y el hombre actual* (Madrid, Gráficas Halar), 146 pp.

Ratzinger, Joseph (2005): *La sal de la tierra. Quién es y cómo piensa Benedicto XVI. Una conversación con Peter Seewald* (Madrid, Ediciones Palabra), 368 pp.

Ratzinger, Joseph, Benedicto XVI (2009): "Encíclica Caritas in Veritate". Disponible en *www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html* [fecha consulta 29 de junio de 2009].

Revista Chilena De Derecho (2008): "Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República", *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 35, Nº 2, pp. 371-398.

Rothkopf, David (2008): *Superclass. The global power elite and the world they are making* (Nueva York, Editorial Farrar, Straw & Giroux), 376 pp.

Safranski, Rüdiger (2000): *Un maestro de Alemania. Martin Heidegger y su tiempo* (Barcelona, Tusquets Editores), 552 pp.

Salazar, Manuel (1996): *Traficantes & Lavadores* (Santiago de Chile, Editorial Grijalbo), 260 pp.

Salinas, Bárbara y KARMY, Javier (2009): *Pascua Lama: conflicto armado a nuestras espaldas* (Santiago de Chile, Editorial Quimantú), 134 pp.

Schaulsohn, Jorge (2008): "La cultura de la impunidad", *La Tercera,* Santiago de Chile (26 de enero).

Shakespeare, William (1999): *Como les guste* (Buenos Aires, Grupo Editorial Norma), 160 pp.

Schmitt, Carl (2010): *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 95 pp.

Sepúlveda, Marcos (2012): "Gobierno enviará el proyecto de ley sobre el lobby la primera semana de abril", *El Mercurio,* Santiago de Chile (11 de marzo).

Sklair, Leslie (2003): *Sociología del sistema global. El impacto socioeconómico y político de las corporaciones transnacionales* (Barcelona, Editorial Gedisa), 413 pp.

Solzhenitsyn, Alexander (1978): "Discurso en Harvard". Disponible en *www.columbia.edu/cu/augustine/arch/solzhenitzyn/harvard1978.html* [fecha de consulta: 7 de noviembre 2011).

Soto, Raimundo (2008): "¿Cultura de la corrupción en Chile?", *La Tercera,* Santiago de Chile (10 de agosto).

Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel (2004): "Homenaje a Jean Carbonnier (1908-2003)", en *Revista de Derecho (Valdivia),* Vol. XVI, julio, pp. 331-317.

Thesing, Josef (1999): "Estado de derecho y democracia. Una introducción", en Konrad -Adenauer-Stiftung, *Estado de derecho y democracia* (Buenos Aires, Grancharoff), pp. 11- 20.

VV.AA. (2006): *Declaración de Oñati* (Valparaíso, Edeval), 37 pp.

Valery, Paul (1954): *Miradas al mundo actual* (Buenos Aires, Editorial Losada), 274 pp.

Velázquez Rivera, Miguel A. (1981): "In memoriam Don Santos P. Amadeo", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico",* Vol. L, números 1-2, pp. 3-10.

Vernik, Esteban (2007): "Introducción. Aguafuertes simmelianas", en Simmel, Georg, *Imágenes momentáneas* (Barcelona, Gedisa Editorial), pp. 9-22.

Warnken, Cristián (2010): "La tarea más urgente: pensar", *El Mercurio,* Santiago de Chile (15 de abril).

Warnken, Cristián (2011): "Chile gotea", *El Mercurio,* Santiago de Chile (4 de agosto).

Weber, Max (2001): *La ciencia como profesión. La política como profesión* (Madrid, Editorial Espasa Calpe), 251 pp.

Yourcenar, Marguerite (1982): *Con los ojos abiertos. Entrevistas con Matthieu Galey* (Buenos Aires, Emecé Editores), 280 pp.

Zegers V., María Angélica (2008): "Edgardo Boeninger. Hoy, parte importante de la Concertación no cree en el modelo que la hizo exitosa", *Revista Capital,* Nº 236, 5 al 16 de septiembre, pp. 1-2.

Zorrilla, Oriana (2005): *Cuando el Estado Castiga* (Santiago de Chile, Editorial Universidad Bolivariana), 359 pp.

Zubiri, Xavier (1980): *Inteligencia sentiente* (Madrid, Alianza Editorial), 288 pp.

Zweig, Stefan (1942): Romain Rolland. *El hombre y su obra* (Buenos Aires, Editorial Claridad), 250 pp.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL JUICIO DE CUENTAS*

Juan Carlos Ferrada Bórquez
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso, Avenida Errázuriz 2120.
juancarlos.ferrada@uv.cl.

RESUMEN:

El presente trabajo analiza los elementos principales que concurren en la definición de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas. En este sentido, y a partir de la enumeración de los elementos que identifica la doctrina civil para la responsabilidad extracontractual, que es la que se presenta en este caso para el funcionario público, este artículo analiza particularmente la culpa y el daño patrimonial como elementos relevantes para el establecimiento de la responsabilidad de aquél. Para ello analiza la doctrina civil más citada en esta materia y la pone en conexión con la jurisprudencia emanada de los tribunales de cuentas, especialmente del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, órgano que le ha dado una nueva concepción a esta materia en el Derecho Administrativo chileno.

Palabras clave: Responsabilidad civil - Juicio de cuentas - Funcionario público.

I. Introducción

Uno de los ámbitos que ha tenido un desarrollo muy relevante en el Derecho Administrativo chileno en el último tiempo, y en el que ha estado involucrada directamente la Contraloría General de la República, ha sido el de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Esta materia, que hasta hace pocos años no presentaba características especiales, ha devenido en una cuestión muy interesante académica y profesionalmente, en particular, a partir de la rica y abundante jurisprudencia del nuevo Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, creado por la Ley N° 19.817[1]. Cierto es que este tribunal ya existía formalmente desde antes de la vigencia de esta ley, desempeñando esta tarea el Contralor General de la República de forma unipersonal. Sin embargo, la nueva conformación del Tribunal –colegiado e integrado además del Contralor General, por dos abogados externos a la Contraloría– ha dado lugar a una reinterpretación de los criterios tradicionales de imputación de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

En efecto, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos era tradicionalmente mirada como una extensión de la responsabilidad administrativa de éstos, la que se establecía por los

* Agradezco a Guicela Saldivia Herrera la labor de búsqueda y selección de jurisprudencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia y del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, sin cuyo aporte no podría haber desarrollado el análisis que aquí presento.

1 La Ley N° 19.817, de 26 de julio de 2002, modificó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, introduciendo, entre otras normas, un nuevo tribunal colegiado de segunda instancia en los juicios de cuentas, que está integrado por el Contralor General de la República y dos abogados externos nombrados por períodos de 4 años (Artículo 1° numeral 15, que modifica el Artículo 118 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

propios servicios públicos y por la Contraloría General de la República. Así, esta última generaba un proceso de responsabilidad como consecuencia del sumario administrativo, la auditoría o el reparo de cuentas, en el que intervenían los mismos funcionarios de la Contraloría, siguiendo en muchos casos los mismos parámetros utilizados para establecer la responsabilidad administrativa. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.817, el nuevo Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha provocado una revisión profunda de los criterios administrativos, incorporando en sus resoluciones elementos trabajados largamente en la doctrina civil para la responsabilidad civil extracontractual, rescatando y reelaborando los elementos de la imputabilidad y el perjuicio como constitutivos de este tipo de responsabilidad.

En este contexto, es evidente el cambio de jurisprudencia producido en esta materia, lo que se refleja especialmente en la gran cantidad de sentencias revocatorias de los fallos del Tribunal de Cuentas de Primera Instancia, el que sigue siendo desempeñado como tribunal unipersonal por el Subcontralor General de la República. Así, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia se convierte en una instancia privilegiada de control de la actividad jurisdiccional desarrollada por los órganos administrativos internos de la Contraloría, equilibrando los intereses fiscales con la defensa de los derechos de los funcionarios públicos involucrados en estos casos.

A estos efectos, este trabajo se estructura en tres apartados: el primero referido a las características generales del sistema de responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas; el segundo a la imputabilidad jurídica de los funcionarios públicos en este tipo de procesos, y el tercero a los alcances del perjuicio como elemento determinante de la responsabilidad civil de los funcionarios. Al final, se señalarán algunas conclusiones generales a que se arribó después de este análisis.

El trabajo se desarrollará utilizando la doctrina existente en esta materia. Sin embargo, la fuente principal será la jurisprudencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia y el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, siendo especialmente relevante lo señalado por este último, ya que ello da cuenta de los nuevos criterios que se han formulado en el último tiempo en esta materia.

II. El sistema de responsabilidad civil de los funcionarios públicos

1. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos puede ser vista como una expresión más del principio de responsabilidad establecido con carácter general en la Constitución Política de la República (en adelante CPR). En efecto, los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental aluden al principio de responsabilidad que rige la actuación de los órganos del Estado, en aquellos casos que se contravienen las normas legales y constitucionales que rigen su actuación (arts. 6º y 7º incisos 3º CPR). En este sentido, los órganos del Estado y los funcionarios que actúan a su nombre deben responder civil, administrativa y penalmente por sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad política que eventualmente le afecta a algunos altos funcionarios del Estado.

No obstante la formulación general anterior, la Constitución Política no establece directamente un régimen específico de responsabilidad de los órganos y sus funcionarios, sino que deja entregado al legislador esta tarea. En este sentido, establece la Constitución que las responsabilidades y sanciones específicas serán las que determine la ley, la que deberá señalar las causales para hacerla efectiva, sus alcances y las reglas que en general fijan su contenido.

En este contexto, en el ámbito de la responsabilidad civil, es decir, en aquella que impone la obligación de reparar o indemnizar el daño producido por una actuación u omisión, la responsabilidad de los órganos públicos podría configurarse, según la doctrina, a partir de una conducta ilegal, por la infracción de deberes generales de cuidado o por la falta de servicio[2]. En el caso chileno, la responsabilidad de los órganos administrativos se configura principalmente a partir de la falta de servicio, cláusula legal que recoge el art. 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LOCBGAE)[3], y que la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha encargado de extender a otros órganos no regulados por esta norma[4].

La falta de servicio es una causal general de imputación de responsabilidad de los órganos estatales, tomado del Derecho francés[5], que se configura a partir de un anormal funcionamiento del servicio público, ya sea por no funcionamiento, funcionamiento tardío o deficiente. Esto implica que la responsabilidad de la Administración se configura, en general, por la infracción del órgano administrativo al estándar de cumplimiento exigido por el ordenamiento jurídico[6]. Así, la ilegalidad de la actuación administrativa es el estándar de incumplimiento primario del que nace la responsabilidad civil o patrimonial de la Administración del Estado, aunque podría requerir además de otros elementos adicionales para imputar el daño a aquélla[7].

Sin embargo, la responsabilidad civil o patrimonial por las actuaciones irregulares de la Administración del Estado no sólo puede recaer sobre la Administración misma, sino también sobre los funcionarios públicos, en términos personales, ya que ellos son los que actualizan las potestades administrativas. En este sentido, el propio art. 42 LOCBGAE antes citado señala que la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado es sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que hubieran causado el daño por falta personal, existiendo en tal caso el derecho de repetir de la Administración en contra de este funcionario. Así, en este caso, la responsabilidad civil del funcionario es consecuencia del daño provocado a un tercero por su actuación negligente o dolosa, lo que el órgano administrativo debe afrontar y, por consecuencia, puede perseguir su reparación del funcionario infractor.

No obstante, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos también podría provenir de los daños provocados al órgano administrativo directamente, sin afectar a terceros. Esto se genera a partir de la utilización irregular, pérdida o deterioro de bienes públicos por la actuación

2 Barros (2006), pp. 484-485.

3 Ferrada (2004), pp. 114-116.

4 Sentencia de la Corte Suprema "Seguel con Fisco" (2009).

5 Pierry (2000), pp. 13 y ss.

6 Chapus, (2001), pp. 1293 y ss.

7 Medina Alcoz (2005), pp. 225 y ss.

ilegal de un funcionario público, los que tiene la obligación de emplear correctamente para los fines que se encuentran dispuestos, debiendo además custodiar y garantizar su integridad. En efecto, el art. 61 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos establece como obligaciones generales de los funcionarios públicos actuar en conformidad a los principios, normas y objetivos que regulan el ejercicio de la función pública, señalando más adelante (art. 84 letra j del mismo Estatuto) como una prohibición expresa la afectación de los bienes, materiales, instrumentos o productos de trabajo de la Administración Pública.

Esta obligación general de protección de los intereses y bienes públicos se particulariza para ciertos funcionarios públicos, en términos de responsabilidad directa por la pérdida o deterioro de los bienes o fondos públicos, en los casos que aquellos tengan atribuciones para la tenencia, uso, custodia o administración de éstos (art. 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en adelante LOCGR). En este sentido, la propia LOCGR (art. 61) establece una responsabilidad civil directa de estos funcionarios por el uso, abuso o empleo ilegal de estos fondos o bienes, y de toda pérdida o deterioro que se produzca en los bienes imputable a la culpa o negligencia del funcionario, recibiendo la denominación técnica de "cuentadante".

Así, la responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos es consecuencia de las infracciones culpables cometidos por éstos a sus deberes funcionarios, ya sea que ello genera daño a un tercero o a la propia Administración del Estado. Sin embargo, en este último caso, la responsabilidad civil derivará de la obligación de custodia o administración de los bienes o fondos públicos, título jurídico que será determinante para establecer el deber de reparación que impone el ordenamiento jurídico.

2. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños o deterioro de los bienes o recursos públicos como responsabilidad extracontractual

Una vez establecida la responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios en el desempeño del cargo, en particular, por el deterioro o mal uso de los bienes o recursos públicos, corresponde ahora determinar las reglas a que estará afecta este tipo de responsabilidad. En este sentido, una primera cuestión capital es determinar si, siguiendo la tipología general del Derecho Civil, esta responsabilidad tiene un carácter contractual o extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual tiene su fuente, como señala la doctrina civilista clásica, en la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra proveniente de un delito o un cuasidelito civil[8]. Este tipo de responsabilidad se distingue de la "contractual" porque no existe un vínculo jurídico previo entre el autor del daño y la víctima, sino que ésta se origina por la infracción de deberes generales de cuidado existentes entre las personas. De este modo, quien lesiona a otro produciéndole un perjuicio o daño debe indemnizarlo, originando el nacimiento de una obligación nueva: la obligación de indemnizar.

Ahora bien, del tenor del concepto antes enunciado y de lo dispuesto en los artículos 2284, 2314 y 2319 del Código Civil, es posible establecer que para dar lugar a esta responsabilidad

8 Alessandri (2005), p. 13.

civil extracontractual se requiere, según señala la doctrina civilista, la concurrencia de los siguientes elementos: que exista un hecho ilícito; que este hecho se haya cometido con culpa o dolo del agente infractor, el que además debe ser capaz; que este hecho produzca un daño patrimonial o moral en otra persona y, por último, que exista una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido.

En este contexto, tomando los elementos anteriores, la doctrina más citada ha entendido que la responsabilidad que les atañe a los funcionarios públicos por los daños provocados en los bienes o fondos públicos en el ejercicio de su cargo es de carácter extracontractual, puesto que se origina precisamente por la infracción de deberes legales que rigen su actuación o en la comisión de delitos y cuasidelitos civiles[9]. Así, dichos ilícitos no son consecuencia de un incumplimiento contractual –fuente de la responsabilidad contractual en materia civil–, sino de la infracción de deberes u obligaciones legales precisos, que el ordenamiento jurídico establece para los funcionarios públicos.

Permite confirmar la conclusión anterior, la mirada al vínculo jurídico que une al funcionario público con la Administración del Estado, el que no tiene carácter contractual, como ha señalado la doctrina más citada, sino es un vínculo de derecho público que establece un estatuto jurídico de derechos y obligaciones de los funcionarios, ajeno por completo a la relación existente en el mundo privado[10]. En este sentido, la responsabilidad civil de los funcionarios por el incumplimiento a sus deberes funcionarios no se produce una infracción al contrato, ya que su relación laboral con la Administración del Estado no se funda en un acuerdo de voluntades, sino en la imposición de estatuto legal establecido por el ordenamiento jurídico.

No obstante, esta última afirmación podría dar pie para plantearse la posibilidad de una responsabilidad civil contractual en aquellos en que la relación laboral entre el trabajador o funcionario con la Administración del Estado se produce a partir de un contrato de trabajo. Sin embargo, ello no parece tampoco razonable atendido que, por un lado, en estos casos tampoco existe una relación laboral contractual verdadera, sino que el Código del Trabajo actúa como estatuto jurídico especial[11], y además, por otro, la fuente de la responsabilidad civil deriva no de una infracción al contrato mismo, sino que de las normas legales que fijan las obligaciones de los funcionarios públicos en el uso, administración y custodia de los bienes y fondos públicos.

3. Las reglas procedimentales a que debe sujetarse la responsabilidad civil de los funcionarios por el deterioro o mal uso de los bienes o fondos públicos

La responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos por el deterioro o mal uso de los bienes o recursos públicos se encuentra regulada en la LOCGR, en particular en los arts. 60 y ss. de la ley. Esta responsabilidad se establece a través de un procedimiento judicial realizado al interior de la propia Contraloría General de la República, que para estos exclusivos

9 Hanssen (2007), p. 29.

10 Parada (1998), pp. 385-386.

11 Marín (2000), pp. 245-246.

efectos aparece como un órgano jurisdiccional –"juzgará las cuentas"–, cuya fuente es la propia Constitución Política (art. 98 CPR). En este contexto, la Contraloría General de la República, a través del juzgado de primera instancia y del tribunal de segunda instancia, juzgan los hechos que se le someten a su consideración, determinando en cada caso la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por los ilícitos imputados.

Ahora bien, esta labor de juzgamiento de cuentas que realiza el órgano contralor lo realiza a partir de un reparo que efectúa éste, que es consecuencia del examen de aquellos por los órganos competentes de la Contraloría General. Así, el antecedente inmediato del juicio de cuentas es el examen desarrollado por el órgano contralor, en el que si se generan reparos u observaciones no subsanables, dan lugar a un juicio civil, en el que el reparo hace las veces de demanda en estos autos (arts. 107 y 107 bis LOCGR). En este sentido, la formulación de reparos por la Contraloría General de la República es el acto administrativo que da inicio al juicio de cuentas, desencadenando la actividad jurisdiccional del propio órgano contralor.

No obstante lo anterior, la propia LOCGR establece excepcionalmente la posibilidad de que se inicie un juicio de cuentas sin examen previo. Esta situación se presenta en los casos de irregularidades detectadas por la Contraloría General de la República en un sumario administrativo incoado por ella misma, y en el cual aparezcan antecedentes de afectación a los bienes o fondos públicos por el funcionario sumariado (arts. 61 y 129 LOCGR). En esta circunstancia, las conclusiones del sumario administrativo, en lo pertinente, constituirán el reparo o demanda del juicio de cuentas, sin que sea necesario un examen de cuentas para provocar el juicio civil correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, la práctica administrativa de la Contraloría General de la República permite también dar inicio a un juicio de cuentas como consecuencia de una auditoría realizada por ella misma, sin sumario, ni examen de cuentas, lo que aparece ratificado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia (Dictamen N° 51.792/2011). Esto no parece ser concordante con la normativa legal aplicable en la especie, ya que la LOCGR no considera esta opción, limitando los casos al reparo formal en el examen de cuentas y a las conclusiones de un sumario administrativo incoado por la propia Contraloría, como ya se señaló. Sin embargo, razones de economía procedimental pareciera justificar esta práctica, la que no obstante es de dudosa legalidad.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procedimental, el juicio de cuentas se encuentra consagrado en el Título VII de la LOCCGR (arts. 95 a 130), aunque también tienen aplicación supletoria los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil (disposiciones comunes a todo procedimiento y normas del juicio ordinario). Estas normas recogen la mayoría de las disposiciones procesales aplicables en estas materias, estableciendo las distintas etapas del procedimiento, los derechos de los litigantes y las atribuciones de los órganos jurisdiccionales establecidos. No obstante, estas normas se encuentran complementadas con los autos acordados que ha dictado el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, especialmente en cuanto a la integración del tribunal y vista de la causa[12].

[12] Entre otros, ver Auto Acordado de 6 de abril de 2004 que regula, completando, las normas de tramitación de los recursos de apelación y revisión previstos en dicha ley.

III. La imputabilidad de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas

1. El cuentadante como sujeto pasivo o responsable en el juicio de cuentas

Como ya se señaló, la doctrina ha entendido que los funcionarios de la Administración del Estado que infrinjan deberes legales de actuación o cometan un ilícito civil, ya sea en la forma de cuasidelito o delito serán responsables y obligados a la indemnización de los perjuicios causados. Sin embargo, en el contexto del juicio de cuentas, el criterio de atribución, a efectos de establecer la responsabilidad por los daños causados, es la infracción de deberes legales de actuación, o la llamada en doctrina culpa contra la legalidad o infraccional[13]. Esta culpa surge así de la infracción a los deberes u obligaciones impuestas por el legislador o la autoridad reglamentaria para el adecuado uso, administración e inversión de los recursos públicos entregados al funcionario, estableciendo directrices con el fin de precaver daños al patrimonio público.

Estas normas y directrices dictadas por la autoridad van dirigidas a las personas o entidades que tienen a su cargo fondos o bienes del Fisco, municipalidades, beneficencia pública y otros servicios que determinen las leyes, las que son fiscalizadas por la Contraloría General de la República (arts. 98 CPR y 1º LOCCGR). Así, estas personas se transforman en responsables del buen uso de los recursos públicos, recibiendo la denominación de "cuentadantes", identificando así su obligación de rendir cuentas por ello.

En este sentido, el art. 60 LOCGR establece que *"todo funcionario cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes a que se refiere el artículo 1º, será responsable de éstos, en conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias".* Además, el inciso 1º del art. 61 dispone que *"Los funcionarios que tengan a su cargo fondos o bienes de los señalados en el artículo anterior serán responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los mismos que se produzca, imputables a su culpa o negligencia".*

En este contexto, la jurisprudencia del Juzgado de Cuentas ha sido constante en atribuir responsabilidad, como cuentadante, a los funcionarios que tienen, custodian o administran fondos públicos, cualquiera sea la actividad concreta que éstos desarrollen. Así, por ejemplo, un inspector fiscal que firma y visa estados de pago es considerado cuentadante respecto de los recursos públicos que administra y dispone para el pago de las obras realizadas por un contratista y, en tal condición, incurre en responsabilidad civil o patrimonial si autoriza el pago sin cumplir con las normas establecidos para ello, ya que su actuación poco diligente genera un perjuicio fiscal que debe ser reparado (sentencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, Rol N° 37.886/2010).

De lo expuesto queda en evidencia que la calidad de cuentadante, para el ordenamiento jurídico chileno, se encuentra determinada por la administración o custodia de bienes o dineros públicos, circunstancia que lleva precisamente al funcionario público a tener que rendir cuenta respecto del manejo de esos recursos, siendo responsable cuando, en conformidad con las normas legales y reglamentarias, hagan mal uso, abuso o empleo ilegal de dichos recursos

13 Barros (2006), p. 484.

o bienes[14]. En este sentido, el art. 85 LOCCGR señala precisamente que *"todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1º, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determine esta ley",* norma que, según la doctrina, hace extensiva la calidad de cuentadante y, en consecuencia, la responsabilidad civil por los daños causados al patrimonio público, a toda persona, funcionario público o particular que "recibe tales recursos del Estado"[15].

Sin perjuicio lo anterior, es importante precisar que sólo respecto de los funcionarios públicos que sean cuentadantes es posible seguir adelante un juicio de cuentas, situación que los diferenciaría de aquellos cuentadantes que sean particulares que reciben fondos públicos para ser aplicados a un determinado fin, ya que en este último caso la responsabilidad debe hacerse efectiva mediante juicio ordinario civil[16].

Ahora bien, en el ámbito municipal, sin embargo, la calidad de cuentadante se extiende excepcionalmente no sólo al funcionario o sujeto privado que custodia o administra fondos públicos, sino que también abarca a cualquier funcionario que haya causado un detrimento al patrimonio municipal (art. 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades). Así, la responsabilidad de los funcionarios municipales estará determinada en el caso concreto por el grado de intervención que les haya cabido en el hecho, lo que llevará a imputarle la proporción en que deban concurrir al pago de las obligaciones o aplicar las normas relativas de la responsabilidad solidaria, en su caso.

No obstante ello, el Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, con el propósito de limitar la imputabilidad y la responsabilidad ilimitada de todos los funcionarios que de algún modo hubieren intervenido o tenido injerencia en la actuación que causa un detrimento al patrimonio público, ha entendido que si bien en algunos casos el funcionario tenía como atribución la custodia de bienes o dineros públicos, tal hecho en sí mismo no lo convertiría en responsable de aquel daño (Rol N° 36.811/2009). El criterio anterior se fundamentaría en que sin perjuicio de que ciertos funcionarios tengan la obligación de custodiar los bienes públicos, no concurriría en ellos el deber de "velar por la legalidad de las actuaciones municipales y por la administración financiera de los bienes", deber que en ciertos casos se encuentra radicado en otro organismo dentro de la administración municipal.

2. La culpa como elemento de imputabilidad de la responsabilidad civil del cuentadante en el juicio de cuentas

La responsabilidad civil del cuentadante se genera, como ya se dijo, por la tenencia, uso o administración irregular de los recursos públicos. No obstante, la ley exige además un factor de atribución subjetivo para generar la imputabilidad del funcionario público, la que está constituida por la culpa o negligencia en la actuación del agente (art. 61 LOCGR).

14 Hanssen (2007), pp. 31-32.

15 Hanssen (2007), pp. 32-33.

16 Hanssen (2007), pp. 37-38.

Ahora bien, la culpa o el dolo son los factores de atribución de carácter subjetivo en la responsabilidad civil, y se diferencian por concurrir en la primera negligencia o intención de causar un daño, en el segundo. Cuando se habla de "culpa", la doctrina civilista entiende la "falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios"[17], donde el sujeto causante del daño no ha querido provocarlo, pero no observó el cuidado debido.

Esta última concepción es plenamente aplicable a la responsabilidad de los funcionarios públicos establecida a través del juicio de cuentas, ya que su obligación de reparación surge normalmente de la actuación poco diligente del funcionario, que infringe una norma jurídica y genera un daño en el patrimonio público. Así, la doctrina ha entendido que la responsabilidad civil en el juicio de cuentas se configura a partir de la infracción de deberes legales o reglamentarios por parte de los funcionarios de la Administración del Estado, en relación a la administración o custodia de los bienes o recursos públicos, pero requiriendo además que ello sea imputable *al menos* a la culpa o negligencia o dolo del funcionario, cuestión que permite precisamente calificar a este tipo de responsabilidad como "subjetiva"[18].

En este sentido, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado con toda precisión que la "transgresión de la normativa no necesariamente genera la responsabilidad patrimonial" del funcionario público (Rol N° 37.427/2010). En análogo sentido, el Juzgado de Cuentas de Primera Instancia ha dispuesto que para que se configure la responsabilidad del funcionario se requiere, además de la ilegalidad administrativa, que esta actuación irregular sea imputable al menos a la negligencia del funcionario público, como un factor necesario de imputabilidad de la responsabilidad de éste (Rol N° 37.886/2010).

Ahora bien, un problema que surge en este contexto es determinar el tipo o gradación de la culpa exigida para que nazca la responsabilidad civil del funcionario. La ley nada dice al respecto, no existiendo tampoco doctrina ni jurisprudencia que aborde claramente el punto.

En el Código Civil no encontramos normas que establezcan la exigencia de un estándar de culpa en materia de responsabilidad civil extracontractual, como sí lo hace a propósito de la responsabilidad contractual (art. 1547 del Código Civil en relación con el art. 44 del mismo Código). De ahí que en la doctrina civil chilena se encuentren distintas posiciones, inclinándose algunos por la no gradación de la culpa en esta materia, debiendo responder el infractor por los daños generados por cualquier tipo de culpa[19], y otros exigir la culpa leve como estándar de negligencia, excluyendo así los daños generados con culpa levísima[20].

En materia del juicio de cuentas, esta falta de normas que regulen la materia ha llevado al Juzgado de Cuentas de Primera Instancia a sostener en alguna oportunidad, aparentemente, que el legislador al no calificar o graduar la culpa de la cual se responde, en el art. 60 de la LOCCGR, debería exigirse responsabilidad por los daños generados a partir de todo tipo de

17 Alessandri (2005), p. 211.

18 Hanssen (2007), pp. 42-43.

19 Corral (2003), p. 213.

20 Barros (2006), pp. 80-82.

culpa (Rol Nº 36.716/2009). No obstante la jurisprudencia mayoritaria, sobre todo en el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, pareciera inclinarse por exigir a los funcionarios públicos una diligencia mediana en el desempeño de la función pública, estableciendo por el contrario como estándar de culpa, la culpa leve. Así, el funcionario debe ejercer sus funciones con una diligencia media, la que se configura por el hecho de "haberse tomados convenientes y razonables medidas de resguardo respecto del bien puesto a cargo del demandado", que son aquellas que "aconsejaba la prudencia".

En este sentido, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que "para los efectos de determinar la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, debe examinarse si en la especie se configuran sus elementos constitutivos de daño imputabilidad y relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio. *La existencia de imputabilidad supone necesariamente un descuido atribuible a negligencia, por lo que de haberse tomados convenientes y razonables medidas de resguardo respecto del bien puesto a cargo del demandado,* tal como se describen en el motivo anterior, deberá descartarse la responsabilidad. Una ponderación de tales medidas de resguardo por parte de estos sentenciadores, permite concluir que fueron aquellas que aconsejaba la prudencia, en tanto el arma fue dejada dentro de un closet cerrado con llave que fue fracturado por delincuentes" (Rol Nº 34040/2008. La cursiva es mía).

A mayor abundamiento, el mismo Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia en algún fallo ha entendido que la negligencia imputable al cuentadante es consecuencia de la infracción del estándar de conducta "medio y razonable que debe existir en las unidades y que son exigibles a las jefaturas en el cuidado de los bienes y recursos puestos bajo su administración", dejando entrever que el estándar de diligencia exigida es aquella que emplean los hombres ordinariamente en sus negocios propios, utilizando así el criterio legal establecido en el Código Civil (Rol Nº 34.418/2008).

En este contexto, para que surja la responsabilidad civil del funcionario público se requiere una negligencia o culpa leve, imponiendo por tanto a éstos una diligencia mediana en el ejercicio de sus funciones públicas. Así, los daños o deterioros que se produzcan en el patrimonio público provenientes de actuaciones irregulares de un funcionario público cometidas con culpa levísima no darán lugar a la responsabilidad de éstos, ya que exceden el estándar exigido por el ordenamiento jurídico. Sólo si esos daños supongan satisfacer ese estándar, estableciendo la falta de diligencia mediana del funcionario público, se dará lugar a la responsabilidad civil de éste, requisito ineludible de imputación de esta responsabilidad.

3. Las causales eximentes de responsabilidad civil del cuentadante

Establecido que la responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas es un caso de responsabilidad extracontractual, exigiéndose la concurrencia de los elementos configuradores de aquélla, especialmente la culpa, es necesario determinar entonces las causales eximentes de esta responsabilidad. Es decir, se trata de identificar los casos en los que el autor del daño no está obligado a resarcir el perjuicio causado, puesto que éste no sería imputable a su culpa o dolo.

La jurisprudencia en materia del juicio de cuentas parece reconocer la existencia de eximentes de responsabilidad en esta materia, especialmente aquellas que eliminan la culpa o el dolo del funcionario en la acción provocadora del perjuicio al patrimonio público. Así, por ejemplo, reconoce al caso fortuito y a la fuerza mayor como causales de exoneración de responsabilidad del funcionario, pero siempre que se pruebe por el demandado, en este último caso, la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta dañosa (sentencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, Rol Nº 37.516/2010). En este sentido, el cuentadante deberá acreditar en el proceso judicial correspondiente que adoptó los resguardos necesarios para evitar provocar el daño, pero no obstante circunstancias excepcionales, no controlables por él, llevaron inevitablemente al resultado perjudicial para los intereses públicos. Para esto deberá apreciarse en cada caso el servicio prestado por el órgano administrativo y las circunstancias en las que se realiza éste, elementos que pueden llevar a descartar la imputabilidad necesaria para establecer la responsabilidad civil del funcionario por fuerza mayor (sentencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, Rol Nº 36.716/2009).

Por otro lado, también constituye una causal eximente de responsabilidad la representación oportuna de la ilegalidad de la decisión administrativa al superior jerárquico, por parte del funcionario público que se le impone el pago o la entrega de bienes públicos a través de un acto irregular (art. 64 LOCGR). Esta causal es una consecuencia de la regla general de eximición de responsabilidad administrativa dispuesta en el art. 62 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos, que precisamente señala a la representación por escrito de la orden ilegal de la autoridad superior, como una causal que elimina la responsabilidad del funcionario ejecutor del acto.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia en materia de juicio de cuentas ha también reconocido otros eximentes de responsabilidad civil de los funcionarios públicos, las que permiten definir con mayor precisión los alcances de las obligaciones funcionarias y la diligencia exigida en cada caso. En este sentido, el trabajo desarrollado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha sido especialmente relevante, revisando las categorías tradicionales de imputación utilizadas en esta materia, restringiendo la aplicación extensiva que se hacía de la calidad de cuentadante de ciertos funcionarios públicos.

En este contexto, es muy relevante la incorporación de la "imposibilidad material de control del uso de los recursos públicos" como criterio jurisprudencial de exención de responsabilidad de los funcionarios públicos. Esto ha permitido exonerar a aquellos funcionarios públicos que, si bien concurrieron a la materialización del acto que causa daño patrimonial al Estado, no pudieron razonablemente advertir la ilegalidad del acto generador del daño o controlar el cumplimiento efectivo de la actividad que justifica el gasto público.

Lo anterior se presenta con cierta claridad, por ejemplo, en aquellos casos en que los cuentadantes se encuentran en la "imposibilidad material de efectuar una supervisión en terreno y más acabada del cumplimiento de los cometidos de los funcionarios a los que se estaba pagando las remuneraciones objetadas" (sentencia del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia Rol Nº 34.441/2008). En estos casos, como se puede observar, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha establecido que la calidad de cuentadante y de autor material de los pagos objeta-

dos no le impone responsabilidad civil al funcionario, si es que no tenía las competencias o los medios materiales para supervisar la regularidad de las actividades que motivaban la percepción de los fondos públicos, ya que ello implicaría establecer un estándar de diligencia excesivo, no compatible con las obligaciones funcionarias impuestas.

Esta causal eximente de responsabilidad en el fondo viene a reconocer un principio de realidad en la gestión pública, restringiendo la responsabilidad del funcionario público a los casos en que puede controlar efectivamente el uso de los bienes o recursos públicos. Lo contrario, imponerle la carga de responder de todos los actos que lesionan el patrimonio público, por el solo hecho de formalmente tener la atribución de custodia o administración de éste, supondría una obligación excesiva que generaría un desincentivo al ejercicio de dichos cargos o a la paralización de la acción administrativa.

A estas causales eximentes de responsabilidad civil podrían eventualmente añadirse otras, que no han sido invocadas y recogidas por la jurisprudencia de los tribunales de cuentas –sin perjuicio de lo que se dirá en el punto siguiente–, pero que han sido enunciadas por la doctrina civil. Entre éstas vale la pena mencionar la actuación seguida por fuerza o miedo insuperable, circunstancia recogida por la doctrina civil[21], pero que no tiene eco en la doctrina administrativa. Cierto es que dicha causal podría ser contradictoria con el principio de "obediencia reflexiva" que establece nuestro Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos (art. 62, en relación al art. 61 letra f del mismo Estatuto) ya aludida. Sin embargo, es evidente que podrían presentarse casos extremos en que la fuerza o el miedo insuperable puede anular la voluntad del funcionario público obligándolo a cometer un acto dañoso al patrimonio público, pero sin que concurra efectivamente la negligencia o culpa exigida para que nazca la obligación de reparación del agente público.

4. La buena fe o la justa causa de error como circunstancias eximentes de responsabilidad civil del funcionario público

No obstante la mayor apertura demostrada por la justicia de cuentas en el reconocimiento de causales eximentes de responsabilidad, más allá de las establecidas expresamente en la LOCGR, especialmente por parte del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, ello no ha alcanzado para reconocer la buena fe o la justa causa de error como causal excluyente de este tipo de responsabilidad. En este sentido, el Juzgado de Cuentas de Primera Instancia ha señalado expresamente esta exclusión, disponiendo que *"la buena fe en materia administrativa, no descarta la configuración de la responsabilidad civil, entendida ésta como una consecuencia de la negligencia en la ejecución presupuestaria de un órgano público, que provoca el daño que se demanda en autos"* (Rol N° 37.585 /2010).

Este criterio jurisprudencial parece razonable desde la perspectiva de la protección estricta del patrimonio público, sin embargo supone una peligrosa excepción de la exigencia de imputación subjetiva del acto dañoso y una exclusión *a priori* de la justa causa de error como causal exi-

21 Corral (2003), p. 130.

mente de responsabilidad. Así, si el funcionario público puede probar una justa causa de error en el ejercicio de su función pública, ello implicaría una falta de culpa o negligencia, ya que el error no es grosero ni deliberado, lo que implica una conducta de mediana prudencia en el ejercicio del cargo. Claro que podría sostenerse que la negligencia puede ir acompañada en ciertos casos de errores imperdonables del funcionario público en el ejercicio del cargo, pero ellos no tendrían, a mi juicio, el carácter de "justa causa" que supone el enunciado aquí tratado.

En este mismo sentido, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la doctrina reconoce precisamente la ignorancia o el error como eximente de responsabilidad, siempre que este error sea excusable, es decir, compatible con el comportamiento de un hombre prudente o diligente[22]. En el fondo, en estos casos, de error justificable o excusable lo que hay es una verdadera concurrencia de culpa, lo que hace desaparecer la imputabilidad necesaria para generar la responsabilidad del actor.

Ahora bien, este error justificable o justa causa de error se podría configurar con mayor razón como causal de exoneración de responsabilidad civil del funcionario público en el juicio de cuentas, a partir del seguimiento de éste de un comportamiento habitual tolerado en la misma Administración Pública y considerado aparentemente legítimo por los autores del daño al patrimonio público. Así, tomando como referencia "el uso o prácticas tenidas comúnmente correctas" de la doctrina civil[23], pareciera razonable también excluir la responsabilidad del funcionario público en esta materia, ya que no se configuraría el elemento culpabilidad que exigiría este tipo de responsabilidad.

Esta última circunstancia de alguna manera se encuentra recogida en la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, al proteger la confianza legítima de los funcionarios públicos en las actuaciones administrativas aparentemente legales, pero que pueden generar algún perjuicio al patrimonio público. Así, como lo ha sostenido este Tribunal, en un caso en que precisamente se invocaba la confianza legítima de los funcionarios demandados, señaló que *"los antecedentes del proceso, permiten a este Tribunal dar por establecido que la autoridad universitaria actuó en esta materia en el convencimiento de estar realizando una actuación compleja amparada en el ordenamiento y adoptando los resguardos que estaban –dada su posición– a su alcance. Entonces, desde la perspectiva de la imputabilidad, no cabe atribuir a la autoridad universitaria –ni a los restantes cuentadantes– responsabilidad alguna por dicha actuación"* (Rol N° 35.100/2009).

Como se puede observar, la justicia de cuentas no es muy permisiva con el error o la buena fe como causal eximente de responsabilidad del funcionario autor del acto que genera un daño al patrimonio público. Sin embargo, en aquellos casos en que el error proviene de actuaciones previas de la propia Administración del Estado, que hacen creer al funcionario público la rectitud de su comportamiento, se excluye la responsabilidad del agente público, ya que no concurre realmente la culpa o negligencia exigida como criterio necesario de imputabilidad en esta materia.

22 Corral (2003), p. 129.

23 Barros (2006), p. 135.

IV. EL PERJUICIO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

1. El concepto de daño en el juicio de cuentas

Un elemento que es muy relevante para configurar la responsabilidad del funcionario público es el perjuicio o detrimento al patrimonio público. Así, como lo ha sostenido el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, la determinación del perjuicio resulta fundamental para el establecimiento de la responsabilidad del funcionario público, por lo que si no se puede establecer aquél, no se puede configurar la obligación de reparación que persigue el juicio de cuentas (Rol N° 37.427/2010).

El daño o perjuicio es conceptualizado por la doctrina civil clásica como "todo detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo"[24].

En el ámbito del juicio de cuentas, este daño tiene unos alcances más acotados, ya que el detrimento o perjuicio está referido al patrimonio público, es decir, los fondos o bienes públicos que están al servicio de los intereses generales de la comunidad. En este sentido, el art. 61 de la LOCCGR señala, en términos genéricos, que este daño debe extenderse al uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los fondos o bienes que los funcionarios públicos tengan, usen, custodien o administren. Desde esta perspectiva, el daño en el juicio de cuentas tiene un carácter estrictamente patrimonial, no extendiéndose a otro tipo de bienes, derechos o intereses, como en el ámbito civil.

Ahora bien, los gastos generados por un funcionario público no constituirán *per se* un daño al patrimonio público si se logra acreditar que ellos fueron realizados en el ejercicio de una potestad pública y con una finalidad legítima, sin que pueda imputarse al funcionario actuación irregular o gasto excesivo en el ejercicio de esa potestad. Así, el Juzgado de Cuentas de Primera Instancia ha señalado que "en relación con el daño, y de acuerdo con lo expuesto en los considerandos que anteceden debe descartarse su existencia en la especie, ya que *los gastos autorizados por los cuentadantes en el marco del programa Chile Califica, y que dieron origen al presente reparo, fueron suficientemente acreditados,* razón por la cual y considerando la opinión favorable del señor Fiscal de la Contraloría General, este Juez de Cuentas estima procedente dejar sin efecto el reparo formulado" (Rol N° 37.476/2010, la cursiva es mía).

Lo anterior es razonable si se considera que en casos como el señalado precedente –gasto justificado y acreditado, en el ejercicio legítimo de una potestad pública– no existe realmente un daño al patrimonio público, ya que lo pagado por el funcionario público se corresponde con el beneficio obtenido por el Estado. Así, la satisfacción del interés público satisfecho con ese gasto público cumple con la finalidad establecida por el ordenamiento jurídico, por lo que mal podría configurarse un daño exigible al funcionario público que realizó la exacción legal.

24 ALESSANDRI (2005), p. 153.

Ahora bien, si el gasto público no se realizó conforme al ordenamiento jurídico o no se pudo acreditar o probar su adecuación a éste, el funcionario debe responder civilmente, pudiendo exonerarse de él, si procede a la devolución o reintegro de los fondos indebidamente dispuestos. Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia (Rol N° 37.814/2010), como una aplicación general de la regla de la efectividad del daño, no siendo procedente condenar a un funcionario al pago de unos perjuicios que al momento de dictarse la sentencia ya no existen. Lo anterior debe entenderse, evidentemente, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas y penales que puedan afectar al funcionario público, las que deben ventilarse en una sede distinta de la dispuesta en el juicio de cuentas.

2. El daño al patrimonio público como una exigencia estricta de la responsabilidad civil del funcionario público

No obstante lo señalado anteriormente, el daño en el juicio de cuentas no puede identificarse simplemente con la existencia de un gasto público o la pérdida de un bien público, aunque provenga de un acto u omisión ilegal, y no se encuentre acreditada su vinculación con la finalidad pública establecida para el mismo. Se requiere, además, que ese gasto público provoque un efectivo detrimento o menoscabo al patrimonio público, es decir, una pérdida objetiva a sus fondos o bienes puestos a su disposición.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que debe exigirse al demandante en el juicio de cuentas –la propia Contraloría General de la República que formula el reparo– una prueba efectiva del detrimento patrimonial que sufre el Estado con la acción u omisión del funcionario, lo que implica algo más que la mera enunciación del gasto público (Rol N° 35.100/2009). En otras palabras, el daño patrimonial pasa a ser un concepto relacional que debe poner en conexión el gasto público con los beneficios generados para la entidad pública por el mismo acto ilegal, lo que exige del demandante y del tribunal una prueba concreta que permita establecer este detrimento patrimonial para el erario público.

De lo anterior se colige que si de las acciones realizadas por el funcionario público, las que se consideran ilegales y generan un gasto público, es posible establecer también la existencia de un beneficio para el propio patrimonio público, no se configura el daño patrimonial exigido, por lo que no habrá responsabilidad civil del funcionario público imputado, no dándose lugar a la obligación de reparación que señala la ley.

En este sentido, el daño o perjuicio al patrimonio público es un elemento que también debe probarse por el demandante en un juicio de cuentas, no bastando la afirmación del mismo en el reparo formulado por la unidad competente de la Contraloría General de la República que da inicio al juicio de cuentas, aun cuando el gasto ilegal esté efectivamente establecido.

CONCLUSIONES

De lo hasta aquí señalado, es posible formular algunas conclusiones que pueden ser relevantes para esta materia:

1. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas es básicamente una responsabilidad extracontractual, en la terminología civilista clásica, lo que exige la concurrencia de los elementos típicos enunciados por la doctrina en esta materia.

2. Uno de los elementos más relevantes en esta materia es la culpa o negligencia como criterio de imputación subjetiva para el establecimiento de la responsabilidad del funcionario público. Esto impone para el demandante en este tipo de juicios acreditar la culpa o falta de diligencia exigida para imponer la obligación reparatoria del funcionario, no bastando la mera infracción a la norma legal o reglamentaria establecida.

3. La concurrencia de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad en esta materia lleva aparejada, asimismo, la necesidad de analizar las causales eximentes de responsabilidad, ya que su concurrencia hará desaparecer la culpa exigida para generar la obligación de reparar. En este sentido adquieren importancia decisiva aquellas causales que anulan la culpa del funcionario público, como son el caso fortuito o la fuerza mayor y, especialmente, la imposibilidad material de impedir el daño al patrimonio público.

4. Un último elemento clave para establecer la responsabilidad civil de los funcionarios públicos es el daño o detrimento al patrimonio público. Éste tiene un carácter estrictamente patrimonial en esta materia y exige la prueba efectiva de la ilegalidad del gasto o su carácter excesivo, atendido los fines o intereses públicos satisfechos con la acción administrativa.

5. El daño al patrimonio público como elemento configurador de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos impone una carga específica de prueba para la Contraloría General de la República, como demandante en este tipo de procesos, que excede la mera enunciación del gasto público. Exige una operación relacional entre el gasto producido y los beneficios obtenidos por la entidad pública, aun cuando estos últimos sean consecuencia de un acto ilegal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alessandri Rodríguez, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 559 pp.

Barros Bourie, Enrique (2005): *Tratado de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1230 pp.

Chapus, René (2001): *Droit Administratif Général* (París, Montchrestien), 1427 pp.

Corral Talciani, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 423 pp.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2004): "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile: una breve revisión del estado actual de la discusión", en Marín, Juan Carlos (compilador), *La responsabilidad patrimonial del Estado* (México D.F., Editorial Porrúa/ Instituto Tecnológico Autónomo de México), pp. 107-135.

Hanssen Tallar, Carlos (2007): *La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El Juicio de Cuentas* (Santiago, LexisNexis), 220 pp.

Marín Vallejo, Urbano (2000): "Estatuto Administrativo: ¿Régimen en retirada de la Administración Pública chilena?", en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), pp. 201-255.

Medina Alcoz, Luis (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo* (Madrid, Thomson/Civitas), 459 pp.

Parada, Ramón (1998): *Derecho Administrativo. Tomo II: Organización y empleo público* (Madrid, Marcial Pons), 582 pp.

Pierry Arrau, Pedro (2000): "La responsabilidad extracontractual del Estado por la falta de servicio". *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado,* año 1, N° 1: pp. 11-40.

JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIAS DEL JUZGADO DE CUENTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

- Rol N° 36.716/2009.
- Rol N° 36.811/2009.
- Rol N° 37.476/2010.
- Rol N° 37.516/2010.
- Rol N° 37.585/2010.
- Rol N° 37.814/2010.
- Rol N° 37.886/2010.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

- Rol N° 34.040/2008.
- Rol N° 34.418/2008.
- Rol N° 34.441/2008.

- Rol N° 35.100/2009.
- Rol N° 37.427/2010.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

- "Seguel con Fisco" (2009).

DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

- N° 51792/2011.

IV. Personal de la Administración del Estado

EL TRÁMITE DE "REGISTRO" Y PROBLEMAS QUE SUSCITA

Eduardo Soto Kloss*
Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París/Panthéon-Sorbonne).

SUMARIO:

Introducción. 1. El "registro" y la jurisprudencia judicial. 2. Un fallo reciente: Aguilera Ortiz c/Municipalidad de Chillán. 3. Sugerencias.

Introducción

Conocido es el alto grado de autonomía que poseen las municipalidades a las cuales se les ha otorgado numerosas atribuciones en el vasto campo de actividades, dado que son los organismos del Estado más cercanos a las personas que integran la comunidad nacional.

Este planteamiento, que ya era reconocido por la tradición indiana a través de los llamados "Cabildos" 1[1], fue retomada por el gobierno de la Junta Militar con la dictación del D.L. N° 573, de 12.7.1974, sobre "Estatuto del Gobierno y Administración del Estado" (arts. 14 a 20 referentes a la administración de las comunas), y desarrollada por el gobierno del Presidente Pinochet Ugarte a través del D.L. N° 1.289, de 14.01.1976, "Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal", base de la actual "Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades", N° 18.695, de 1989 (texto refundido D.F.L./Int.-Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, N° 1, de 26.07.2006) (2)[2].

Pues bien, esa autonomía muy relevante tiene un fundamento político evidente si se atiende a que estando las municipalidades –como entes estatales administrativos– configuradas jurídicamente por el alcalde (su máxima autoridad) y el concejo municipal (art. 2° Ley Nº 18.695) y siendo ambos elegidos por votación popular de los ciudadanos vecinos de la respectiva comuna, tales autoridades son una emanación directa de la voluntad ciudadana y sus representantes. Además, ella tiene una fundamentación jurídico-técnica, ya que siendo la autoridad estatal más cercana a las personas (que la ha elegido) y tocando a ella la "finalidad de satisfacer las

---

* Estudios de pos doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma. Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (1998-2010). Ex abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002). Ex Director de la *Revista de Derecho Público*/U.Chile (1974-1997). Director de *Ius Publicum*/U. Santo Tomás (1998 hasta ahora). Editor de las Conferencias Santo Tomás de Aquino (1998 hasta ahora). Ex redactor de la sección Derecho Público de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1980-2007).

1 Vid. la clásica obra de Julio Alemparte, *El cabildo en Chile colonial.* Santiago de Chile. 1940.

2 Decimos "del Gobierno del *Presidente Pinochet*", porque tal vez por ignorancia jurídica (si no es por el odio de aquellos que sostienen ni perdón ni olvido, pero primero está siempre la verdad), el D.L. N° 527, de 26.06.1974, Estatuto de la Junta de Gobierno, en su Título III (arts. 7º a 14), establece "el ejercicio del Poder Ejecutivo" y su art. 7° dispone que "El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la Junta de Gobierno quien, con el título de Presidente de la República de Chile, administra el Estado y es el Jefe Supremo de la Nación…", inc. 1° (según texto del D.L. N° 806, de 17.12.1974).

necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas" (art. 1° inc. 2° ley cit.), esa autonomía se explica por el fin de cumplir ese objetivo "con" la participación de aquellas mismas personas que van a ver satisfechas sus propias necesidades (y no impuestas por un poder/gobierno central, lejano a ellas y con intereses muchas veces muy ajenos a los de ellas).

Esta Ley Nº 18.695 (la cito por su articulado del texto refundido indicado) establece en su artículo 53 que *"las resoluciones* [esto es, los actos administrativos] *que dictan las Municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República cuando afecten a funcionarios municipales"* (inc. 1°). *"Para tal objeto, la Contraloría deberá llevar un registro del personal municipal en la forma y condiciones en que lo hace para el resto del sector público, debiendo las municipalidades remitir los antecedentes que aquélla solicite"* (inc. 2°).

Vale decir, los actos administrativos de los órganos municipales[3] están exentos en su elaboración del trámite de la "toma de razón" (trámite de control preventivo de juridicidad que realiza la Contraloría, antes de que el acto nazca); esto es, la Contraloría no puede ejercer a su respecto dicho control preventivo, pues carece de potestad jurídica para ello, desde que la propia Ley Orgánica Constitucional Nº 18.695 se lo ha prohibido.

Respecto de los actos administrativos que se refieren al personal municipal, la Contraloría General de la República (en adelante CGR) y las regionales en su caso, debe anotarlos en el Registro de Empleados Públicos Municipales, que lleva al efecto el Subdepartamento de Registro de Empleados Públicos (art. 38 Ley Nº 10.336, LOCCGR), y que se refiere a "registrar los decretos y resoluciones de nombramiento de funcionarios públicos" (sean de planta o a contrata) "y los demás decretos o resoluciones que afecten a los mismos funcionarios" (letra c), tales como referentes a sumarios y medidas disciplinarias y respecto de la extinción del vínculo laboral.

Este "registrar" consiste sólo en dejar constancia de los actos administrativos municipales referentes a su personal, una mera anotación en una nómina de personal que lleva la CGR, y no constituye –de manera alguna– un control de juridicidad, punto éste que adquiere aquí fundamental importancia, siendo el objeto de este artículo. Y es que "registrar" significa simplemente anotar en determinados libros, a fin de dejar constancia en el organismo contralor, actos que conciernen al personal de empleados municipales y hacer posible, así, una hoja de vida de cada uno de ellos, en donde conste toda su vida funcionaria, desde que ingresa a la función pública municipal hasta que expira en ella por alguna de las causales que la ley prevé al efecto. Como se ha dicho muy bien en *Hormazábal Gómez c/Contralor Regional de la XI.Región* (Revista de Derecho y Jurisprudencia –en adelante RDJ– t. 95/1998, 2.5, 179-186, consid. 5°, inc. 2°, p. 184 col. 1) *"registrar un decreto significa que debe anotarse por la Contraloría en determinados libros o registros tal acto con el objeto de dejar constancia del mismo y llevar una hoja de vida de cada funcionario".*

---

3 Del alcalde (decretos alcaldicios, ordenanzas municipales, reglamentos municipales e instrucciones); de los directores de los distintos Direcciones municipales (resoluciones, oficios, instrucciones a sus funcionarios, órdenes, etc.), y del concejo municipal (acuerdos).

Es aquí, en este tema del "registro" de los actos administrativos municipales, y específicamente de los decretos alcaldicios que inciden en el nombramiento de autoridades de la educación municipal en donde se ha producido un contencioso que ha tenido importantes efectos, con frecuencia perturbadores, en la administración municipal, y originando serios problemas también en las personas afectadas. Veremos la jurisprudencia judicial, recaída en acciones de protección, y luego un fallo supremo reciente cuyo interés nos ha movido a escribir estas líneas en homenaje a los ochenta y cinco años de vida de la Contraloría General de la República*.

1. El trámite del "registro" contralor y la jurisprudencia judicial

Sin necesidad de remontarse muy atrás en el tiempo, recordemos *Villarroel Villarroel c/Contralor Regional de la Araucanía* (Corte de Apelaciones de Temuco, 15.12.1987, confirmada por la Corte Suprema, 18.01.1988, rol 11.817, en RDJ t. 85/1988, 2.5, 67-72), protección acogida, interpuesta ante la *negativa* del recurrido de *registrar* dos resoluciones administrativas concernientes a una adjudicación de una propuesta pública –exenta del trámite de toma de razón–aduciéndose por la autoridad contralora objeciones legales a esas dos decisiones exentas emanadas de la Dirección Regional de Arquitectura de la IX Región, dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

Sin detenernos en los derechos fundamentales vulnerados al recurrente –que aquí no es materia de análisis–, es de interés detenerse en lo dicho por el tribunal de la instancia; advierte que las resoluciones objetadas no son susceptibles de toma de razón, puesto que están exentas de ella, dado que la propia CGR así lo ha establecido (Res-/CGR 1.050, de 31.07.1980, que fija el texto refundido de la Res./CGR 600, de 1977); si están exentas, no cabe proceder a un análisis de legalidad en el trámite de su "registro", por lo cual el actuar contralor es ilegal, desde que ha actuado sin fundamento normativo y, además, arbitrario, puesto que se ha excedido en sus atribuciones (consids. 7° a 9°). Aquí vemos un caso en la Contraloría Regional recurrida *se abstiene de registrar* resoluciones de la autoridad administrativa por entender que no ha cumplido con unas bases de licitación, en cuanto a la forma de acompañarse las propuestas. Es decir, la Contraloría Regional pretende ejercer atribuciones que le son conferidas al efectuar la "toma de razón" de un decreto o resolución en circunstancias de que en el caso concreto se trata de un "registro" de resoluciones, trámite muy distinto, ya que se trata únicamente de anotar y dejar constancia de la existencia de esas resoluciones debidamente individualizadas en un registro legalmente previsto. Muy bien señala la Corte (consid. 9°, inc. 3°) que el que se efectúe este registro no impide el control que se haga con posterioridad acerca de la legalidad de las referidas resoluciones, pero en ningún caso en este trámite cuya naturaleza es bien diferente al de la toma de razón. De allí que el fallo recaído sea declarar ilegal y arbitrario el oficio contralor que devolvía sin registrar las resoluciones mencionadas, y ordena al recurrido a "proceder a registrar las aludidas resoluciones exentas en conformidad a la ley, sin perjuicio del posterior examen que de la documentación archivada pueda efectuar conforme a sus facultades".

* Nos es grato recordar que con motivo de sus 50 años, en 1977, organizamos por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que dirigía el suscrito, y con la colaboración de la Contraloría, un "Libro Homenaje" que trataba de mostrar la multifacética labor que ella desarrollaba.

Igual planteamiento y con mayor fundamento, ya que la exención está dispuesta por la propia Ley Nº 18.695, se encuentra en *Veloso Merino y otros c/Contralor Regional del Bío-Bío* (Corte de Apelaciones de Concepción, 2.03.1995, confirmada por la Corte Suprema, 27.03.1995, rol 24.369, en RDJ t.92/1995, 2.5, 54-61), protección acogida ante la ilegalidad de no registrar varios decretos alcaldicios de la Municipalidad de Concepción que nombraba a la recurrente y otras diez personas como docentes en 1993 en diversas escuelas de la comuna, en razón de entender "que no se encuentran ajustados a la normativa legal vigente", por lo cual devolvía al alcalde dichos decretos (consid. 1°).

Particularmente expresivo es el tribunal a quo es su considerando 4° al expresar que "sin desconocer las atribuciones que puede tener el Órgano Contralor es absolutamente claro que la Contraloría no está facultada para entrar a estudiar la legalidad de los decretos de nombramiento de que se viene tratando. En efecto, el estudio de la legalidad de un acto administrativo lo hace la Contraloría a través de la toma de razón que tiene por objeto cautelar dicha legalidad", agregando que en el caos particular la propia Ley Nº 18.695 (art. 44/hoy 53) dispone la exención de ella respecto de "las resoluciones que dicten las Municipalidades" y se añade que ello significa que la obligación de "registrar" esos decretos alcaldicios "no la autoriza para entrar al estudio de su constitucionalidad o legalidad, materia propia de la toma de razón, trámite que, como se ha visto, no está establecido para este caso". Siendo así, el negarse la Contraloría recurrida a registrar esos decretos constituye "una clara ilegalidad y arbitrariedad que debe ser corregida por la vía de la protección", tanto más que careciendo de dicha atribución incurre al actuar así en una vulneración del artículo 7° de la Constitución[4]. Al acogerse la protección, se ordena al recurrido registrar los decretos referidos.

Escobar Contreras y otros c/Contralor Regional de la Araucanía (Corte Suprema 22.08.1995, en RDJ t.92/1995, 2.5, 112-114), protección acogida deducida igualmente ante negativa de registrar el órgano contralor referido nombramientos de funcionarios municipales aduciendo que adolecían de un vicio de ilegalidad, presenta el interés complementario de precisar aún más lo que en *Veloso Merino* cit. se establecía, en cuanto a que por disposición de la ley, no estando los actos administrativos municipales sometidos a toma de razón sino sólo a su registro en lo que se refiere a los empleados municipales, el negarse el contralor recurrido a registrarlo, constituye un acto ilegal, siendo dicho decreto plenamente válido, habiendo producido todos sus efectos desde su notificación a los interesados, y se agrega que el trámite del registro "no afecta ni la validez ni la eficacia" de dicho decreto (consid. 4°). De allí que se ordena al recurrido a registrar el decreto de nombramiento de los recurrentes, sin perjuicio de otras atribuciones que correspondan a la Contraloría.

En *Jofré Roldán y otros c/Contralor Regional Xa. Región y Contraloría General de la República* (Corte Suprema, 2.01.1996, que confirma Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 9.10.1995, en RDJ t. 93/1996, 2.5, 16-21), protección acogida, se encuentra un nuevo rasgo del tema trata-

4 Aun cuando se desvía del tema, es muy exacto lo que afirma el fallo (consid. 7°) en cuanto a que esos decretos alcaldicios de nombramiento constituyen un "título válido", "validez que debe suponerse mientras no se declare su ineficacia" (lo que es materia de "reserva judicial", agrego). Y se añade que "si el acto no está sujeto a toma de razón, el acto administrativo una vez comunicado a la persona a quien va a afectar entra a producir todos sus efectos" (fallo redactado por el abogado integrante Ramos Pazos).

do; aquí se deduce protección en contra de las "observaciones" hechas por el recurrido regional al efectuar el registro de un decreto alcaldicio de ascenso de los funcionarios recurrentes[5] emitido por el Alcalde de Arauco[6]. La Corte Suprema observa muy certeramente que dicho decreto registrado "ha producido todos sus efectos desde su dictación y notificación a los afectados… y consecuencialmente con ello, la validez y eficacia del acto en ningún caso está subordinado al registro del mismo (consid. 2°), por lo que tales reparos de las "observaciones" agregadas al registro en nada altera la validez de los ascensos decretados, los que deben entenderse vigentes "desde su notificación a los interesados y hasta su extinción legal, sin perjuicio de los efectos, derechos y responsabilidades a que el caso dé lugar" (consid. 4°).

Hormazábal Gómez c/Contralor Regional XIa.Región (Corte de Apelaciones de Coyhaique, 28.04.1998, confirmada por la Corte Suprema, 25.05.1998, rol 1.462-98), protección acogida, añade aún algo más a nuestro tema. Se recurre de protección ante unas "observaciones" –que eran verdaderas órdenes contraloras perentorias– efectuadas al registrar un decreto del alcalde de Coyhaique que imponía una medida disciplinaria de amonestación escrita a un docente municipal. En efecto, en el oficio contralor de "observaciones" se le decía al alcalde que debía haber aplicado al recurrente la medida de exoneración por incumplimiento que estimaba grave de sus funciones y que debía adoptar de inmediato las medidas pertinentes para restablecer el imperio del Derecho, ordenándole remitir un nuevo decreto que subsanare los vicios que la Contraloría señalaba, o sea, removiendo de su cargo al recurrente, y en el caso de no hacerlo, la Contraloría "procederá a adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico contempla para hacer efectivas las responsabilidades que deriven de tales infracciones" (consid. 6°). La Corte se explaya haciendo ver la ilegalidad y arbitrariedad en que incurría el recurrido, señala lo que se entiende por "toma de razón" y por "registro" (consid. 5°), analiza el oficio contralor impugnado (consid. 6°), y concluye (consid. 8°) que tratándose del trámite del "registro" el legislador ha sustraído expresamente a Contraloría sus atribuciones de control de legalidad sobre los actos administrativos municipales (Ley Nº 18.695) en ese trámite, advirtiendo que en el caso concreto lo que ha pretendido la Contraloría regional es "discutir los hechos del sumario, su valoración ética y moral, el análisis y ponderación de la prueba y, por último, ha determinado la sanción que a su juicio corresponde al funcionario municipal sumariado, lo que evidentemente no cabe dentro de la esfera de su competencia". Por ello es que, acogiendo la pretensión deducida, deja sin efecto el oficio contralor en la parte que intimaba al alcalde a modificar su decreto anterior y exonerar al recurrente[7].

---

5 Revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 6.07.1995, rol 475-95, fallo de un solo considerando que rechazaba la protección atendido a que entendía dicha Corte que no registrar entraba dentro de las atribuciones de la CGR, como velar por la legalidad de la Administración. Véase nuestra nota en pp. 112-113, con más casos, incluido la negativa de registrar un "encasillamiento" de funcionarios.

6 Las "observaciones" expresaban que el decreto alcaldicio registrado presentaba "irregularidades que deberían ser subsanadas, debiendo remitirse "uno depurado de sus vicios u otro que lo invalide o lo reemplace, según corresponda". En otros términos, se registraba pero además "representaba" la ilegalidad que contendría, instando incluso al alcalde a la invalidación de su decisión, la cual ya había producido efectos en sus destinatarios (desde el 2.01.1994, o diciembre/en la sentencia aparecen las dos fechas); las "observaciones" contraloras eran de fecha 2.07.1995, o sea un año y medio después, u ocho meses, según la fecha que sea real.

7 Véase en nota a este fallo tres otros casos sobre la ilegalidad de hacer "observaciones" de antijuridicidad en el trámite del "registro" de decretos alcaldicios, sean de nombramientos o medidas disciplinarias referentes a empleados municipales.

En *Gutiérrez Sánchez c/Contralor Regional del Maule* (Corte Suprema, 24.11.1998, confirma Corte de Apelaciones de Talca, 28.10.1998, en RDJ t. 95/1998, 2.5, 238-246), protección acogida, el recurrente, nombrado Director del Liceo Abate Molina, de Talca, por concurso público, a través de un decreto alcaldicio debidamente registrado por la Contraloría Regional pero con "observaciones", se encuentra con que ellas exigían que se invalidara dicho nombramiento por cuanto entendía que el concurso adolecía de ilegalidad al no haberse incluido en sus bases una pauta de evaluación para seleccionar a los concursantes. La Corte de Talca advierte que esa exigencia no aparece ni en la ley (D.F.L./Educ. N° 1) ni en la reglamentación pertinente (de la Ley Nº 20.070), por lo cual tal requisito es improcedente aun cuando lo exija la jurisprudencia contralora. Por tal razón se establece que esa exigencia es ilegal y arbitraria, lo que conduce a que las pretensiones impuestas al alcalde para invalidar el nombramiento del recurrente y llamar a un nuevo concurso, contravienen el derecho y afecta el derecho del actor; en tal virtud, el tribunal acoge la protección deducida, declara ajustado a Derecho el decreto alcaldicio aludido y que no procede la exigencia contralora hecha en sus "observaciones" al referido "registro".

La Corte Suprema, en dos considerandos, precisa dos temas bien relevantes; primeramente, en cuanto conforme a la autonomía municipal consagrada en la Constitución (art. 107) y la LOCM (Ley Nº 18.695, art. 1°), sus actos están exentos de toma de razón, por lo cual el nombramiento de un funcionario municipal queda perfeccionado por la notificación del decreto a su destinatario y el "registro" contralor[8], momento a partir del cual "adquiere [su destinatario] el 'derecho a la función', que le permitirá permanecer en el empleo mientras no medie una causa legal de expiración de funciones, con lo cual el funcionario tiene la garantía de que la Administración no puede discrecionalmente ponerle término a sus funciones sino por medio de un procedimiento y en los casos que la ley establece….". Y en segundo lugar, más importante aún, en el cual ella precisa la diferencia básica entre la toma de razón y el registro, señalando que este último "importa sólo la anotación en determinado libro o archivo de la constancia de haberse dictado el acto sujeto a este trámite, permitiendo así que se lleve la hoja de vida de los funcionarios públicos". Y siendo así, "deja sin sustento jurídico el control de legalidad de los decretos municipales sometidos a registro", lo que significa que las "observaciones" contraloras agregadas al registro de un decreto alcaldicio exceden las facultades del recurrido al disponer en ellas que se subsanen diferentes infracciones que observa en el decreto que registra[9].

Alcalde de la Municipalidad de Cerrillos c/Contralor General de la República (Corte de Apelaciones de Santiago, 7.03.2000, y Corte Suprema, 31.05.2000, en RDJ t. 97/2000, 2.5, en RDJ t. 97/2000, 2, 5, 98-102) que revoca y rechaza protección), presenta el caso en el cual la CGR "ha procedido a *objetar* la legalidad de un acto de destitución" que se impuso a una funcionaria de esa municipalidad en un sumario administrativo instruido al efecto. A través de esa

8 Hay aquí un error evidente, ya que el acto administrativo municipal queda perfeccionado con la notificación a su destinatario, que es el momento en que concluye el procedimiento administrativo de su elaboración; el "registro" no es, pues, ni requisito de su existencia/validez ni de su eficacia, puesto que es sólo un medio de buen orden administrativo para establecer una hoja fidedigna de vida de los funcionarios públicos, en este caso municipales.

9 Véase en nota de p. 239 el caso *Álvarez Arce y otros c/Contraloría General de la República,* en el cual después de tres años de estar desempeñando los recurrentes sus cargos en la Municipalidad de Curacaví, la CGR "observaba" el decreto de sus nombramientos por contener ilegalidades que debían ser subsanadas (debiendo el alcalde invalidarlo), y "negándose" por tal motivo el organismo contralor "a registrarlo".

"objeción" observaba "que no debió aplicarse la destitución sino otra medida disciplinaria, de carácter correctivo y no expulsivo". El alcalde recurre de protección en contra de un dictamen con objeciones a la legalidad del decreto alcaldicio, alegando su ilegalidad dado que el "registro" no es un trámite de fiscalización y menos respecto de actos municipales que están por ley exentos de toma de razón. La Corte Suprema desecha la protección invocada que solicitaba dejar sin efecto la "observación" contralora por cuanto "entiende" que lo que ha hecho la CGR es ejercer su función fiscalizadora *a posteriori* y no en el trámite del "registro", y ello estaría dentro de sus funciones (sic! consid. 5°), ya que por dicho dictamen "no se ha privado de sus efectos por un control previo ni se ha negado su registro al decreto alcaldicio de que se trata, sino que en uso de potestades legales y mediante una fiscalización posterior a su vigencia, se ha requerido su invalidación" (consid. 6°). De acuerdo con ello establece que el trámite del "registro" es posterior a un acto administrativo (y no preventivo como en el caso de la toma de razón) "y, por lo tanto, se ejerce sobre un acto que se halla produciendo efectos… efectos que no pueden extinguirse sino por acto de contrario imperio, que en este caso debería ser un decreto alcaldicio que invalidara el [acto] objetado" (consid. 6°). Lo curioso del caso es que la funcionaria destituida ya no ejercía el cargo desde 1997, o sea, desde hacía dos años y ocho meses antes del fallo supremo…

Es de interés señalar que una solución enteramente contraria a la recién referida se ha dado en *Alcalde de Los Ángeles c/Contralor Regional (S) del Bío-Bío* (Corte de Apelaciones de Concepción, 23.8.1999, confirmada por la Corte Suprema, 21.10.1999, rol 3.167-99), protección acogida en que recurriendo el alcalde citado en contra de un dictamen del recurrido, emitido un día después de "registrado" un decreto alcaldicio por el cual se ponía término al contrato de trabajo de un empleado municipal regido por el Código del Trabajo; a través de dicho dictamen se "objetaba" la legalidad de esa decisión, instando a la autoridad recurrente a restituir en su empleo al trabajador que fuera despedido luego de una investigación sumaria municipal. Reitera el tribunal *a quo* algo ya pacífico como es el que el llamado "registro" no constituye un control previo de legalidad (consid. 6°), como que los actos municipales producen todos sus efectos desde su notificación a sus destinatarios, agregándose algo de interés como es que, en consecuencia, "la validez y eficacia del acto en ningún caso está subordinada al registro del mismo" (consid. 7°), lo que es precisamente exacto[10]. Y se agrega (consid. 9°) que sin desconocer las atribuciones contraloras, "es absolutamente claro que la Contraloría no está facultada para entrar a estudiar la legalidad de los Decretos de despidos de trabajadores", lo que la Contraloría ha de hacer en la toma de razón, pero aquí ello no es procedente tratándose de un acto municipal, y añade que en el trámite de registro "no pudo ser observado en grado tal de reincorporar a un funcionario…a sus labores habituales y eventualmente pagarle sus remuneraciones en el período que al efecto indica, como tampoco ordenar la tramitación de un sumario administrativo, establecer responsabilidades de otros funcionarios, la causal de término del contrato, etc. Para todo esto la Contraloría carecía de facultades legales" (consid. 10°), y siendo así el dictamen recurrido resulta ilegal y arbitrario (consid. 12°). En verdad, este fallo podría haber sido más breve porque habiendo el recurrido deducido demanda laboral por despido injustificado con anterioridad al "registro" y dictamen referidos, la autoridad contralora carecía

10 En contraposición de lo que se ha afirmado en *Gutiérrez Sánchez,* cit.

de toda competencia para pronunciarse sobre el tema, ya que el asunto se había transformado en "litigioso" y, por tanto, "de exclusiva reserva judicial", como lo dispone el art. 6°, inciso 3° de la Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de la CGR[11].

Cabrera Ortiz c/Municipalidad de Concepción (Corte de Apelaciones de Concepción, 14.10.1999, que rechaza la protección deducida y Corte Suprema, 28.07.2000, que revoca y la acoge, en RDJ t. 97/2000, 2.5, 128-131), nos muestra un caso paradigmático en esto del tema del "registro" de los decretos alcaldicios de nombramientos de funcionarios municipales u otros actos que les conciernen.

Registrado el nombramiento del recurrente como director de una escuela municipal de Concepción, el contralor regional lo "objeta" por entender que es contrario a Derecho y señala al alcalde que debe dejarlo sin efecto y nombrar a quien corresponde, puesto que no había seguido el orden sugerido por la Comisión Calificadora de Concursos. El alcalde invalida el decreto de nombramiento del actor, ya registrado, y procede a dictar otro decreto nombrando a otra persona en el cargo del actor. Al decidir la apelación del actor del fallo de primera instancia que había rechazado su pretensión protectiva, la Corte Suprema entra al fondo del asunto y analiza si el decreto alcaldicio objetado en la etapa del "registro" es o no conforme a Derecho según la legislación vigente al momento de haber sido emitido; hecho ello, concluye que dicho decreto se ha ajustado a la regulación legal de la materia demostrando el error contralor al interpretar y aplicar esa legislación (considerandos 1° al 8°). Dado esto, establece que dicho alcalde "no debió haber sido dejado sin efecto", siendo el decreto invalidatorio ilegal tanto más que fue emitido "dos años dos meses después de su nombramiento y sin que hubiera incurrido [el recurrente] en ninguna inhabilidad para desempeñarlo o incorrección para perderlo" (consid. 9°). Y agrega que debe tenerse presente que las resoluciones municipales están exentas de la toma de razón, "única situación en la cual el pronunciamiento de la Contraloría General de la República podría impedir que se lleve a efecto el acto objetado, y en cambio dichas resoluciones están sujetas sólo al trámite de registro, que no produce el referido efecto" (consid. 10°). Por esto, revoca el fallo apelado y acoge la protección del recurrente ordenando al alcalde recurrido (que se había limitado a cumplir el dictamen contralor referido, sin mayor análisis) que deje sin efecto el decreto de invalidación impugnado como asimismo el que nombraba en su lugar a otra persona y que reponga de inmediato al recurrente en su cargo pagándole las remuneraciones por el tiempo que ilegalmente no pudo percibirlas[12].

Durante el año 2001 también se encuentran varios contenciosos de protección ante decretos alcaldicios que invalidan nombramientos de funcionarios por "observaciones" contraloras en el trámite del "registro". Entre ellos, *Delgado Castro c/Alcalde de Carahue* (Corte de Apelaciones de Temuco, 16.05.2011, confirmada por la Corte Suprema/1ª Sala, 7.06.2001, en RDJ t. 98/2001, 2.5, nota p. 190), protección acogida en la cual el actor solicitaba el amparo proteccional ante la pretensión del alcalde recurrido de dejar sin efecto su nombramiento, invalidándolo en razón

11 Vid. en nota de pp. 249-250 el caso *Cerda Silva, Administrador Municipal de la Municipalidad de Illapel c/Contralor Regional de Coquimbo,* sobre compatibilidad entre dicho cargo y tener ejercicio de abogado a honorario en el Banco del Estado, ya que esto último no constituye una "relación laboral" y no otorga la calidad de trabajador, ni es ejercicio de función pública.

12 Véase nota a pie de p. 129 sobre el tema.

de las objeciones del Contralor Regional de la Araucanía, quien "observaba" al registrarlo un vicio en el concurso realizado para proveer el cargo de Director del Departamento de Educación Municipal, sin que nadie hubiera reclamado de ello. Una vez más se reitera en el fallo que lo acoge que el decreto alcaldicio de nombramiento del actor le había conferido la titularidad del cargo desempeñándolo desde hacía meses y puesto que no existía causa legal prevista para que cesara en sus funciones, el acto invalidatorio era ilegal, disponiéndose que se deja sin efecto y ordenándose reponer al actor en sus funciones.

Idéntico, *Chernilo Müller y otros c/Municipalidad de Renca y Contraloría General de la República* (Corte de Apelaciones de Santiago, 14.05.2001, confirmada por la Corte Suprema/3ª Sala, 12.06.2001, en RDJ t. 98 cit., nota p. 190), protección acogida en cuya virtud se dispone dejar sin efecto decretos invalidatorios –por ilegales y arbitrarios– y se ordena prescindir de las "observaciones" contraloras por ser improcedentes, ya que ello ha excedido su competencia, y reponer de inmediato a los recurrentes en el ejercicio efectivo de sus cargos, debiendo pagárseles la totalidad de las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que ilegalmente fueron separados de sus cargos. También *Aránguiz Aldea c/Alcalde Negrete* (Corte de Apelaciones de Concepción, 23.05.2001 confirmada por la Corte Suprema/2ª Sala, 19.06.2001, rol 2.034-01) y, especialmente, *Alarcón Avilés y otros c/Municipalidad de Paillaco* (Corte de Apelaciones de Valdivia, 18.05.2011, que rechaza la protección deducida y Corte Suprema/1ª Sala, 18.06.2001, rol 2.032.01, que la acoge) ambos en RDJ t. 98 cit. nota p. 190), que reitera con claridad que "producida la incorporación de los reclamantes a la Administración Municipal adquirieron el derecho a gozar de la estabilidad en el empleo y no pudieron ser removidos sino por las causas y en la forma expresamente establecidas por la ley" (consid. 3°), y se agrega (consid. 4°) que el proceder alcaldicio no puede justificarse en supuestas irregularidades cometidas por la municipalidad en el concurso para proveer los cargos respectivos, toda vez que, sin perjuicio que tales infracciones no se encuentran acreditadas en autos, estando agotado el trámite emprendido por el Municipio no puede la misma autoridad municipal sostener la ilegalidad del procedimiento e invalidar actos que ya han surtido todos sus efectos". Lo mismo en *Veloso, Maldonado y otros c/Alcalde de Punta Arenas* (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 5.06.2001, confirmada por la Corte Suprema/1ª Sala, 26.06.2011, rol 2.185-01), protección acogida que fuera interpuesta por varios funcionarios de la recurrida ante el oficio que recibieran en orden a que dicha autoridad debía dejar sin efecto sus nombramientos por así disponerlo el Contralor de la XIIa. Región, ya que al "registrarlos" objetaba su legalidad por vicios en los concursos realizados para proveer sus cargos. La Corte austral recuerda que el "registro" contralor no altera ni mucho menos impide los efectos producidos por esos actos alcaldicios, ni su validez, efectos que han producido la incorporación al patrimonio de los recurrentes los derechos que emanan del acto de nombramiento y especialmente el derecho a la función o estabilidad en el cargo que la Constitución les reconoce en su artículo 19 N° 24 y que le ampara y protege su artículo 20. Y se agrega lúcidamente (consid. 12) que ellos "constituyen derechos adquiridos que impiden a la autoridad revocarlos por su mera voluntad o porque se lo indique otra autoridad" como la autoridad contralora en el acto de su "registro". Por ello se ordena al recurrido abstenerse de invalidar el decreto alcaldicio de nombramiento de los recurrentes.

Albornoz Villamán c/Contralor Regional de Los Lagos (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 16.04.2003, que rechaza la protección deducida y Corte Suprema, 16.04.2003, en RDJ t. 100/2003, 2.5, 36-42) avanza más en el tema. Se trata del nombramiento de la recurrente en concurso público para proveer un cargo profesional en la Municipalidad de Chaitén, obteniendo el mayor puntaje, siendo designada por decreto alcaldicio y asumiendo el cargo el 4.09.2001; la Contraloría recurrida registra el decreto y el 31.10.2002 (un año después de dictado el decreto aludido y de la asunción de la actora al cargo) envía al alcalde un oficio en que objetando por ilegal ese decreto alcaldicio (no estar integrado el Comité de selección conforme a la ley y exigir un requisito que no se contempla en la legislación pertinente) le ordena invalidarlo, lo que éste hace por otro decreto de 2002. La Corte Suprema, muy sagazmente, recuerda (consid. 1°) varios dictámenes de la propia CGR, en los cuales sostiene que "el deber de invalidar actos que adolecen de error de hecho o ilegalidad para restablecer el orden jurídico quebrantado" ..."sólo opera en los casos en que los antecedentes pertinentes demuestran la mala fe del favorecido" (Dictamen Nº 19.966/1995) y recordando un Dictamen Nº 697/1996, que recae sobre un tema análogo a este caso, señala que ["si bien en la especie la Junta Calificadora no se integró según lo dispuesto por la ley, no resulta plausible desconocer que dicho proceso [concurso] produjo todos sus efectos, configurando situaciones jurídicas consolidadas y, por otra parte, los principios generales del derecho relativos a la seguridad en las relaciones jurídicas y al reconocimiento de la presunción de buena fe de los terceros involucrados, todo lo cual hace imposible disponer la invalidación del proceso pertinente, por cuanto la potestad invalidatoria que cabe a los Organismos de la Administración encuentra su límite, precisamente, en tales circunstancias, no pudiendo el error de la autoridad afectar a los terceros que adquirieron un derecho en el convencimiento que lo hacían dentro de la legalidad"]. Finalmente, menciona el Dictamen Nº 39.670/1996, el cual reitera que en esos límites "debe considerarse la protección de los interesados que han actuado de buena fe y la mantención de la estabilidad de las situaciones jurídicas que revisten el carácter de concretas". Atendido ello, la Corte Suprema establece que ["el órgano contralor no puede requerir la invalidación"] en este caso, dado que la recurrente ha actuado de buena fe, presentó todos los antecedentes que exigían las bases del concurso y ocupa al cargo desde más de 14 meses, consolidándose así una situación jurídica concreta, no habiendo, además, constancia alguna de reclamación acerca de esas bases o de su nombramiento (consid. 4°); de allí que estimando que el requerimiento contralor adolece de "arbitrariedad", puesto que exige algo que es contrario a su propia jurisprudencia, lo que vulnera el derecho de la actora a la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 de la Constitución), revoca el fallo apelado, acoge la protección deducida y se dejan sin efecto las "instrucciones" del recurrido quedando, por tanto, firme la designación primera de la actora y conservando así la propiedad de su cargo.

2. Un fallo reciente: Aguilera Ortiz c/Municipalidad de Chillán

A fin de no alargar más este artículo, veamos este caso que ha sido precisamente el que lo ha originado; nos parece que presenta un interés especial por incidir en la aplicación de la Ley Nº 19.880/2003, que viene muy a propósito en la materia y que creo permite ir evitando esos pronunciamientos contralores sobre actos alcaldicios (v. gr., nombramientos de funcionarios

o sanciones disciplinarias) sea en el trámite del "registro" de ellos o, incluso después, en que se pretende realizar un control de legalidad propio de la toma de razón, en circunstancias que dichos actos se encuentran expresamente eximidos de ella por la propia LOCM Nº 18.695 (art. 53 texto refundido cit.).

Un ejemplo más es *Aguilera Ortiz* (Corte Suprema, 20.12.2011, en Gaceta Jurídica 378/2011, 76-86), donde una funcionaria docente municipal, que habiendo ganado un concurso público para proveer el cargo de Directora titular del Departamento de Educación Municipal de Chillán, es nombrada por decreto alcaldicio, que es registrado sin observaciones por la Contraloría Regional y ejerce el cargo durante ocho meses (de febrero a septiembre 2011), percibiendo las remuneraciones correspondientes a dicho cargo. Una de las oponentes al concurso referido concurre al órgano contralor alegando vicios en el procedimiento concursal, emitiendo dicho órgano fiscalizador en agosto 2011 un dictamen sosteniendo la existencia de irregularidades en ese concurso e instando al alcalde a invalidarlo, como asimismo el nombramiento efectuado en la recurrente Aguilar Ortiz.

El 9.09.2011 se le notifica a ella un decreto alcaldicio que invalida su nombramiento en razón de tener que cumplir el dictamen contralor aludido. Como se advierte, la única fundamentación del acto administrativo municipal invalidatorio ha sido el dictamen mencionado (Oficio N° 8.994, de 17.08.2011, emitido siete meses después de asumido el cargo por la actora). Para el tribunal de la instancia esta fundamentación fue suficiente para rechazar la protección deducida, ya que entiende que no es de su competencia pronunciarse sobre la validez del concurso[13]. La Corte Suprema revoca el fallo del *a quo* simplemente recordando que, según la Ley Nº 19.880 (art. 53), para invalidar un acto administrativo debe oírse previamente al afectado en una audiencia fijada al efecto en que se le escuche y presente sus alegaciones.

Aquí es en donde el fallo supremo introduce una observación que aparece muy certera, tanto en el orden teórico como especialmente en el orden práctico.

En efecto, luego de señalar que la invalidación impugnada es ilegal y que atenta en contra de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 de la Constitución), por lo cual acoge la protección de la actora, la Suprema en la medida de amparo que dispone señala que "se deja sin efecto del Decreto Alcaldicio N° 201/301/2011, de 9.09.2011, debiendo el alcalde de Chillán dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, *en el evento que estime que debe invalidar el acto administrativo contenido en el Decreto exento N° 202/4641/2010, por el que llama a concurso… y el Decreto Alcaldicio N° 201/98/2011 por el que se nombra a doña… [la recurrente]"* (cursivas nuestras).

---

13 La Corte Suprema entiende muy bien que ello no es fundamentación y, por lo tanto, dicho fallo carece propiamente de ella. Parece desconocer el tribunal de la instancia que para saber si el acto recurrido es ilegal o arbitrario debe necesariamente indagar su fundamentación; el solo hecho de cumplir un dictamen contralor no es suficiente razón jurídica para un juez cuando se trata de un acto administrativo que ha producido todos sus efectos jurídicos, consolidado situaciones concretas y más encima que dicho dictamen contradice la propia jurisprudencia de la Contraloría (según hemos visto en el texto). Olvida también dicha Corte de Chillán que los actos administrativos producen efectos jurídicos que, como bienes incorporales que son, ingresan al patrimonio del destinatario y forman parte de su derecho de propiedad, no pudiendo ser privados de ellos sino por las causas que la propia Constitución ha previsto al efecto (art. 19 N° 24).

Si bien se lee el fallo, éste no obliga al alcalde recurrido, una vez oída la directora afectada, a proceder a invalidar el concurso y el nombramiento consecuencial, sino que entiende –y muy bien– que toca a él el *decidir* lo que corresponda en Derecho hacer. Y digo que la observación que hace el fallo es muy "práctica" porque atiende a que se tenga en cuenta la situación real en la cual se ha producido el problema, debiendo tener presente *las circunstancias específicas* en que se encuentra el municipio al desarrollar la función docente que la ley encarga de manera continua, permanente, eficiente y especialmente eficaz, como también el desempeño concreto de la afectada en el ejercicio de sus funciones y sus derechos inalienables a permanecer en el cargo sin haber tenido participación alguna en la pretendida irregularidad que la Contraloría Regional alega y en cuya decisión/dictamen la afectada tampoco fue ni siquiera escuchada ni considerada.

Pero asimismo el fallo, siguiendo la jurisprudencia que hemos reseñado, incide en lo teórico ("no hay cosa más práctica que una buena teoría"), ya que cuando de invalidación se trata no sólo hay que ver y atender a lo que ha hecho la Administración sino también los efectos que ha producido en los destinatarios (personas) de esos actos que se pretenden contrarios a Derecho por la misma Administración que los ha dictado. No cabe pretender, si se tiene presente el texto de la Constitución vigente sustentado en la "primacía de la persona humana" y su consecuencial "servicialidad del Estado" ejercida "con pleno respeto de los derechos de las personas" (arts. 1° incisos 1° y 4°, y 5°, inciso 2°), que el mismo sujeto que dicta un acto administrativo determine el mismo que dicho acto es ilegal y que luego lo deje sin efecto como si no tuviera a nadie al frente, como si no existieran personas que son destinatarias de su acto y en quienes ha producido efectos, incluso durante largo tiempo. Y personas que son enteramente ajenas al error o torpeza de esa autoridad que dictó ese acto (en el supuesto que realmente sea así, y no producto de una "interpretación" contralora).

Muchos de estos casos reseñados, y quizá cuántos más que ni siquiera fueron llevados a los tribunales, se hubieran podido evitar si la CGR hubiera emitido instrucciones a sus contralores regionales a fin de uniformar criterios, impedir esas "observaciones" efectuadas en el "registro" de estos decretos alcaldicios como los mencionados y, especialmente, instruir a las municipalidades respecto de la correcta elaboración de las bases de concurso para proveer cargos de la educación municipal, y su correcto desarrollo para eludir vicios que se produjeran y viciaran el acto terminal (decreto alcaldicio de nombramiento). De la pesquisa realizada no he encontrado esas instrucciones que hubieran uniformado el criterio de los órganos contralores regionales, si bien a partir del 2007 (con una nueva autoridad contralora general) pareciera que hubiera terminado este tan frecuente contencioso proteccional que hemos reseñado, porque no aparecen casos en las revistas dedicadas a la jurisprudencia judicial, y quién sabe si por haberse emitido precisas instrucciones al respecto, las que seguramente han debido ser cumplidas[14].

[14] No puede olvidarse que la propia LOCCGR le ha sido conferida la atribución de interpretar la ley aplicable "a" y "por" la Administración del Estado (art. 6°, inciso 1°). Debe señalarse, a propósito de esas instrucciones que no hemos encontrado, que sí se ha puesto coto a ello en la Resolución N° 1.600, de 5.11.2008, de la CGR, que determina las materias que son tomadas en razón, puesto que en su considerando 7, punto 8, señala expresamente que "El trámite de registro, en los casos que procede, no se asocia al control posterior inmediato del acto, el que queda sujeto a otras medidas que se dispongan".

3. Sugerencias

Y aquí recalamos en un punto que me permito sugerir a la Contraloría General de la República, organismo que tanto ha hecho a través de sus 85 años de existencia/1927-2012[15] por la juridicidad y probidad del actuar de la Administración y por el derecho administrativo chileno a través de su jurisprudencia.

Muchos de los problemas que ha tenido que afrontar judicialmente la Contraloría a través de acciones de protección que deducen los afectados al ver vulnerados sus derechos por dictámenes u "objeciones" u "observaciones" (caso del "registro" analizado) respecto de actos administrativos, especialmente municipales, en que se insta (y a veces de manera muy perentoria) a los alcaldes a invalidar sus propios actos, son debidos –si se apunta al fondo del tema– a que el máximo organismo contralor se pronuncia sobre materias que son propiamente "litigiosas", porque confronta derechos de las personas, es decir, son por naturaleza litigiosas, dado que se trata de actos administrativos que han producido plenos efectos y a veces por largo tiempo, lo que la debería llevar a hacer aplicación, sin timidez, del artículo 6°, inciso 3° de su propia Ley Nº 10.336, el cual le ordena *"no intervenir ni informar"* "los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso", puesto que la CGR (y menos las regionales, que actúan por delegación) no puede olvidar que no es un juez, que sus funciones contraloras no son jurisdiccionales, y al intervenir en ellos deviene en una "comisión especial", expresamente proscrita por la Constitución (art. 19 N° 3, inciso 4°, y ello desde la Constitución de 1822)[16].

Aguilera Ortiz incide en una buena muestra de sensatez de la Corte Suprema al hacer resaltar, por una parte, la buena fe que debe primar en las relaciones jurídicas y especialmente con la Administración, cuya misión básica y fundamental es promover el bien común, no cargando los errores que ella puede haber incurrido a quien es enteramente ajeno a ellos y, por otra parte, radicar en la autoridad municipal en estos casos de registros u observaciones o dictámenes posteriores referentes a sus actos alcaldicios, la decisión de ponderar las necesidades del servicio municipal [educacional, normalmente) y, en consecuencia no habiendo ni corrupción ni faltas a la probidad, mantener un acto de nombramiento (o sanción disciplinaria), haciendo primar las situaciones jurídicas ya consolidadas y cuyos efectos concretos se encuentran adquiridos por los destinatarios. Así como la mala fe todo lo corrompe, la buena fe todo lo purifica.

Y recuérdese que las materias "litigiosas" –y lo son en cuanto afecta los derechos de las personas– son materia de "reserva judicial", no de "reserva contralora", conforme al artículo 6°, inciso 3° de la LOCCGR y art. 73/76 de la Constitución, disposición no sólo coherente con nuestro sistema jurídico (plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia), sino además de su notorio carácter práctico, a fin de impedir que la Contraloría se transforme en juez de los derechos de las personas.

15 D.F.L./H. N° 400 bis, de 12.05.1927.

16 Lo que sólo es en materia de "cuentas" (vid. Títulos VI y VII, Ley N° 10.336 (arts. 85 a 130).

EL MALTRATO LABORAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Carmen Gloria Pérez Villar

Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Valparaíso, administrador público Universidad de Los Lagos, Magíster en Derecho por la Universidad de Valparaíso, profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valparaíso, carmengloriaperez@uvach.cl.

RESUMEN:

En el presente trabajo examinamos los conceptos básicos de la figura del *mobbing* o maltrato laboral cuando éste se da en el ámbito público, donde precisamente se ve potenciado por los principios jerárquicos y de estabilidad en el empleo. Revisamos, además, jurisprudencia judicial y administrativa, sobre casos de esta índole, donde se ve un incipiente reconocimiento de la figura y una consideración a nivel internacional de los derechos fundamentales de los trabajadores; todo ello como un aporte a una mayor preocupación oficial acerca de esta importante materia.

Palabras clave: *Mobbing* - Acoso laboral en la función pública - Funcionarios públicos y maltrato.

Introducción

El nuevo paradigma de nuestra sociedad –nos referimos al llamado fenómeno de la globalización– ha tenido también un fuerte reflejo en el mundo del trabajo, pues la fuerza laboral tiene hoy igualmente un carácter global. Así, el empleo local se ha visto afectado, por una parte, por la presencia de trabajadores migrantes que ingresan al país buscando mejores condiciones de vida, transformándose en una importante competencia para los trabajadores nacionales, y también, por otra parte, porque la oferta de trabajo se ha trasladado a países que poseen grandes fuerzas laborales a un menor costo. Esta situación está afectando el empleo tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, lo que unido a la creciente automatización del trabajo ha llevado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a hablar de "la crisis mundial del empleo"[1]. Por ello, algunos autores reconocen que tener un empleo "estable" hoy en día es una especie de privilegio[2]. Estas circunstancias, a nuestro modo de ver, propician el ambiente para el surgimiento de situaciones complejas como las que aquí comentaremos[3].

El tema del maltrato laboral, también conocido como *mobbing,* si bien no es un fenómeno nuevo, está siendo objeto de estudio en distintas disciplinas, desde que se ha constituido una fórmula recurrente y cada vez más sofisticada de tortura psicológica, la que puede cumplir

1 Cumbre de la OIT sobre la Crisis Mundial del Empleo, 15-17 de junio 2009.

2 Prueba de esta realidad la expone una autora trasandina en los siguientes términos: "Los argentinos hoy más que nunca conocemos el padecimiento de vivir en país empobrecido donde el tener trabajo es un privilegio en sí mismo, sin importar en qué condiciones. Esto lleva muchas veces a la tiranía del empleador que abusa de la situación de extrema necesidad del trabajador, sabiendo que el empleo se ha tornado en un bien económico en alza", Livellara (2006), p. 15.

3 Ver Carrasco y Vega (2007), p. 4; Fraga (2007), p. 407.

varios fines dependiendo del contexto en que se dé. Por una parte, puede ser consecuencia de la conducta patológica de individuos que, mediante el ejercicio abusivo del poder en el lugar de trabajo, logran algún tipo de satisfacción que les permite suplir sus propias carencias y complejos. Adicionalmente, puede constituir un mecanismo o estrategia de la institución[4] o sus jefaturas para eliminar a un trabajador, cuando se le crean condiciones ambientales de trabajo tan ingratas que dejan como única alternativa la autodesvinculación, con el consecuente perjuicio laboral, patrimonial y psicológico que ello implica para el afectado. Los motivos, en este caso pueden ser de muy variada índole: económicos, para evitar despidos con indemnizaciones; político-partidistas, para deshacerse de personas comprometidas con otras opciones; gremiales, para eliminar potenciales líderes; de blindaje, para otorgar cupos a nuevos empleados, quienes por esta vía pueden convertirse en adherentes de la autoridad; personales, para favorecer a parientes u otras relaciones afectivas privadas, etc.

Nosotros estimamos que las cuestiones de género[5], en el más amplio sentido, siguen siendo aún causa de mucha discriminación; igualmente las generacionales[6], debido a los grandes cambios, especialmente en la tecnología. También muy importantes son las represalias por la participación sindical o gremial, la que suele verse como una amenaza o falta de adhesión a la autoridad, las denuncias de corrupción y el favorecimiento simple y llano a parientes, amigos y relaciones sociales y afectivas.

Desde el punto de vista sociológico, quizá se puedan agregar algunas circunstancias que han potenciado las situaciones de maltrato, como es el aumento de la violencia en todas las áreas; la exacerbación de la competencia; la ambición desmedida por los bienes y servicios que produce el mercado; la crisis de la familia; el estrés de la vida actual, etc., circunstancias que pueden descubrir a un maltratador y también a posibles víctimas.

El tema preocupa a nivel global. En Europa se da cuenta de ello en un instrumento especialmente diseñado por la Universidad de Alcalá de Henares, como es el *barómetro Cisneros 2007,* donde se establece que uno de cada cinco funcionarios activos se siente víctima del maltrato habitual por parte de superiores o compañeros de trabajo. Ello es especialmente cierto en las Administraciones locales medianas y pequeñas. También se señala que "en 2005, un estudio realizado por el [Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda] estableció que más del 20% de los funcionarios de [algunas de sus agencias que indica] eran víctimas de la presión, el maltrato y el hostigamiento habitual. Ello dio lugar a varias preguntas parlamentarias y comparecencias de los responsables de estas agencias"[7]. Así –concluye el autor citado– "en el sector público, la dificultad de sancionar a quien acosa, unida a la baja probabilidad de que las víctimas renuncien a su trabajo explica que la mayoría de estos casos se conviertan en crónicos y que se acumulen en el tiempo"[8].

---

4 Los autores reconocen distintos adjetivos para el *mobbing,* dependiendo justamente de las condiciones en que se da o los fines que persigue. Por ejemplo, se habla de *mobbing* institucional, estratégico, singular, plural, vertical, horizontal, entre otros. Ver Planet (2010), pp. 98-100.

5 Planet (2010), p. 99.

6 Ver Muñoz (2006), p. 9.

7 Piñuel (2008).

8 Piñuel (2008).

En el caso de Chile, en un artículo publicado en la página web del Congreso Nacional se señala que en nuestro país "no hay estadísticas respecto al tema, considerando que es una situación difícil de demostrar y muchas veces ni el propio afectado es consciente de que es una víctima de este tipo de agresión. Según la Dirección del Trabajo, el *mobbing* se da más frecuentemente cuando el trabajador ejerce derechos como tomar una licencia, afiliarse a un sindicato o denunciar a un empleador por alguna actividad ilegal. Al menos en cuanto a autopercepción, la mayor parte de los trabajadores chilenos no sienten que se les respeta en su lugar de trabajo. Según encuestas del año 2002, efectuadas por el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea (Barómetro Cerc), el 69% de las personas consideraba que los jefes no eran respetuosos en su trato, mientras que otra investigación del mismo organismo en 2005 develó que sólo un 49% de las personas creían que los empleadores entregaba un trato digno a los empleados"[9].

La consecuencia más peligrosa, aparte de la pérdida del empleo –cuando los actos de hostigamiento logran su objetivo y consiguen que el trabajador renuncie a su trabajo, con los perjuicios patrimoniales y morales que ello implica–, es el daño a la salud de la persona, que puede ser muy grave y difícil de revertir. Una experta en el tema nos dice que "El acoso moral deja huellas indelebles que pueden ir desde estrés postraumático hasta una vivencia de vergüenza recurrente e incluso hasta cambios en la personalidad. La desvaloración persiste aunque la persona se aleje de su agresor. De alguna manera se puede decir que la víctima lleva una cicatriz psicológica que la hace frágil, la lleva a vivir con miedo y a dudar de todos y de todo el mundo"[10]. Otro autor sostiene "que el proceso tiende a la aniquilación del acosado para que ante el sufrimiento que experimenta abandone la organización. Así, la empresa acaba siendo un *campo de concentración*"[11].

Una situación muy grave que se debe destacar es el cambio en la dinámica que se da en la organización, creándose todo un ambiente insano que tolera y avala las patologías de los personajes oscuros que manejan el poder. Así, la doctrina advierte que "también se observa cómo el miedo genera conductas de obediencia, cuando no de sumisión, en la persona atacada, pero también en los compañeros, que dejan de hacer y que no quieren fijarse en lo que ocurre alrededor (si es que son sólo espectadores y no cómplices conscientes que aprovechan la situación que los favorece al entorpecer o eliminar a un competidor más cualificado"[12].

En el presente trabajo pretendemos hacernos cargo de un tema complejo y delicado y dar una visión sobre algunos tópicos del fenómeno, cuando operan especialmente dentro del ámbito público, para lo que nos apoyaremos en la jurisprudencia administrativa que ha comenzado a hacerse cargo de un asunto más común de lo que podría pensarse. También veremos cómo a nivel interamericano los órganos de protección de los derechos humanos han considerado el maltrato laboral como una forma de discriminación y de vulneración de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la igualdad, lo que amerita las correspondientes correcciones

9 Mazzo (2009).

10 Hirigoyen (2001), p. 145, citado por Livellara (2006), p. 34.

11 Sagardoy, citado por Barbado (2004), p. 1.

12 Barbado (2004), p. 2.

respecto de quién ejerce el maltrato, sea en el ámbito público como privado, y las debidas reparaciones para quienes las sufren.

1. El acoso psicológico o *mobbing* en el ámbito público

Es considerable el material doctrinario que existe sobre la materia, básicamente producido en el presente siglo, lo que demuestra que es un tema emergente de gran relevancia, que ha sido acogido multidisciplinariamente y con determinación desde que comenzó a discutirse públicamente. Creemos que ello se ha producido, precisamente, porque la doctrina de distintas especialidades se interesó en transparentar un tema que era más grave y más común de lo que se creía. Ello no significa que el fenómeno no existiera anteriormente, sólo que, dentro de las características propias del maltrato psicológico está justamente el menoscabar y anular a la persona, de manera que sienta que es ella la responsable de su desvaloración laboral, por lo que usualmente no se hacían denuncias ni reclamos.

En nuestro país, sin embargo, tanto a nivel legal como jurisprudencial el tema aún no se consolida, por lo que es particularmente importante el aporte que la doctrina pueda hacer al respecto.

Es reconocido que el ámbito público es una plataforma que se presta para el desarrollo de este tipo de conductas de maltrato. Por ello los expertos coinciden en afirmar que es en este ámbito donde se producen los casos más numerosos y relevantes de acoso psicológico[13]. Un autor nos dirá que "la relevancia y las peculiaridades de este sector de personas y organizaciones afectadas quedan inmediatamente de relieve si se recuerda que todos los estudios, oficiales o particulares, disponibles sitúan un porcentaje mayor de víctimas en las organizaciones públicas, lo que al mismo tiempo, ha llevado a diversos países a tomar iniciativas legislativas en este ámbito"[14].

Así, algunos autores afirman que "la máxima incidencia del fenómeno se verifica en la Administración, dado que lo que impera en la práctica es la falta de democracia en las relaciones laborales con deseo de poder y sometimiento hacia el subordinado y porque lo que está en juego, en realidad, no es la productividad sino el ego de sus dirigentes"[15].

Con otras palabras un autor señala que, "paradójicamente, es en este tipo de lugares de trabajo donde la probabilidad de aflorar y expandirse el riesgo de acoso u hostigamiento psicológico es mayor […] ello se debe a que, entre otras razones, la propia fuerza de las leyes de inercia histórica y la obsolescencia de buena parte de sus paradigmas de regulación organizativa hacen que predominen las estructuras cerradas, el reglamentismo y una cultura de gestión que sigue considerando el poder y el control como valores prioritarios para conseguir la eficacia, frente a otros parámetros propios de las organizaciones de empresa, como la productividad,

13 Libro Blanco. Los riesgos psicosociales en la Administración. Equipo de investigación Cisneros. Citado por Xiol (2006), p. 374.

14 Molina (2005), p. 40.

15 Rosillo, citado por Barbado (2004), p. 3.

la eficacia, la competitividad o incluso, la racionalidad. [..] Es que la organización del trabajo y la gestión del personal en el ámbito público se muestran, lamentablemente, como un campo especialmente abonado para la emersión y desarrollo de gravísimas patologías laborales, vicios institucionales y conflictos interpersonales degenerativos, ignorando y contradiciendo hasta el paroxismo los más elementales principios que, por imperativo constitucional, han de inspirar la actividad del Estado"[16].

Las explicaciones que los autores dan respecto de la creciente presencia del fenómeno en las administración pública son, entre otras: "el carácter cerrado y disciplinario de estas organizaciones; excesiva discrecionalidad, cuando no, lisa y llanamente arbitrariedad en el ejercicio del poder de gestión de personal; la estabilidad en el empleo y la rigidez de las normas ordenadoras de los puestos de trabajo"[17]. Confirmando estas ideas, otro autor nos dirá: "el hecho de que este procedimiento sea tan habitual en este sector se debe a que el aval a la arbitrariedad, el sometimiento y la impotencia aprendida hacen posible que se consideren normales conductas que no lo son, llegándose a calificar de *persona equilibrada* o *persona que sabe adaptarse a las circunstancias* a la que no cuestiona las abiertas violaciones a las normativas vigentes, ni mucho menos las arbitrariedades, algunas de ellas incluidas (avaladas y consolidadas) en las mismas normativas vigentes. La abierta discrepancia con tales iniquidades y con la violación de las normas se atribuye a las características personales conflictivas. Por el contrario, lo natural, lo esperable es la *conformidad automática*"[18].

A pesar que en Chile la función pública se da bajo diferentes regímenes jurídicos, es decir, desde el simple contrato de trabajo, pasando por la prestación de servicios (contrato a honorarios), el régimen de contrata y el empleo público propiamente tal (planta), y que el *mobbing* puede darse en cualquiera de dichas hipótesis, estimamos que en el último caso el fenómeno cobra su más dramática dimensión por las características y estructura propia de la Administración pública, especialmente, por el principio de la estabilidad en el empleo y el principio jerárquico. Así, las situaciones de maltrato se dan en todo tipo de instituciones del Estado, de lo que dan cuenta trabajos como: *Cuando el Estado castiga: el maltrato laboral a los empleados públicos en Chile*[19]*; Ensayo de serenidad. El profesor universitario en el mundo actual*[20]*; Las tribulaciones de un universitario en la universidad*[21]*; Un problema complejo: enemistades entre funcionarios*[22]*,* entre otras.

Sobre este respecto la doctrina comparada confirma que, "En el caso de los funcionarios públicos, el régimen estatutario al que se hayan sometidos (sistema de derechos y deberes regulado por la norma que les confiere un estatuto orgánico y funcionalmente protegido y estable en el seno de la estructura administrativa) añade características especiales al acoso psicológico

16 Molina, citado por Barbado (2004), p. 4.

17 Molina (2005), p. 42.

18 Scialpi, citado por Barbado (2004), p. 4.

19 Zorrilla (2006).

20 Pedrals (2006).

21 Martínez (2010).

22 Pedrals (2009).

cuando acaece en el peculiar entorno laboral que surge de esta especial regulación, que se caracteriza por una minuciosa reglamentación, un mayor grado de homogeneidad y unas mayores dificultades y limitaciones para la movilidad"[23].

Así, el principio de estabilidad en el empleo, si bien protege a los funcionarios de los arbitrios más extremos de un cambio de régimen político, no los deja a salvo del maltrato, más o menos, sutil que permiten las relaciones de poder. La doctrina es conteste en reconocer que *"el estatuto de los funcionarios públicos reconoce a éstos una situación de estabilidad al margen de los cambios políticos y éstos pueden dar lugar a fricciones de carácter partidistas o ideológico que desemboquen en actitudes o situaciones de acoso. Especialmente ocurre así cuando confluyen situaciones de celos respecto de la capacidad profesional de los funcionarios, deseo de obtener vacantes para favorecer a la clientela o propósito de conseguir fines políticos actuando al margen de las reglas técnicas o legales"*[24].

Otro de los factores que se señalan como propicios, para que dentro de la función pública se favorezca la existencia de situaciones de acoso psicológico, es el principio jerárquico que da origen a estructuras rígidas y que dificultan la movilidad dentro de la organización.

A estas circunstancias particulares que favorecen el *mobbing* en la Administración, debemos sumar aquellas causas comunes que la doctrina identifica para el ámbito privado, entre ellas: "la competición por la promoción en la carrera, la represalia por no haber aceptado proposiciones sexuales o por haber combatido judicialmente las iniciativas de los superiores, el deseo de culpabilizar a aquellos a quienes concurren factores diferenciales o situaciones personales o familiares envidiables o, finalmente, la intención de hacer una demostración de poder en el ámbito de la organización a costa de uno o varios funcionarios especialmente propicios por su situación o por sus características psicológicas"[25].

La jurisprudencia española ha configurado los actos de acoso moral como *"una serie de actuaciones que constituyen, en su conjunto, lo que el recurrente considera como una situación vejatoria de hostigamiento y acoso laboral que, a su juicio, está padeciendo, incompatible con los derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad moral, a la prohibición de tratos degradantes, derecho al honor, etc."*[26].

Algunos países han enfrentado directamente el problema, con lineamientos explícitos al más alto nivel. Así ocurre en Canadá, donde "se dispone de una política sobre el acoso en el lugar de trabajo que se aplica a todos los ministerios y organismos de la función pública, cuyo objetivo es crear un ambiente de trabajo que estimule la productividad y sea propicio para la dignidad y la estima de todo los empleados y les permita conseguir sus objetivos personales". Además, "existe para el seguimiento de los casos de acoso una Comisión de la Función Pública

23 Xiol (2006), p. 374.

24 Informe del observatorio Vasco sobre acoso moral el trabajo-mobbing. Citado por Xiol (2006), p. 375.

25 Xiol (2006), pp. 375-376.

26 STSJ Madrid (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 9ª) 13 julio 2005, citada por Xiol (2006), p. 377.

que investiga sobre las denuncias de acoso formuladas por los funcionarios"[27]. También en el caso argentino hay una incipiente normativa especial al respecto en varias provincias[28].

2. Elementos del *mobbing*

Expertos de distintas disciplinas han señalado algunos elementos básicos que permiten identificar las situaciones de hostigamiento psicológico que venimos comentando, entre ellos los siguientes:

2.1. Elemento material

Se trata de un conjunto de conductas y situaciones que tienen como resultado la desestabilización psicológica de la persona pues, aunque sutiles, implican actos de "persecución u hostigamiento sistemático y planificado e injustificado, de un sujeto activo (compañero de trabajo, superior o subordinado) a un sujeto pasivo en el marco de una relación laboral"[29]. Los comportamientos hostiles vinculados al acoso psicológico pueden ser muy diversos. Se citan como ejemplo "las maquinaciones en relación con el puesto de trabajo, el deterioro o alteración del entorno físico laboral, ataques emocionales, ataques a la salud del trabajador, críticas destructivas, maltratos verbales, actos encaminados al deterioro del rendimiento laboral, privación de medios de trabajo, acusaciones falsas, inducción a cometer errores, calumnias, coacciones, amenazas, ataques físicos o psicológicos, aislamiento, imposición de sobrecarga de trabajo, vaciamiento de trabajo o funciones"[30].

Una jurisprudencia española de 2005 señaló que, entre otros, *"envuelven indicios suficientes de la práctica de acoso psicológico para la iniciación de un proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona:*

- *Limitación y vaciamiento de las funciones propias del puesto ostentado.*
- *Recepción de órdenes e instrucciones contradictorias provenientes de los superiores jerárquicos.*
- *Imposibilidad de cumplimiento de tareas asignadas por falta de medios materiales, técnicos y humanos.*
- *Nombramiento de terceras personas y asignación a las mismas de funciones inherentes al cargo a otra persona, a fin de dejar el puesto vacío de funciones.*
- *Aislamiento respecto al resto de compañeros, ridiculización y humillación del funcionario afectado.*

27 Carrasco y Vega (2007), p. 10.

28 Ver Muñoz (2006), p. 23. Otras legislaciones existen en Francia, Suecia y Bélgica. Ver Lepin (2008), p. 17.

29 Xiol (2006), pp. 378- 379.

30 Xiol (2006), p. 379.

– *Control y seguimiento exhaustivo, siendo el funcionario afectado el único sometido a ello"* [31].

La doctrina destaca que: *"en el ámbito de la función pública se registra una especial incidencia de actos administrativos relacionados con la degradación del puesto de trabajo o de la carrera del funcionario mediante medidas de reorganización o excluyéndolo de la promoción interna con los cursos de formación; con el vaciamiento de funciones; y con el sometimiento a actuaciones inspectoras o disciplinarias sin la debida justificación o en condiciones de desigualdad respecto de los restantes funcionarios. Estos actos suelen ir en muchas ocasiones acompañados de otros actos de hostigamiento psicológico"* [32].

De todas las conductas señaladas que pueden estar presentes en una situación de *mobbing,* mención especial nos merece –por la sutileza de la acción–, aquella que dice relación con no asignar tareas al trabajador o contratar a otro para que realice sus funciones, ya que en este caso no hay una acción concreta contra el trabajador. Más bien se trata de una omisión que implica ignorar a la persona, y como tal la prueba de la hostilidad se hace mucho más dificultosa, cuestión que la doctrina también ha asumido como una *difficilioris probationis*[33]*.* Así, "el *mobbing* resulta ser silencioso y sutil en tanto conduce a un aumento de confusión y a la disminución de la autoestima de la víctima, que la lleva a responsabilizarse de lo que sucede y no hablar del tema por miedo a ser juzgada y etiquetada por los compañeros y la dirección como problemática"[34].

2.2. Elemento temporal

Coincidiendo con la doctrina citada[35], estimamos que en el ámbito de la función pública, el requisito de la reiteración en el tiempo de la conducta hostil se desdibuja notablemente en virtud de la concurrencia de algunos factores particulares:

a) Carácter estatutario de la función pública. De esta forma, la modificación de la situación de los funcionarios se realiza normalmente mediante resoluciones o actos administrativos. "De ahí que mediante una decisión singular […] se puede condicionar de manera permanente la situación de un funcionario ejerciendo presión sobre él. La acción de hostigamiento, que en el ámbito laboral [general] exige una serie continuada de actos, en el ámbito de la función pública puede lograrse muchas veces mediante una simple resolución con efectos permanentes. El requisito de la persistencia en el tiempo de los actos de hostigamiento debe ser sustituido entonces por el requisito de la permanencia de sus efectos"[36].

b) La actuación administrativa se funda en el acto administrativo. Así, las conductas de acoso pueden darse de la siguiente manera:

---

31 STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), 13 julio 2005, citada por Xiol (2006) p. 330.

32 Xiol (2006), p. 382.

33 Barbado (2010), p. 1.

34 Barbado (2010), p. 1.

35 Xiol (2006), p. 386.

36 Xiol (2006), p. 386.

– La situación de hostigamiento, aun teniendo un carácter permanente en su intencionalidad y resultados, se produce, de manera predominante o absoluta, mediante una actuación administrativa singular y no mediante un conjunto de actos.

– El hostigamiento del funcionario se produce mediante una sucesión de actos jurídicos o materiales prolongados en el tiempo, cuya gravedad puede resultar, no de la importancia relativa de cada uno de ellos, sino de los efectos derivados de su acumulación y persistencia.

– El hostigamiento se produce mediante una sucesión de actos jurídicos o materiales prolongados en el tiempo, pero el proceso gira en torno a un acto administrativo singular en el que se concreta la postura de la Administración negativa al reconocimiento de una acción de cesación, correctora o de resarcimiento. [En este caso] deberá tenerse en cuenta el elemento temporal que constituye uno de los determinantes de la situación de acoso psicológico, para integrar en su valoración el conjunto de actos que a lo largo del tiempo han integrado la actitud de hostigamiento y han dado lugar al resultado denunciado.

2.3. Elemento intencional

La misma doctrina española, fundada en abundante jurisprudencia, que aquí hemos seguido, reconociendo el principio de estabilidad en el empleo, propio de la función pública o del empleo público, se hace cargo de que "las finalidades perseguidas mediante el acoso psicológico no van encaminadas habitualmente a la eliminación del funcionario víctima del *mobbing,* sino más bien a su postergación, desplazamiento o anulación temporal o definitiva"[37].

Frente a este requisito de la intención –necesario según la doctrina citada, para que determinados actos constituyan *mobbing*–, estimamos que se deben distinguir dos situaciones. Por una parte, siempre tendremos una intención común en cualquier tipo de *mobbing,* que es hacer daño, herir psicológicamente a una persona, disminuirla o anularla profesionalmente, cuyos mecanismos pueden ser muy diversos, esta sería la intención inmediata. Luego hay una segunda intencionalidad, constituida por la razón última que motiva al acosador, sea de orden personal o institucional, para hacer tal daño, también estas razones pueden ser amplísimas: desde las patologías y complejos propios del acosador, hasta las estrategias organizacionales para ahorrarse las indemnizaciones que conlleva un despido. Esta sería la intención mediata.

Este requisito nos parece el más complejo de todos, precisamente, por las dificultades probatorias de un elemento psicológico que no siempre se podrá acreditar. Por ello –en nuestra opinión–, debería bastar con acreditarse la causa inmediata, o sea, que determinadas acciones u omisiones están haciendo un daño arbitrario a una persona. Un autor nacional nos dirá que "a veces, lo que busca el acosador es, simple y llanamente, satisfacer un apetito sádico; o bien compensar sentimientos de inferioridad, de envidia o de miedo. Pero, de ordinario, el acosador quiere algo más. Desea que la víctima se someta a su designio, que cambie de actitud, que entre en vereda o, en defecto de lo anterior, que abandone su puesto de trabajo. También el acoso

37 Xiol (2006), p. 389.

puede tener la finalidad de aislar o estigmatizar a un trabajador porque es diferente y esa diferencia resulta molesta, ya para la jerarquía de la empresa, ya para uno o más de sus colegas"[38].

3. Derechos vulnerados en el *mobbing*

No cabe duda que en una situación de maltrato laboral estamos en presencia de violaciones graves de derechos fundamentales de la persona, y que independientemente de la regulación interna que cada país pueda establecer para la protección de derechos específicos en el lugar de trabajo, los instrumentos internacionales de derechos humanos, consolidados universalmente, proveen una plataforma básica de defensa contra los abusos que en distintas épocas y contextos se van configurando. A continuación y por razones de espacio, sólo listamos los derechos fundamentales que se ven abiertamente violentados ante un abuso o acoso psicológico en el campo laboral y sus fuentes principales:

a) Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIV. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7º. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11...

   La doctrina es conteste en reconocer que "el *mobbing* afecta necesariamente la dignidad que junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad tienen además de una dimensión individual una proyección social, por cuanto este concepto es el fundamento del orden político y de la paz social"[39].

b) Derecho a la integridad personal. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5º. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5º. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 16.

c) Derecho a la honra. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 5º. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.

d) Igualdad y no discriminación. Este derecho, que está presente en la mayoría de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, evidentemente se ve vulnerado en una situación de *mobbing,* donde la diferencia de poder se manifiesta en un trato odioso hacia una persona.

Este trascendental derecho igualmente se encuentra presente en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sea a nivel constitucional como legal y, por tal razón es, quizá, uno de los más indiscutidos y garantidos, aun en materia laboral. Así, nuestro Código del Trabajo dispone: *"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".* En

38 Palavecino (2004).

39 Blanco y López, citado por Barbado (2004), p. 8.

seguida, se dispone que estos actos son *"las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"* (art. 2º, incs. 3º y 4º, Código del Trabajo). Recordemos, además, que el Código del Trabajo es aplicable a los funcionarios públicos *"en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos"* (art. 1º, Código del Trabajo).

Por su parte, Contraloría ha hecho, en uno de sus Dictámenes[40], el siguiente razonamiento en lo que toca a la protección de estos derechos fundamentales: *"…la Constitución Política de la República efectúa en sus artículos 1° y 19 N° 2, un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con los principios de libertad e igualdad, conformando una verdadera 'trilogía ontológica' que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, constituyéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. (Humberto Nogueira Alcalá, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, 1997, pág. 113)".*

"En este contexto, dicho principio es recepcionado en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a la no 'discriminación', estableciendo, en el artículo 19 N° 16, de la Carta Fundamental, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal".

"En seguida, es menester precisar, además que en conformidad a lo prevenido en los artículos 17 y 45 de […] de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el personal de la Administración del Estado estará sometido a un sistema de carrera que proteja la dignidad de la función pública y que guarde conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado".

"A su vez, se debe hacer presente que la Convención sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de la Organización Internacional del Trabajo, texto promulgado en Chile mediante el Decreto N° 733, de 1971, establece que el término discriminación comprende, a saber: 'cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación'".

"Por su parte, la letra f) del artículo 3°, del Estatuto Administrativo […], dispone que la carrera funcionaria es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad".

"De esta manera, es posible colegir que nuestro sistema jurídico reconoce en el principio a la no discriminación, un derecho fundamental, expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana, la que debe ser protegida y amparada por todos los Órganos

40 Dictamen Nº 28.477/2006.

del Estado, a la luz de lo contemplado en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6°, de la Constitución Política de la República".

Por último, otros derechos que eventualmente pueden ver violentados, además de los ya mencionados, son: la libertad de expresión e información, la intimidad y la imagen, la libertad ideológica y religiosa, el derecho a reunión y, por último, la tutela judicial efectiva, que permite y facilita la garantía para el respeto de los demás derechos mencionados.

Debemos tener presente que estos derechos reconocidos al trabajador deben conjugarse también con los derechos reconocidos al empleador para dirigir y administrar su organización, de manera que –como señala la doctrina–, *"la relación entre titulares de derechos fundamentales conlleva necesariamente a la labor de ponderación del juez"* [41]. La misma doctrina señala que *"si bien los tribunales de justicia chilenos habían comenzado a reconocer los límites a las facultades del empleador respecto a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, podemos afirmar que es con la aparición del procedimiento de tutela cuando se logra la mayor apertura en el reconocimiento de estos límites, abriendo la gran compuerta a la ponderación de los derechos fundamentales como límites entre sí. Ejemplos de esta ponderación lo constituyen las sentencias pronunciadas en los procesos conocidos como 'caso Kronos' de Copiapó y 'Colegio Alemán' de Valparaíso"* [42]. Así, en fin, la doctrina señala que "el acoso moral corresponde a un ilícito constitucional pluriofensivo, porque lesiona diversos derechos fundamentales" [43].

En cuanto a regulación específica, capítulo aparte merecería la actividad impulsada por la OIT[44], la que, precisamente, ha desarrollado toda una línea de trabajo fundada en el respeto de la dignidad de la persona a través del concepto de "trabajo decente".

4. Algunos aspectos complejos en la configuración del *mobbing*

a) Delimitación de los contornos de la figura. Existe debate en la doctrina en cuanto a la configuración exacta de las conductas que constituyen *mobbing,* por cuanto como existe un alto porcentaje de elementos psicológicos, tanto en la víctima como en el victimario, es difícil hacer generalizaciones.

   Se discute, por ejemplo, si es necesaria una intención especial en el realizador de los actos de hostigamiento y qué pasa si no se logra acreditar dicha intención pero igualmente tenemos un daño. También puede ocurrir que el supuesto acosador realice conductas cuestionables similares con distintos trabajadores, pero que no a todos les afecta por igual. Algunos autores estiman "que se configura el acoso aun cuando no se acredite la referida intencionalidad. Así, se puede estar en presencia de una situación de acoso moral aun cuan-

41 Planet (2010), p. 108.

42 Planet (2010), pp. 108-109.

43 Lepin (2008), p. 19.

44 Ver Di Nubila (2005), p. 17.

do el sujeto [activo] no tenga dicha intención en el plano conciente. De todos modos el juez puede extraer en forma objetiva de la gravedad de las conductas acreditadas en el juicio, la referida intencionalidad"[45].

b) Necesidad de un daño psicológico profundo. Por otra parte, también la doctrina mayoritaria plantea como rasgo propio de la figura la necesaria existencia de un daño psicológico de gran magnitud. De este modo, pareciera que sólo si tenemos una víctima "destruida" psicológicamente estaríamos en presencia de una situación de *mobbing*[46]. Nos parece complicado también este requisito por cuanto no todas las personas tienen igual fortaleza moral, espiritual o psicológica, lo que no puede significar que actos evidentemente agresivos y discriminatorios en el ámbito laboral no deban ser conocidos y sancionados sólo porque aún no producen el daño de la "envergadura" apta para ello.

   Esta falta de uniformidad en la configuración del fenómeno explica que en algunos países el tema se considere desde accidente del trabajo o enfermedad profesional[47] –o sea, se le vincule con una cuestión relativa a la salud del trabajador–, y en otros se trate como una cuestión de índole penal[48].

c) Prueba de las conductas de acoso o maltrato. La doctrina advierte también que *"este tipo de violencia tiene una característica diferencial respecto de otros tipos de violencia que se presentan en el ámbito laboral, que es la de no dejar rastro ni señales externas a no ser por el deterioro progresivo de la víctima, que suele ser atribuido intencionalmente a otras causas, tales como problemas de relación, de personalidad, carácter difícil, o bien incompetencia profesional. También se ha dicho que este tipo de violencia se concentra especialmente en la manipulación de lo cultural, los significados y la comunicación que definen la identidad social del acosado, a veces, hasta destruirlo físicamente"* [49].

   Así, como hemos venido reiterando, se trata de comportamientos sutiles, muchas veces amparados en la propia ley, pero que al ser discriminatorios y producir efectos odiosos en la persona llevan al desmedro psicológico y al menoscabo laboral del trabajador, en los términos que la doctrina citada expone. Sin embargo, la misma doctrina advierte que esta dificultad, que ha permitido la impunidad de muchas de estas conductas perversas en el lugar de trabajo, no puede ser obstáculo para que ellas se corrijan, para lo cual habrá que procurar un sistema que permita tanto su prevención, como la detención de dichos actos violentos una vez que ellos se están desarrollando, y por cierto la justicia para los responsables a través de la sanción de los culpables y las indemnizaciones a los afectados[50]. Por su parte, *"en cuanto a la valoración de la prueba, dada la natural falta de paridad que surge de la relación trabajador-empleador, corresponde la aplicación del principio in dubio pro operario en las cuestiones de hecho, como las que están involucradas en las situaciones*

45 Mangarelli (2008), p. 75.

46 Ver entre otros Carvajal (2008), p. 21; Carrasco (2006), p. 12.

47 Ver Muñoz (2070), p. 45.

48 Ver Prado (2005), p. 93; Pérez (2007); Sansone (2006).

49 Fuertes y Alonso, citado por Barbado (2004), p. 9.

50 Barbado (2010), p. 2.

de violencia [psicológica]. […] no se trata de que el tribunal supla deficiencias probatorias sino de valorarlas de manera adecuada a las circunstancias y, en caso de duda, de volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador"[51].

d) Pasividad del entorno. Este es un factor determinante que favorece la existencia del *mobbing,* ya que convalida una situación en que una persona comienza a ser neutralizada sistemáticamente sin recibir el debido apoyo de su círculo, sea por temor a las represalias, sea por mera indiferencia o sea por propia conveniencia. Un autor nos señala que *"debe tenerse en cuenta que uno de los principales elementos que sirven para amparar y favorecer el éxito de la conducta acosadora u hostigadora es, precisamente, la pasividad de los restantes miembros del grupo respecto de esta situación de persecución psicológica, facilitando o consintiendo, por tolerancia o dejadez, o por conveniencia, el aislamiento y el vacío al trabajador"* [52].

   En este sentido, si bien hay un autor directo del acoso por la situación de poder real o fáctico de que goza, también hay un buen número de cómplices que participan en la configuración de un ambiente laboral discriminatorio, insano o tóxico psicológicamente que puede tener distintas consecuencias y gravedad dependiendo, también, de las características personales de la víctima.

e) Responsabilidad de la organización. Un tema que también se discute es la responsabilidad que le cabe a la organización que permite o tolera situaciones de acoso en el lugar de trabajo, donde se ha producido daño a un trabajador. Nos parece evidente que las responsabilidades deben ser compartidas en la medida que a cada cual corresponde. El problema que aquí se repite es en cuanto a la dificultad de la prueba y la falta de consolidación jurídica en una ley específica sobre el tema, de manera que el rol del juez es central en el reconocimiento de esta forma especial de vulneración de derechos fundamentales. La doctrina es conteste en reconocer que *"el empleador debe proteger la integridad física y psíquica del trabajador, cuidando que el ambiente de trabajo tenga condiciones adecuadas de seguridad e higiene. […] Ello supone el deber de adoptar todas las medidas de prevención a efectos de preservar la salud y seguridad de los trabajadores y la moralidad del ambiente de trabajo"* [53].

f) Costos para la organización. Los expertos reconocen ampliamente que *"las conductas abusivas se repiten en distintos países, que el número de trabajadores es elevado, y los daños variados y cuantiosos (las víctimas en muchos casos se enferman, las empresas deben asumir los costos del ausentismo, baja productividad, etc.). Se observó entonces que el acoso en el trabajo en sus variadas modalidades, podía ser un fenómeno de relevante dimensión, por el número de personas afectadas y los daños que causa a las víctimas, a las empresas y en general a la sociedad"* [54].

---

51 Barbado (2010), p. 2.

52 Molina, citado por Barbado (2004), p. 7.

53 Mangarelli (2008), p. 83.

54 Mangarelli (2008), p. 68.

Nosotros agregamos el ítem de las indemnizaciones que el Estado debería pagar por la responsabilidad de sus agentes en el daño producido a los funcionarios afectados por el acoso.

g) Regulación especializada. En algunos países se ha intentado adoptar una legislación especial que se encargue de prevenir, corregir y sancionar la violencia y persecución psicológica, incluso creando órganos especializados anti *mobbing* u otorgándole a las entidades gremiales un rol activo frente al fenómeno. También se plantean acciones judiciales originales debido a las características singulares de la violencia psicológica y, por último, consagrando la debida publicidad del tema como un medio de desincentivar dichas conductas en las organizaciones[55].

Sin embargo, estimamos que, aun sin dicha legislación específica, las normas sobre protección de derechos fundamentales debieran bastar para evitar dicho ilícito, pues generalmente la legislación especializada está pensada para algún tipo específico de acoso (por ejemplo, el de origen sexual), o está dada en un el ámbito particular (como el privado), sirviendo ello como excusa para excluir la justiciabilidad de formas más sofisticadas de hostigamiento.

5. Jurisprudencia

En el siguiente apartado citamos alguna jurisprudencia donde se han reconocido situaciones de acoso laboral, maltrato o *mobbing,* tanto en el ámbito judicial como administrativo, que afecta a funcionarios públicos.

También citamos, a modo analógico, algunas situaciones que se han dado en el sector privado. Por último, hacemos referencia a algunos casos que se han visto en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

5.1. Jurisprudencia judicial

- La Corte Suprema confirmó demanda por la que se hizo lugar al recurso de protección intentado por una trabajadora municipal, en contra de su jefe, haciendo valer el derecho constitucional a la vida y a la integridad física y psíquica, ordenando el cese de los tratos o medidas abusivas que debiliten o impidan un ambiente laboral sano y digno de los trabajadores[56].

Es en el ámbito privado, donde más se ha desarrollado la jurisprudencia nacional en la materia, citamos, a modo de ejemplo, algunos casos que se han hecho cargo del tema en los siguientes términos:

- Corresponde indemnizar el despido injustificado de una Oficial de Sala del Tribunal Electoral Regional de la Décima Región que estuvo influenciada por acoso psicológico para que la

55 Ver Livellara (2006), p. 19 ss.

56 *Ramis con Municipalidad de Valdivia* (2006).

empleada presentara una nueva renuncia voluntaria. Se acoge la demanda, indemnizando de conformidad con artículo 168 letra a) del Código del Trabajo[57].

- Los tribunales del trabajo son competentes para conocer de la indemnización por daño moral producido por acoso laboral[58].
- El daño moral sufrido por la trabajadora, producto de las conductas de acoso laboral de uno de los dependientes de la compañía, debe ser indemnizado por la empresa[59].
- Se valida la sentencia en que se acogió la denuncia de tutela de derechos fundamentales, por el acoso laboral sufrido por el actor[60].
- La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó, por mayoría, la sentencia apelada que obliga al empleador a indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios derivados del acoso moral sufrido en el trabajo[61].

5.2. Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República

Las búsquedas "generales" en la página web de Contraloría, con los criterios "acoso laboral" y "maltrato" arrojan más de 200 dictámenes vinculados al tema, con muy distintas argumentaciones y resultados. Revisados los dictámenes del año 2012 y otros anteriores, destacamos algunos pasajes de especial interés, que nos muestran los criterios que la entidad ha seguido en este tipo de circunstancias:

- Cabe señalar que la Contraloría no constituye una segunda instancia respecto de procedimientos sumarios que se han instituido para investigar faltas a la probidad, como en los casos de acoso, aclaración que la misma institución indica en los siguientes términos: *"Como cuestión previa, es del caso anotar que el sumario de la especie fue incoado con el objeto de investigar y determinar la eventual responsabilidad administrativa del afectado en conductas de acoso sexual a funcionarias que se desempeñaban en la escuela básica "XXX", en la que [el recurrente] cumplía funciones de director. En seguida, es menester precisar que si bien corresponde a este Organismo de Control velar porque se respeten las normas legales y constitucionales que rigen a los funcionarios municipales en esta materia, entre ellas, las relativas a la responsabilidad administrativa, tal circunstancia no lo convierte en una instancia procesal por cuyo intermedio se pueda dejar sin efecto un acto administrativo dictado por la autoridad competente para ese efecto, sobre la base de la exposición de los mismos hechos ya investigados en el sumario"* [62].

---

57 *Hernández con Tribunal Electoral Regional de la Décima Región* (2008).

58 *Muñoz con MJCH_MJJ24940 Corporación de Capacitación y Empleo SOFOFA* (2010).

59 *MJCH_MJJ27987 Flores con Isapre Más Vida S.A.* (2011). Doctrina, Fallos, mobbing.

60 *Pérez con Serviclínica Iquique S.A.* (2010).

61 *MJCH_MJJ19277 Pereira con Mario Véjar e Hijo Ltda.* (2008).

62 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 18.326/2008.

- En este caso el organismo fiscalizador se pronuncia respecto de un sumario donde se aplica la medida de destitución, luego de un proceso disciplinario incoado con motivo de denuncias de maltrato laboral, donde, según el sancionado, no se habrían ponderado correctamente sus descargos y pruebas. Dijo la Contraloría: *"Analizadas las declaraciones […] prestadas durante el período probatorio […] del respectivo expediente, es posible concluir la efectividad del maltrato laboral ejercido por el inculpado sobre los funcionarios denunciantes, al realizar acciones tales como gritos frente a los usuarios, insultos, descalificaciones, empujones, críticas constantes a los trabajos realizados sin explicación de los motivos de las mismas, y el ejercicio de otros actos carentes del debido respeto, los que configuran atentados en contra de la dignidad de los servidores". "A su turno, acerca de la rigurosidad de la medida que se le impuso y de su falta de proporcionalidad, aspecto que también objeta el afectado, cabe señalar, en armonía con el criterio contenido en los dictámenes Nºs. 39.621, de 2008 y 54.429, de 2011, entre otros, de este Ente de Control, que la ponderación de los antecedentes y la calificación de la gravedad de la falta cometida, que da lugar a una sanción disciplinaria, queda entregada a las autoridades de los Órganos de la Administración, pudiendo esta Contraloría General objetar la decisión adoptada si del examen de los antecedentes se aprecia alguna infracción al debido proceso, a la normativa legal o reglamentaria que regula la materia, o bien, si se observa alguna decisión de carácter arbitrario, irregularidades que no se advierten en la especie".*

  "En efecto, según se aprecia del mérito del proceso, en el que ha quedado establecido que el imputado realizó maltratos y acosos laborales a varios de los funcionarios de la Inspección Provincial de que se trata, abusando por largo tiempo de la superioridad jerárquica que durante un lapso tuvo sobre ellos, llegando incluso a agresiones físicas, el ocurrente infringió sus obligaciones funcionarias afectando gravemente la dignidad y la salud sicológica de las personas afectadas con sus acciones, así como el ambiente de trabajo en esa unidad" [63].

- Frente al maltrato laboral que habría sufrido una ex funcionaria de la Universidad de Chile cuyo cargo fue suprimido, dijo el organismo contralor: *"En lo que se refiere a los supuestos maltratos laborales que habría sufrido la interesada, cabe señalar que dada la detallada descripción de las circunstancias constitutivas del asedio que se acusa, y la individualización de los funcionarios a quienes les cabe participación en ellos en calidad de agentes generadores de tales conductas, se ha estimado pertinente instruir a esa autoridad, a objeto de que disponga la iniciación de un procedimiento disciplinario con la finalidad de verificar si aquéllos efectivamente tuvieron lugar, y la existencia de eventuales responsabilidades administrativas comprometidas por parte del personal de esa dependencia"* [64].

- Presentamos, a continuación, el caso de una funcionaria que prestó servicios a honorarios en la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, y donde tras haber denunciado hostigamiento laboral allí, fue cambiada de unidad con el objeto de resguardar el clima laboral de la institución. Sin embargo, en su nueva destinación (Unidad de Control de Gestión), la encargada de esta unidad, no le habría asignado trabajo ni responsabilidad alguna, lo que

63 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 12.340/2012.

64 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 3.707/2012.

en su concepto, también fue constitutivo de acoso. Frente a la reiteración de la denuncia Contraloría señaló: *"Considerando que en esta oportunidad la denunciante aporta mayores antecedentes sobre los hechos constitutivos del asedio que reclama, en los cuales podría encontrarse involucrada la encargada de la Unidad de Control de Gestión de esa repartición, esa autoridad deberá disponer la instrucción de un procedimiento disciplinario con la finalidad de verificar si ellos efectivamente tuvieron lugar, y la existencia de eventuales responsabilidades administrativas comprometidas, lo que resulta conforme con lo señalado en el dictamen N° 58.797, de 2010, de este origen"* [65].

- En un caso donde una funcionaria fue sancionada con la medida disciplinaria de censura, luego de concluido un sumario instruido en su contra por denuncia de maltrato laboral, la recurrente (sancionada) alega faltas en la tramitación de dicho sumario, lo que fue desestimado por Contraloría, en los siguientes términos: *"En primer término, es necesario precisar que, conforme lo dispuso la citada resolución N° 325, de 2011, la ocurrente fue sancionada con la medida disciplinaria de censura, al término del proceso sumarial ordenado instruir por la autoridad, como consecuencia de una denuncia por una agresión verbal dirigida en contra de otra funcionaria, hecho que esta última estimó como maltrato laboral".*

  "En este contexto, se formularon cargos a la afectada por infracción a lo dispuesto en la letra I) del artículo 84 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, por haber realizado un acto atentatorio contra la dignidad de la denunciante".

  "En este mismo aspecto, es útil recordar que según lo disponen los artículos 140 y 141 de la precitada ley N° 18.834, la calificación de los hechos que constituyen las faltas que son materia del procedimiento disciplinario, y la determinación del grado de responsabilidad administrativa que en ellos le cabe a los imputados, son materias que han sido entregadas a los órganos de la Administración activa, correspondiéndole a esta Entidad de Control, en todo caso, objetar la decisión del Servicio si del examen de los antecedentes sumariales se aprecia alguna infracción al debido proceso, a la normativa legal o reglamentaria que regula la materia, o bien, si se observa alguna decisión de carácter arbitrario, lo que no se advierte en la especie" [66].

- En la siguiente jurisprudencia se trata del reclamo de un conjunto de funcionarios en contra de su ex jefa de unidad, donde la Contraloría resolvió lo siguiente: *"Expresan los recurrentes que la citada jefatura incurrió frecuentemente en conductas reprobables, tales como desprestigiar tanto a los funcionarios pertenecientes a la unidad a su cargo como también a trabajadores que ya no estaban bajo su dependencia; incurrir en maltrato verbal y psicológico; imponer exigencias laborales desmedidas; y abusar de su poder al condicionar la autorización de días compensatorios a quienes tenían derecho a los mismos. Señalan que tal conducta derivó en el deterioro psicológico de tres funcionarios, la renuncia de otro, el traslado de tres de los denunciantes y, finalmente, el término de la contrata de cinco subordinados, en una unidad formada por un total de 13 funcionarios y un alumno en práctica".*

65 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 3.691/2012.

66 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 58.490/2011.

"Ahora bien, de los antecedentes obtenidos en la investigación preliminar practicada al efecto por personal de este Organismo Fiscalizador es dable concluir que, si bien la referida institución realizó indagaciones informales a raíz de la denuncia que los afectados interpusieran con anterioridad ante dicho servicio, al término de las cuales se concluyó que no existía mérito para incoar un sumario administrativo, cabe señalar que tal investigación no se encuentra agotada". […]

"Ahora bien, de la documentación y antecedentes recabados por esta Contraloría General, tales como certificados médicos que acreditan las consecuencias psicológicas experimentadas por algunos funcionarios; declaraciones de las eventuales víctimas, de la presunta agresora y de terceros; reclamos interpuestos por los afectados ante la propia denunciada y ante el Director Regional Metropolitano de Deportes; y, por último, solicitudes de traslado de funcionarios de la referida unidad, es dable inferir que existen antecedentes suficientes para presumir fundadamente que los hechos denunciados por los recurrentes no representan situaciones aisladas y podrían constituir acoso laboral, razón por la cual deben ser investigados formalmente".

"En consecuencia, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, ese servicio deberá disponer la instrucción de un sumario administrativo que investigue las conductas en que pudo incurrir personal de esa dependencia, por presunto acoso laboral, proceso en el cual deberán disponerse todas las diligencias destinadas a establecer eventuales infracciones a la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y, en su caso, a hacer efectivas las correspondientes responsabilidades administrativas".

"Respecto del referido procedimiento disciplinario, este Organismo de Control se pronunciará en la oportunidad en que el acto administrativo que lo afine sea sometido al trámite de toma de razón, conforme a lo dispuesto sobre el particular en el Título I, Párrafo 2, numeral 7.2.3, de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General" [67].

- En un asunto sobre calificación de un funcionario donde participó quien había tenido públicos desencuentros con el afectado, se estimó que el hostigamiento y acoso denunciado constituyen un abierto atentado a la carrera funcionaria, la Contraloría señaló: *"En lo que respecta a la alegación del peticionario en cuanto a que ha sido víctima de persecución, hostigamiento permanente y presión sicológica por parte de las autoridades de esa institución, desempeñando sus labores en condiciones totalmente adversas e inapropiadas, cumple esta Contraloría General con reiterar lo indicado en su oficio N° 28.477, de 2006, en el cual se manifestó que el personal de la Administración del Estado está sometido a un sistema de carrera que protege la dignidad de la función pública".*

  "En este sentido, atendido que ha existido un incumplimiento del señalado dictamen, procede que la superioridad del Servicio ordene la instrucción de un proceso administrativo tendente a determinar las eventuales responsabilidades comprometidas en la inobservancia de aquél, de lo cual deberá darse cuenta a esta Entidad Fiscalizadora".

67 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 50.636/2009.

"En consecuencia, en las condiciones anotadas, esta Contraloría General no puede sino acoger el reclamo deducido por el solicitante, y declarar que en su proceso evaluatorio correspondiente al período 2005, se han configurado los mencionados vicios que afectan su legalidad, debiendo la autoridad del citado servicio arbitrar las medidas tendentes a subsanarlos, para lo cual será menester retrotraer el referido proceso calificatorio a la etapa de elaboración del preinforme de calificación correspondiente, sin perjuicio de los demás trámites que deban realizarse para llevarlo a su debido término" [68].

5.3. Jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontramos varios casos contenciosos y opiniones consultivas que se refieren a la vulneración de derechos de los trabajadores, con lo que se evidencia la firme convicción de esta Corte de dar protección a los aspectos laborales, pues forman parte fundamental de los derechos humanos. Parte de esta jurisprudencia involucra la vulneración de derechos a funcionarios públicos de los distintos poderes del Estado, por lo que nos parece pertinente una breve referencia a ellos.

- En un caso contra Panamá[69], donde se produjo el despido arbitrario de 270 funcionarios públicos, como sanción por haber participado en una manifestación en contra del gobierno, fundado en una ley ad-hoc, que no respetó ninguna garantía de defensa, la Corte dijo: *"[…] conviene analizar si el artículo 9 de la Convención [Americana de Derechos Humanos] es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita" (Nº 106).*

  "Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal" (Nº 131).

- En una causa en contra de Perú[70] se alegó por la Comisión que: *"el Estado incumplió lo ordenado por sentencias definitivas y firmes dictadas por los tribunales peruanos que dis-*

68 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 17.701/2008.

69 *Baena y otros* vs. Panamá (2001).

70 *Acevedo y otros* vs. Perú (2006).

pusieron: a) que la Municipalidad de Lima reintegrara a los trabajadores que fueron cesados tras la convocatoria a unas pruebas y evaluaciones periódicas que no fueron publicitadas en debida forma y que apuntaban a buscar la desvinculación de los funcionarios con desconocimiento de la carrera administrativa; b) que la Municipalidad de Lima reintegrara a aquellas personas que fueron cesadas por participar en la huelga organizada por el sindicato y que fue declarada ilegal o quienes fueron cesados como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Servicios Municipales (ESMLL); […] d) dejar sin efecto resoluciones de la Administración que habían dispuesto la reducción unilateral de sueldos, salarios y pensiones de los trabajadores del municipio; […] y f) inaplicable para los trabajadores la disolución y liquidación de la Empresa Municipal de Aseo de Lima ESMLL, la reposición en sus puestos de trabajo y el pago de las respectivas indemnizaciones" (Nº 205).

Al respecto, la sentencia condenatoria dijo, entre otras cosas, que *"La Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención"* (Nº 213).

- En una causa que afectó a funcionarios del poder judicial en Venezuela[71]: *"La Comisión alegó que en el caso existió una 'desviación de poder', que se configuró cuando procedimientos formalmente válidos –la investigación disciplinaria en contra de las víctimas– fueron utilizados como mecanismos para cumplir con finalidades no declaradas. En este sentido, la Comisión indicó que se utilizó el procedimiento disciplinario para destituir a jueces que conformaban la mayoría de la Corte Primera […] que habían tomado decisiones contrarias al gobierno. Alegó entonces que un conjunto de indicios permite inferir que existió una relación de causalidad entre las declaraciones del Presidente de la República y altos funcionarios del Estado por los fallos contrarios a intereses del gobierno y la investigación disciplinaria que fue impulsada y que devino en la destitución de las víctimas"* (Nº 109).

  La Corte ordenó al Estado *"reintegrar al Poder Judicial a los jueces destituidos arbitrariamente, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos".*

- Una opinión consultiva[72] de la Corte se manifiesta específicamente sobre los derechos de los trabajadores migratorios, los que, dada su precaria condición, son objeto de toda clase de abusos y discriminaciones. Estas orientaciones de la Corte nos parecen aplicables, en términos generales, a cualquier trabajador que esté sufriendo un menoscabo de sus derechos. Citamos a continuación algunos de sus pasajes:

  El Estado solicitante planteó los siguientes argumentos: *"Toda restricción al goce de los derechos fundamentales que se derivan de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación atenta contra la obligación erga omnes de respetar los atributos inherentes a la dignidad del ser humano, siendo el principal la igualdad en derechos. Las formas concretas*

71 *Apitz y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela (2008).

72 Opinión consultiva oc-18/03.

de discriminación pueden ir desde la privación del acceso a la justicia para defender los derechos conculcados, hasta la negación de derechos derivados de una relación laboral".

"En materias, como la comprendida en esta solicitud de opinión consultiva, se podría establecer que tratándose de normas fundamentales, reveladas a través de manifestaciones objetivas, y siempre que no exista duda en cuanto a su vigencia, el individuo, como podría ser un empleador, pueda estar obligado a respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar, su cumplimiento".

La Corte resolvió, entre otras cosas, que *"En cumplimiento de la obligación [de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad], los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales".*

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

El *mobbing* o maltrato psicológico en el ámbito laboral no es un fenómeno nuevo, pero sí es nueva su consideración como objeto de estudio de distintas disciplinas, entre ellas el derecho laboral, el derecho administrativo y la teoría de los derechos fundamentales.

Sin duda, la doctrina ha contribuido con un importante aporte al poner el tema en el debate, inspirando a muchos trabajadores a denunciar. Al respecto existen cifras cada vez más considerables vinculadas a esta figura.

Dentro de los problemas más relevantes que deben enfrentar quienes sufren esta situación de maltrato, está el de acreditar cómo acciones aparentemente irrelevantes, bajo determinadas circunstancias, pueden configurar un ambiente de hostigamiento que va minando la voluntad del trabajador, hasta lograr su desestabilización psicológica, culminando, en última instancia, con la pérdida del empleo y en todo caso con un menoscabo de su salud y autoestima.

En el ámbito público, la situación es especialmente grave, por cuanto los principios jerárquicos y de estabilidad en el empleo, otorgan mayor rigidez a la organización y a la administración de personal, lo que favorece que situaciones de hostilidad entre funcionarios puedan perdurar por mucho tiempo.

En este trabajo hemos revisado la doctrina desarrollada sobre el tema y alguna jurisprudencia tanto judicial, administrativa y del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, vinculada a los derechos de los trabajadores, especialmente a funcionarios dependientes de los distintos poderes del Estado.

En Chile, el rol fundamental lo ha cumplido la Contraloría, que en los casos de denuncias sobre maltrato, donde se ha estimado que hay antecedentes suficientes para presumir fundada-

mente que los hechos denunciados no representan situaciones aisladas y podrían constituir acoso laboral, ha ordenado que los hechos sean formalmente investigados, mediante el mecanismo del sumario. También se desprende de la jurisprudencia analizada, que Contraloría vela porque en el desarrollo de la investigación se respeten los principios del debido proceso en toda su amplitud, especialmente el de la imparcialidad del investigador, considerando que usualmente el maltrato proviene de las jefaturas.

A pesar de que nuestra legislación no contempla expresamente la figura, sí ha habido un gran avance al incorporar el acoso sexual. Pero aun a pesar de esta circunstancia, estimamos que nuestro ordenamiento jurídico contiene herramientas que permiten la sanción del *mobbing* o acoso moral en el lugar de trabajo. En el ámbito de la administración pública, que es el que aquí nos interesa, el procedimiento para hacer frente a este flagelo debiera ser, naturalmente, la denuncia ante el superior jerárquico. De no prosperar allí, incluso por estar éste directamente involucrado, el Órgano Contralor ha ejercido un rol muy activo en promover el debido proceso, resguardando especialmente la imparcialidad del investigador.

También hemos visto cómo la jurisprudencia judicial ha acogido reclamaciones en esta materia, a través del recurso de protección, pues el acoso moral corresponde a un ilícito constitucional pluriofensivo, que lesiona diversos derechos fundamentales, entre ellos, principalmente, la integridad física y psíquica del trabajador o funcionario.

Es de esperar que todos quienes tengan alguna injerencia en la regulación y control de este fenómeno –desde los poderes ejecutivo, legislativo y judicial– asuman una posición proactiva para erradicar una práctica que, según los antecedentes manejados, es más común de lo que se cree y más dañina de lo que se sabe.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barbado, Patricia (2004): "El acoso psicológico en el ámbito laboral de los poderes público y la responsabilidad del Estado" publicado en *<http://www.fundacionmagna.org.ar/El%20acoso%20psicologico%20en%20el%20ambito%20laboral%20de%20los%20poderes%20publicos%20y%20la%20responsabilidad%20del%20Estado.pdf>* [fecha de consulta: 6 de marzo de 2012].

Barbado, Patricia (2010): "La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral (Actualización y ampliación del artículo sobre 'La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral')" publicado en *<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/201004-55397412568531.html>* [fecha de consulta: 11 de marzo de 2012].

Carrasco, Celina y Vega, Patricia (2007): "El acoso moral o mobbing: una expresión de violencia en el trabajo", en *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo* Nº 222, Santiago, pp. 4-14.

Carrasco, Celina (2006): "Acoso psicológico, moral o *mobbing*", en *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo* Nº 207, Santiago, pp. 12-13.

Carvajal, Gabriela (2008): "*Mobbing* o acoso moral en el trabajo", en Manual de Consultas Laborales Nº 281, Santiago, pp. 21-41.

Di Nubila (2005): "El acoso moral en el ámbito del trabajo. Una perspectiva de los derechos fundamentales", en *Mobbing: el acoso psicológico en el ámbito laboral,* Patricia Barbados (coordinadora), Buenos Aires, LexisNexis, pp. 15-26.

Fraga, Andrea (2007): "El *mobbing* y su regulación en el derecho laboral chileno", en *Revista Actualidad Jurídica* Nº 16, Santiago, pp. 407-420.

Lepin, Cristián (2008): "*Mobbing* o acoso moral", en *Gaceta Jurídica* Nº 334, Santiago, pp. 15-22.

Livellara, Silvina (2006): "El *mobbing* o acoso psicológico del trabajador en la experiencia comparada y su aplicabilidad en nuestro derecho interno", en *Gaceta Jurídica* Nº 309, Santiago, pp. 14-40.

Mangarelli, Cristina (2008): "El acoso en las relaciones de trabajo. *Mobbing* laboral", en *Estudios laborales* Nº 3, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, pp. 67-90.

Martínez, Carlos (2010): *Las tribulaciones de un universitario en la universidad* (Valparaíso, Asociación de Funcionarios Académicos de la Universidad de Valparaíso, AFA-UV), 100 pp.

Mazzo, Rodrigo (2009): "El mobbing o acoso laboral en Chile", *disponible en <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/mobbing-acoso-chile>* [fecha de consulta: 13 de marzo de 2012].

Molina (2005): "La lucha por el derecho de los empleados públicos a un ambiente laboral libre de acoso o asedio moral: una mirada europea e hispanoamericana", en *Mobbing: el acoso psicológico en el ámbito laboral,* Patricia Barbados (coordinadora), Buenos Aires, LexisNexis, pp. 39-45.

Muñoz, Manuel (2007): *Acoso moral en el trabajo y la Constitución política chilena* (Concepción, Impresora Ícaro), 90 pp.

Muñoz, Manuel (2006): *Mobbing en Chile: concepto, tratamiento legal y juicio,* (Concepción, Impresora Ícaro), 255 pp.

Palavecino (2004): "La protección contra el acoso psiquico laboral en el ordenamiento jurídico chileno" disponible en *<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200003&script=sci_arttext>* [fecha de consulta: 13 de marzo de 2012].

Pedrals, Antonio (2006): *Ensayo de serenidad* (Valparaíso, EDEVAL), 166 pp.

Pedrals, Antonio (2009): "Un problema complejo: enemistades entre funcionarios", en *La primacía de la persona, Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss,* pp. 973-986.

Pérez, Ana (2007): *Mobbing y derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 188.

Piñuel, Iñaki (2008): "El *mobbing* aumenta entre los funcionarios", disponible en *<http://acosopsicologico.blogspot.com/2008/09/el-mobbing-aumenta-entre-los.html>* [fecha de consulta: 13 de marzo de 2012].

Planet, Lucía (2010): "Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el *mobbing* en Chile", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* vol. 1, Nº 1, Santiago 2010, pp. 93-122.

Prado (2005): "Breves reflexiones en torno al *mobbing*", en *Revista Laboral Chilena,* julio, 2005, pp. 91-98.

Sansone, Marina (2006): "Prospective di una penalizzazione del *mobbing*", en *Rivista Penale* Nº 9, Piacenza, pp. 885-899.

Xiol, Juan (2006): "El *mobbing* (acoso psicológico) en la función pública", en Mir, Carlos (director): *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial), pp. 373-404.

Zorrilla, Oriana (2006): *Cuando el Estado castiga: el maltrato laboral a los empleados públicos en Chile* (Santiago, Universidad Bolivariana), 359 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Flores con Isapre Más Vida S.A. (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de junio de 2011, rol 113-11 (recurso de nulidad laboral), *disponible en http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Hernández con Tribunal Electoral Regional de la Décima Región (2008): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de enero de 2008, rol 282-07 (demanda laboral), disponible en *http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Muñoz con MJCH_MJJ24940 *Corporación de Capacitación y Empleo SOFOFA* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, rol 11.553-09 (indemnización de perjuicios), disponible en *http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Pereira con Mario Véjar e Hijo Ltda. (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de diciembre de 2008, rol 213-08 (demanda laboral), disponible en *http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Pérez con Serviclínica Iquique S.A. (2010): Corte de Apelaciones de Iquique, 4 de agosto de 2010, rol 73-10 (procedimiento de tutela laboral), disponible en *http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Ramis con Municipalidad de Valdivia (2006): Corte Suprema, 10 de octubre de 2006, 4858-2006 (recurso de protección), disponible en *http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/*

TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAPAAAbBPAAC&consulta=100&glosa=&causa=665/2006&numcua=10212&secre=CIVIL [fecha de la consulta: mayo 2012] y en *http://cl.microjuris.com/Search* [fecha de la consulta: abril 2012].

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 3.691/2012.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 12.340/2012.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 3.707/2012.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 58.490/2011.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 50.636/2009. MJCH_MJJ19277

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 18.326/2008.

Contraloría General de la República, Dictamen Nº 17.701/2008.

Contraloría General de la República Dictamen Nº 28.477/2006.

Baena y otros Vs. Panamá (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de febrero de 2001. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf* [fecha de la consulta: mayo 2012].

Acevedo y otros vs. Perú (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de febrero de 2006, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf* [fecha de la consulta: mayo 2012].

Apitz y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf* [fecha de la consulta: mayo 2012].

Opinión consultiva oc-18/03 (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf* [fecha de la consulta: mayo 2012].

ALCANCE DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES FUNCIONARIOS: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

Rodrigo Aros Chía*
abogado, Magister en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile,
Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica y Andrés Bello.
Gonzalo Guerrero Valle**
abogado, Magister en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile,
Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica y Andrés Bello.

I. Introducción

Convocados por invitación cursada con ocasión del 85º Aniversario de la Contraloría General de la República, hemos creído oportuno examinar el estudio de los derechos fundamentales desde la visión de los funcionarios públicos, lo cual estimamos que es una cuestión de escaso estudio en la doctrina *ius publicista* nacional[1].

Sin perjuicio de lo anterior, ha sido la jurisprudencia administrativa dictaminada por la Contraloría General de la República la que ha venido a llenar ese vacío, generando un avance en la materia y posibilitando, a la vez, la estructuración de un sistema de protección que ha fortalecido a los derechos fundamentales funcionarios tanto desde una perspectiva individual de derechos como, asimismo, una visión colectiva de los mismos.

Es por los motivos mencionados que quisiéramos abordar la temática planteada desde la visión jurisprudencial de la Contraloría General de la República, y cómo dicho ente contralor ha maximizado el estándar de protección de los derechos de los funcionarios públicos, identificando los criterios jurisprudenciales que se han tenido a la vista, sobre todo, en los procedimientos sancionatorios de funcionarios, así como la jurisprudencia emanada del Tribunal de Cuentas.

De este modo, pretendemos determinar cómo la Contraloría General de la República ha construido un sistema de protección garante de los derechos de los funcionarios, particularmente desde la perspectiva del derecho al debido proceso funcionario.

---

1 En tal sentido, el profesor Pantoja ha realizado un estudio sistemático de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en su Estatuto Administrativo Interpretado. En dicha obra el profesor Pantoja analiza cada uno de los tópicos de aquella norma, haciendo hincapié en la responsabilidad y los derechos de los funcionarios. En esa orientación, véase Pantoja (2009).

Por su parte, pero ahondando en el principio de probidad, la profesora Nancy Barra ha realizado una aproximación al mencionado concepto a partir de su tratamiento en la Ley N° 19.653 y de lo señalado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General Administrativa. En Barra (2007).

En una dirección distinta, pero complementaria a la recién expuesta, Rodríguez y Ossandón abordan los delitos que lesionan la función pública y tienen a dañar un bien jurídico de alta trascendencia como lo es la lucha contra la corrupción. En Rodríguez y Ossandón (2008).

Por último, un reciente trabajo del profesor Gabriel Celis da cuenta, de forma completa, de los derechos, obligaciones y demás aspectos de la función pública. En Celis (2010).

II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LOS DERECHOS FUNCIONARIOS

La regulación de los derechos de los funcionarios que hace el ordenamiento jurídico nacional no es un marco regulatorio sistemático desde una visión eminentemente constitucional. Por lo pronto, aquella regulación no recibe un tratamiento especial sino que se encuentra inserta en la regulación general que el Código político realiza de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de que la principal fuente regulatoria ha sido la ley, el artículo 19 de la Carta Fundamental en lo que dice relación a los funcionarios públicos, establece una serie de derechos, como son el Nº 16, al establecer la prohibición de huelga de aquel tipo de funcionarios[2], sin referirse a un derecho en especial, el Nº 17 consagra como derecho fundamental la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes, dando una visión y aproximación a la cuestión desde la perspectiva más bien del órgano que del funcionario.

Ahora bien, en atención a ello, creemos que la regulación de los derechos funcionarios que hace la Constitución Política es bastante precaria, preocupándose sólo de elevar al rango de derecho constitucional el acceso a la función pública.

A su vez, la legislación no ha sido prolífica en materia de derechos de los funcionarios públicos. En efecto, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, regula diversos aspectos de los derechos y deberes de los funcionarios públicos. En este sentido, el artículo 13 de la citada norma[3] especifica los deberes que debe observar la conducta de los funcionarios de la Administración del Estado, así como los principios que rigen aquella actuación. A su turno, el artículo 17 de la Ley N° 18.575 ya referida dispone que *"Las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado".*

Asimismo, el artículo 18 de la citada ley señala que el personal de la Administración del Estado *"estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle".* A su vez, el inciso 2º establece que *"En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento".*

Respecto a las restantes normas de la Ley N° 18.575, basta señalar que aquella regula en numerosos artículos cuestiones relativas a la carrera funcionaria. Sobre el particular, el artículo 19 proscribe las actividades políticas de los funcionarios públicos; el artículo 20 establece el aseguramiento de la capacitación del personal de la Administración del Estado; el párrafo 2° regula la carrera funcionaria, estableciendo en sus diversas disposiciones cuestiones como la regulación de la carrera funcionaria en sí (artículo 43); estabilidad en el empleo (artículo 46);

---

2 El artículo 19 Nº 16 inciso 4° de la Constitución Política señala: *"No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional".*

3 La disposición citada señala que *"Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.*

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella".

calificación de desempeño de los funcionarios públicos (artículo 47); capacitación y el perfeccionamiento en el desempeño de la función pública (artículo 48); entre otros. Por último, entre otras cosas, la citada norma, en su párrafo 4° se refiere a la responsabilidad administrativa y las sanciones que de ella derivan. En efecto, sobre el particular dispone el control interno del cumplimiento de las normas sobre responsabilidad administrativa (artículo 61); establece las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad (artículo 62); dispone que la designación de una persona inhábil en un cargo público será nula (artículo 63); estatuye que las inhabilidades sobrevinientes deberán ser declaradas por el funcionario afectado a su superior jerárquico dentro de 10 días de conocidas aquéllas (artículo 64); establece sanciones para los casos de no presentación de la declaración de intereses o patrimonio dentro del plazo legal (artículo 65), entre otros aspectos.

Llama la atención que de todas las normas pertenecientes a la Ley N° 18.575 que se han destacado, sólo el inciso 2º del artículo 18 se refiere al ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el derecho a un justo y racional procedimiento, que se verifica en el evento en que un funcionario público es sujeto activo de un procedimiento sancionatorio.

Sin perjuicio del panorama expuesto, es dable concluir que sólo la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, se refiere con toda precisión a los derechos de los funcionarios públicos.

En efecto, el Título IV de esa ley, en su párrafo primero, se refiere a diversos derechos cuyos titulares son los funcionarios públicos. Sobre el particular, el artículo 89 consagra el derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón; el artículo 90 dispone que los funcionarios tienen derecho a ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma; el artículo 93 señala que tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, a su turno, el artículo 102 establece el derecho a feriado; el artículo 104 bis dispone del derecho a gozar de los permisos contemplados en el artículo 66 del Código del Trabajo; el artículo 111 establece el derecho a licencias médicas.

Con lo anteriormente señalado, se puede apreciar que las principales normas en materia estatutaria de los funcionarios públicos, salvo en lo que respecta a la declaración del derecho al debido proceso en materia sancionatoria, no implican una regulación constitucional sino más bien quedan entregadas al ámbito legal. Por lo demás, si bien existen diversas normas que abordan aspectos de la regulación estatutaria de los funcionarios públicos[4], aquélla no se

[4] En efecto, aquel íter comenzó con el establecimiento de la Ley N° 19.653 y terminó con la introducción del nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República, a través de la Ley N° 20.050. Sobre el particular, la citada Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, introduce variadas modificaciones a la normativa vigente en la época. En la especie, introducen modificaciones en la Ley Nº 18.575, entre las cuales destacan la adición de un nuevo Título III, que versa sobre la probidad administrativa. Aquel título consagra inhabilidades e incompatibilidades administrativas (artículo 56); la declaración de intereses (artículo 59); dispone normas sobre responsabilidad y sanciones (artículo 63); normas sobre conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa (artículo 64) entre otras.

despliega con profundidad en materia de derechos fundamentales[5], sino que más bien fortalece los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos.

III. El carácter garantístico de los derechos funcionarios

Sin perjuicio de que la consagración y regulación que realiza la Constitución Política de los derechos funcionarios es, como ya se ha dicho, bastante precaria, es preciso señalar que creemos que aquellos derechos poseen el carácter de fundamentales.

Lo anterior se da gracias a la naturaleza, el bien jurídico que protegen y las prescripciones que determinan, sin perjuicio que su régimen regulatorio sea de corte legal más que constitucional. No obstante de ello, la consagración constitucional del debido proceso y su regulación en normas supra e infraconstitucionales establece todo un mecanismo de resguardo que ha sido aplicado con profundidad, sobre todo en el ámbito sancionatorio, por la Contraloría General de la Republica.

Lo dicho es consecuencia directa e inmediata de la fuerza normativa con que los operadores jurídicos aplican la Constitución Política, dotando a aquellos derechos, aunque su fuente sea meramente legal, de un contenido humanista y finalista[6], real promotor de los derechos esenciales de las personas.

Ahora bien, dentro de las diversas garantías que la Constitución establece respecto de los funcionarios públicos, la que se viene a erigir como esencial, a nuestro parecer, es la referente al procedimiento disciplinario, la cual se aplica en tanto continúen en el ejercicio de la función pública.

A este respecto, útil resulta destacar que el debido proceso debe ser considerado como una garantía constitucional que protege todas las personas frente a la acción del Estado o sus instituciones[7], ya sea que dichas personas sean particulares o formen parte del ente estatal, lo que además supone la existencia de un procedimiento que garantice la defensa jurídica.

Tratase por ende de una garantía en virtud de la cual un individuo sólo puede ser considerado culpable si las pruebas de su conducta han sido logradas a través de un procedimiento legal

---

Asimismo, se introducen modificaciones a la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, en el sentido de fortalecer el cumplimiento del principio de probidad administrativa, situación que se repite en relación a la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Por último, se incorporan cambios a las diversas normas estatutarias de los distintos órganos del Estado en aras de fortalecer en ellas la aplicación y sujeción del principio de probidad administrativa. En tal sentido, se modifican la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la Ley Nº 18.883, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y el Código Orgánico de Tribunales.

5 Sobre el particular, una de las pocas normas que profundiza en materia de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, aunque de manera limitada, es la Ley N° 19.296, que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado. La norma precitada reconoce a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y del Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas, exceptuándose de la aplicación de dicha norma a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos.

6 Para estos efectos, véase Cea (1988), p. 5; Fernández (2006), p. 12 y Guerrero (2010), pp. 64-71.

7 Vease Aros Chía (2005), pp.171-183.

seguido por autoridades que no se extralimiten en sus atribuciones, lo que significa la consagración de dos valores: la primacía del individuo y la limitación del poder público, lo cual implica que el debido proceso está regido por un conjunto de principios generales cuya aplicación e interpretación depende del tipo de acto o procedimiento de que se trate. Sobre el particular, ha sido de gran utilidad la hermenéutica jurisprudencial sancionatoria del ente contralor, pues la trascendencia que tienen los procedimientos disciplinarios dentro de la administración del Estado implica que el interés público que persigue la imposición de una sanción administrativa a un funcionario supone que, a la vez, debe existir un derecho a defensa asociada a la garantía al debido proceso, tanto en el desarrollo de sus elementos objetivos como subjetivos.

IV. Construcción jurisprudencial de un sistema de protección de los derechos de los funcionarios públicos por parte de la Contraloría General de la República

Como se ha señalado en los apartados anteriores, el vacío dejado por la legislación nacional en materia de promoción y resguardo de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos ha venido a ser llenado por la interpretación jurisprudencial de la Contraloría General de la República.

En efecto, a través de su potestad dictaminante y de las sentencias del Tribunal de Cuentas se ha venido perfilando un sistema de protección de los derechos de los funcionarios públicos que, desde los últimos años, ha venido en alza, sobre todo en lo referido a robustecer tales derechos.

Particularmente, es preciso detenerse en este punto, puesto que al examinar la jurisprudencia del ente contralor, en sus multifacéticas dimensiones, se puede concluir *a priori* que durante mucho tiempo dicho organismo tenía dos estándares de protección de los derechos distintos: en primer lugar, un estándar amplio, robusto y garantista para los derechos de los particulares; y, en segundo lugar, un estándar más reducido, estricto, legalista y formalista, para los derechos de los funcionarios públicos.

El antedicho defecto fue provocado, en parte, gracias a que los cambios legislativos en materia de modernización del Estado[8], y, específicamente, en el tratamiento de la función pública, han estado orientados a profundizar las obligaciones de los funcionarios públicos, dejando de forma asimétrica la configuración el binomio derechos-deberes de los funcionarios públicos[9].

---

8 Desde hace algunos años, y producto de las consecuencias políticas aparejadas del caso MOP-Gate, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos, se generó un acuerdo político transversal, el cual tuvo como principal logro la creación del Servicio Civil. Dicha reforma fue profundizada durante el mandato de la Presidenta Michelle Bachelet, período en el cual se propulsó la "Agenda de probidad, transparencia y modernización". Por último, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ha profundizado en las bases antedichas, sobre todo en lo que se refiere a la modernización del Estado de Chile, el que en opinión del propio gobierno "implica un cambio de foco para centrarse 100% en mejorar la satisfacción y calidad del servicio entregado a los ciudadanos, por lo que ha sido levantada por el Presidente Sebastián Piñera como una prioridad de gobierno.". En *http://modernización.gob.cl.*

9 Un ejemplo de lo recién dicho es el problema que se encuentra aparejado a la contratación de funcionarios bajo la modalidad de contrata. En efecto, producto del cambio de gobierno se produjeron desvinculaciones de funcionarios contratados bajo esa modalidad, lo cual tiene como fundamento la precariedad del vínculo laboral establecido bajo esa figura legal. Lo anterior produjo una gran presentación de acciones judiciales, principalmente de acciones de protección, en diversas Cortes de Apelaciones del país. En tal sentido, en la Corte de Apelaciones de Santiago, se pueden consultar los roles 1.261, 2.523, 2.541, 2.811, 2.859, 3.379, 3.424, 3.708, 3.849, 4.065, 4.189, 4.260, 4.266, 4.337, 4.377, 4.672, 4.905, 5.159, 5.216, 5.461, 5.608,

Dado lo anterior, el sistema de protección creado por la Contraloría General de la República, el cual consiste, básicamente, en la determinación de criterios jurisprudenciales que cautelan el derecho a defensa jurídica, específicamente, el debido proceso en los procedimientos sancionatorios y protegen la permanencia en el cargo de los funcionarios públicos, ha venido a ser un aliciente en esa materia.

1. La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República

La potestad dictaminante del ente contralor ha venido señalando que todo procedimiento sancionatorio debe estar sujeto al cumplimiento de criterios y principios jurídicos que validan la aplicación de una sanción específica, precisando que aquello constituye un debido proceso[10].

De ese modo, el ámbito máximo de protección de los derechos de los funcionarios públicos se ha dado en el campo del debido proceso en dicho tipo procedimientos[11]. Si bien la Contraloría General no ha definido qué entiende por debido proceso, sí ha señalado cuáles son los elementos integrantes del mismo. En efecto, *"tales procedimientos administrativos establecen las autoridades llamadas a conocerlos; los plazos dentro de los cuales deben realizarse las actuaciones; las formalidades de las notificaciones; la formulación de cargos y su debido emplazamiento; las formas que rodean a las declaraciones y testimonios prestados en el sumario; la posibilidad de recusar al fiscal y/o al actuario, la amplia admisibilidad de medios de prueba; la práctica de diligencias probatorias solicitadas por los afectados y así como también, contemplan los diferentes medios de defensa de que pueden hacer uso los inculpados como la formulación de descargos, impetrar el recurso de reposición ante la misma autoridad que dispuso la aplicación de alguna sanción y, además, acorde con el artículo 156 de la referida Ley N° 18.883, recurrir ante la Contraloría General de la República si estiman que se hubiesen producido vicios de legalidad."*[12].

Ahora bien, los criterios que han sido adoptados por la Contraloría General de la República, permiten resguardar de ese derecho fundamental, determinando cuál es la extensión de su aplicación y en qué contexto se aplica.

5.681, 5.732, 5.823, 6. 023, 6.120, todos de 2010. En la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pueden consultar los siguientes roles: 382, 383, 410, 411, 438, todos de 2010. Por su parte, en la Corte de Apelaciones de Temuco, pueden verse los roles 879, 1.253, 1.466, todos de 2010.

10 En este sentido, la Contraloría ha señalado que "es dable manifestar que, con el propósito de dar cumplimiento al principio del debido proceso y el derecho a la defensa jurídica, establecidos en la aludida normativa, en los sumarios administrativos instruidos en los servicios públicos, es necesario que se respeten ciertas garantías procesales, tales como, la declaración del imputado, notificaciones, la posibilidad de aportar pruebas, interposición de los recursos que contempla la ley y que el inculpado o el letrado que asuma su defensa puedan tomar conocimiento del proceso de que se trata". En Dictamen N° 15.643, de 2007.

11 En este sentido, véanse los Dictámenes Nºs. 47.766; 58.022; 73.160, todos de 2010; y los N°s. 22.655; 58.814, ambos de 2011, entre otros. Asimismo, es útil hacer mención que la Contraloría General de la República ha expresado que "cabe recordar que si bien los procedimientos sumariales instruidos en contra de personal regido por el Código del Trabajo no están sujetos a reglas rígidas de tramitación, ello no significa que se encuentren exentos de respetar los principios básicos de un debido proceso, uno de los cuales es la imparcialidad que debe tener el fiscal designado para investigar los hechos constitutivos de faltas administrativas". En el Dictamen N° 2.103, de 2007.

12 Dictamen N° 43.981, de 2007.

a) El emplazamiento

La notificación es un acto jurídico procesal de suma importancia de todo procedimiento. En efecto, aquella permite al afectado hacer valer sus derechos y defensa ante el órgano que ejerce jurisdicción, ya sea administrativa o judicial. Así, la omisión de la notificación es un vicio del procedimiento de tal entidad que permite anularlo.

En el procedimiento disciplinario se deben realizar notificaciones al afectado en diversos estadios del mismo, teniendo en consideración que una de las notificaciones más importantes son aquellas que comunican la instrucción de un procedimiento disciplinario. Al respecto, la Contraloría ha precisado que *"en atención a que todo procedimiento sancionatorio debe respetar el principio del debido proceso, no vulnerando las garantías constitucionales consagradas a ese respecto, es que, en caso de encontrarse el afectado fuera del país, se deben agotar todas las diligencias que sean necesarias para averiguar el domicilio o residencia que tenga en el extranjero, a fin de remitir a éste, una carta certificada comunicándole la instrucción del proceso, así como cualquier otra diligencia; entre ellas la que ahora nos interesa, que es la de requerir su testimonio"*[13].

Asimismo, otro estadio del proceso en que es fundamental la notificación dice relación con la comunicación de la determinación de imponer una medida disciplinaria. Sobre este punto se ha sostenido por el ente contralor que *"la notificación de una medida disciplinaria constituye un trámite fundamental o esencial del proceso sumarial pues tiene por objeto permitir a la inculpada ejercer oportunamente las acciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido, de modo que su omisión configura un vicio de legalidad que afecta la validez del procedimiento pues vulnera el legítimo derecho de defensa de los inculpados"*[14].

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, otro aspecto que es preciso destacar dice relación con la forma en que se deben realizar las notificaciones. En efecto, la Contraloría ha señalado que *"las notificaciones que se realicen en el proceso disciplinario deberán hacerse personalmente y que si el funcionario no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, será notificado por carta certificada, añadiendo su inciso segundo que los servidores citados a declarar ante el fiscal deberán fijar en su primera comparecencia un domicilio dentro del radio urbano en que la fiscalía ejerza sus funciones y que, sólo en el evento de que no dieren cumplimiento a ese mandato, las notificaciones se harán por carta certificada remitida al domicilio registrado en la institución, y en caso de contarse con tal información, se despacharán a la oficina del afectado"*[15].

Por último, de efectuarse una notificación que no cumpla con los requisitos contemplados en la ley, aquello producirá un vicio en el procedimiento sancionatorio, lo cual supone que *"la omisión de la notificación en la forma señalada configura un vicio procedimental que infringe de esta manera el principio del debido proceso, quedando el funcionario inculpado en un estado de indefensión, toda vez que ello ha perjudicado gravemente su derecho de defensa, debiendo,*

13 Dictamen N° 6.630, de 2007.

14 Dictamen N° 3.682, de 2007.

15 Dictamen N° 43.300, de 2011.

por ende, ser subsanado, para lo cual el fiscal sumariante deberá proceder a la reapertura del proceso sumarial en estudio, decretando conforme a derecho la notificación de la resolución que ordena el inicio del término probatorio, sin perjuicio de los demás trámites que en derecho correspondan"[16].

b) Ritualidad del procedimiento

El respeto por la ritualidad del procedimiento es una cuestión sobre la cual la jurisprudencia de la Contraloría General de la República se ha pronunciado con abundancia.

Sobre el particular, el ente contralor ha emitido diversos pronunciamientos mediante los cuales ha señalado que uno de los elementos centrales del respeto y resguardo del debido proceso, y en consecuencia, del derecho a la defensa, es que el servicio público en el cual se instruye un procedimiento sancionatorio vele por el cumplimiento de las diferentes etapas, reglas y trámites que el legislador ha establecido para este tipo de procedimiento administrativo.

Así, *"cabe manifestar que los sumarios administrativos son procedimientos reglados previstos en la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, la cual determina debidamente su tramitación y permite al afectado hacer valer sus planteamientos en las diversas instancias contempladas al efecto, las cuales tienen por finalidad garantizar una adecuada defensa, con miras a configurar un debido proceso, de manera que, respecto de ellos, no caben otros trámites o instancias que los previstos en la normativa contenida en ese cuerpo legal"* [17].

Reiterando el sentido expresado en el párrafo anterior, pero refiriéndose al Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, la propia Contraloría señaló que *"los sumarios administrativos, son procedimientos reglados en la ley N° 18.883, y en cuya tramitación se consultan diversas instancias en las cuales los afectados pueden hacer valer sus planteamientos, las que tienen por finalidad garantizar una adecuada defensa con miras a configurar un debido proceso"*[18].

Finalmente, en materia de procedimientos sancionatorios de funcionarios públicos no regidos por las Leyes N°s. 18.833 y 18.834, es decir, por Estatutos Administrativos particulares o por el Código del Trabajo[19], el ente contralor valida su aplicación en el hecho de que se dispongan en ellos las instancias necesarias para hacer valer la debida y adecuada defensa

16 Dictamen N° 12.798, de 2007.

17 Dictamen N° 37.143, de 2009.

18 Dictamen N° 45.369, de 2008.

19 Al respecto, el ente contralor ha señalado que "tratándose de empleados de la Administración del Estado, regidos por el Código del Trabajo, dado que éste no contempla un procedimiento para perseguir la responsabilidad administrativa, ni medidas disciplinarias, ni formas procedimentales para determinarla, la autoridad, debe perseguirla, mediante una investigación sumaria que garantice el principio constitucional del debido proceso, cuyas normas reguladoras, en el caso de la Corporación de Asistencia Judicial, se encuentran contempladas en el Reglamento de Investigaciones Sumarias de dicha Corporación, vigente a partir de agosto de 1987, cuerpo normativo, que contiene todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar una adecuada defensa de los inculpados, toda vez que establece, entre otros aspectos, la autoridad llamada a conocerlos; los plazos dentro de los cuales deben realizarse las actuaciones; la formulación de cargos a los inculpados, su debido emplazamiento y la posibilidad de enervarlos mediante la formulación de descargos". Para estos efectos, véase el Dictamen N° 17.236, de 2007.

del inculpado. En efecto, al referirse a los sumarios administrativos e investigaciones sumarias instruidos en contra de funcionarios de Investigaciones de Chile, ha señalado que aquellos *"son procedimientos reglados en el Decreto N° 1, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, en cuyas disposiciones se consultan diversas instancias en las que los afectados pueden hacer valer sus planteamientos, las cuales garantizan la adecuada defensa de los inculpados y un debido proceso"*[20].

c) Formulación de cargos precisos y determinados en contra del inculpado

Otro de los aspectos que es relevante destacar dice relación con que las acusaciones que realiza el fiscal instructor del sumario administrativo, deben ser precisas y determinadas de modo de posibilitar la debida defensa del inculpado.

En efecto, al referirse a la precisión y determinación de los cargos, la Contraloría ha señalado que aquéllos deben referirse a hechos concretos y precisos que signifiquen infracciones de deberes funcionarios, implicando la transgresión de las respectivas obligaciones[21]. Así, *"las imputaciones que se formulen en el sumario deben ser concretas y precisas y, necesariamente, contener el detalle de los hechos constitutivos de la o las infracciones que se le imputa al o los inculpados y la forma como ellos han afectado los deberes que establecen las normas legales que se han vulnerado, de modo que se les permita asumir adecuadamente su defensa y, a su vez, el Servicio pueda fundadamente determinar, si fuere procedente, la aplicación de la medida disciplinaria que en derecho amerite la falta administrativa"*[22].

En consecuencia con, *"la imputación de conductas genéricas o imprecisas tales como 'malos tratos verbales', utilizada en el cargo que se formula a todos los inculpados, ni imputaciones vagas y poco concretas, en que se describe la conducta pero no se señala siquiera el período de ocurrencia de los hechos o la forma en que ésta se entiende configurada, como ocurre en el cargo referido y en aquellos que adicionalmente se formulan en contra del señor Muñoz López; lo que impide que los afectados tomen cabal conocimiento de las infracciones que se les atribuyen, vulnerando su derecho a defensa"*[23].

d) La sanción debe ser impuesta en consideración al mérito del proceso

Uno de los principios fundamentales de todo procedimiento dice relación que toda decisión que provenga de aquél debe ser tomada en consideración al mérito del proceso. Los procedimientos sancionatorios no están exentos de satisfacer aquel requisito.

En efecto, lo anterior encuentra fundamento en atención a la magnitud de los efectos jurídicos y de hecho que puede producir la aplicación de una medida disciplinaria en particular[24]. Así,

20 Dictamen N° 45.369, de 2008.

21 Dictamen N° 46.518, de 2008.

22 Dictamen N° 2.030, de 2011.

23 Íd.

24 Dictamen N° 13.337, de 2012.

para que una medida disciplinaria pueda ser válida y legítimamente aplicada, *"es exigible que del mérito del sumario aparezca, indubitada e irrefutablemente, que no existe otro castigo que sea correspondiente a la falta funcionaria"*[25], sobre todo cuando ello significa la destitución del funcionario sometido a proceso.

Es por ello que dentro de la ponderación de la sanción deben tenerse presentes todas las circunstancias que rodean al procedimiento sancionatorio instruido, cuestiones que versan sobre la magnitud de los hechos, si aquéllos merecen una sanción específica[26] y si el inculpado posee circunstancias que modifiquen su responsabilidad administrativa[27].

e) La aplicación de la sanción debe cumplir con el principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad es aquella *"Facultad intelectiva que juzga de las cosas con razón, discerniendo lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso"*[28].

En tal sentido, el principio de razonabilidad recibe consagración en el artículo 53 de la Ley N° 18.575[29]. Trátese de un principio que impone a la Administración el deber de evaluar las diversas situaciones que se someten a la potestad disciplinaria utilizando los mismos parámetros, para casos diversos en iguales circunstancias, para determinar la gravedad de las actuaciones de los funcionarios públicos y la consecuente sanción que corresponde imponer, teniendo presente el principio de razonabilidad al aplicar por parte de la autoridad pública las normas que conforman el ordenamiento jurídico[30].

f) La aplicación de la sanción debe cumplir con el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad "instituye una relación de medio a fin, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de esta posibilitan-

---

25 Dictamen N° 13.337, de 2012.

26 Sobre el particular, el Dictamen N° 72.617, de 2011, dispone que *"cuando la ley asigna una medida disciplinaria específica para determinada infracción, la autoridad administrativa se encuentra en el imperativo de disponerla, no pudiendo ejercer las atribuciones privativas que le permiten determinar aquella que, a su juicio, merecería el comportamiento anómalo observado por la afectada, ni menos ponderar circunstancias que eventualmente aminoren su responsabilidad funcionaria"*.

27 En este sentido, el Dictamen N° 49.731, de 2007, especifica el estándar de los antecedentes del proceso que debe realizarse a la hora de imponer una sanción administrativa disciplinaria. En efecto, *"del estudio de la documentación que conforma el expediente sumarial de que se trata es posible advertir que, como consecuencia de la situación irregular investigada se formularon cargos en fojas 70, 71 y 100 del expediente a quienes les asistía responsabilidad en la misma, no obstante, con posterioridad a esta instancia, no aparece que se haya ponderado ni determinado –como se hiciera con los demás implicados–, el objetivo grado de responsabilidad que le asiste al único servidor que ha resultado sancionado, vulnerándose respecto de éste el principio del debido proceso. Lo anterior, por cuanto tratándose del citado funcionario no se consideraron las circunstancias atenuantes de responsabilidad administrativa que, conforme al mérito del proceso, existen en su favor y que resultan tan válidas como aquellas que hicieron valer los otros imputados, las que sí se tuvieron en cuenta por el fiscal instructor."*. El destacado es nuestro.

28 Real Academia de la Lengua Española (2012).

29 Dictamen N° 5.725, de 2012.

30 Dictamen N° 5.725, de 2012.

do un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedad del poder estatal"[31].

En tal sentido, la Contraloría ha precisado que dicho ente de control *"debe velar porque los procedimientos sumariales se ajusten estrictamente a los principios de juridicidad y del debido proceso, establecidos en los artículos 6°, 7° y 19 N° 3, de la Constitución Política, fiscalizando que se substancien con estricto apego al ordenamiento jurídico, emitiendo decisiones justas, exentas de discriminaciones arbitrarias, aplicando sanciones que se correspondan con la gravedad de los hechos y la participación de los servidores en ellos, resguardando, de este modo, el principio de proporcionalidad contemplado en el inciso segundo del artículo 121 de la citada Ley N° 18.834"* [32].

g) La aplicación de la sanción no debe ser arbitraria

La arbitrariedad es *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias"*[33].

Así, si bien la ley entrega a la autoridad administrativa la potestad de establecer la medida disciplinaria a aplicar, la Contraloría ha precisado que esa facultad no es ilimitada, sino que aquella se debe ejercer de modo que se pueda *"determinar en forma fehaciente los hechos investigados y la participación que le cupo en ellos al inculpado, para que así la sanción a aplicar sea justa, racional y desprovista de toda arbitrariedad"*. Así, en consecuencia, la medida disciplinaria se debe establecer *"conforme al mérito que asigne a los hechos debidamente verificados en el sumario, con las limitaciones generales que le imponen el debido proceso y la exigencia de que su decisión sea fundada, razonable y no revista caracteres de arbitrariedad o abuso"*[34].

h. El procedimiento sancionatorio debe cumplir con el principio constitucional de publicidad

El principio de publicidad fue introducido a nivel constitucional mediante la Reforma Constitucional de 2005, la cual, a través de la Ley N° 20.050, modificó el derogado artículo 8° de la Constitución Política, sustituyéndolo íntegramente por una nueva disposición que eleva a nivel constitucional los principios de probidad y transparencia en el ejercicio de la función pública.

---

31 Nogueira (2010) p. 355.

32 Dictamen N° 74.035, de 2010. El mismo criterio ha sido replicado en el Dictamen N° 60.519, de 2011.

33 Sentencia Rol N° 467 (2006): Considerando 56°.

34 Dictamen N° 52.975, de 2009.

De ese modo, el principio de transparencia, o publicidad de los actos de los órganos del Estado, se irradia a toda actuación de los poderes públicos, haciendo que aquellas sean públicas, teniendo presentes las excepciones que la ley establece al efecto, no pudiendo sustraerse de aquello los procedimientos sancionatorios incoados en contra de funcionarios públicos, ya que la publicidad del proceso es parte integrante del debido proceso.

Sobre el particular, la interpretación de la Contraloría no ha sido del todo satisfactoria. En efecto, el ente de control ha expresado que si bien a los actos de los poderes públicos les es aplicable el principio de publicidad, aquél se aplica de forma limitada[35]. En tal sentido, se ha afirmado que *"el Dictamen N° 42.779, de 2000, en armonía con lo dispuesto en el inciso final del artículo 137 del precitado Estatuto, determinó que dichos procesos son secretos durante la etapa indagatoria, y en el lapso que media entre la formulación de los cargos y la fecha en que el proceso queda afinado, sólo pueden ser conocidos por los inculpados y su defensa, lo que tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo de la garantía constitucional del debido proceso y de la honra y el respeto a la vida pública de los funcionarios que podrían tener comprometida su responsabilidad, dado que las conclusiones a que se llegue en tal proceso sólo quedan a firme una vez que esté totalmente tramitado"*[36].

i) El procedimiento sancionatorio debe respetar los derechos fundamentales del funcionario público inculpado

Si bien la Contraloría General de la República no se ha pronunciado de manera general sobre este punto, ha señalado, como criterio general, que dentro del proceso sancionatorio deben respetarse los derechos fundamentales de los funcionarios públicos sometidos a aquel procedimiento.

En efecto, en lo que a libertad de trabajo se respecta, ha puntualizado que la autoridad pública no está facultada para retener por más de treinta días, desde su presentación, la renuncia voluntaria de un funcionario sometido a sumario administrativo[37]. Lo expuesto encuentra su fundamento en que *"el derecho de todo servidor a renunciar a un empleo público, no sólo encuentra su fundamento en la Ley N° 18.883, sino también en el N° 16 del artículo 19 de la*

---

35 Dictamen N° 27.890, de 2005 ha señalado que *"si bien el artículo 13 de Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en la parte que interesa, estipula que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, precisando además que la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente con aquélla contenida en el inciso segundo del artículo 137 de Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que establece el secreto del sumario administrativo hasta la formulación de cargos, oportunidad en que deja de tener ese carácter para el inculpado y el abogado que asuma su defensa. Así, el funcionario que da a conocer los antecedentes del mismo a terceros ajenos a un proceso no afinado, transgrede la normativa vigente y contraviene sus obligaciones estatutarias, debiendo ser investigado y sancionado por ello. (Aplica Dictámenes N°s. 17.466, de 2001 y 14.807, de 2004, ambos de esta Entidad Fiscalizadora)".*

36 Dictamen N° 11.341, de 2010.

37 Dictámenes N°s. 23.723, de 2000, y 52.423, de 2007, que se refieren al caso de la especie como una actuación contraria a Derecho por cuanto "constituiría una retención indebida".

Constitución Política de la República, precepto que, en lo que importa, consagra la libertad de trabajo y la consiguiente opción de cada persona de mantener o cambiar el oficio que esté desempeñando, derecho fundamental que los órganos de la Administración del Estado deben tener presente y respetar"[38].

j) El procedimiento sancionatorio debe contemplar la existencia de recursos procesales destinados a impugnar el acto sancionatorio

Todo procedimiento debe poseer instancias a las cuales se pueda recurrir de la decisión que ha sido adoptada. En efecto, este derecho de carácter general recibe amplia consagración en nuestro ordenamiento jurídico, así como en instrumentos internacionales[39], recibiendo la antedicha situación expreso reconocimiento en los procedimientos sancionatorios instruidos en contra de funcionarios públicos, de forma general, en el artículo 141 de la Ley N° 18.834 y, en forma particular, en las leyes y disposiciones reglamentarias de los funcionarios públicos sometidos a estatutos especiales.

Lo anterior, puntualiza la Contraloría General de la República, es una manifestación concreta del cumplimiento del debido proceso. En efecto, el ente de control ha señalado, refiriéndose a un proceso sancionatorio en particular, que en la especie *"se dio efectivo cumplimiento al principio constitucional del debido proceso, en cuanto consta que se le permitió al inculpado defenderse de los cargos que se le formularon y tuvo la oportunidad de hacer uso de las instancias de reclamación y apelación que al efecto le franquean los artículos 40 y 41 del reglamento de disciplina, tal como aparece del informe de la Dirección Nacional de Personal de Carabineros de Chile"*[40].

2. La jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República

El Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República ha venido produciendo pronunciamientos sobre la cautela del debido proceso. En efecto, la mayoría de las sentencias que emite dicho tribunal se pronuncia, en algún grado, sobre el cumplimiento de las normas que cautelan el derecho fundamental al debido proceso.

Sin perjuicio de lo dicho, en este apartado se pretende analizar dos puntos vitales sobre los cuales descansa la defensa del funcionario público sometido a un procedimiento sancionatorio.

El primero dice relación con el test de procesabilidad que poseen las acciones interpuestas por el fiscal de la Contraloría General en el contexto de Juicio de Cuentas, por cuanto aquéllas, de ejercerse después de transcurrido un año del reparo de cuentas, operaría la caducidad de la

38 Dictamen N° 48.554, de 2010.

39 En tal sentido, véase el artículo 8° letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual dispone que toda persona tiene *"h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"*.

40 Dictamen N° 110, de 2009.

acción. En segundo lugar, se analizará el cumplimiento de las normas del debido proceso y la cautela que reciben dentro del juicio de cuentas.

a) La caducidad de la facultad para iniciar el juicio de cuentas

El artículo 129 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, señala que las conclusiones de un sumario administrativo serán consideradas como suficiente examen de cuentas para los efectos de iniciar el juicio respectivo. En tal sentido, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que lo anterior debe entender que *"si en una encuesta sumarial se establece, además de la correspondiente responsabilidad administrativa, situaciones que permitan configurar los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, podrá iniciarse un juicio de cuentas para determinarla y hacerla efectiva, en iguales términos que si se tratara de un examen de cuentas"*[41]. Asimismo, por aplicación de la normativa citada, el sumario administrativo es un supuesto administrativo de un juicio de cuentas, por lo cual se entiende que *"las normas de fondo aplicables para los efectos de determinar la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, en relación con sus elementos constitutivos –daño, imputabilidad y causalidad– son aquellas que se establecen para los exámenes de cuentas"*[42].

Así, la normativa en cuestión vela por el hecho de que la persecución de la responsabilidad civil por parte de la Contraloría a través de un juicio de cuentas, derivada aquélla de la responsabilidad administrativa, sea acotada en el tiempo, por lo cual el Tribunal ha entendido que las garantías para el funcionario que se dan en el contexto del juicio de cuentas se aplican sin excepción en todo caso en que una cuenta sea revisada[43].

En ese contexto, uno de los primeros límites impuestos por el legislador en esta materia se encuentra en el inciso 1° del artículo 96 de la citada Ley N° 10.336, disposición que señala que *"toda cuenta será examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por la Contraloría"*.

De ese manera, el Tribunal de Cuentas de la Contraloría ha expresado que *"siendo una obligación legal aquella que se impone al examinador de las cuentas, en cuanto a efectivamente examinarlas y, finiquitarlas o repararlas dentro del plazo de un año contado desde la recepción de los antecedentes respectivos, o desde que se notifica al afectado la resolución que sanciona el sumario administrativo debidamente afinadas, debe necesariamente entenderse que, en el caso de estimarse pertinente la iniciación de un juicio de cuentas, la notificación de la demanda –reparo– constituye un trámite esencial que tiene por objeto poner en conocimiento del cuentadante demandado la activación del procedimiento jurisdiccional, trabando definitivamente la litis. De ello se desprende que al ser el juicio una consecuencia del examen de cuentas adminis-*

41 Sentencia Rol N° 167 (2009): Considerando 2°.

42 Íd., considerando 3°.

43 El Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado que *"al consignarse que las conclusiones de un sumario administrativo sirven de suficiente examen de cuentas para iniciar el juicio respectivo, la norma del artículo 96 de la ley N° 10.336 antes citado debe entenderse igualmente aplicable a esas encuestas sumariales"*. En Sentencia Rol N° 167 (2009): Considerando 5°.

trativo previo, la notificación del reparo debe igualmente efectuarse dentro del plazo de un año antes señalado"[44].

b. La cautela del debido proceso por parte del Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas ha tenido presente que debe resguardar ciertas garantías mínimas del debido proceso, sin perjuicio que ha estimado que aquella labor no le corresponde ejercerla[45].

En efecto, el referido Tribunal ha señalado que *"no es posible acoger las alegaciones efectuadas por el cuentadante en orden a la imprecisión de los cargos formulados en el sumario y a la vulneración de las normas del debido proceso, pues el cargo que sustenta el presente reparo se encuentra perfectamente acotado, así como también los antecedentes para la determinación del monto del perjuicio. Además, respecto de la sustanciación del sumario administrativo adjunto a los autos se observa que existieron en él todas las etapas necesarias para la adecuada defensa del señor Medina Vergara, la cual fue ejercida oportunamente dentro del procedimiento"*[46].

Como se puede apreciar, el Tribunal examinó y tuvo presentes los parámetros que la propia Contraloría General de la República ha venido señalando, en orden a que con el cumplimiento de tales se configura plenamente el cumplimiento del principio constitucional del debido proceso.

CONCLUSIONES

1. Si bien la regulación de los derechos de los funcionarios que hace el ordenamiento jurídico nacional no es sistemática, ni pone énfasis en el funcionario, siendo del todo precaria, la jurisprudencia de la Contraloría General la República ha robustecido el ejercicio de tales derechos, perfilando un sistema de protección de los mismos a través de la determinación de criterios jurisprudenciales que iluminan y presiden su aplicación, fundándose en el debido proceso como garantía constitucional procesal.

2. El antedicho sistema de protección ha sido creado por la potestad dictaminante del ente contralor, y aplicada por la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, señalando que todo procedimiento sancionatorio debe estar sujeto al cumplimiento de criterios y principios jurídicos que validan la aplicación de una sanción específica, precisando que aquello constituye un debido proceso.

---

44 Íd., considerando 7°.

45 En efecto, el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha puntualizado que *"la alegación de falta de observancia de las normas del debido proceso, dentro del sumario administrativo que fundamenta el reparo, no cabe formularlas en el juicio de cuentas, toda vez que se trata de un procedimiento destinado a determinar la responsabilidad civil del cuentadante"*. En Sentencia Rol N° 195 (2009): Considerando 1°.

46 Sentencia Rol N° 36.052 (2009): Considerando 9°.

3. Dentro de aquellos criterios es preciso destacar la importancia capital de los elementos subjetivos y objetivos que determinan, el carácter sustantivo, adjetivo y procedimental del debido proceso, entre los que se cuentan: el respeto por el emplazamiento; el resguardo de la ritualidad del procedimiento; la formulación de cargos precisos y determinados en contra del inculpado; la imposición de una sanción en consideración al mérito del proceso; que la sanción aplicada sea razonable; que la sanción sea proporcionada a los hechos; que la imposición de la sanción no sea arbitraria; que el procedimiento sancionatorio cumpla con el con el principio constitucional de publicidad, respetando los derechos fundamentales del funcionario público inculpado y contemplando la existencia de recursos procesales destinados a impugnar el acto sancionatorio.

4. Los parámetros recién señalados han sido ampliamente aplicados por la Contraloría General en su jurisprudencia administrativa como también por el Tribunal de Cuentas, el cual, en la mayoría de las sentencias que emite, se pronuncia, en algún grado, sobre el cumplimiento de las normas que cautelan el derecho fundamental al debido proceso, desde la perspectiva que las personas, sean particulares o formen parte del ente estatal, puedan ejercer sus derechos dentro de un procedimiento que garantice la defensa jurídica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aros Chía, Rodrigo (2005): *El Debido Proceso como Principio de Constitucionalización de la Acción Procesal* (Santiago, LexisNexis, Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica, pp. 171-183.

Barra Gallardo, Nancy (2007): *Probidad Administrativa* (Santiago, LexisNexis), 2009 pp.

Cea Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 402 pp.

Celis Danzinger, Gabriel (2010): *Curso de Derecho Administrativo Tomo II* (Santiago, Editorial Puntolex), 1075 pp.

Fernández González, Miguel Ángel (2006): "Justicia Constitucional y Constitucionalismo Humanista", en Fernández González, Miguel Ángel: *Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia* (Santiago, Tribunal Constitucional), pp. 11-27.

Guerrero Valle, Gonzalo (2010): *La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad. Una aproximación desde el constitucionalismo humanista* (Santiago, Editorial Librotecnia), 216 pp.

Nogueira Alcalá, Humberto (2010): "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno", en Carbonell, Miguel (Editor): *El principio proporcional en la interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Librotecnia), p. 355.

Pantoja Bauzá, Rolando (2009): *Estatuto Administrativo Interpretado* Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 645 pp.

Pantoja Bauzá, Rolando (2009): *Estatuto Administrativo Interpretado* Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 645 pp.

Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena (2008): *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 518 pp.

Real Academia de la Lengua Española (2012): *Diccionario de la Lengua Española* [fecha de consulta: 14 mayo de 2012]. Disponible en *<http://www.rae.es/rae.html>*

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República.

Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, 14 de diciembre de 1999.

Ley N° 19.296, que Establece Normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, 14 de marzo de 1994.

Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda.

Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Convención Americana de Derechos Humanos

JURISPRUDENCIA CITADA

Dictamen N° 5.725, de 2012, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 72.617, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 60.519, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 58.814, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 43.300, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 22.655, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 2.030, de 2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 74.035, de 2010, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 73.160, de 2010, de la Contraloría General de la República

Dictamen N° 58.022, de 2010, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 48.554, de 2010, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 47.766, de 2010, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 11.341, de 2010, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 52.975, de 2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 37.143, de 2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 110, de 2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 46.518, de 2008, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 45.369, de 2008, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 52.423, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 49.731, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 43.981, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 17.236, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 15.643, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 12.798, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 6.630, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 3.682, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 2.103, de 2007, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 27.890, de 2005, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 23.723, de 2000, de la Contraloría General de la República.

Sentencia Rol N° 36.052 (2009): Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República disponible en *<http://www.contraloria.cl>.* [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2012].

Sentencia Rol N° 195 (2009): Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría General de la República disponible en *<http://www.contraloria.cl>.* [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2012].

Sentencia Rol N° 167 (2009): Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría General de la República, disponible en *<http://www.contraloria.cl>.* [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2012].

Sentencia Rol N° 467 (2006): Tribunal Constitucional de Chile, 14 de marzo de 2006 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sociedad Visal Ltda., respecto del inciso segundo del artículo 23 de la *Ley N° 19.542, seguida ante el Primer Juzgado Civil de Arica),* disponible en *<http://www.tribunalconstitucional.cl>.* [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2012].

EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR DE CARABINEROS

Daniel Soto Muñoz
Abogado, Magíster en Ciencias Militares, Profesor de la Academia de Ciencias Policiales de Carabineros (ACIPOL), Consultor en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. Chile. dansotocl@yahoo.es.

SUMARIO:

1. Calificación jurídica militar. 1.1. Regulación constitucional del monopolio de la fuerza. 1.2. Vínculo jurídico militar. 2. El Derecho sancionador militar. 2.1 Unidad del Derecho punitivo. 2.2 El Derecho sancionador militar en Carabineros. 2.2.1 El Derecho sancionador militar en Chile. 2.2.2 Aplicación del Derecho sancionador militar en Carabineros. 3. La potestad disciplinaria en Carabineros. 3.1 Fundamentación jurídica del régimen disciplinario militar de Carabineros. 3.2. El sistema administrativo sancionador de Carabineros. 3.2.1 Características generales del Derecho Disciplinario militar de Carabineros. 3.2.2 Debate sustantivo y procesal sobre el régimen disciplinario de Carabineros. a. Derecho disciplinario militar sustantivo y principios penales. i. Principio de legalidad. ii. Principio de "ultima ratio". iii. Principio de lesividad. iv. Principio de proporcionalidad. b. Derecho disciplinario militar adjetivo y garantías procesales. i. Obligatoriedad de aplicar estándares internacionales de debido proceso. ii. Particularidades de la defensa disciplinaria militar.

Palabras clave: Calificación jurídica militar - Derecho sancionador militar - Derecho disciplinario militar - Derecho penal militar - Principios penales - Garantías procesales.

1. Introducción

El régimen disciplinario de Carabineros está siendo permanentemente sometido a prueba tanto por el funcionamiento mismo de la organización como por los controles de legalidad a que es sometido continuamente ante la Contraloría General de la República. En esta evaluación casuística resulta importante no sólo conocer las normas reglamentarias aplicables a casos específicos sino, además, conviene observar la discusión dogmática sobre el Derecho sancionador militar dentro del cual se inserta el Derecho disciplinario militar de Carabineros.

2. Calificación jurídica militar

2.1. Regulación constitucional del monopolio de la fuerza

El concepto de Estado de Derecho se perfiló en Latinoamérica a principios del siglo XIX, coetáneamente con el proceso emancipador. Las nacientes repúblicas adoptaron la filosofía del liberalismo europeo[1] y, consecuentemente, establecieron límites al ejercicio del poder público.

[1] Cea (2005), pp. 43-46.

Las nuevas constituciones reconocieron el valor de la dignidad humana e instauraron el principio de la separación de poderes[2].

El monopolio de la fuerza física quedó a cargo del poder político tanto para asegurar la obediencia ciudadana a las normas jurídicas como para garantizar la defensa frente a las amenazas externas[3]. La fuerza quedó subordinada constitucionalmente al poder ejecutivo sobre la base de los principios del profesionalismo, la organización jerárquica, la obediencia al poder civil y la no deliberancia política[4].

En Chile esta regulación data de la Constitución de 1823, que subordinó la "Fuerza Pública" al Presidente de la República (artículos 225 a 234) y que definió que su naturaleza era "*esencialmente obediente*" y no deliberante (artículo 226). Estas características se mantuvieron idénticas en las constituciones de 1833 y 1925. Una reforma constitucional de 1971[5] especificó que la "Fuerza Pública" estaba integrada por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, añadiendo que, éstas, se organizarían sobre la base de los principios del profesionalismo, la jerarquía y la disciplina. La Constitución de 1980 dividió este concepto diferenciando entre las tareas asignadas a las "Fuerzas Armadas" y las conferidas a las "Fuerzas de Orden y Seguridad Pública" (artículo 101 inciso tercero).

2.2. Vínculo jurídico militar

La calificación "militar" es un atributo, condición o estatuto conferido por la ley. No es el uso de uniformes, o el empleo de formalidades, lo que define la naturaleza militar de una organización, sino la identificación que ésta recibe de la ley. Esta valoración genera un vínculo jurídico de obediencia entre el funcionario público militar y el Estado[6].

Las instituciones militares asumen la misión del uso de la fuerza y, para ello, contraen una obligación corporativa de "obediencia y no deliberancia" respecto del poder civil. Así lo han determinado sucesivamente la Constitución de 1833 en los artículos 82 Nº 17, 156 y 157[7]; la Constitución de 1925 en los artículos 22 y 72 Nº 13; y la actual Constitución de 1980, en los artículos 32 Nº 17 y Nº 18, y 101 a 105[8].

---

2 Zalaquett (2011).

3 Bobbio (2006), pp. 68-187.

4 García y Verdugo (2004), pp. 90-95.

5 Ley Nº 17.398 de 1971.

6 Alli (2000), pp. 79-116 y 605; Carranza (2005), pp. 251-375, y Soto (2011), pp. 85-92.

7 El artículo 148 de la Constitución de 1833 establecía que *"La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar"*. Jorge Huneeus comentaba al respecto: "La primera parte de este artículo consigna un principio tan natural como necesario y que se explica con sólo tener presente que la obediencia de los individuos que forman la fuerza pública de un país respecto de sus superiores, es condición esencial e indispensable de su existencia. Por eso es que el subalterno no responde de las consecuencias de las órdenes que su superior le hubiere dado, tratándose de la fuerza pública, sea ésta de línea, la milicia o la policía" (Huneeus (1901), p. 622).

8 Esta obligación de obediencia ha sido explicitada por prácticamente todas las constituciones latinoamericanas. Así consta en el artículo 245 de la Constitución boliviana, el 219 de la colombiana, el 12 de la costarricense, el 159 de la ecuatoriana, el 81 de la salvadoreña, el 244 de la guatemalteca, el 245 numeral 37 de la hondureña, el 93 de la nicaragüense, el 305 de la panameña, el 173 de la paraguaya, el 169 de la peruana y el 328 de la venezolana.

En Chile, la calificación jurídica militar comprende a las Fuerzas Armadas y a Carabineros, cuya naturaleza constitucional ha sido definida como "cuerpo armado" (artículo 101 inciso tercero). Como consecuencia, sus funcionarios son considerados legalmente "militares" de acuerdo al Código de Justicia Militar[9] (artículo 6º). Con todo, ambas fuerzas tienen misiones constitucionales completamente diferenciadas, así como una regulación orgánica y disciplinaria separada, tal como se ilustra en el Cuadro 1, de tal manera que no se da la posibilidad en Chile, ni aún bajo estados de excepción constitucional, de mando o actividades conjuntas.

Cuadro 1

Regulación legal de los cuerpos armados en Chile

REGULACIÓN	FUERZAS ARMADAS	CARABINEROS
ORGANIZACIÓN	Ley Nº 18.948 de 1990	Ley Nº 19.961 de 1990
ESTATUTO PROFESIONAL	D.F.L. 1 de 1997	D.F.L. 2 de 1968
RÉGIMEN DISCIPLINARIO	D.S. Nº 1.445 de 1951; D.S. Nº 1.232 de 1986.	D.S. Nº 900 de 1967

Fuente: Elaboración propia del autor (2010).

3. El derecho sancionador militar

3.1 Unidad del Derecho punitivo

El deber de obediencia es el origen de las obligaciones de servicio que configuran la disciplina de los cuerpos armados. El Derecho sancionador militar protege este bien jurídico de naturaleza supraindividual[10] a través de dos vías, una disciplinaria[11] y otra penal[12].

Si la contravención al deber de servicio militar resulta nociva sólo para el ordenamiento de las organizaciones militares, origina una falta reglamentaria que es sancionada disciplina-

9 La Constitución brasileña considera "funcionarios militares federales" a los integrantes de las Fuerzas Armadas, a las policías militares y a los cuerpos militares de bomberos (artículo 42). La Constitución Política de Colombia de 1991 integró bajo el concepto de "Fuerza Pública" a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional (artículo 216), pero distinguió, al mismo tiempo, que la segunda era "un cuerpo armado permanente de naturaleza civil" (artículo 218). La ley estableció, no obstante, que los delitos cometidos por unos y otros eran de competencia de la justicia militar (artículos 1º a 5º del Código Penal Militar). En el caso peruano, la Constitución de 1993 contempla un capítulo especial sobre "la seguridad y la defensa nacional". Si bien establece una naturaleza jurídica y finalidades distintas para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, el artículo 173 señala que los miembros de ambas instituciones quedan sometidos al fuero respectivo (militar o policial) en casos de "delitos de función". El Código de Justicia Militar Policial peruano, creado por el Decreto Legislativo N° 1.094, de 1 de septiembre de 2010, estableció una nueva categoría jurídica común para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y las denominó "Fuerzas del Orden".

10 Se entiende por bienes jurídicos *"los intereses fundamentales de la vida en comunidad, vinculados con el individuo como persona que vive y se desarrolla en sociedad y que generalmente, se reconocen constitucionalmente"* (Vargas (2006), p. 69-89).

11 En Chile tanto la Constitución (artículo 19 Nº 3), como la ley (artículo 431 del Código de Justicia Militar) regulan el Derecho disciplinario militar.

12 De la misma manera la Constitución chilena (artículo 83 inciso tercero) y la ley (artículos 1º y del Código de Justicia Militar) configuran las atribuciones de la jurisdicción penal militar.

riamente. Si la infracción al deber daña o pone en peligro, además, a la sociedad completa (afectando, por ejemplo, la capacidad operativa de la organización), configura un delito que es castigado penalmente[13] (ver Cuadro 2).

Cuadro 2

Derecho Sancionador Militar

	DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR	DERECHO PENAL MILITAR
BIEN JURÍDICO AFECTADO	Deber de servicio	Deber de servicio
SUJETO AFECTADO	Organización militar	Sociedad
CALIFICACIÓN DEL ILÍCITO	Falta disciplinaria	Delito militar
ÓRGANO SANCIONADOR	Administración del Estado	Tribunales Militares
FACULTAD SANCIONADORA	Potestad disciplinaria	Jurisdicción penal militar
PROCESO	Administrativo	Justicia penal militar

Fuente: Elaboración propia considerando a HIGUERA (1990).

Prácticamente en toda la legislación penal militar latinoamericana la relación de complemento entre el Derecho penal militar y el Derecho disciplinario militar está establecida en el Código Penal Militar[14]. Las normas disciplinarias y el procedimiento para la aplicación de la potestad disciplinaria ha sido pormenorizada normalmente en normas de menor rango jerárquico (ver Cuadro 3). Sólo El Salvador y Paraguay tienen regulado el castigo disciplinario militar en el mismo Código Penal Militar.

Cuadro 3

Reglamentos Latinoamericanos de Disciplina Militar

PAÍS	REGLAMENTO DE DISCIPLINA	NORMA QUE LO CREA	VIGENCIA
ARGENTINA	Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas	Ley Nº 26-394	6.08.2008
BOLIVIA	Reglamento de Faltas Disciplinarias y sus Castigos, N°23.	Resolución Suprema N° 181.303	1.03.1979
BRASIL	Reglamento Disciplinario de la Aeronáutica (RDAER)	Decreto N° 76.322	22.09.1975
	Reglamento Disciplinario de la Marina	Decreto N° 88.545	26.07.1983
	Reglamento Disciplinario del Ejército (R4)	Decreto N° 4.346	26.08.2002

13 Astrosa (1974), pp. 21 y 22, y Mera (2002), p. 15.

14 La dogmática penal plantea que el Derecho penal militar es una parte especializada del Derecho penal común y, por tanto, está sujeto a sus mismos principios. El Derecho penal militar complementa la legislación penal ordinaria tutelando *"los planos deontológicos de la formación castrense como valor, honor, disciplina, obediencia* (Ferro (2005), pp. 37-54).

Continuación Cuadro 3

PAÍS	REGLAMENTO DE DISCIPLINA	NORMA QUE LO CREA	VIGENCIA
CHILE	Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas (Ejército y Fuerza Aérea)	Decreto Supremo (Defensa) N° 1.445	14.12.1951
	Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11	Decreto Supremo (Interior) N° 900	20.06.1967
	Reglamento de Disciplina de la Armada	Decreto Supremo (Defensa) N° 1.232	21.10.1986
COLOMBIA	Ley Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares	Ley N° 836	16.07.2003
	Ley sobre Régimen Disciplinario para la Policía Nacional	Ley Nº 1.015	7.02.2006
ECUADOR	Reglamento sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar	Acuerdo Ministerial N° 1.057	13.07.2009
EL SALVADOR	Código de Justicia Militar	Decreto Legislativo N° 562	29.05.1964
GUATEMALA	Reglamento de Sanciones Disciplinarias	Acuerdo Gubernativo N° 24-2005	24.01.2005
HONDURAS	Reglamento de Personal para los Miembros de las Fuerzas Armadas	Departamento Ley y Orden 2005	12.09.1991
MÉXICO	Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos	DOF	10.12.2004
	Ley de Disciplina para el Personal de la Armada de México	DOF	13.12.2002
NICARAGUA	Reglamento Disciplinario Militar	Orden N° 17	----------
PARAGUAY	Código Penal Militar	Ley N° 843	19.12.1980
PERÚ	Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas	Ley N° 29.131	9.11.2007
	Ley sobre Régimen Disciplinario de la PNP	Ley Nº 29.356	13.05.2009
REPÚBLICA DOMINICANA	Reglamento Militar disciplinario de las Fuerzas Armadas	Decreto N° 02-08	--
URUGUAY	Reglamento General de Disciplina para el Personal Militar de la Fuerza Aérea	Decreto Nº 55/994	8.02.1994
	Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional	Decreto N° 180/001	17.05.2001
	Reglamento General del Servicio N° 21 Ejército Nacional	Decreto N° 305/003	29.07.2003
VENEZUELA	Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 de la Fuerza Armada Nacional		1949

Fuente: Elaboración propia a partir de Bermeo, Castañeda y Castro (2010), pp. 29-42.

3.2. El Derecho sancionador militar en Carabineros

3.2.1. El Derecho sancionador militar en Chile

Casi toda la legislación penal militar latinoamericana proviene de la adaptación de las "Reales Ordenanzas" españolas.

Las primeras Ordenanzas datan del año 1587 y fueron elaboradas por Alejandro Farnesio. En 1633 se aprobaron las Ordenanzas para el Buen Gobierno del Mar Océano, que además de actualizar toda la legislación militar, la hicieron aplicable a la Armada española. En 1701, Felipe V dictó una nueva, conocida como "Segunda de Flandes", que introdujo una judicatura colegiada (el Consejo de Guerra) y mantuvo intacto el fuero militar. Ésta fue reemplazada por las Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos de Carlos III en 1768 y subsistieron en casi toda América Latina hasta mediados del siglo XIX[15]. Rigieron en Chile hasta el 25 de abril de 1839, fecha en la que el Presidente Prieto promulgó la "Ordenanza General de Ejército"[16]. Esta nueva ordenanza republicana fue aplicada parcialmente a la Marina de Guerra, institución que, por su parte, continuó empleando las Ordenanzas Navales españolas de 1748 y 1793 hasta el siglo XX[17].

Prácticamente desde la vigencia de esta Ordenanza patria se discutió la necesidad de establecer un código penal militar. Los primeros encargos para su elaboración datan de 1843 y 1853. Posteriormente se comisionó un proyecto a los Coroneles de Ejército José María de Sessé y Justo Arteaga en 1862[18]. Comisiones sucesivas se dispusieron a partir de entonces hasta 1877, incluyendo una específica para la redacción de un código penal militar exclusivo para la Armada que estuvo a cargo de Luis Uribe Orrego y Antonio Varas de la Barra[19]. Durante este debate algunas apuntaron a la elaboración de normas distintas para la Armada y el Ejército, en tanto otras sugirieron la redacción de un código común.

La Ordenanza fue reformada en los años 1894 y 1900, porque tanto la codificación ocurrida en Chile durante la segunda mitad del siglo XIX[20], como las modificaciones a la organización del Ejército ocurridas durante la Guerra del Pacífico (1879 a 1883), habían dejado obsoletos muchos de sus acápites.

La Ordenanza General del Ejército fue finalmente sustituida en 1925 por el Código de Justicia Militar elaborado por Santiago Lazo y Óscar Fenner. El Decreto Ley Nº 806, de 23 de diciembre de 1925, estableció su vigencia a partir de marzo del año siguiente[21].

---

15 Bru (2001) pp. 27-74; Millán (2010), pp. 21-104.

16 Risopatrón (1882b).

17 Duvauchelle M. (1998).

18 Risopatrón (1882a), pp. 490 y 491.

19 Duvauchelle (1994), p. 266.

20 El Código Civil data de 1857; el Código Penal de 1874, y la Ley de Organización de los Tribunales de 1875.

21 En Chile la tendencia de considerar el Derecho penal militar como una legislación de emergencia data de los años treinta del siglo pasado. Bajo la dictadura de Ibáñez, la Ley Nº 4.935, de 24 de enero de 1931, estableció que los delitos cometidos contra la seguridad interior del Estado serían de competencia de la justicia militar. Dicha medida se amplió para castigar las opiniones desfavorables de la oposición mediante el Decreto con Fuerza de Ley Nº 143, de 5 de mayo de 1931. Bajo el gobierno de Juan

Una importante modificación se produjo a fines de 1932. Una comisión compuesta por los Auditores Generales de las Fuerzas Armadas y Carabineros propuso al Ejecutivo una serie de iniciativas: facilitar el funcionamiento de la Corte Marcial, delimitar la función de las fiscalías y secretarios letrados, ajustar los procedimientos a los parámetros procesales penales comunes, incluir delitos específicos que afectaran los intereses de la Armada y Carabineros[22], y disponer que cada "Institución Armada" contara con su propio reglamento de disciplina. Esto dio origen al Decreto Supremo Nº 4.005, "Reglamento de Disciplina de Carabineros", de 21 de agosto de 1934; al Decreto Supremo Nº 1.487, "Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional", de 17 de octubre de 1938, y al Decreto Supremo Nº 1.445, "Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas", de 14 de diciembre de 1951.

3.2.2. Aplicación del Derecho sancionador militar en Carabineros

El Cuerpo de Carabineros surgió en 1906 como una agrupación del Ejército con funciones policiales[23]. Progresivamente adquirió independencia funcional hasta alcanzar su total autonomía en 1925[24]. La fusión de las policías fiscales con el Cuerpo de Carabineros en 1927 selló la identidad militar y policial de Carabineros de Chile en cuanto *"institución de carácter militar, a cuyo cargo estarán en todo el territorio de la República, el mantenimiento de la seguridad y el orden y la vigilancia del cumplimiento de las leyes y demás disposiciones de carácter general"*[25].

Antes de la fusión, el Cuerpo de Carabineros estaba sometido íntegramente a las normas disciplinarias del Ejército[26], y en 1925 se había explicitado que *"…todos los actos del servicio de Carabineros [eran] de carácter militar"*[27], de modo que quedaba también bajo las normas penales castrenses.

A pesar del ímpetu de su debut, el reciente Código de Justicia Militar no hizo referencia explícita sobre su aplicación a la Armada y al Cuerpo de Carabineros, entendiendo, quizá, que sus normas resultaban "naturalmente" vigentes para ambas organizaciones militares.

Esteban Montero, la Ley Nº 5.091, de 18 de marzo de 1932, castigó a los civiles y militares que indujeran la indisciplina en las Fuerzas Armadas y en Carabineros. Bajo la dictadura de la "República Socialista" se dictó el Decreto Ley Nº 50, de 21 de junio de 1932, que estableció sanciones para los delitos cometidos contra la seguridad interior del Estado. La justicia militar fue empleada profusamente en Latinoamérica durante los años 70 (Rial (2008, pp. 27 a 46) como un instrumento para enfrentar la subversión. Producto de esta "expansión" de la jurisdicción penal militar, actualmente se presentan dos problemas: se aplica en la mayoría de los casos al juzgamiento de personas que no son estrictamente militares activos y ha asumido una autonomía que la deja fuera del control del poder judicial. Sólo Argentina, Brasil, Nicaragua y Uruguay han implementado un sistema judicial militar inserto en la justicia ordinaria (RIAL, J. Íbíd). Estas son las principales razones que permiten afirmar que la reforma de la justicia penal militar es una cuestión pendiente en casi toda la región (FLACSO-Chile (2008), pp. 56 y 57).

22 Oficio de la Comisión de Reformas, acompañando el Proyecto de Reformas al Código de Justicia Militar, con una exposición de motivos de 3 de agosto de 1932. Actas de las sesiones de la Comisión (Anexo del Código de Justicia Militar, edición oficial reformada, Instituto Geográfico Militar, Santiago, 1932, pp. 162 a 197).

23 Decreto Supremo Nº 113 y Decreto Supremo Nº 1.230.

24 Decreto Ley Nº 283.

25 Decreto con Fuerza de Ley Nº 8.352.

26 Ley Nº 3.547 de 1919, artículo 1º.

27 Decreto Ley Nº 210 de 1925, artículo 1º.

En todo caso, la primera Ley Orgánica de Carabineros de Chile de 1927, sucesor del Cuerpo de Carabineros, solucionó esta omisión, haciendo mención expresa a la vigencia del fuero militar para la nueva institución[28]. Una reforma de 1927 explicitó su validez para la Marina de Guerra[29] e hizo la misma referencia en relación a Carabineros de Chile en 1929[30]. Para la Fuerza Aérea de Chile, fundada en 1930, se crearon en 1931 los Juzgados de Aeronáutica, que pasaron a denominarse, desde entonces, Juzgados de Aviación en 1944[31].

Inmediatamente ocurrida la fundación de Carabineros de Chile, la institución enfatizó que el cumplimiento de los deberes de servicio se apoyaba tanto en el Derecho disciplinario como en el Derecho penal militar: *"El Fuero fijado a Carabineros de Chile es una Institución de excepción que sustrae de los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento de las causas relativas a materias de jurisdicción penal, civil y disciplinaria que son de la competencia de los Tribunales Militares con arreglo a las disposiciones del Código de Justicia Militar, cuyo artículo 371 somete al Cuerpo de Carabineros a sus disposiciones"* [32].

En el ámbito disciplinario, se dispuso que mientras se dictara un reglamento propio, las sanciones debían sujetarse al Reglamento de Castigos Disciplinarios del Ejército[33]. Para el funcionamiento de la justicia militar, se designaron cinco abogados que fueron nombrados Fiscales Militares en los Juzgados de Tacna, Valparaíso, Santiago, Concepción y Valdivia[34].

La Ley Orgánica de Carabineros de 1960 explicitó su naturaleza *"policial"*; luego la de 1975 añadió los elementos *"profesional y técnico"*[35] a su definición, y, finalmente, la de 1990 detalló los quehaceres de Carabineros y se alcanzó así la definición actual de *"institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República"*[36].

En toda esta evolución jurídica, que grafica el Cuadro 4, ha permanecido inalterable la naturaleza militar y policial de Carabineros de Chile[37].

28 Ley Nº 8.352 de 1927, artículo 11.

29 Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.983 de 1927, artículo 1º.

30 Ley Nº 4.670 de 1929, artículo 7º.

31 Ley Nº 7.852 de 1944.

32 Orden Ministerial Nº 57 de 5 de julio de 1927 (Boletín Oficial de Carabineros Nº 3 de 9 de julio de 1927, pp. 268 y 269).

33 Circular Nº 53 de fecha 19 de diciembre de 1927, dictada por don Aníbal Parada, General, Director General de Carabineros de Chile (Boletín Oficial de Carabineros Nº 27 de 24 de diciembre de 1927, p. 8).

34 Decreto Supremo Nº 3.589 de 23 de mayo de 1927.

35 Decreto Ley Nº 1.063.

36 Ley Nº 18.961.

37 Soto (2010a), pp. 100-140.

Cuadro 4

Evolución jurídica de Carabineros

	NORMA	AÑO	INSTITUCIÓN	NATURALEZA MILITAR	NATURALEZA POLICIAL
REGLAMENTO ORGÁNICO DEL REGIMIENTO DE CARABINEROS	D.S. Nº 1.230 de 16 de marzo	1906	Regimiento de Carabineros	Forma parte del Ejército	Facultades de oficiales de policía
REGLAMENTO DE SERVICIO DEL CUERPO DE CARABINEROS DEL EJÉRCITO	D.S. Nº 255 de 23 de enero*	1907	Cuerpo de Carabineros del Ejército	Forma parte del Ejército	Facultades de oficiales de policía
LEY ORGÁNICA	Ley Nº 3.547 de 10 de septiembre	1919	Cuerpo de Carabineros (independiente)	"Institución militar"	Mantenimiento del orden
REGLAMENTO ORGÁNICO DEL CUERPO DE CARABINEROS, Nº 8	---------- -----	1921	Cuerpo de Carabineros (independiente)	"Institución militar"	Auxiliar de la autoridad judicial
LEY ORGÁNICA	D.L. Nº 283 de 05 marzo*	1925	Cuerpo de Carabineros (autónomo)	"Institución militar"	Auxiliar de la autoridad judicial
LEY ORGÁNICA	D.F.L. Nº 8.352 de 23 de diciembre	1927	Carabineros de Chile	"Institución de carácter militar"	Prevención, control de la ley, investigación delictual, servicio de identificación y pasaportes**
LEY ORGÁNICA	D.F.L. Nº 213 de 30 de marzo	1960	Carabineros de Chile	"Institución policial de carácter militar"	Prevención, control de la ley, investigación delictual.
LEY ORGÁNICA	D.L. Nº 1.063 de 12 de junio	1975	Carabineros de Chile	"Institución policial, profesional, técnica y de carácter militar"	Prevención, control de la ley, investigación delictual.
LEY ORGÁNICA	Ley Nº 18.961 de 7 de marzo	1990	Carabineros de Chile	"Institución policial, técnica y de carácter militar"	Prevención, control de la ley, investigación delictual. Protección mandatarios. Vigilancia fronteriza.

Fuente: Elaboración propia del autor (2010).

* Modificado por el Decreto Ley Nº 6.389 de 1925.

** En 1929 se confirió a Carabineros el resguardo de prisiones que subsistieron hasta 1931. En 1930 se le atribuyó la función de vigilancia y seguridad territorial, actualmente vigente. En 1932 se desagregaron de la Dirección General de Carabineros los servicios de Investigaciones e Identificación y Pasaportes.

4. La potestad disciplinaria en Carabineros

4.1. Fundamentación jurídica del régimen disciplinario militar de Carabineros

El sistema punitivo interno de las Fuerzas Armadas y de Carabineros está justificado por el artículo 105 de la Constitución Política de la República que establece que la carrera profesional y el ejercicio del mando, entre otras, se regula por las respectivas leyes orgánicas. Dentro de las facultades del mando se encuentra, por cierto, el ejercicio de la potestad disciplinaria[38]. En aplicación del artículo 19 N° 3 de la Constitución, esta pretensión punitiva, administrativa y disciplinaria se rige por las normas pertinentes de sus "respectivos estatutos".

El "estatuto" de Carabineros está estructurado sobre la base de la Ley Nº 18.961 de 1990, "Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile", y el Decreto con Fuerza de Ley (Interior) N° 2 de 1968, "Estatuto del Personal de Carabineros de Chile". Este último no hace referencia a la identidad militar de Carabineros sino en cuanto a la planta y grados jerárquicos de su personal, y trata sustancialmente sobre la carrera profesional en lo relativo al ingreso, selección, ascensos, remuneraciones, retiros y montepíos.

La ley orgánica identifica una naturaleza jurídica particular de Carabineros cuyo resguardo queda entregado a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas especiales. La pormenorización de éstas se entrega a otras normas de menor rango jerárquico, tal como enuncia el artículo 1º inciso final: *"Derivado de las particulares exigencias que imponen la función policial y la carrera profesional, los organismos y el personal que las desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva".*

El estatuto jurídico militar de Carabineros está instituido en el artículo 2º inciso primero de la ley orgánica: *"Carabineros de Chile como cuerpo policial armado es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado y su personal estará sometido a las normas básicas establecidas en la presente ley orgánica, su Estatuto, Código de Justicia Militar y reglamentación interna".*

---

38 El mando (policial) está definido para Carabineros como *"el ejercicio de la autoridad que la ley y los reglamentos otorgan a los oficiales y demás personal de Carabineros sobre sus subalternos o subordinados por razón de destino, comisión, grado jerárquico o antigüedad"* (Ley Nº 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, de 7 de marzo de 1990, artículo 50). Para las Fuerzas Armadas el mando (militar) está definido como: *"autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, la antigüedad o puesto que desempeña"* (Ley Nº 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, de 27 de febrero de 1990, artículo 45). Los límites al ejercicio de este mando están descritos en la doctrina de cada institución y en su reglamentación jurídica interna. La esencia del mando obliga a cumplir en todo evento con las leyes, reglamentos y órdenes superiores, obliga a dar órdenes prudentes, y hace responsable al superior jerárquico no sólo de los actos propios, sino también de los de sus subordinados. El mando impone, asimismo, un elevado deber de cuidado y conservación de los elementos materiales y sobre todo, del recurso humano. El Decreto Supremo (Interior) Nº 639, "Reglamento de Servicio para Jefes y Oficiales de Orden y Seguridad de Carabineros, Nº 7", de 25 de abril de 1968, establece en el artículo 2º inciso primero que *"el ejercicio del mando implica la obligación de asumir por entero las responsabilidades en las funciones que se desempeñen, no pudiendo ser eludidas ni transferidas a los subordinados"* y el artículo 3º *"el mayor grado jerárquico significa asumir obligaciones de dirección y mando cada vez más amplios. Deben destacarse en tal cometido, cualidades fundamentales y condiciones profesionales como la personalidad, criterio, capacidad para resolver los problemas del servicio, ideas progresistas, y unidad de objetivos y de orientación hacia el fin deseado".*

La aplicación del Derecho disciplinario militar atañe a los mandos de Carabineros correspondientes y, en su ejecución, se debe considerar una tramitación ajustada al debido proceso que establece la Constitución. El artículo 36 inciso primero instaura: *"La potestad disciplinaria será ejercida por las autoridades institucionales competentes a través de un racional y justo procedimiento administrativo".* Armonizando esta referencia con las garantías constitucionales[39], se puede colegir que para Carabineros rigen todos los principios del "procedimiento racional y justo", con modificaciones, únicamente, en lo concerniente a la modalidad de ejercer la defensa.

La misma ley deriva en el artículo 36 inciso segundo la regulación del régimen disciplinario a una norma reglamentaria: *"El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de Disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle".*

De esta forma, en Carabineros de Chile, el Derecho disciplinario militar está contenido sustancialmente en el el Decreto Supremo (Interior) Nº 900, "Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile Nº 11". Éste, de la misma manera que los reglamentos de disciplina militar de las Fuerzas Armadas[40], ha sido elaborado de conformidad a lo preceptuado por el artículo 431 del Código de Justicia Militar que impone al Presidente de la república la obligación de dictar reglamentos *"sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar".* En ellos, expresa el Código, se deben indicar cuáles son *"las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina"* considerando *"las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones".*

El "Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11" se complementa con el Decreto Supremo (Defensa) Nº 118, "Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile N° 15", de 7 de abril de 1982, para los efectos de determinar la forma de sustanciar indagaciones administrativas y con el Decreto Supremo (Interior) Nº 5.193, "Reglamento de Selección y Ascensos del Personal de Carabineros N° 8", de 30 de septiembre de 1959, para determinar los alcances de la sanción disciplinaria en la carrera funcionaria.

Adicionalmente, el General Director de Carabineros, en ejercicio del mando policial superior que le corresponde sobre la institución[41], puede disponer de sistemas de prevención temprana de inconductas. Este sistema de observación se denomina comúnmente "asuntos internos", y su propósito es detectar contravenciones a los deberes de servicio y prevenir, con ello, dificultades que puedan afectar el funcionamiento, la disciplina o la cohesión de la organización. Dada su naturaleza de información preliminar, ésta no tiene efectos probatorios en el ámbito

---

39 Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N° 3 inciso segundo: *"Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos".*

40 Decreto Supremo (Defensa) Nº 1.445, "Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas", de 14 de diciembre de 1951 aplicable al Ejército y la Fuerza Aérea; de 20 de junio de 1967; y Decreto Supremo (Defensa) 1.232, "Reglamento de Disciplina de la Armada", de 21 de octubre de 1986.

41 Ley Nº 18.961 de 1990, artículo 51.

administrativo y los antecedentes que proporciona deben ser acreditados legalmente mediante un proceso reglamentario[42].

4.2. El sistema administrativo sancionador de Carabineros

4.2.1. Características generales del Derecho disciplinario militar de Carabineros

El régimen disciplinario de Carabineros se regula principalmente por el "Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11". Así lo afirma este mismo reglamento en su artículo 1º que extiende su empleo a todo el personal, uniformado o civil, que presta servicios en Carabineros.

La potestad disciplinaria se aplica para castigar administrativamente infracciones a los deberes de servicio. Estas contravenciones disciplinarias se denominan "faltas", y el artículo 2º las define como *"toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales".*

La alusión a la "moral" que hace esta definición ha sido objeto de crítica, cuestionándose la imposibilidad de la existencia de un catálogo normativo de tipo moral. Esta vaguedad afectaría el principio de tipicidad[43]. Se estima que una interpretación correcta del concepto "moral" se debe enmarcar dentro del ámbito profesional, esto es, aludiendo correctamente a la "ética policial" y no al fuero interno de los carabineros (en estricto rigor la moral como sistema normativo autónomo). Esta ética policial sí resultaría jurídicamente exigible porque estaría aludiendo a buenas prácticas que, en el fondo, se refieren a obligaciones auténticamente legales.

En términos generales, el proceso sancionatorio establecido en el reglamento de disciplina de Carabineros se sujeta a las siguientes reglas.

- Quienes deben conocer y resolver las faltas que cometan los subalternos son los Oficiales de Orden y Seguridad de Carabineros que tienen mando jerárquico (artículo 9º).
- Antes de aplicar una sanción, debe oírse al afectado, y cuando no se haya establecido fehacientemente la falta por la observación del jefe o por la propia confesión del inculpado o existan dudas sobre los hechos o grado de responsabilidad, estos hechos deben esclarecerse mediante una indagación administrativa (artículo 12).
- Una misma falta sólo puede ser sancionada por un superior jerárquico y una sola sanción disciplinaria. La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil (artículo 13).

---

42 Considerando que "asuntos internos" se instituye en Carabineros por una orden de la máxima autoridad institucional, todos los carabineros se encuentran obligados a colaborar activamente con esta repartición. La resistencia a proporcionar información daría lugar, entonces, a un reproche administrativo por afectar el buen servicio (artículo 22, N° 3, del Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11), y, eventualmente, un reproche penal por desobediencia (artículos 334 y 337 del Código de Justicia Militar).

43 Van De Wyngard (2010), p. 50.

- La facultad de castigar las faltas prescribe en el término de seis meses, contados desde la fecha en que se cometió la falta (artículo 20).
- Se establece un catálogo de faltas clasificadas en seis grupos y que son descritas cada una de forma amplia. Existen faltas relativas a: 1) la integridad moral del funcionario o al prestigio de la institución; 2) contra la subordinación y el compañerismo; 3) contra el buen servicio; 4) contra la reserva en asuntos del servicio; 5) de abuso de autoridad, y 6) contra el régimen institucional (artículo 22).
- El imputado tiene tres instancias de defensa y puede deducir en ellas recursos escritos impugnatorios (artículos 46 a 50) contra las resoluciones sancionatorias dentro del plazo de cinco días hábiles desde su notificación (artículo 44). El recurso de "reclamo" se interpone contra la resolución de primera instancia y ante el superior directo del que adoptó la decisión (artículo 40). La "apelación" se deduce ante el superior directo del jefe que resolvió la instancia anterior, quien conocerá y fallará el asunto sin ulterior recurso directo (artículo 41). Los jefes directos del sancionador pueden confirmar, suspender, postergar, modificar o anular las sanciones en la medida que adquieran a través del reclamo o la apelación (artículo 28).
- La interposición de los recursos procesales no suspenden los efectos inmediatos de la medida disciplinaria, excepto en el caso de las eliminaciones (artículo 50). Las medidas que determinen la eliminación permiten ejercer el recurso de reclamo, siguiendo el conducto regular, hasta llegar al General Director, quien conocerá y fallará en última instancia, sin ulterior recurso (artículo 43).
- Existe, además, un recurso excepcional de revisión que puede interponerse directamente ante el General Director. Tiene un plazo de seis meses contado desde que la sanción haya quedado firme y ejecutoriada, y se funda en la existencia de antecedentes nuevos cuyo conocimiento oportuno hubiese influido sustancialmente en la resolución que se revisa (artículos 51 y 52).

En cuanto al Decreto Supremo (Defensa) Nº 118, "Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile N° 15", de 7 de abril de 1982, los aspectos más relevantes son los siguientes:

- Las investigaciones internas (primeras diligencias, investigaciones simples y sumarios) se practican siempre con el fin de determinar situaciones de "relevancia administrativa": circunstancias que generan un impacto en el funcionamiento de la Institución, ya sea para establecer responsabilidades disciplinarias o para acreditar causales originarias de algún derecho o beneficio (artículo 5º).
- Los fiscales instructores están sujetos a las mismas causales de inhabilidades por falta de objetividad que los jueces (artículo 17).
- Las actuaciones de las investigaciones administrativas son secretas (artículos 18 letra d) y 27) y escrituradas (artículo 21).
- La prueba del proceso está definida en el reglamento de la misma manera que su valoración (artículos 40 a 65).

4.2.2. Debate sustantivo y procesal sobre el régimen disciplinario de Carabineros

Una parte de la doctrina estima que el Derecho administrativo sancionador deriva del Derecho público estatal y que no sería, por tanto, necesario recurrir, a analogías penales para definir sus características. Señala Nieto que "el Derecho penal, desde la perspectiva en que aquí se contempla, es un Derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculpado; mientras que en el Derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos"[44]. Para Nieto el Derecho público estatal y el Derecho administrativo estarían perfectamente capacitados para crear un sistema propio.

No obstante, una opinión mayoritaria de la doctrina sostiene la unidad del Derecho sancionador militar. Tanto el Derecho disciplinario y como el Derecho penal militar serían una misma manifestación del *"ius puniendi"* estatal y, ambos, protegerían un mismo bien jurídico: la obediencia[45]. Las diferencias entre uno y otro serían, por tanto, sólo "cuantitativas". Afirma Rodríguez-Villasante y Prieto que "ni la legislación, ni la jurisprudencia ni la doctrina han podido descubrir un criterio cualitativo diferenciador entre los delitos y las faltas penales y las infracciones administrativas"[46].

En una u otra posición, el equilibrio entre las garantías del infractor y las prerrogativas de la administración sancionadora se encuentran en la adecuación del Derecho disciplinario militar a los principios penales y procesales garantizados por la Constitución Política de la República.

a) Derecho disciplinario militar sustantivo y principios penales

Los límites materiales y formales impuestos por el Derecho penal liberal al *"ius puniendi"* estatal emergieron como garantías de legitimación de la intervención penal, restringiéndola para los casos más graves que fueran capaces de dañar o poner en peligro la coexistencia pacífica de la sociedad[47]. La principal limitación al poder punitivo (disciplinario y penal) consiste en restringir la intervención del Estado a casos estrictamente necesarios y cuando no exista otra forma menos lesiva de solucionarlos[48]. Esta noción denominada "intervención mínima" se estructura, principalmente, sobre la base de los principios de legalidad, *"ultima ratio"*, lesividad y proporcionalidad[49].

i) Principio de legalidad

El principio de legalidad, o de reserva legal de los delitos y castigos, tiene en Chile fuente constitucional (artículos 7º, 8º y 19 Nº 3) y se traduce en la necesidad de determinar de forma

44 Nieto (2012), pp. 24 y 25.

45 Calvo (2006), pp. 105 y 106.

46 Rodríguez-Villasante (2001), p. 16.

47 Velásquez (2009), pp. 79-218.

48 Carnevali (2009), pp. 3-34.

49 Soto (2010b).

clara y taxativa las conductas prohibidas y las sanciones que resultan aplicables. El principio se traduce en la exigencia de conocer de antemano cuál es el catálogo de infracciones disciplinarias y cuál es la sanción administrativa que trae aparejada. Esta determinación, además, debe hacerla el legislador[50].

En el caso de Carabineros, la ley derivó en una norma de inferior rango jerárquico la dictación del reglamento de disciplina. Las "faltas" se encuentran tipificadas en el artículo 22 del Reglamento Nº 11. Éste describe las inconductas de manera genérica, de acuerdo a una clasificación estructurada sobre seis criterios y, luego, las especifica ejemplificando casos. El inciso final del mismo artículo refiere que *"La Dirección General de Carabineros podrá complementar por medio de directivas la clasificación de las faltas, señalando su gravedad y fijar una escala aproximada de sanciones para cada hecho constitutivo de falta disciplinaria".*

El principio de legalidad obliga a determinar con anticipación las conductas prohibidas. La conducta disciplinaria típica debe justificarse en un proceso y sólo podrá ser reprochable al autor del acto ilícito: *"las imputaciones que se formulen en el proceso disciplinario deben contener el detalle de los hechos constitutivos de la infracción que se le atribuye al inculpado y la forma cómo ellos han vulnerado sus deberes, de modo de permitirle asumir adecuadamente su defensa y, a su vez, la autoridad pueda fundadamente determinar, si fuere procedente, la aplicación de la sanción que amerite la falta"* (Dictamen Nº 5.725, de 2012, en aplicación de Dictámenes Nºs. 44.908 de 2009 y 71.038, de 2011).

Dentro del principio de legalidad se encuentran la prohibición de la retroactividad y la prescripción.

La irretroactividad supone que nadie puede ser sancionado por una norma, o mediante un acto administrativo, que no se encuentre vigente. Este principio no aparece mencionado en el reglamento de disciplina, pero la Contraloría lo ha hecho extensivo a Carabineros a partir de la aplicación de normas comunes destinadas a regular la función pública. De esta manera, en los Dictámenes Nºs. 28.926, de 2010, 60.585, de 2009 y 55.760, de 2008, ha establecido que resulta aplicable el artículo 52 de la Ley Nº 19.880 en el sentido que una sanción disciplinaria de destitución sólo puede surtir efecto a contar de su total tramitación.

Mediante la prescripción se extingue la responsabilidad proveniente de una falta por el transcurso del tiempo (artículo 58). Su plazo es de seis meses contado desde que se cometió la infracción, y lo que hace es extinguir la facultad de castigar (artículo 20). La Contraloría General de la República ha señalado que la prescripción de la acción disciplinaria debe ser declarada dentro del sumario administrativo (Dictamen Nº 16.639, de 2012, en aplicación de Dictámenes Nºs. 33.340, de 2011, 13.215, de 2010, 2.361, de 2009, y 2.446, de 2004). Igualmente ha señalado que ésta debe ser pronunciada de oficio por los organismos de la administración, situación que resulta aplicable a Carabineros de Chile (Dictamen Nº 13.849, de 2012, en aplicación de Dictámenes Nºs. 50.052, de 2011, 23.389, de 2011, y 34.407, de 2008).

50 Corrales (2006), p. 57.

ii) Principio de "ultima ratio"

El principio de "ultima ratio" establece que el recurso punitivo debe ser el último medio para solucionar las controversias sociales y administrativas de relevancia jurídica[51]. El Derecho sancionatorio militar se concibe, precisamente, como un recurso progresivo en el que, dependiendo de la gravedad de la infracción, la primera etapa corresponde a la sanción disciplinaria y la segunda, al castigo penal[52]. El Código de Justicia Militar establece positivamente esta unidad del sistema sancionatorio castrense chileno (artículos 2º y 431 a 433).

Se plantean críticas, no obstante, a la posibilidad de acumulación de sanciones, en la medida que la aplicación simultánea de castigos disciplinarios y penales contravendría el principio *"non bis in ídem"* que proscribe la duplicidad de sanciones cuando existe identidad de sujeto, coincidencia de hechos e identidad de fundamento[53].

La doctrina y jurisprudencia disciplinaria militar chilena del primer cuarto del siglo XX desestimaba la posibilidad de aplicación acumulativa de castigos. Así lo expresaba en 1929 el Fiscal General de Santiago, quien a requerimiento del Ministerio de Guerra señaló que no podían aplicarse ambas sanciones a la vez, sino una de ellas dependiendo de la gravedad del hecho: *"Este principio natural y lógico, se encuentra expresamente establecido en el artículo 15 del Reglamento que dice: 'Se considerará falta de disciplina el quebrantamiento de los deberes militares y toda violación de los Reglamentos y órdenes relativos al servicio y dictados por los Superiores. Se exceptuarán aquellos casos en que el hecho constituya delito'. O en otros términos: las autoridades con facultades disciplinarias únicamente pueden aplicar castigos en todos los casos en que esos castigos no deban ser aplicados por la justicia militar"*[54].

Sin embargo, desde 1932, el Código de Justicia Militar permite la acumulación de las sanciones disciplinarias y penales tal como expresa el artículo 433. La doctrina justifica esta acumulación de penas sosteniendo que *"un mismo hecho puede constituir simultáneamente una falta y un delito y requerir la intervención de ambas jurisdicciones; en este caso, cada jurisdicción actúa dentro de la más absoluta impermeabilidad y sin sobrepasar la esfera de su acción"*[55]. Los detractores de esta posición sostienen que no sería justo castigar dos veces la infracción a un mismo deber.

La Contraloría se ha pronunciado sobre el principio de *"non bis in ídem"* en dos sentidos. Primero, para justificar que existiría un *"principio de independencia de la responsabilidad administrativa, de la civil y penal"* que permite aplicar sanciones administrativas sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda (Dictamen Nº 35.933, de 2009, y 12.798, de 2007). Segundo, para señalar que no es posible considerar como agravante de la responsabilidad de los inculpados, las mismas conductas que han sido materia de cargos, puesto que esto vulnera una de las manifestaciones del principio *"non bis in ídem"* (Dictamen Nº 5.468 de 2012).

51 Carnevali (2009), pp. 3-34.

52 De León (2006), p. 22-27.

53 Corrales (2006), p. 82.

54 Orden General Nº 416, de 23 de noviembre de 1929. Boletín Oficial de Carabineros Nº 128, p. 3.377.

55 Astrosa (1974), p. 27.

iii) Principio de lesividad

El principio de lesividad establece que las cuestiones relevantes para el Derecho penal y disciplinario son aquellas que causan daño a un bien jurídico[56]. Para el caso del Derecho disciplinario militar, se trata de infracciones que dañan intereses colectivos, esto es, el deber de obediencia que, como es sabido, es el que genera las obligaciones del servicio en las instituciones militares[57].

En el caso de Carabineros, el artículo 2º del Reglamento Nº 11 delimita las contravenciones disciplinarias como acciones u omisiones que puede incurrir el personal y que *"lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales".* Como se señaló más arriba, el concepto "moral" debe entenderse correctamente como "ética profesional", de manera que cuando el artículo 22 agrupa una serie de faltas como *"relativas a la integridad moral del funcionario o al prestigio de la institución",* se está refiriendo, en general, a incompatibilidades de intereses funcionarios y no a consideraciones íntimas o privadas del agente público. Con todo, el mismo artículo 22 contiene equívocos como, por ejemplo, cuando ilustra en la letra d) sobre la existencia de faltas que menoscaban la dignidad o el decoro funcionario, o que perjudican el buen nombre o el prestigio de la institución y que están relacionadas con conductas impropias *"para con la familia o en otros actos de la vida social o privada y que trasciendan a terceros".*

La Contraloría ha identificado que si bien existen aspectos de la vida social, privada o íntima de las personas que podrían afectar la "dignidad del cargo"[58], éstos se relacionan nítidamente con actuaciones delictivas y no con conductas puramente reprochables desde un punto de vista de la moral individual. A guisa de ejemplo: *"no respetar estrictamente el principio de probidad, y observar una vida social acorde con la dignidad del cargo"* (Dictamen Nº 22.747, de 2012); por un hurto simple cometido en una tienda por departamentos (Dictamen Nº 25.021, de 2012); haber participado en una riña (Dictamen Nº 42.499, de 2011); o por haber estado involucrado en abusos deshonestos y lesiones menos graves a menores (Dictamen Nº 16.512, de 1990).

iv) Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad prohíbe la arbitrariedad que se puede generar con el exceso en el castigo o de una valoración desigual de conductas análogas de dos o más funcionarios. Plantea, en lo medular, que debe existir correspondencia entre la sanción infligida y la dañosidad del hecho[59].

El Reglamento Nº 11 establece, en un principio, una facultad discrecional del jefe de sancionar *"con arreglo al propio juicio que se forme"* (artículo 10 inciso primero). En seguida atenúa esta libertad prescribiendo la obligatoriedad de fundamentar las resoluciones consignando las circunstancias reglamentarias que atenúen o agraven la responsabilidad del sancionado (artículo 10 inciso segundo) y considerando *"la forma como ésta incidirá en el próximo proceso ca-*

56 Velásquez (2009), pp. 79-218.

57 Higuera (1990).

58 Ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, artículo 61 letra i).

59 Corrales (2006), p. 87.

lificatorio y clasificatorio del afectado" (artículo 12 inciso segundo). El reglamento recomienda proceder *"con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia"* (artículo 11).

La Contraloría ha determinado que una decisión sancionatoria justa es aquella que está exenta de discriminaciones arbitrarias *"aplicando sanciones que correspondan con la gravedad de los hechos y la participación de los servidores en ellos, resguardando, de este modo, el principio de proporcionalidad contemplado en el inciso segundo del artículo 121 de la Ley N° 18.834"* (Dictamen Nº 17.737, de 2012).

Asimismo, la Contraloría ha resuelto que el principio de proporcionalidad obliga a evaluar a todos los empleados *"utilizando el mismo parámetro para determinar la gravedad de sus actuaciones y la sanción que corresponde imponer, conforme al principio de razonabilidad, contemplado en el artículo 53 de la Ley N° 18.575, y de acuerdo con el cual deben ser aplicadas las normas que regulan la potestad disciplinaria"* (Dictamen Nº 5.725, de 2012 en aplicación de Dictámenes Nºs. 81.257, de 2011, 71.038, de 2011, 58.022, de 2010, 62.969, de 2009, 44.908, de 2009).

b) Derecho disciplinario militar adjetivo y garantías procesales

El proceso disciplinario militar está orientado por el principio de necesidad u oficialidad que, en oposición al principio dispositivo o de las partes, exige al Estado iniciar, por sí mismo, la indagación de hechos que puedan afectar el interés público. Las partes del proceso son, por tanto, Carabineros de Chile, como órgano de la Administración del Estado, y el inculpado. No tiene relevancia procesal, para iniciar o poner término al proceso disciplinario, el interés que pueda deducir un tercero.

La tramitación de los procesos administrativos disciplinarios de Carabineros está sujeta al respeto de un proceso racional y justo en aplicación de lo instituido por la Constitución Política de la República (artículos 5º inciso segundo y 19 N° 3) y la Ley Nº 18.961 de 1990 (artículo 36). Estas normas y las etapas del procedimiento disciplinario garantizan la vigencia en Carabineros de un debido proceso (Dictámenes Nºs. 23.151, de 2012, 10.296, de 2007, 56.481, de 2006).

i) Obligatoriedad de aplicar estándares internacionales de debido proceso

Carabineros de Chile definió mediante la Circular Nº 1.671, de 18 de enero de 2007, de la Subdirección General de Carabineros[60], que los principios del derecho internacional de los derechos humanos sobre debido proceso eran aplicables plenamente en los procesos internos que persiguieran responsabilidades disciplinarias[61].

---

60 La Circular Subdigcar Nº 1.671, de 18 de enero de 2007, sobre "protección de la honra y dignidad de las personas en indagaciones administrativas", fue una "medida de no repetición" acordada en un acuerdo de solución amistosa que puso término a la petición 490-03 suscitada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

61 La "Declaración Universal de Derechos Humanos" aseguró los principios generales del "debido proceso", afirmando que toda persona tiene derecho a *"ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"* (artículo 10). De esta declaración se pueden extraer tres elementos que se encuentran asociados a un proceso justo: la competencia, la

El documento estableció que las garantías procesales más importantes que se debían respetar en todo proceso administrativo eran: ser oído por un investigador imparcial; presunción de inocencia; conocimiento del inculpado de los cargos que se le formulen y el derecho de contestar estas imputaciones; concesión de tiempo y de medios adecuados para la preparación de su defensa que incluyen el conocimiento íntegro de las resoluciones que se dicten y de las demás piezas del expediente; posibilidad de solicitar diligencias probatorias que puedan arrojar luz sobre los hechos; no ser obligado a declararse culpable, y el derecho de impugnar las resoluciones desfavorables ante el superior jerárquico de quien resolvió, de acuerdo a la forma y plazo que se establecen la reglamentación institucional.

ii) Particularidades de la defensa disciplinaria militar

El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República plantea importantes controversias en torno al modo en que se puede efectuar la defensa del inculpado en un proceso disciplinario militar.

La norma constitucional citada deja subsistentes todas las garantías del debido proceso *"para los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública",* pero agrega que el derecho a defensa jurídica y la intervención letrada en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario se regirán *"por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos".*

El régimen disciplinario de Carabineros garantiza la bilateralidad de la audiencia. El artículo 12 inciso primero del Reglamento Nº 11 establece que imputado siempre debe ser oído antes de aplicar una sanción. Los artículos 78 a 80 del Reglamento Nº 15 establecen que el imputado tiene derecho a conocer los cargos que se le formulan mediante las notificaciones respectivas (Dictamen Nº 59.942, de 2011 en aplicación de Dictámenes Nºs. 63.929, de 2011, 50.052, de 2011, 30.923, de 2010, 21.991, de 2007 y 30.036, de 2000). Sin embargo, ninguno de los reglamentos contempla el derecho a defensa letrada.

La Constitución garantiza la posibilidad de intervención de un abogado, no obstante ni el Reglamento Nº 11 ni el Reglamento Nº 15 contemplan esta garantía expresamente. Sólo se considera la eventualidad de ser asistido por un Oficial de Fila o Asimilado en el artículo 62 del Reglamento Nº 15. La Contraloría ha llenado este vacío y ha establecido que los funcionarios de Carabineros pueden actuar por medio de abogados que cuenten con título profesional en aplicación del artículo 22 de la Ley Nº 19.880 (Dictamen Nº 60.435, de 2008). Incluso se ha aclarado que pueden ser asesorados por apoderados no letrados, mientras no asuman una defensa estrictamente jurídica (Dictamen Nº 55.431, de 2011, en aplicación de Dictámenes Nºs. 60.435, de 2008, y 65.374, de 2009).

La inquietud que surge es si en el marco de una vinculación jerárquica militar podría un abogado comparecer en representación de un carabinero firmando con su nombre un escrito o compareciendo a una audiencia oral en sustitución de su representado. Pareciera que no. La naturaleza personalísima de la relación que existe entre superior y subordinado, y la necesidad

independencia y la imparcialidad. Juntos garantizan el pleno goce de los derechos y libertades de imputados y víctimas. Estos estándares de justicia fueron desarrollados posteriormente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8).

que los dichos de la defensa recaigan exclusivamente, en favor o en contra, de la persona del inculpado, impedirían actuar a través de *"interposita persona"*.

La Constitución asegura la presunción de inocencia (artículo 19 N° 3) y el derecho a guardar silencio (artículo 19 N° 7 letra f). La aplicación de ambos principios sugiere preguntarse sobre la validez de optar por guardar silencio para no incriminarse o, bien, la posibilidad o legitimidad que un carabinero mienta para no confesarse culpable.

En un régimen disciplinario militar, estas posibilidades no son aceptables. Dar respuesta a la interrogante de un superior jerárquico sobre asuntos del servicio, y mediante la verdad, es, primero, una orden que debe ser obedecida (artículos 4º y 5º del Reglamento Nº 11). Luego, es parte de las obligaciones legales y éticas de todo carabinero. Para los oficiales es una derivación elemental de responsabilidad en el ejercicio del mando (artículo 2º del Reglamento Nº 7) y para los suboficiales forma parte de las exigencias profesionales naturales relacionadas con la honradez, la veracidad y la franqueza (generalidades del Reglamento Nº 10 y Principios Institucionales del Manual de Doctrina de Carabineros de Chile).

La veracidad, por tanto, es parte de los deberes de servicio de un carabinero y su contravención constituye una falta disciplinaria que infringe la obligación de dar cuenta de los hechos que, por razones funcionarias, corresponde a los subalternos informar a los superiores (artículo 22 N° 3 letras d), f) y g) del Reglamento Nº 11).

Un carabinero, por tanto, no tiene derecho a guardar silencio en el ámbito disciplinario ni, menos, tiene derecho a mentir.

La Contraloría ha determinado que el derecho a guardar silencio *"sólo puede ser invocado en el contexto de un procedimiento penal, no existiendo por ende, ningún impedimiento para exigir a un funcionario que informe acerca de un hecho que le afecta, a fin de establecer la eventual responsabilidad administrativa que se derive de él"* (Dictamen Nº 81.351, de 2011).

CONCLUSIONES

El Derecho sancionador militar (disciplinario y penal) es una consecuencia necesaria de la regulación constitucional del monopolio estatal de la fuerza. Resguarda el deber de obediencia y el consecuente cumplimiento de los deberes de servicio, de quienes la ley considera "militares".

El Derecho sancionador militar surgió de una visión pre liberal que justificaba su existencia sobre la base de su utilidad coercitiva: *"para que las tropas se contengan en aquella exacta obediencia y disciplina militar, que conviene al decoro y estimación de su destino"*[62]. Hoy en día

62 Ordenanza General del Ejército de 1839, Título LXXVI, artículo 1. A principios del siglo XIX se justificaba en Chile el Derecho castigador castrense por *"la necesidad reconocida en todos tiempos y países de someter a las fuerzas de mar y tierra a una severa disciplina, y en la necesidad aún más imperiosa, de conservar el orden público o la independencia nacional. De aquí la creación de los tribunales militares con sus formas breves, para reconocer de las causas militares y para proteger esta clase importante de la sociedad"* (De la Cuadra (1871), p. 1).

se estima que, en el ámbito disciplinario, deben equilibrarse tanto las prerrogativas de la administración sancionadora como las garantías del infractor, recurriendo para ello a los principios penales y procesales que garantiza la Constitución Política de la República.

En el ámbito sustantivo, estos principios son los de legalidad, *"ultima ratio"*, lesividad y proporcionalidad. En el ámbito procesal, coinciden con los del "proceso racional y justo" que asegura la Constitución y que refuerza el Derecho internacional de los derechos humanos.

A la luz de ellos debe efectuarse el examen de conformidad del régimen disciplinario militar de Carabineros considerando, eso sí, las particularidades que establece su "respectivo estatuto". Esto es, que en el ámbito de la defensa, la intervención letrada no excluye la exigencia del inculpado de comparecer personalmente ante el mando jerárquico y que en sus alegaciones tiene una obligación legal y ética de decir la verdad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alli Turillas, Juan Cruz. *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 19 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, 680 p.

Astrosa Herrera, Renato. *Derecho penal militar.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974, 493 p.

Bermeo L., Dolores y Castañeda G., Ivette y Castro, Gustavo. "Radiografía del sistema de justicia militar en América Latina". En RIAL, Juan (Comp.) *La justicia militar, entre la reforma y la permanencia.* Buenos Aires, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, Resdal 2010, pp. 29-108.

Bru Peral, Ana María. *Proceso contencioso-disciplinario militar.* Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 251 p.

Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política.* México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006, 243 p.

Calvo Cabello, José Luis. "La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar. Valoración de la prueba". En De León Villalba, Francisco Javier. *Derecho penal y disciplinario militar.* Tirant lo Blanch, 2006, pp. 105-131.

Carnevali Rodríguez, Raúl. *Problemas de política criminal y otros estudios.* Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2009.

Carranza Torres, Luis. "Naturaleza y proyecciones del estado militar en el ordenamiento jurídico argentino". Tesis (Doctorado en Derecho). Buenos Aires, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, 2005, 481 p.

Cea Egaña, José Luis. "Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo (11):43-56, 2005.

Corrales Elizondo, Agustín. "Garantías materiales en el régimen disciplinario de la Guardia Civil". En De León Villalba, Francisco Javier. *Derecho penal y disciplinario militar.* Tirant lo Blanch, 2006, pp. 55-92.

De la Cuadra, Luis. *Prontuario de Juicios Militares.* Santiago, Imprenta Chilena, 1871, 264 pp.

De León Villalba, Francisco Javier. Convivencia del Derecho penal y el Derecho sancionador militar. En su: *Derecho penal y disciplinario militar.* Tirant lo Blanch, 2006, pp. 9-32.

Duvauchelle, Mario. *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 326 p.

Duvauchelle, Mario. "La justicia naval penal chilena. Una mirada a su evolución histórica". [En línea] *Revista de Marina.* [Fecha de consulta: 3 de junio de 2012]. Disponible en *<http://www.revistamarina.cl/revismar/revistas/1998/3/duvauche.pdf>*

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO-Chile. "Reporte del sector seguridad en América Latina y el Caribe", FLACSO-Chile, 2007, 204 p.

Ferro T., José. *Constitución y Derecho penal militar. Prolegómenos: derechos y valores.* Vol. III (16): 37-54, 2005.

García Barcelatto y Verdugo Marinkovic, Mario. *Manual de Derecho político. Las fuerzas políticas y los regímenes políticos.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 340 p.

Higuera Guimerá, J. Felipe. *Curso de Derecho penal militar español. I Parte general.* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1990, 596 p.

Huneeus, Jorge, "Artículos de la Constitución Política de Chile comentados", en *Boletín de la Policía de Santiago,* Imprenta de la Prefectura de Policía, Santiago, 1901.

Mera Figueroa, Jorge. "La parte especial del derecho penal militar chileno". En su *Hacia una reforma de la justicia militar.* Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, pp. 11-73.

Millán Garrido, Antonio. *Justicia militar.* Barcelona, Ariel, 2010, 1202 p.

Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador.* Madrid, Tecnos, 2012, 611 pp.

Rial, Juan. "Tendencias de la justicia militar en América Latina". En Donadio, Marcela (coord.), *Atlas comparativo de la defensa en América Latina,* edición 2007. Buenos Aires, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, RESDAL, 2008, pp. 27 a 46.

Rial, Juan. *La justicia militar. Entre la reforma y la permanencia.* Buenos Aires, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, RESDAL, 2010, 167 p.

Risopatrón Cañas, Darío. *Lejislación militar de Chile. Comprende las disposiciones de carácter general dictadas desde el año 1812 hasta noviembre de 1882, i vigentes en esta última fecha. Tomo II. Ordenanza general del Ejército.* Santiago, Imprenta Gutenberg, 1882, 383 p.

Risopatrón Cañas, Darío. *Lejislación militar de Chile. Comprende las disposiciones de carácter general dictadas desde el año 1812 hasta noviembre de 1882, i vigentes en esta última fecha.* Tomo III. Disposiciones transitorias relativas a la guerra contra las Repúblicas del Perú i Bolivia (1879-1882). Santiago, Imprenta Gutenberg, 1882, 383, 230 pp.

Rodríguez-Villasante y Prieto. "Prólogo". En Bru Peral, Eva María. *Proceso contencioso-disciplinario militar.* Ministerio de Defensa, pp.15-20.

Calvo Cabello, José Luis. "La traslación de las garantías procesales al derecho sancionador militar. Valoración de la prueba". En De León Villalba, Francisco Javier. *Derecho penal y disciplinario militar.* Tirant lo Blanch, 2006, pp 105-131.

Soto Muñoz, Daniel. "El carácter militar en la evolución jurídica de Carabineros de Chile". *Revista Académica,* Santiago (49): 100-140, 2010.

Soto, Daniel. "Principio de intervención mínima y derecho sancionador castrense". En *Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales* (VII, Valparaíso, 2010b). Novena Mesa de Trabajo, 18-20, nov. 2010.

Soto Muñoz, Daniel. Comentario a la SCS de 23 de junio de 2009 (Rol: 6113-2008). *Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Santiago (4): 85-92, 2011.

Van De Wingard M., Jorge. "La potestad disciplinaria de las Fuerzas Armadas y Carabineros: un análisis constitucional". *Ars Boni et Aequi,* Santiago (6): 27-79.

Vargas Pinto, Tatiana. "Derecho penal ¿una tensión permanente?". *Ius Publicum,* Valparaíso, (16): 69-89, 2006.

Velásquez V., Fernando. *Derecho penal parte general.* Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

V. Temas de jurisprudencia

¿LOS PLAZOS DE LA ADMINISTRACIÓN NO SON FATALES?: OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE UNA TESIS

Cristián Montero Cartes
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Posgraduado en Derecho Administrativo General, Universidad de Concepción. crmontero@udec.cl.

1. Planteamiento del problema: tesis de la Contraloría General.

Ciertamente, el impartir justicia con la prontitud adecuada es uno de los ideales máximos de un Estado social de Derecho; si el delincuente no es castigado inmediatamente[1] o si el acreedor no ve satisfecho su crédito en la oportunidad que corresponde y, en general, si los conflictos de los justiciables no son resueltos con la prontitud exigible, decae, lenta y progresivamente, la confianza de la ciudadanía en ella, perneando dolorosamente el lastre de su irregular funcionamiento, a todos los ámbitos del sistema de justicia.

En paralelo, la Administración del Estado también está sujeta a la observancia de ciertos principios que se traducen en deberes específicos, los que imponen la obligación de desplegar también –como todo órgano del Estado– su actividad con eficiencia y eficacia y, en último término, considerando siempre el principio de servicialidad del Estado como rector e inspirador en su actuar.

Por tal motivo, frente al desarrollo actual del Derecho Administrativo, parece muy cuestionable la tesis de la Contraloría General de la República, según la cual la Administración del Estado no está sujeta a plazos fatales, pudiendo, por tanto, actuar más allá de los plazos que indica la ley.

En efecto, el órgano contralor ha afirmado que "en cuanto a la naturaleza del plazo establecido en el artículo 45 de la Ley N° 19.880, es útil tener presente que la jurisprudencia de la Contraloría[2] ha indicado *que los plazos para la Administración no son fatales y que sólo tienen por finalidad la implantación de un buen orden administrativo para dar cumplimiento a las funciones o potestades de los órganos de la Administración del Estado, quienes pueden cumplir sus actuaciones en una fecha posterior a la establecida por las leyes y reglamentos. (Dictamen N° 957 de fecha 8 de enero de 2010)".*

Aún más, la Contraloría ha concluido que "salvo disposición legal expresa en contrario, *los plazos no son fatales para la Administración, ni su vencimiento implica la caducidad o invalida-*

[1] En este sentido, Becarria (1764, p. 129), afirmó que "el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible", porque "cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil; [...] más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia."

[2] En el mismo sentido, véase los siguientes dictámenes: Nos 36.246 de 2009, 29.696 de 2008, y 14.477 y 3.489, ambos de 2006.

ción del acto respectivo, agregando que sólo tienen por finalidad la implantación de un buen orden administrativo para dar cumplimiento a las funciones o potestades de sus órganos, quienes pueden cumplir sus actuaciones en una fecha posterior a la establecida por la normativa vigente (Dictamen N° 61.059, de fecha 27 de septiembre de 2011)[3].

De esta forma, a juicio de esta institución, los plazos que el legislador ha previsto en la infinidad de cuerpos normativos administrativos sólo tienen por finalidad la implantación de un buen orden administrativo para dar complimiento a las funciones o potestades de sus órganos, pudiendo inclusive cumplir sus actuaciones en una fecha posterior a la establecida en dichas leyes o cuerpos normativos.

En concreto, dichos plazos no serían fatales[4], ni su vencimiento implicaría caducidad o invalidación del acto respectivo[5].

Esta regla tiene una excepción: los casos en que la ley contemple expresamente la "caducidad" como sanción al incumplimiento del plazo o, bien, que la ley establezca expresamente un mecanismo de sustitución de dicha sanción que determine el destino de la obligación incumplida.

De este modo, por regla general, el incumplimiento del plazo no tiene otra consecuencia que la de motivar la adopción de medidas correctivas y sancionatorias respecto de los funcionarios responsables de alterar dicho orden.

Pero no afecta la validez de los actos de ejecución extemporánea, toda vez que en el efectivo cumplimiento de las mismas existe un interés general comprometido, con prescindencia de su oportunidad.

---

3 Aplica Dictámenes N°s. 41.249, de 2005; 22.814, de 2009, y 11.543, de 2011.

4 Plazo fatal, entendido como aquel en que la posibilidad de ejercer un derecho o oportunidad se extingue o precluye al vencimiento del plazo por el solo ministerio de la ley y sin necesidad de que se dicte resolución alguna que declare extinguida la facultad.

5 Antes de la dictación de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, se sostenía que la inexistencia de una regulación del procedimiento administrativo ha llevado a que sea la doctrina y la jurisprudencia de la Contraloría General de la República las que definan los elementos centrales de los plazos para la Administración. Éstos pueden sintetizarse en dos.

En primer lugar, se sostiene que para el cumplimiento de sus fines, la Administración no puede concebirse, en principio, como supeditada a un plazo determinado, más allá del cual la Administración se vería impedida de actuar.

Ello, se agrega, derivaría en un perjuicio del interés general, que exige que cada vez que las circunstancias lo hagan necesario, la Administración provea adecuada y oportunamente a la solución de las necesidades públicas.

De ahí que se concluya que, requerida legalmente a prestar un servicio que la ley ha puesto a su cargo, la Administración no puede válidamente negarse a actuar, no otorgándolo a pretexto de que haya transcurrido el plazo dentro del cual debió responder al requerimiento de que fue objeto; en este caso, su obligación de actuar no puede encontrarse sujeta a prescripción.

En el derecho público, se sostiene, las obligaciones que se imponen a la Administración tienen relevancia colectiva y ello origina un interés general en su cumplimiento. De este modo, deben armonizarse la finalidad de los plazos y las consecuencias que involucra su incumplimiento.

En segundo lugar, lo anterior no significa que el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración no produzca consecuencias jurídicas. La exigencia de un plazo tiene una finalidad conducente a la implantación de un buen orden administrativo. Luego, cada vez que la administración no cumpla una obligación dentro del plazo fijado, se atenta contra este buen orden. Vid. *Historia de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Órganos de la Administración del Estado* (2003, p. 7).

Empero, dicha posición es incompatible con el Principio de Servicialidad que rige actividad estatal, pues genera incerteza para las personas afectadas con una decisión que deba adoptar un órgano de la administración del Estado.

Si a esto se suma que la multiplicidad de procedimientos administrativos y plazos diversos el panorama no es alentador y, muy por contrario, aumenta la inseguridad jurídica y los perjuicios que al administrado dicha situación puede generar.

2. Tesis Corte Suprema

Esta doctrina es particularmente grave y lesiva en los procedimientos iniciados de oficio –como los sancionatorios[6]– por la Administración, pues, según se ha entendido, las normas sobre silencio administrativo contempladas en la Ley Nº 19.880, sobre de Procedimiento Administrativo, sólo se aplicarían a los procedimientos iniciados a "solicitud de parte".

Luego, con la posición de la Contraloría, un particular afectado por un procedimiento sancionatorio puede estar varios años sujeto a un procedimiento de este carácter, sin que exista un mecanismo ni sanción por la demora excesiva en el resultado de éste.

Desde el punto de vista de los principios ya mencionados, y la consideración de la aplicación de las garantías del debido proceso a los procedimientos administrativos sancionadores, la doctrina sustentada por el ente contralor no reviste mayor análisis.

En efecto, todos los órganos del Estado, no ya sólo el Poder Judicial sino también los órganos legislativos ejecutivos y administrativos, tienen la obligación de respetar y promover este derecho, asegurando su protección y su proyección en todos los ámbitos del quehacer público. Esto se traduce, pues, en el deber de todos los órganos del Estado de desplegar sus funciones con eficacia y eficiencia, en armonía con el carácter prestacional del derecho a un proceso dentro de plazo razonable o sin dilaciones indebidas, que vincula a todos los poderes públicos: judicial, ejecutivo y legislativo.

Como bien se sabe, en principio, el derecho a ser juzgado en plazo razonable, no es más que uno de los elementos del Debido Proceso, consagrado en el artículo 8, párrafo primero de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 19 Nº 7 inciso quinto de nuestra Constitución.

Por lo tanto, al afectarse tal derecho, se infringe las respectivas normativas y, según se ha sostenido, sumado a otros presupuestos, se podría derivar responsabilidad Patrimonial para el Estado[7].

Incluso más, como ha puesto de relieve Martín Rebolledo el retraso, la lentitud, la tardanza en el funcionamiento de los procesos pueden constituir "un supuesto de denegación de justicia,

6 Este trabajo se limita al estudio de los plazos establecidos para esta clase de procedimientos.

7 En este sentido, vid. Montero Cartes, Cristián I. (2009, pp. 227 y ss.).

pues ésta tiene unas exigencias temporales y cronológicas inaplazables y absolutamente decisivas, de forma que una justicia tardía equivale en muchas ocasiones a una ausencia de justicia"[8].

Desde esta lógica, es particularmente interesante lo ocurrido con la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, quien dentro de un procedimiento sancionatorio seguido en contra de una conocida empresa de combustibles, entre la formulación de los descargos por la imputada y la resolución de la cuestión infraccional, el órgano reclamado –la Superintendencia– dejó transcurrir cuatro años, dos meses y veintiocho días sin emitir pronunciamiento alguno[9].

Una posible solución, que es la sostenida por la Corte Suprema, sería afirmar que:

1. La tardanza inexcusable de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles afectó en primer término el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que exista un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna.
2. Con la doctrina de la Contraloría se infringen derechamente los principios de servicialidad, eficiencia y eficacia, celeridad, conclusivo, inexcusabilidad, todos con reconocimiento positivo.
3. Luego, considerando que el decaimiento se ha definido como "la extinción de un acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo". En este sentido, es posible afirmar que estamos frente a un caso de "decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio, esto es, su extinción y pérdida de eficacia".
4. Desde otro punto de vista, ha de considerarse que el objeto jurídico del acto administrativo, que es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido, se torna inútil, ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. Con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. Después de más de cuatro años sin actuación administrativa alguna, carece de eficacia la sanción, siendo inútil para el fin señalado, quedando vacía de contenido y sin fundamento jurídico que la legitime.
5. Asimismo, es abiertamente ilegítima, pues son manifiestas las vulneraciones a los principios de derecho administrativo que se producen con la dilación indebida e injustificada. En consecuencia, se ha producido la extinción del acto administrativo sancionador[10].

3. Precisiones respecto de los plazos en el Derecho Público y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en los procedimientos administrativos sancionatorios

Para solucionar este asunto, a nuestro juicio, debe previamente distinguirse la naturaleza del procedimiento administrativo. En efecto, por un lado, encontramos los procedimientos ad-

8 Martín Rebollo, Luis (1983), p. 1619.

9 Oficio Ordinario N° 648, de 7 de octubre de 2004, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

10 Planteamiento acogido por la Corte Suprema, en causa Rol Nº 9.078-2007, Sentencia de fecha 29 de octubre de 2010.

ministrativos generales, en que la Administración formula una declaración de voluntad, consistente en un acto administrativo terminal de constancia o conocimiento en el ejercicio de su competencia[11].

Y, por otra parte, están los procedimientos sancionatorios –que incluyen, desde luego, los disciplinarios–, en que la Administración ejerce su potestad sancionatoria a fin de castigar una conducta ilícita de un particular o una falta administrativa de un funcionario público, en su caso.

En los primeros, es atendible la tesis de la Contraría, y aún más, es sostenible que dichos plazos no son fatales, pues, además de lo señalado por ésta, las características de los plazos y sus consecuencias son diferentes según se trate del Derecho Privado o del Público. En *el primero, la consecuencia de incumplimiento de una obligación dentro del plazo establecido es la mora.* En tanto, en *este tipo de procedimientos,* que no son sancionatorios, regidos por el Derecho público, *los plazos fatales se establecen para el ejercicio de un derecho, pero NO para el cumplimiento de la obligación.*

Así, veamos el ejemplo de los plazos que se establecen para el cumplimiento de ciertas obligaciones judiciales propias del ámbito público. El artículo 64 del Código de Procedimiento Civil dispone: *"Los derechos para cuyo ejercicio se conceda un término fatal o que supongan un acto que deba ejecutarse en o dentro de cierto término, se entenderán irrevocablemente extinguidos por el solo ministerio de la ley, si no se han ejercido antes del vencimiento de dichos términos".* v. gr.: el plazo para apelar, para anunciar y formalizar recursos de casación en la forma y fondo son fatales.

No sucede lo mismo con los plazos para cumplir obligaciones que los Códigos establecen. Por ejemplo, los plazos para dictar sentencia definitiva (artículo 162 del Código de Procedimiento Civil) el que tienen los miembros de las Cortes de Apelaciones para formar el fallo acordado (artículo 4 del artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales) y el fijado a la Corte Suprema para dictar sentencia en los recursos de casación en el fondo y en la forma (inciso del artículo 805 y artículo 806 del Estatuto procesal Civil[12-13].

En cambio, los segundos, procedimientos sancionatorios, como en general en todo tipo de procedimiento estatal, tanto o más que la cantidad de sentencias mismas, importa el proceso necesario para su obtención, esto es, un Debido Proceso, entendiendo éste como el derecho de toda persona de ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro[14]. Pues bien, precisamente uno de los ele-

11 Vid. Artículo 3 de la ley N° 19.880.

12 En este sentido, véase sentencia de fecha 9 de octubre de 1981, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 78, sección 5, p. 207.

13 En todo caso, si del examen conjunto de un proceso judicial se advierte que en éste se ha excedido el plazo razonable para ser juzgado, podría generar responsabilidad patrimonial por parte del Estado y, eventualmente, afectar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En este sentido, Vid. Montero Cartes, Cristian I. (2009, p. 227 y ss.).

14 Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por decreto supremo Nº 873 (relaciones exteriores), publicado en el Diario Oficial de 5.01.1991.

mentos estructurantes de la noción de debido proceso la constituye el ser oído en un plazo razonable, el cual se expande y abarca todos los ámbitos de la actividad estatal, sea jurisdiccional o administrativa. Esto es evidente en atención a que el Estado tiene el monopolio exclusivo de la administración del Estado y, como efecto de ello, reconoce a sus ciudadanos diversas garantías. Primero, el derecho a que en la regulación de procedimiento se establezcan plazos razonables, tanto para la tutela efectiva de sus derechos subjetivos como una garantiría de defensa de los mismos y, en segundo término, el derecho a que los plazos se cumplan. Por tanto, el incumpliendo del primer derecho traerá necesariamente como consecuencia ineludible la infracción del segundo.

En todo caso, esta posición según la cual ciertos órganos de administración ejercen derechamente funciones jurisdiccionales y, por tanto, la noción de debido proceso es aplicable también a los procedimientos administrativos que sustancian, dista mucho de ser pacífica. Muy por el contrario, ciertos autores[15] han puesto de relieve la incoherencia que existe en dicha postura, pues varios rasgos propios de la jurisdicción, tales como independencia e imparcialidad, no estarían presentes en la decisión de un árgano administrativo.

Así, sería improcedente recurrir a la exigencia de "debido proceso" en las actuaciones administrativas, para aplicar las garantías que este instituto conlleva. De esta forma, equivocadamente, a partir del artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución, se habría otorgado a los procedimientos administrativos similares características a las del proceso jurisdiccional.

En este sentido, estas reglas también son posibles de formular a partir del derecho fundamental de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad previsto en la propia Constitución (artículo 19 N° 2 de la Constitución) y los principios de contradictoriedad e imparcialidad previstos específicamente para la administración en nuestro derecho (artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos). Así, a partir de la primera se podría derivar fácilmente el derecho a ser oído por la Administración y de obtener una decisión administrativa fundamentada –derecho este último reconocido por nuestra jurisprudencia–, pudiendo extraerse de los segundos el derecho a presentar alegaciones, el derecho a aportar pruebas, el derecho a tener asistencia letrada, la objetividad de la actuación administrativa y la exigencia de motivación de las resoluciones administrativas[16].

En todo caso, desde ya se debe advertir que, al ser una materia de tan complejo tratamiento, variable según los recursos y ordenamiento jurídico respetivo, no es posible afirmar que el simple incumpliendo de un plazo generar *per se* nulidad ni da derecho a indemnización. En rigor, el concepto de derecho a ser oído en un plazo razonable o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, según esta de conteste la doctrina comparada[17], así como también la Corte Intera-

15 Bordalí Salamanca y Ferrada Bórquez (2009), p. 151.

16 Bordalí Salamanca y Ferrada Bórquez (2009), p. 151.

17 Refiriéndose a los asuntos judiciales, Goded Miranda, Manuel (1983), p. 338, ha señalado que el incumplimiento de los plazos procesales por parte de los órganos jurisdiccionales constituye una simple irregularidad del acto que, por sí misma, no genera su nulidad ni origina el derecho a una indemnización. Sólo en su caso, concurriendo los requisitos necesarios, podría la irregularidad procesal ser causa de responsabilidad disciplinaria, lo que no será muy frecuente.

mericana de Derechos humanos[18] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[19], es indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser alcanzado mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los factores objetivos y subjetivos, que sean congruentes con su enunciado genérico. Estos factores, referidos no ya al ámbito administrativo, sino netamente jurisdiccional, la doctrina los ha reducido a los siguientes: 1) la complejidad del litigio; 2) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; 3) la conducta del justiciable en orden a dar impulso del proceso y, finalmente, 4) la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles. De acuerdo con esta doctrina, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de estos factores a las circunstancias en él concurrentes.

En cuanto al primer punto, su ámbito, si bien en sus comienzos se concibió como un Derecho sólo aplicable a los procesos judicial-penal, lo cierto es que debe afirmarse su operatividad en cualquier clase de procedimiento contencioso judicial o administrativo[20] y no sólo el judicial, aunque las exigencias en este último resulten más rigurosas.

En lo referente a su titularidad, se entiende que esta calidad la ostentan los particulares agraviados al no ser oídos en un plazo razonable, esto es, los justiciables o administrados, mas no los entes públicos, pues se ha entendido que estos últimos no pueden ser titulares de derechos fundamentales.

En rigor, al estar este Derecho consagrado en el 19 Nº 3, inciso quinto, de la Constitución, junto con el derecho fundamental de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad previsto en la propia Constitución (artículo 19 N° 2 de la Constitución) y los principios de contradictoriedad e imparcialidad previstos específicamente para la administración en nuestro Derecho (artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos), en relación al artículo 8 Nº 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estimamos que, por el contrario, cualquiera sea la tesis que se siga, sea que los órganos administrativos

18 El caso "Suárez Rosero" sobre los plazos de duración razonable de la prisión preventiva y del proceso en su sentencia del 12.11.1997. En ella, la Corte Interamericana señaló que "con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de cincuenta meses. En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable". La sentencia se apoyó también en "el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de la libertad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito". Sentencia citada por Pastor, Daniel R. (2002), p. 217.

19 El caso "Buchholz" se trata de una sentencia de 6.05.1981 recaída en un asunto seguido contra la República Federal de Alemania por presunta violación del plazo razonable de duración de un proceso judicial, en este caso laboral. El Tribunal señaló tres cosas. "En primer término, señaló que los criterios utilizados para evaluar la duración de los procedimientos penales (complejidad del caso, conducta del interesado, conducción de la causa por las autoridades administrativas y judiciales) eran trasladables al ámbito de los litigios civiles, ya que, a pesar de que en estos últimos predominaba el régimen del llamado 'proceso de partes', de todos modos existía para el Estado la obligación de impulsar los procedimientos. En segundo término, reiteró el criterio establecido en 'Kónig', según el cual 'el Convenio obliga a los Estados contratantes a estructurar su sistema jurídico para permitir a los Tribunales complementar los requisitos del artículo 6.1, incluyendo el proceso en un tiempo razonable. En tercer término, el Tribunal incluyó por primera vez en este caso la consideración de la influencia de particulares circunstancias socio-económicas en la prolongación del procedimiento. Concretamente para el caso, se tomó en cuenta el gran aumento en el número de litigios laborales producido en ese tiempo en Alemania con motivo de un notorio deterioro en la situación económica general". Sentencia citada por Pastor, Daniel R. (2002), p. 140.

20 En este sentido Gimeno Sendra, J. (p. 139); Díez-Picazo Giménez, Ignacio (1990), p. 121; Guzmán Fluja, Vicente Carlos (1994), p. 193, y Lopéz Muñoz, Riánsares (1996), p. 193.

estén o no dotados de potestades jurisdiccionales, todos los órganos del Estado, no ya sólo el Poder Judicial sino también los órganos legislativos ejecutivos y administrativos tienen la obligación de respetar y promover este derecho, asegurando su protección y su proyección en todos los ámbitos de la administración. Esto se traduce, pues, en que el *Derecho a un procedimiento –judicial o administrativo– dentro de un plazo razonable es en un derecho de carácter autónomo* y , por tanto, es deber de todos los órganos del Estado de desplegar sus funciones con eficacia, en armonía con el carácter prestacional del derecho, que vincula a los poderes públicos judicial, ejecutivo y legislativo, según las variables antes señaladas, porque corresponde a estos dos últimos procurar al primero los medios personales y materiales necesarios para dotar a la administración pública de una estructura adecuada, a fin de que sean plenamente efectivas en un tiempo razonable la prestación del servicio o resolución requeridas.

Por lo demás, este Derecho a un plazo razonable, al ser un elemento de *debido proceso sustantivo*[21], no debe analizarse en forma individual, sino en interacción con los demás garantías y derechos involucrados, según las pautas orientadoras.

Y respecto del último punto, se entiende que este derecho es de naturaleza prestacional, lo que se traduce en una obligación de los tribunales o órganos administrativos y judiciales de resolver los procesos de que conozcan en los plazos previstos por las leyes, evitando toda demora injustificada que haga ilusoria la tutela judicial efectiva.

4. Observaciones respecto de la posición de la Corte Suprema

Lo primero a destacar es que, salvo por contadas excepciones, la figura del "decaimiento" no ha sido desarrollada por la doctrina nacional.

Es más, autores de la talla de Silva Cimma consideran que se trata de *"una teoría del todo irrelevante"*[22].

Sus palabras son particularmente duras: *"La teoría del decaimiento, a nuestro juicio modesto juicio, no es otra cosa que un espejismo sin mayor asidero: no es más que una falacia jurídica. ¿Por qué?* Porque dentro de nuestra concepción no se puede concebir que esto sea una modalidad especial de extinción del acto administrativo. Y no aceptamos este espejismo que la doctrina Uruguaya y Argentina lucubran sobre el decaimiento y que ha sido trasplantado a algunos casos de nuestro Derecho Administrativo, porque no tiene ninguna validez ni en lo que se refiere a la teoría ni a la práctica de nuestro ordenamiento positivo"[23].

Por su parte, Hugo Caldera Delgado, si bien reconoce el decaimiento, establece dos limitaciones básicas. Primero, sólo se puede invocar como forma de extinción de "actos administrativos" y "no procedimientos". Y segundo, sólo a los actos administrativos de tipo permanente.

21 Bordalí Salamanca y Ferrada Bórquez (2009), pp. 151 y ss.

22 Silva Cimma, Enrique (2001), p. 161.

23 Ídem.

Expresa el destacado tratadista que el decaimiento "constituye una forma de extinción de los efectos del acto administrativo que se produce respecto de un acto de carácter general o permanente, cuando, por cambios operados en la forma social, desaparecen los motivos de hecho invocados como fundamento para la dictación del acto"[24].

En primer término, como ya hemos puesto de relieve, la noción de debido proceso –típica de los procesos jurisdiccionales– y su aplicación a los procedimientos administrativos no es del todo clara.

Apuntando a los *puntos de tensión* de la postura de la Corte Suprema, el profesor José Miguel Valdivia señala que el fallo enumera muchas reglas legales para apoyar su decisión, pero cuya aplicación merece algunos reparos. En efecto, las nociones de eficiencia y eficacia, por ejemplo, tienen la peculiaridad de caracterizar un control de resultados, no de procedimientos, y aquí lo que está en juego es justamente el procedimiento. La noción de celeridad, por otra parte, tiene reconocimiento positivo en varias disposiciones legales, y es con seguridad más directamente aplicable, pero huelga insistir que el legislador nunca ha asignado consecuencia jurídica alguna a su vulneración[25].

Por otra parte, el mismo autor sostiene rechaza la posición de la Corte en torno a que el atraso en la resolución del asunto constituiría una especie de acto de corrupción. Así, afirma que "El fallo se refiere al artículo 53 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, y sin duda estaremos de acuerdo en que 'la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales' por parte de la administración es una de las exigencias del interés general. Pero esta regla no se refiere a la probidad, salvo indirectamente (leyendo el art. 52), sino al interés general. Entonces, no hay atentado a la probidad en el atraso, salvo que se justifique por la preeminencia del interés particular por sobre el general. En otros términos, por el solo hecho del atraso, indudablemente el interés general sufre, pero no por corrupción ni nada que se le parezca".

De igual forma, insiste el autor que "Nos parece razonable sostener que el acaecimiento de ciertas circunstancias torne inútil ciertos procedimientos. Si, p. ej., en un procedimiento expropiatorio se abandona la operación en vista de la cual se requiere adquirir la propiedad, probablemente resulta inútil proseguir con ella. El razonamiento puede extenderse a la caducidad de ciertos actos por cambio de circunstancias. Para no cambiar demasiado de ejemplo, es ésta, al parecer, una hipótesis similar a la cubierta por la acción de retrocesión. O la que ocurre cuando el cierre de una calle al tránsito vehicular, dispuesto para permitir el paso de una manifestación, pierde su utilidad desde que la manifestación se disuelve, se anula o decide pasar por otro sitio. Es posible que este tipo de razonamiento tenga alcance general en el plano administrativo, porque los actos administrativos singulares siempre tienen un motivo configurado por circunstancias de hecho, que pueden evolucionar en el tiempo.

Si se toma en cuenta que la Ley de Procedimientos no se adentró en este aspecto (regulando sólo la invalidación y la revocación como modos de extinción de un acto administrativo por decisión unilateral, sin referirse a la caducidad), hay aquí probablemente un punto de gran

24 Caldera Delgado, Hugo (2001), p. 194 y 195.

25 En este sentido, Valdivia, José Miguel (2011).

interés en la sentencia, pero no es realmente novedoso (ya se había dicho con anterioridad que la variación de circunstancias puede justificar la pérdida de eficacia de un acto administrativo, distinguiendo tal hipótesis de la pura ilegalidad: Corte Suprema, 25 de noviembre de 2003, Urzúa Basaure y otros con Municipalidad de Santiago, LexisNexis Nº 29017)"[26].

Concluye Valdivia, señalando que el fallo no dice cuáles son las circunstancias de hecho que han cambiado. En realidad dice textualmente: *"El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos, es el tiempo excesivo transcurrido".* No está refiriendo ninguna circunstancia de hecho que torne inútil el procedimiento sancionatorio, sino sólo juzgando el carácter excesivo del atraso. ¿Pasó algo que haga perder sentido al procedimiento sancionatorio? Pasó tiempo. Mucho. No pasó nada[27].

CONCLUSIÓN Y OPINIÓN FINAL

Por tal motivo, a nuestro juicio, sin adentrarnos profundamente en el tema, estimados que existe otra vía para dejar sin efecto la multa impugnada.

La finalidad de este procedimiento sancionatorio es "una finalidad preventivo-represora", pues con el castigo "se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado".

Como se sabe, toda potestad tiene un fin. Para ejercer válidamente dicha potestad, entonces el fin concreto perseguido por la autoridad, a través de la dictación del acto respectivo, debe ser coincidente con el fin de la ley.

En este sentido, la autoridad administrativa no puede perseguir con el ejercicio de la potestad una finalidad distinta de la prevista por el legislador. Como bien afirma el profesor Soto Kloss, la sujeción de la Administración al Derecho es integral, sin excepciones[28].

En este sentido, García de Enterría afirma que "Distinto del presupuesto de hecho es el fin que la norma creadora de la potestad asigna a ésta como objetivo perseguido. …al configurarse la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico…

El acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a este fin típico, e incurrirá en un vicio legal si se aparta de él o si pretende servir una finalidad distinta aun cuando se trata de una finalidad pública…"[29]. Aún más, Gordillo previene que "existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad… distinta de la perseguida por la ley"[30].

---

26 Ídem.

27 Ídem.

28 Soto Kloss, Eduardo (1996), p. 24.

29 García De Enterría, Eduardo (2004), p. 558.

30 Gordillo, Agustín (2007), pp. IX-27.

Y luego da un ejemplo particularmente clarificador: el de un funcionario que "trata de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para el presupuesto público"[31].

Bajo esa lógica, es posible afirmar que no era posible imponer multa alguna, por ser ineficaz justamente en razón de que, producto de la inexcusable y excesiva demora de la superintendencia, dicho acto administrativo no era idóneo para cumplir con la finalidad preventivo-represora que las sanciones tienen, y deben tener, de acuerdo a la ley. La ineficacia de la multa habría resultado, pues, de aplicar el instituto de la nulidad del acto por "desviación de poder"[32].

Finalmente, a modo de conclusión, sólo manifestar que la tesis de la Corte Suprema va en el correcto sentido de aportar decisiones que contribuyen a fortalecer nuestro Estado de Derecho.

No obstante, la figura jurídica utilizada podría ser revisada y sujeta a precisión, particularmente en lo concerniente a las objeciones formuladas a la implantación de una causal de extinción propia de los actos administrativos a los procedimientos administrativos.

De igual modo, será imprescindible que se uniforme en las decisiones posteriores un plazo o una época, trascurrida la cual se va a considerar el retraso de la administración como excesivo. La seguridad jurídica para los administrados así lo exige.

En todo caso, es claro que la demora excesiva de la Administración no es aceptable, pues compromete el complimiento de las finalidades propias de las potestades de que se encuentra investida, lo que torna ilegítimo e inoportuno su ejercicio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Beccaria, Cesare. *Tratado de los Delitos y las Penas,* traducción de Francisco Tomás y Valiente, Ediciones Aguilar, Madrid, 1982.

Bordalí Salamanca, Andrés y Ferrada Bórquez, *Estudios de Justicia Administrativa,* LegalPublishing, Santiago, 2009.

Caldera Delgado, Hugo. *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, Ediciones Parlamento, primera edición, Santiago, 2001.

Díez-Picazo Giménez, Ignacio. *Poder Judicial y responsabilidad,* La Ley-Actualidad, Madrid, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 12ª edición, 2004.

Gimeno Sendra, J. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,* número especial.

31 Gordillo, Agustín (2007), pp. IX-32.

32 En este sentido, Parodi Tabak (2010), p. 259.

Goded Miranda, Manuel. *"La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia",* en El Poder Judicial, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación de Derecho Administrativo,* N° 9 edición, Buenos Aires, 2007.

Guzman Fluja, Vicente Carlos. *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Lopéz Muñoz, Riánsares. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia,* Editorial Comares, Granada, 1996.

Martín Rebollo, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Montero Cartes, Cristián I. "De la responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de justicia". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, julio de 2009.

Pastor, Daniel R. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones,* Ediciones Ad. Doc., Argentina, octubre de 2002.

Parodi Tabak. "Ineficacia de multa por demora excesiva de la administración en resolver el procedimiento Sancionatorio", en *Sentencias Destacadas 2009,* Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, octubre de 2010.

Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes,* Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago 2001.

Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo, bases fundamentales,* Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1996.

Valdivía, José Miguel. Sobre *el decaimiento del Procedimiento Sancionatorio, publicado en De Cive, Democracia, Estado y Derecho Público,* publicado en *http://decive.blogspot.com/2010/02/sobre-el-decaimiento-del-procedimiento.html* (fecha de Visita: 20 de julio de 2011).

Historia de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la Administración del Estado, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2003.

EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: UNA REVISIÓN A LA LUZ DEL ESTADO DE DERECHO

Javier Millar Silva
Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Austral de Chile.
Campus Isla Teja, Valdivia, Chile. javiermillar@uach.cl

Introducción

El Derecho administrativo chileno presenta dos conocidas características que lo acercan y alejan de otras ramas jurídicas. La primera es que se trata de una disciplina jurídica relativamente nueva, esto, al menos, en oposición al tradicional Derecho civil que hunde sus raíces en el antiguo Derecho romano. La segunda es que se trata de un Derecho, que al igual que otras disciplinas, no es originario de nuestro país, sino que recibe aportes del Derecho comparado, especialmente europeo continental.

Uno de los efectos propios de lo señalado consiste en la influencia que los ordenamientos comparados ejercen en la doctrina, jurisprudencia y legislación administrativa nacional, las que, enfrentadas a situaciones nuevas, se inspiran en soluciones adoptadas en aquéllos.

Así, el Derecho administrativo nacional no sólo ha seguido modelos normativos –especialmente españoles–, sino también, muchas veces, se inspira en principios jurídicos surgidos, desarrollados o aplicados en ordenamientos comparados.

Uno de estos principios es el de protección de la confianza legítima, de origen jurisprudencial, y que surge a favor de los particulares como un instrumento de protección frente a la actuación de los poderes estatales, procurando la estabilidad de las situaciones jurídicas basadas en actuaciones administrativas que han generado en los particulares una confianza digna de protección. Así ha sido postulado por un sector de la doctrina nacional y ha sido aplicado por la jurisprudencia contralora.

En este contexto, las siguientes líneas se orientan a revisar la aplicación que al principio ha dado la Contraloría General de la República, teniendo como referencia la consagración constitucional del Estado de Derecho.

Origen y fundamento del principio en Derecho comparado

Los orígenes más difundidos del principio se encuentran en la jurisprudencia alemana de los años cincuenta del siglo XX, asociándose al denominado caso de la "viuda de Berlín"[1], siendo

[1] En el caso, el Tribunal Administrativo Superior de Berlín reconoció a la viuda de un funcionario que se había trasladado desde

posteriormente regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo de la RFA[2], sin perjuicio de su recepción en el Derecho comunitario y en distintos ordenamientos internos de Europa.[3]

Respecto del fundamento del principio, la doctrina comparada ofrece varias explicaciones, entre las que se menciona su vinculación con el Estado Social de Derecho, con el principio de igualdad y con la protección de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad y del derecho de propiedad[4]. Sin embargo, las explicaciones más aceptadas se concentran en sus conexiones con el principio de protección de la buena fe y con el de la seguridad jurídica. Respecto de la buena fe, se le ha vinculado con la doctrina de los actos propios, aunque se sostiene que la confianza legítima tendría un "perfil propio" que le confiere ámbitos de protección más extensos que los de la buena fe[5], especialmente porque, a diferencia de ésta, la protección de la confianza juega exclusivamente a favor del particular. Esto, sin perjuicio de algunos planteamientos que sostienen que la buena fe otorga una protección similar a la confianza legítima, en cuanto los requisitos de aplicación de esta última no varían sustancialmente de los que determinan el régimen de aplicación de la buena fe[6].

Sin embargo, las explicaciones más difundidas radican el fundamento del principio en su derivación de la seguridad jurídica, como un componente de ésta[7] y a través de ella con el Estado de Derecho. De esta forma, hoy es bastante aceptado que la seguridad jurídica, sea que se presente como un principio en sí mismo[8] o como uno de los elementos del Estado de Derecho[9], es un principio esencial de todo sistema jurídico[10], el que a partir de un núcleo centrado en la certeza, conocimiento y estabilidad de las normas jurídicas y de las situaciones jurídicas

---

la ex República Democrática Alemana a Berlín Occidental, el derecho a seguir gozando de la pensión que había sido reconocida oficialmente y que después, tras comprobarse que ello no se ajustaba a derecho, se le exigió su devolución. El Tribunal, con fecha 14 de noviembre de 1956, confirmado por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957, acogió la protección de la confianza, disponiendo que no procedía la revocación del beneficio. Al respecto, puede verse: García Luengo, J. *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo.* Madrid, Civitas, 2002, p. 29, y García Macho, R. "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en VVAA. *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí,* Madrid, Civitas S.A., 1989. p. 457. El mismo texto, en *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo,* Vol. 56, octubre-diciembre 1987, pp. 557-571.

2 Parágrafos 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Federación, de 1976 (LPA o VwVfG, por sus siglas en alemán).

3 Además de García Luengo, puede verse Castillo Blanco, F. *La protección de la confianza legítima en el Derecho administrativo.* Madrid, Marcial Pons, 1998. También Calmes, S. *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français.* París, Dalloz, 2001. En el ámbito latinoamericano, Coviello, P., *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y comparado.* Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2004.

4 García Luengo, J., Op. cit. pp. 115 y ss.

5 Parejo Alfonso, L. Prólogo al libro citado de Castillo Blanco, F., p. 18.

6 González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo.* 4ª edición Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 69 y ss. En Italia, puede verse Merusi, F. *L'affidamento del cittadino.* Milán, Giuffrè, 1970. Más recientemente, Lorello, L. *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario.* Turín, G. Giappichelli Editore, 1998.

7 García Luengo, J. Op. cit., pp. 189 y ss. En el mismo sentido, Castillo Blanco, F. Op. cit., pp. 58 y ss.

8 Así, Moderne señala que "el principio de la seguridad jurídica es considerado como impuesto por sí mismo, como inherente a todo orden jurídico, de esencia axiológica en alguna medida; no habría necesidad de apoyos formales de los derechos nacionales, puesto que él domina necesariamente los sistemas jurídicos de todos los Estados miembros". Moderne, F. *Principios generales del Derecho público.* (Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 230-231.

9 García Luengo, J. Op. cit., pp. 189 y ss.

10 Moderne, F. Op. cit., p. 225.

derivadas de ellas[11], es extendido a una serie de otros subprincipios muy variables[12]. Si bien esto se presenta como una ventaja para los particulares frente al poder estatal –al extender las posibilidades de acción del principio frente a las actuaciones del poder público–, de otro lado, evidencia que más allá de los consensos básicos a los que se ha llegado, no existe un contenido específicamente acotado para el principio[13] y, al menos, su recepción ha operado de distintas formas en los distintos sistemas jurídicos en los que se ha desarrollado[14], lo que conviene tener presente al momento de postular su recepción en cada ordenamiento interno.

Entre los subprincipios que integran la seguridad jurídica, la doctrina comparada ha extendido las exigencias tradicionales de certeza, conocimiento y estabilidad del derecho, a la certeza de la situación jurídica propia[15] y a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas tanto de las conductas propias como de terceros[16]. Así se señala que los requerimientos de certeza y estabilidad se traducen en dos vertientes que pesan sobre el poder estatal, tanto antes como después de su actuación, éstas son la exigencia de conocimiento y certeza de las normas aplicables a la situación concreta y la garantía de estabilidad de las situaciones derivadas de las actuaciones del poder público[17].

Dichas exigencias, a su vez, se manifiestan de distintas formas dependiendo del sector de actuación estatal del que se trate. Concretamente, tratándose de los actos de la Administración, se sostiene que siendo éstos una decisión unilateral de la autoridad, en la que es ésta, mediante actos imperativos, la que determina el derecho aplicable a las situaciones en las que interviene, el ciudadano "no sólo puede, sino que debe confiar en la actuación administrativa y ajustar su conducta a la misma. Como contrapartida el Estado de Derecho, a través de la seguridad jurídica garantiza al ciudadano la estabilidad de esa decisión"[18], lo que permite al administrado proyectar y planificar sus condiciones de existencia, adoptando decisiones sobre la base de la confianza razonablemente depositada en la mantención de los actos en que se sustentan.

No obstante, cabe tener presente que sea que se considere al principio de protección de la confianza legítima como un principio en sí mismo o como un derivado de la seguridad jurídica o de la protección de la buena fe, los ordenamientos jurídicos en los que más se ha teorizado al respecto han consagrando expresamente a la confianza legítima, la buena fe o la seguridad

---

11 Ibíd.

12 Castillo Blanco menciona los principios de irretroactividad, de protección de los derechos adquiridos, de protección de la confianza legítima y de los límites a la revocabilidad de los actos administrativos ilegales generadores de derechos subjetivos. Véase Castillo Blanco, F. Op. cit., pp. 77 y ss. Moderne agrega, entre otros, el de legibilidad, acceso y claridad a las reglas aplicables, el de buena fe, el de publicidad de los actos. Véase MODERNE, F. Op. cit., p. 227. Por su parte, García Macho agrega el de prescripción. Véase García Macho, R. Op. cit., p. 455.

13 Castillo Blanco, F. "El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho", en *Documentación Administrativa.* Vol. 263-264, mayo-diciembre 2002, p. 33.

14 Moderne, F. Op. cit., pp. 236 y ss.

15 García Luengo, J. Op. cit., p. 191.

16 Leguina Villa, J. "Principios generales del Derecho y Constitución", en *Revista de Administración Pública,* Vol. 114, septiembre-diciembre 1987, p. 34.

17 García Luengo, J. Op. cit., pp. 191 y 192.

18 Íd., pp. 193-194.

jurídica, por lo que sea cual fuere la respuesta respecto de la pregunta por el fundamento del principio, en ellos siempre se arriba a una base normativa expresa[19].

La confianza legítima en la jurisprudencia contralora

En el ámbito nacional, tanto la doctrina de los autores[20] como la jurisprudencia judicial y administrativa han venido dando cuenta del principio de protección de la confianza legítima durante la última década.

Centrados en la jurisprudencia de la CGR en el último tiempo, no son poco frecuentes los pronunciamientos que hacen mención del principio, asociado en algunos casos a la seguridad –previsibilidad– jurídica, en otros, a la estabilidad –certeza– de las situaciones jurídicas derivadas de la buena fe.

Así, una primera manifestación del principio en la doctrina de la Contraloría se encuentra a propósito de la función de dictaminar que a aquella corresponde, materia en la que el órgano contralor identifica su función de interpretar las normas administrativas mediante informes jurídicos obligatorios para los servicios fiscalizados, con un sistema de precedentes obligatorios y con la previsibilidad de la actuación administrativa[21].

De esta forma, la CGR ha sostenido que *"la emisión de la jurisprudencia administrativa permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable... Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica– permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes"* [22]. Todo ello lleva a concluir a la CGR que la función de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, y el uso que de esta facultad ha hecho esta institución, caracterizado por la uniformidad de la interpretación de las normas abstrac-

---

19 En el caso español, la Constitución española, en su artículo 9.3, garantiza el principio de seguridad jurídica; mientras la buena fe es consagrada de manera general en el artículo 7º del Código Civil español, y de manera específica para la revisión de oficio, en el artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC). Ello, sin perjuicio que el artículo 3º de la LRJAPyPAC contempla expresamente a la confianza legítima, junto a la buena fe, entre los principios que debe respetar la Administración en su actuar. Respecto del caso alemán, la confianza legítima ha sido consagrada específicamente en materia de anulación de actos administrativos, en el parágrafo 48.2.2 de la LPA de 1976, en general, en este caso, la confianza resulta protegible, cuando el interesado ha consumido la prestación reconocida o ha tomado una disposición de contenido patrimonial, que no puede anular o que sólo puede hacerlo bajo desventajas irrazonables.

20 Bermúdez Soto, J. "El principio de protección de la confianza legítima en la actuación de la Administración como límite de la potestad invalidatoria", en *Revista de Derecho,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Vol. XVIII, 2005, pp. 83-105.

21 Sobre esta materia, puede verse Céspedes Proto, R. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 28, N° 1, 2001, pp. 149-159.

22 CGR, Dictamen N° 61.817, de 2006. En el mismo sentido, CGR, Dictamen N° 35.397, de 2007.

tamente consideradas por el legislador, *"permite dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima que inspiran el ordenamiento jurídico"* [23].

Naturalmente que ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad reconocida por la CGR, de *"reconsiderar un criterio jurisprudencial asentado si, como resultado de un nuevo estudio del problema y sobre la base de mayores antecedentes o circunstancias inexistentes o desconocidas en su oportunidad, adquiere la plena convicción de que el asunto debe resolverse de manera diferente"* [24]. En estas situaciones, ha dictaminado la CGR, *"es posible cambiar la original interpretación de una norma legal mediante la emisión de un nuevo dictamen que reconsidera la doctrina anteriormente sustentada, cambios jurisprudenciales que rigen sólo para el futuro y no tienen efecto retroactivo, como ha ocurrido en la especie"* [25].

No obstante, las materias en las que el principio ha tenido una mayor aplicación e impacto se refieren a la invalidación o revisión administrativa de actuaciones irregulares, vinculando la funcionalidad del principio, en general, con la mantención de las situaciones jurídicas particulares que emanan de actuaciones administrativas basadas en supuestos de hecho erróneos o que adolecen de vicios de legalidad. Sin embargo, en esta materia no parece posible estimar que el principio haya sido objeto de un desarrollo sistemático, sino que, más bien, su aplicación responde a pronunciamientos recaídos en situaciones de hecho bastante concretas, en las que la referencia a la protección de la confianza suele responder a un criterio de apoyo a los principios tradicionales de protección de la buena fe y de la seguridad jurídica y no a un principio específico a partir del que se puedan deducir consecuencias concretas.

De esta forma, se encuentran casos en los que, si bien la protección de la confianza no ha sido obstáculo para impedir la invalidación del acto respectivo con eficacia *ex tunc,* su aplicación ha tenido el efecto de morigerar la restitución de beneficios indebidamente percibidos, disminuyendo su cuantía[26]. En otras situaciones, también aceptando el proceder invalidatorio del respectivo órgano de la Administración, la invocación del principio ha tenido la consecuencia de restringir los efectos temporales del acto administrativo que declara su nulidad, dejando subsistentes las actuaciones viciadas, aun cuando medie un vicio de entidad tal como la incompetencia[27]. Esta solución es bastante similar a la respuesta legal para el caso de la invalidación del

---

23 Ibíd.

24 CGR, Dictamen N° 6.112, de 2011.

25 Ibíd.

26 CGR, Dictamen Nº 47.532, de 2005, frente a la situación en que se pagaron remuneraciones como funcionarios directivos en circunstancias que debía ser como profesionales, se dictaminó que las sumas percibidas en exceso debían ser restituidas en un 50%, pese a que los destinatarios no habían tenido participación activa en la configuración del error que devino en el pago ilegal.

27 CGR, Dictamen Nº 54.179, de 2004. En este caso, frente a una delegación de facultades que no son propias, la CGR ha sostenido que "existe un límite para el efecto de la nulidad, es decir, que su efecto no puede ser retroactivo al tiempo del perfeccionamiento del acto. Tal restricción encuentra su fundamento en la protección de los particulares, en el caso en estudio los titulares de los documentos que autorizan para conducir vehículos, que actuaron de buena fe en sus respectivas solicitudes y gestiones posteriores y con confianza legítima en el actuar regular de la Administración, lo que además confirma el principio de seguridad jurídica. La delegación de atribuciones y facultades que no son propias, que fue lo que ocurrió en la situación en comento, debe surtir efectos, por lo menos respecto de terceros, hasta el momento que el acto de delegación sea invalidado por la autoridad competente. Luego, las actuaciones realizadas durante la vigencia de la delegación irregular son válidas, y producen todas las consecuencias jurídicas pertinentes".

acto de nombramiento de funcionario inhábil[28] o de aquella contemplada para el caso del funcionario de hecho[29], en los que el legislador, en atención a la ignorancia del vicio que invalida el acto, por parte de los terceros ajenos a aquél –buena fe–, autoriza el retiro del nombramiento, pero opta por mantener los actos del nombrado indebidamente o del funcionario de hecho, respecto de terceros, es decir, en relación con estos terceros ajenos al vicio, deja subsistentes los efectos pasados del acto, privando a la invalidación de efectos *ex tunc.*

Además de las situaciones anteriores, existen casos en los que la jurisprudencia contralora derechamente ha dictaminado que el ejercicio de la facultad legal de invalidar actos propios se encuentra limitada por la confianza, buena fe o seguridad jurídica, no siendo procedente su invalidación administrativa, pese a encontrarse ella regulada en norma legal expresa –artículo 53 de la Ley N° 19.880– y ser la consecuencia necesaria del deber administrativo de no contrariar el ordenamiento jurídico y de reaccionar frente a actos propios que así lo hacen –deberes contenidos, como se sabe, en los artículos 6º y 7º de la CPR y 2 de la Ley N° 18.575–. Así se ha dictaminado, por ejemplo, en materia de concursos viciados que han dado origen a nombramientos irregulares[30], materias en las que, pese a los errores o ilegalidades, se ha reconocido el derecho a conservar la titularidad del empleo público, pues –se ha sostenido– que habiendo colisión entre el deber de restablecer el ordenamiento jurídico y los principios de buena fe y certeza y seguridad jurídica que informan a aquél, deben prevalecer estos últimos[31].

Finalmente se advierten algunos dictámenes en los que se invoca el principio de protección de la confianza legítima, pero en los que las situaciones de hecho involucradas coinciden con presupuestos normativos contemplados por el legislador como límites a la invalidación administrativa. Se trata de situaciones en las que concurren vicios formales o de procedimiento, de menor entidad, tales como aquellas en las que se ha autorizado un permiso de construcción sin advertir que había transcurrido el plazo de vigencia del anteproyecto[32] o en que el decreto de nombramiento no ha sido autorizado mediante la firma del secretario municipal, pero sí ha sido suscrito por el alcalde respectivo[33]. Situaciones éstas que se encuentran contempladas en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880. O permisos de construcción otorgados por entidad municipal incompetente, respecto de los cuales ha transcurrido el plazo de dos años

28 Véase artículo 63 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

29 Véase artículo 16 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

30 CGR, Dictamen Nº 7.348, de 2008. En este caso, frente a un concurso público irregular, la CGR ha optado por disponer la mantención de los nombramientos y llamar a un nuevo concurso, dictaminando que "debe considerarse la conveniencia de proteger a las personas que han actuado de buena fe y la de mantener la estabilidad de las situaciones originadas al amparo de actos irregulares de la Administración, puesto que desconocer los efectos derivados de las mismas, en especial cuando afectan a terceros, importaría atentar contra el principio básico de seguridad en las relaciones jurídicas... los profesionales nombrados para ocupar los cargos concursados, se encuentran desempeñando sus funciones con la convicción de que los certámenes de la especie, y que sirvieron de sustento a sus nombramientos, se habrían ajustado a derecho, como tampoco se puede ignorar que las consecuencias que podrían derivarse de la invalidación de los referidos concursos generarían mayor perjuicio y detrimento que mantener sus efectos, en especial, teniendo presente que los favorecidos no han tenido intervención alguna en los vicios que afectaron a los procesos selectivos pertinentes".

31 CGR, Dictamen N° 7.430, de 2012.

32 CGR, Dictamen Nº 16.238, de 2007; similar a éste, CGR, Dictamen Nº 32.357, de 2006.

33 CGR, Dictamen Nº 7.941, de 2006.

contemplado en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 para emitir el correspondiente acto invalidatorio[34].

No obstante, en general, se aprecia que si bien la jurisprudencia de la CGR reconoce que existe un deber de dar protección a la confianza depositada en la aparente regularidad de un acto administrativo, el uso del principio más bien aparece en asociación con los principios de buena fe y de seguridad jurídica, sin que el órgano de control se pronuncie acerca de un fundamento normativo a partir del cual sea posible su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Revisión de la aplicación del principio a la luz del Estado de Derecho

Si se analiza el principio desde la óptica de los límites a la actuación administrativa o desde la protección de los particulares, son evidentes las ventajas que éste presenta, pues para que éste pueda actuar no es necesario que se esté frente a derechos adquiridos, bastando con que se esté frente a una mera expectativa[35], lo que, a los efectos de la situación nacional, adquiere relevancia, pues ello permite extender su ámbito de operatividad a aquellas situaciones no comprendidas por la protección constitucional del derecho de propiedad.

No obstante dichas ventajas, pareciera ser que en el Derecho chileno la aplicación del principio se encuentra seriamente con la objeción de su recepción normativa[36], lo que dificultaría su aplicación concreta en cada caso. Ello, sin perjuicio –como recientemente ha puesto de relieve el profesor Letelier– de los problemas derivados del procedimiento de generalización como medio de producción de los principios jurídicos, que se manifiestan precisamente con el principio de protección de la confianza[37].

En efecto, si se aprecia la amplia gama de variantes que ofrece la funcionalidad del principio, su uso incluso puede resultar reñido con la propia seguridad jurídica. Es decir, si se observa el Derecho comparado en aquellos casos en los que se ha acogido el principio, y la jurisprudencia examinada, es fácil advertir que aquél no necesariamente puede ir encaminado a impedir el ejercicio de la potestad invalidatoria, pues aún podría dirigirse a otros objetivos, como por ejemplo restringir los efectos temporales de la invalidación, atenuando el efecto *ex tunc* propio de las anulaciones, o, si concurren los requisitos para ello, podría fundamentar un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por el daño sufrido por el particular que confió legítimamente en la regularidad del acto[38].

---

34 CGR, Dictamen N° 73.224, de 2011.

35 García Macho, R. Op. cit., p. 456.

36 Bermúdez Soto, J. Op. cit., p. 84. En el mismo sentido, Ferrada Bórquez, J. "La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado", en VV.AA. Acto y procedimiento administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 143.

37 Letelier Wartenwerg, R. *Nulidad y restablecimiento de normas.* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011, pp. 365-366.

38 Respecto de las posibilidades que ofrece el principio en materia de responsabilidad, puede verse MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema.* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, pp. 378 y ss.

Por lo demás, si se sigue la doctrina que propugna la recepción del principio como un corrector de las omisiones legislativas en materia de invalidación[39], no se puede desconocer que ésta deriva de las normas constitucionales que estructuran el principio de juridicidad, y que, a partir de ello, más que como una facultad, ha sido entendida como un poder-deber al que se encuentra sometida la Administración. Precisamente desarrollando este principio y en ejercicio de su potestad constitucional de configuración normativa de los poderes administrativos, es que el legislador, en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, ha regulado dicha potestad, sin más restricción que el plazo de dos años establecido para su ejercicio y la exigencia del trámite de audiencia previa. Ello, sin perjuicio de las restricciones específicas que ha contemplado la Ley N° 18.575, en su artículo 63, para el caso de la invalidación del acto el nombramiento del funcionario inhábil.

Por las razones indicadas pareciera necesaria la existencia de una norma legal que defina su aplicación concreta en la materia[40]. Así, por lo demás, se ha operado en los ordenamientos comparados en los que el principio ha sido objeto de regulación normativa específica y, a partir de ello, ha sido aplicado a la potestad revisora de los actos propios[41].

No obstante, en el caso chileno, una opción que se ha presentado es su aplicación a partir de la doctrina de los actos propios[42]. Al respecto, sin desconocer las vinculaciones del principio con esta doctrina[43] y, a través de ésta, con la buena fe en su vertiente objetiva, en tanto supone un estándar de conducta acorde con deberes de fidelidad y lealtad[44], parece razonable la pregunta por la compatibilidad de la doctrina de los actos propios con la naturaleza sancionatoria de la invalidación, entendida como un mecanismo de reacción contemplado por el ordenamiento jurídico en contra de los actos que contravienen sus disposiciones. En otras palabras, supone preguntarse si el deber de no contrariar actos propios que han generado una situación de confianza basada en la apariencia de regularidad del acto, subsiste cuando el acto o la mantención de sus efectos implican la realización de una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

Planteada la cuestión en los términos indicados, la respuesta se vincula con la doctrina civil que ha reflexionado respecto de esta teoría[45]. De acuerdo a dicha doctrina, entre las condiciones de aplicación de la teoría de los actos propios, es necesario que se esté frente a una con-

---

39 Bermúdez Soto, J. Op. cit.

40 En sentido similar, Ferrada Bórquez, J. Op. cit., p. 143.

41 En este punto adquieren relevancia los casos alemán y español. En el primero, como se indicó, ha sido regulado en parágrafo 48 de la LPA, en materia de anulación. En el segundo, la confianza legítima se encuentra expresada en el artículo 3.1 de la LRJAPyPAC, como uno de los principios generales que deben respetar las administraciones públicas en su actuación. Ello, sin perjuicio de la consagración constitucional de la seguridad jurídica, en el artículo 9.3 de la Constitución española, y de la consagración de la buena fe, en el artículo 106 de la LRJPACyAP, como un límite específico a las potestades revisoras.

42 Bermúdez Soto, J. Op. cit.

43 Sánchez Morón, M. "Venire contra factum proprium non valet", en *Documentación Administrativa,* Vol. 263-264, mayo-diciembre 2002, p. 228. En el mismo sentido, Puig Butrau, J. *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1951, p. 112. En sentido contrario García Luengo, J. Op. cit., pp. 128 y ss.

44 González Pérez, J. Op. cit., pp. 215 y ss.

45 Puede verse, Puig Butrau, J. *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1951, pp. 101 y ss. Borda, A. *La teoría de los actos propios.* 2ª edición Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993. Díez-Picazo, L. *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona, Bosch, 1963. En Chile Ekdhal Escobar, M. *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

ducta anterior jurídicamente eficaz[46], aunque, profundizando en este requisito, se ha planteado que esta exigencia descarta el negocio jurídico o conducta que "fuere inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita o contraria a las buenas costumbres o de cumplimiento imposible"[47]. Es decir, la limitación proveniente de no contrariar actos propios, no operaría frente al acto inválido. Sin embargo, la misma doctrina agrega que ello no comprende a los actos que se convierten en ineficaces por una impugnación efectuada por el propio sujeto autor de la conducta ineficaz[48].

Llegados a este punto, aún subsiste la pregunta por la validez de aplicar, en el ámbito del Derecho público en el que impera el principio de legalidad, una doctrina formulada originalmente para el ámbito del Derecho privado, dominado por la autonomía de la voluntad. Respondiendo esta pregunta, la doctrina española, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, señala que no parece posible que puedan oponerse actos propios al cumplimiento del principio de legalidad, por lo que aquella doctrina –en el ámbito público– queda más bien reducida a los actos discrecionales o no reglados[49], lo que parece más acorde con el deber de la Administración de adecuar plenamente sus conductas al ordenamiento jurídico.

La conclusión recién expuesta para el caso español parece ir en sintonía con la voluntad del legislador nacional, expresada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880. Es decir, si la ley ha facultado a los órganos de la Administración para declarar la invalidez de sus propios actos, es porque el legislador nacional estima que en esta materia no rige la limitación proveniente de la teoría de los actos propios, sino que se impone el principio de legalidad y la plena vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico.

No obstante, si se descarta la aplicación del principio en el ámbito administrativo a partir de su vinculación de la doctrina de los actos propios, aún pareciera posible encontrar un fundamento normativo a partir de su vinculación con el principio de la seguridad jurídica. En este sentido, se ha propuesto su recepción a partir del artículo 19 Nº 26 de la CPR[50]. Sin embargo, esto presenta ciertas dudas razonables. Si bien dicho artículo recoge uno de los contenidos de la seguridad jurídica –que la esencia de los derechos no será afectada por legislador–[51], ello no

46 Ello, sin perjuicio de la exigencia de los siguientes requisitos: que dicha conducta sea relevante, que se esté ante el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la persona que invoca la teoría y la identidad de los sujetos que se vinculan por ambas conductas. Borda, A. Op. cit., pp. 67 y ss.

47 Borda, A., Op. cit., p. 69.

48 Ibíd.

49 Sánchez Morón, M. Op. cit., p. 241. El autor cita una sentencia de 26 de febrero de 2001 del Tribunal Supremo español, en la que se señala que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando el acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración, que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O dicho en otros términos, la doctrina invocada de los 'actos propios', sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta".

50 El que dispone, en lo pertinente, "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

51 En el mismo sentido, Ferrada Bórquez, J. Op. cit., p. 142.

parece permitir que se pueda sostener –sin forzar extremadamente la extensión de la norma– que dicho artículo consagre la seguridad jurídica, con la amplia gama de contenidos que a ésta se ha asignado, entre los que se encontraría la confianza legítima.

En este punto, cobra relevancia lo dicho en el sentido que el principio de seguridad jurídica no tiene un contenido específicamente determinado, de manera que parecería difícil sostener que, por el hecho de que el citado artículo consagra uno de los aspectos de la seguridad jurídica, por extensión todos los demás lo estarían[52]. Es decir, es claro que ni la seguridad de que el legislador no podrá afectar la esencia de los derechos, es toda la seguridad jurídica, ni la confianza legítima comprende a toda ésta, sino que –como se ha dicho– es sólo uno de sus contenidos, junto a aquélla. Luego, es difícil concluir que si el constituyente garantizó un aspecto de la seguridad jurídica, todos los demás lo hayan sido.

Llegados a este punto, sólo parece posible encontrar un fundamento normativo de aplicación del principio a través de su conexión con el Estado de Derecho reconocido constitucionalmente. O a través de la conexión de la seguridad jurídica con aquél.

Es sabido que aun cuando la CPR no establece una referencia explícita al concepto de Estado de Derecho, éste viene consagrado, a través de sus presupuestos o principios básicos, en el Capítulo I de la CPR, especialmente en sus artículos 6º y 7º. Así se dejó constancia en las actas de la sesión en la que se discutió el artículo 6º de la CPR[53]. Y es confirmado por el Tribunal Constitucional chileno –en adelante TC–, en una doctrina bastante reveladora respecto de la materia en análisis, al sostener que es claro que la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho, para lo cual, entre otras disposiciones, basta considerar lo que señalan los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad, agregando, respecto de su contenido, que *"se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica* –continúa el Tribunal– *que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados"* [54].

El párrafo transcrito representa varios aspectos de interés en relación con la materia analizada. Un primer aspecto es que éste sienta el fundamento normativo de la noción de Estado de

---

52 Cuestión similar se ha presentado en Francia respecto del fundamento normativo del principio, el que se ha pretendido encontrar en el antiguo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, del que se han deducido otros principios, como el de separación de poderes. Al respecto, se ha señalado que "...eso no autoriza a conferirle automáticamente las mismas virtudes en lo que concierne al principio de confianza legítima. Que uno de los elementos constitutivos del principio de seguridad jurídica haya sido promovido al rango constitucional no significa que, por extensión capilar, los demás elementos se beneficien de la misma promoción. De ser así, hace largo tiempo la discusión referente a la constitucionalidad del principio de seguridad jurídica estaría cerrada, por la norma de la no-retroactividad del derecho penal (artículo 8 de la Declaración de 1789)". Moderne, F. Op. cit., p. 275.

53 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 47, pág. 26. En doctrina puede verse Pfeffer Urquiaga, E. *Manual de Derecho Constitucional.* Tomo I. (Basado en las explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Verdugo Marinkovic). Santiago, Ediar ConoSur Ltda., 1990, pp. 220 y ss.; igualmente, Cea Egaña, J. Op. cit., pp. 79 y ss.

54 TC, sentencia de 10 de febrero de 1995, Rol 207-95, Considerando 67. En idéntico sentido, TC, sentencia de 1 de julio de 2008, Rol 946-07, Considerando 31, y TC, sentencia de 10 de julio de 2008, Rol 968-07, Considerando 31.

Derecho en el propio texto constitucional. El que se encontraría, entre otros, en los artículos que cita.

Un segundo aspecto dice relación con el contenido del Estado de Derecho. En lo que aquí interesa, el TC no sólo establece una conexión directa entre la seguridad jurídica y aquél, sino que también entre la protección de la confianza y aquél. Es decir, esta última se encontraría inserta en el Estado de Derecho garantizado constitucionalmente, tanto de modo directo como a través de su vinculación con la seguridad jurídica.

Finalmente, el aspecto más relevante a los efectos aquí expuestos es que el Tribunal se pronuncia respecto de la protección derivada de la seguridad, certeza y confianza jurídica, de quienes actúan en el mundo jurídico, vinculándola a un comportamiento y actuación acorde con el sistema jurídico vigente. Es decir, la protección del ordenamiento jurídico, que se traduce en el reconocimiento y producción normal de los efectos legalmente vinculados a un acto, pareciera estar condicionada a la sujeción al derecho vigente.

De esta forma, es posible sostener que la seguridad, certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas individuales ha de operar, pero dentro de la legalidad, lo que, llevado al ámbito de las situaciones derivadas de los actos de la Administración, pareciera confirmar que la cadena de protección de la confianza, derivada del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica se rompe frente al acto inválido.

Es decir, son el propio Estado de Derecho y la seguridad jurídica los que parecen exigir una reacción diferenciada del sistema jurídico frente a la estabilidad de las situaciones jurídicas derivadas de los actos de la Administración, la que depende del carácter regular o irregular del acto. Esto se condice con el principio de vinculación administrativa al principio de juridicidad, el que también constituye un componente esencial del Estado de Derecho, y que sirve de sustento al deber impuesto legalmente de reaccionar y restablecer el ordenamiento jurídico mediante el ejercicio de los poderes administrativos de autocontrol y autotutela. Ello, en tanto aquel principio no sólo exige actuar de acuerdo a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, sino que, además, se proyecta sobre la existencia posterior del acto.

CONCLUSIONES

La Contraloría General de la República ha reconocido la existencia del principio de protección de la confianza legítima, aunque no de manera autónoma, sino que asociado a otros principios como el de igualdad, de protección de la buena fe y de seguridad jurídica.

En la práctica jurídica de la Contraloría, tanto como en el Derecho comparado, el principio de protección de la confianza legítima se ha presentado con distintas funciones frente a las actuaciones del poder público. Así, aquél sirve de fundamento a la uniformidad de la interpretación jurídica, pero también ha surgido como un límite, con diversos alcances, frente a las potestades revisoras de la Administración del Estado.

En el Derecho chileno, la protección de la confianza se podría estimar incluida dentro de la noción constitucional de Estado de Derecho. No obstante, el Estado de Derecho reconoce y

protege las situaciones jurídicas derivadas de actuaciones regulares y no se puede estimar que reaccione de igual forma frente a las actuaciones que contravienen sus disposiciones.

Siguiendo las lecciones de los ordenamientos que han desarrollado el principio, a efectos de su aplicación en Chile es necesaria y recomendable una regulación expresa con determinación precisa de sus alcances y requisitos de operatividad. Esta regulación, al menos, debe tener rango legal, pues ese es el rango normativo que alcanzan los poderes a los que se suele oponer el principio por vía de interpretación.

Mientras lo anterior no ocurra, la aplicación concreta del principio frente a un poder administrativo legalmente establecido deja planteada más de alguna duda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bermúdez Soto, J. "El principio de protección de la confianza legítima en la actuación de la Administración como límite de la potestad invalidatoria", en *Revista de Derecho,* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Vol. XVIII, 2005, pp. 83-105.

Borda, A. *La teoría de los actos propios.* 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

Calmes, S. *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français.* París, Dalloz, 2001.

Castillo Blanco, F. "El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho", en Documentación Administrativa. Vol. 263-264, mayo-diciembre 2002, pp. 21-72.

Castillo Blanco, F. *La protección de la confianza legítima en el Derecho administrativo.* Madrid, Marcial Pons, 1998.

Céspedes Proto, R. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 28, N° 1, 2001, pp. 149-159.

Coviello, P. *La protección de la confianza del Administrado. Derecho argentino y comparado.* Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2004.

Díez-Picazo, L. *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona, Bosch, 1963.

Ekdhal Escobar, M. *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

Ferrada Bórquez, J. "La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado", en VV.AA. Acto y procedimiento administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, pp. 131-147.

García Luengo, J. *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo.* Madrid, Civitas, 2002.

García Macho, R. "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en VV.AA. *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí,* Madrid, Civitas S.A., 1989, pp. 453-466. El mismo texto, en Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, Vol. 56, octubre-diciembre 1987, pp. 557-571.

González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo.* 4ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

Leguina Villa, J. "Principios generales del Derecho y Constitución", en *Revista de Administración Pública*, Vol. 114, septiembre-diciembre 1987, pp. 7-38.

Letelier Wartenwerg, R. *Nulidad y restablecimiento de normas.* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2011.

Lorello, L. *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario.* Turín, G. Giappichelli Editore, 1998.

Medina Alcoz, L. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema.* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005.

Merusi, F. *L'affidamento del cittadino.* Milán, Giuffrè, 1970.

Moderne, F. *Principios generales del Derecho público.* (Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Pfeffer Urquiaga, E. *Manual de Derecho Constitucional.* Tomo I. (Basado en las explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Verdugo Marinkovic). Santiago, Ediar ConoSur Ltda., 1990.

Puig Butrau, J. *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1951.

Sánchez Morón, M. "Venire contra factum proprium non valet", en *Documentación Administrativa,* Vol. 263-264, mayo-diciembre 2002, pp. 223-246.

JURISPRUDENCIA CITADA

Dictámenes de la Contraloría General de la República:

CGR, Dictamen Nº 54.179, de 2004.

CGR, Dictamen Nº 47.532, de 2005.

CGR, Dictamen Nº 7.941, de 2006.

CGR, Dictamen Nº 32.357, de 2006.

CGR, Dictamen N° 61.817, de 2006.

CGR, Dictamen N° 35.397, de 2007.

CGR, Dictamen Nº 16.238, de 2007.

CGR, Dictamen Nº 7.348, de 2008.

CGR, Dictamen N° 6.112, de 2011.

CGR, Dictamen N° 73.224, de 2011.

CGR, Dictamen N° 7.430, de 2012.

Sentencias del Tribunal Constitucional:

TC, Sentencia de 10 de febrero de 1995, Rol Nº 207-95.

TC, Sentencia de 1 de julio de 2008, Rol Nº 946-07.

TC, Sentencia de 10 de julio de 2008, Rol Nº 968-07.

Normas citadas:

Constitución Política de la República.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo.

Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos.

Actas:

Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 47ª p. 26.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN A LAS MUNICIPALIDADES

José Fernández Richard

Profesor de Derecho Administrativo Universidad Pedro de Valdivia. Profesor de Derecho Municipal y Derecho Urbanístico, Escuela de Derecho Universidad de Chile. Ex Abogado Integrante Corte Suprema[1] por diez años.
Ex abogado-jefe Municipalidad de Santiago.

SUMARIO

I. El principio de la legalidad en la administración municipal; II. La Contraloría General de la República y su esfera de acción en relación a los municipios; III. Dictámenes importantes de la Contraloría en materia municipal; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. The principle of the legality in the local government; II. The General finance Office of the Republic and its sphere of acción in relation to the municipalities; III. Important reports of the finance Office in matter municipal; IV. Conclusions; V. Bibliography.

I. El principio de la legalidad en la administración municipal

En el régimen de Estado de Derecho, lo que importa en el más alto grado es la soberanía de la Ley. Como expresa el tratadista Otto Mayer, "la ley está colocada por encima de todas las otras actividades".

Ahora bien, siguiendo esta línea de pensamiento, el jurista Rafael Bielsa ha dicho –lo que nosotros compartimos plenamente– que es indispensable la necesidad de un medio protector de los derechos de los administrados, ya que la sola declaración de un derecho, sin una correlativa protección positiva, es una fórmula hueca, sin valor ni eficacia.

En Chile el principio de la legalidad se encuentra consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado, en virtud del cual los órganos públicos en su quehacer deben ajustarse a la ley.

Dentro de estos medios positivos para mantener el imperio de la legalidad en la Administración Pública y el amparo de los derechos e intereses legítimos de los administrados, tenemos una escala progresiva, que empieza desde la simple denuncia hasta el recurso contencioso-administrativo, que constituye la protección más cierta y efectiva.

Siendo necesario, dentro de un Régimen de Derecho, velar por la aplicación de la juridicidad, ello es tanto más necesario con respecto a los órganos descentralizados de la Administración del Estado, entre los cuales se encuentran los municipios, y creemos que no existiría justificación

[1] El autor de este artículo se desempeñó 26 años en la Municipalidad de Santiago, donde fue su abogado jefe. Es autor de las obras *Las Patentes Municipales; Régimen Jurídico Administración Municipal*, 2ª edición; *Derecho Municipal chileno,* 2ª edición y *Derecho Urbanístico chileno* 3ª edición, en prensa, Editorial Jurídica de Chile.

alguna para pretender que la descentralización pudiera determinar la exención de un régimen general, destinado a mantener o restablecer la legalidad de los actos administrativos. Por el contrario, creemos que tratándose de estos órganos debe existir un procedimiento adecuado y eficaz, precisamente debido a la circunstancia de que los órganos descentralizados, por su relativa independencia, actúan sin que la autoridad central tenga un conocimiento oportuno y cabal de sus actos.

Lo anteriormente expuesto es plenamente válido en nuestro país respecto de la Administración local, la cual si bien es considerada autónoma, según la definición del art. 1º de la Ley Nº 18.695 forma parte de todos modos del régimen de gobierno y administración interior del Estado, según lo señala la Constitución Política, en su capítulo XIII. Es por ello que en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades –Ley Nº 18.695–[2] el constituyente se preocupó especialmente de esta materia, y estableció todo un régimen de fiscalización de las resoluciones municipales y además señaló las reglas a que debe someterse el recurso contra las resoluciones u omisiones ilegales del alcalde o de sus funcionarios, todo lo cual viene a garantizar el imperio de la juridicidad en el quehacer municipal, manteniéndose así una antigua tradición, ya consagrada en anteriores textos legales, especialmente en la Ley Nº 11.860. Es así que expresamente se establece en el art. 51 de la Ley Nº 18.695 que las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional, a su vez el art. 52 de la referida Ley Nº 18.695 dispone que la Contraloría podrá emitir dictámenes jurídicos al respecto y, por último, el art. 54 de dicho cuerpo legal faculta al Órgano Contralor para constituirse en cuentadante y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente a cualquier funcionario municipal que haya causado un detrimento al patrimonio municipal.

El sometimiento de los municipios al principio de la legalidad se ve reforzado por las disposiciones de la Ley Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado[3] y normas de la Ley Nº 19.880 sobre Procedimientos Administrativos[4], que se hacen extensivos a los entes edilicios.

De todo lo anterior se colige que la Contraloría General de la República realiza una labor principal en hacer cumplir y respetar el principio de la legalidad en el quehacer municipal, a través de la acción preventiva, mediante los dictámenes, del examen y juzgamiento de cuentas, tratándose de fondos municipales y de la inspección y fiscalización en general que realiza respecto de los órganos edilicios.

II. La Contraloría General de la República y su esfera de acción en materia municipal

Entre los municipios y la Contraloría General de la República existen sentimientos encontrados. De una parte, quienes laboran en los órganos edilicios guardan reconocimiento a la labor

2 El texto refundido de la Ley Nº 18.695 fue fijado y publicado en el Diario Oficial de 3 de mayo de 2002.

3 La Ley Nº 18.883 ha sido objeto de diversas modificaciones Ley Nº 18.959 (art. 9º) Diario Oficial 24-02-90; 19.001 (art. 3º) Diario Oficial 6-10-90; Ley Nº 19.165 (arts. 2º y 4º) Diario Oficial 7-12-92; Ley Nº 19.269 (art. 33) Diario Oficial 29-11-93; Ley Nº 19.280 (art.10) Diario Oficial 16-12-93; Ley Nº 19.354 (art. 4º) Diario Oficial 2-12-94.

4 Arts. 1º y 2º de la Ley Nº 18.975.

preventiva y de apoyo que les presta la Contraloría a través de sus inspecciones, auditorías y dictámenes. Pero también quienes son objeto de sanciones guardan temor y recelo hacia el Órgano Contralor, y creen ver que es un ente fiscalizador que frena iniciativas de interés local.

La realidad es que el universo municipal, por así decirlo, es difícil de fiscalizar. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una entidad de rango superior académico, como podría ser un Instituto de Administración Local, que realmente capacite a los funcionarios municipales. Si bien la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades –Ley Nº 18.695[5]– contempla que *"La capacitación y el perfeccionamiento en el desempeño de la función municipal, se realizarán mediante un sistema que propondrá a estos fines a través de un programa",* y que referencia en igual sentido efectúa el art. 87 de la Ley Nº 18.883 sobre Estatuto de los Empleados Municipales[6], tales normas se traducen en esfuerzos esporádicos, no extensibles a todos los municipios, además que se efectúan por períodos breves, que a través del tiempo no han logrado una real capacitación del personal municipal, que arroje un resultado significativo en el quehacer de estos funcionarios.

Además, la Contraloría General de la República, en su loable tarea, se enfrenta con un hecho singular. Este es el que los municipios –que son más de 300 en todo el país– carecen de una tipología o clasificación como en otros países. En Chile es sabida la insuficiencia funcional del pequeño municipio, que constituyen la mayoría de los entes edilicios.

En nuestro país se ha dotado del mismo ropaje jurídico, con sus idénticas atribuciones y obligaciones, a municipios tan grandes, entre los que se cuentan el de Santiago, Valparaíso, Concepción, Providencia, Las Condes, Vitacura, etc., y a municipios pequeños, como el de Ñiquén, Caleta Tortel, por mencionar algunos, que constituyen la mayoría, y que a veces cuentan a lo mucho con diez funcionarios. Esta realidad nacional, que no ha sido debidamente encarada por los poderes públicos, dificulta tremendamente el quehacer de la Contraloria, la que en muchos casos se encuentra con fallas administrativas, en gran parte producto de la insuficiencia funcional del municipio y de la escasa preparación técnica de su personal, lo que se hace más notorio en el manejo de los fondos.

En todo caso, la Contraloría, con gran esfuerzo y sacrificio, pese a todas estas dificultades prosigue su tarea formadora, preventiva y fiscalizadora en relación a los municipios, la que se encuentra respaldada por fundamentos constitucionales y legales.[7-8-9]

Es así que las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica, y en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría podrá emitir dictámenes jurídicos sobre las materias sujetas a su control.

No obstante, lo anterior las resoluciones que dicten las Municipalidades estarán exentas del trámite de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República, cuando

---

5 Artículo 46 Ley Nº 18.695 (Diario Oficial 3-05-2002 texto refundido).

6 Artículo 87 Ley Nº 18.883 de 29 de diciembre de 1989.

7 Art. 98 Constitución Política de la República.

8 Art. Ley Nº 10.336 texto refundido Decreto de Hacienda Nº 2.421 de 1964, Diario Oficial 10-05-1964.

9 Arts. 51, 52, 53, 54 y 55 Ley Nº 18.695 D.F.L. Nº 1-19-704 Diario Oficial 3-05-2002.

afecten a funcionarios municipales, y para tal objeto el Órgano Contralor llevará un registro del personal municipal en la forma y condiciones que lo hace para el resto del sector público, debiendo los municipios remitir a la Contraloría los antecedentes que ésta le solicite.

Además de lo anterior, la Contraloría podrá constituir en cuentadante y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente a cualquier funcionario municipal que haya causado un detrimento al patrimonio municipal, para cuyos efectos el Órgano Contralor podrá fijar, según el grado de intervención que les haya cabido en el hecho, la proporción en que deben concurrir al pago de las obligaciones relativas a la responsabilidad solidaria. Los informes que emita la Contraloría serán puestos en conocimiento del respectivo concejo municipal.

Diversas otras normas confieren intervención a la Contraloría en el quehacer administrativo y urbanístico municipal, pero en este trabajo hemos deseado consignar las principales funciones del Órgano Contralor en esta materia[10-11].

De este modo, hemos señalado a grandes rasgos la importantísima y fecunda labor preventiva y fiscalizadora que realiza la Contraloría General de la República en el ámbito municipal, velando eficazmente para que impere en él el principio de la legalidad que consagra nuestro ordenamiento jurídico.

III. Principales dictámenes de la Contraloría General de la República en materia municipal, que se destacan a título meramente ejemplar

Lo dictámenes de la Contraloría General de la República en materia municipal son múltiples y variados. Se han pronunciado sobre diversos tópicos del quehacer municipal, y han constituido un invaluable aporte para guiar la acción de los municipios, encuadrándolos en el principio de la legalidad y una recta administración.

Debido a lo anterior, haremos una breve síntesis de algunos de ellos, agrupándolos en tres rubros: a) En materia urbanística; b) En lo referente a la Ley de Rentas Municipales, D.L. Nº 3.063, y cuerpos reglamentarios, y c) en lo relativo al personal municipal.

A. Dictamenes destacados en materia urbanística

1. Dictamen Nº 10.010 del año 2004, que expresa: *"El sistema en los planes reguladores comunales respecto, en este caso, a ciertas condiciones de edificación relativas al régimen establecido por el D.F.L. 2, con construcción simultánea, sólo puede cumplirse con la aplicación de las normas pertinentes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza general que estén vigentes, sin desmedro que, frente a la existencia de dos textos normativos que establecen requisitos distintos para una misma situación, debe recurrirse a*

10 Ver arts. 14 y 15 D.F.L. Nº 458, Ley General de Urbanismo.

11 Ver art. 156 Ley Nº 18.883 sobre Estatuto Funcionarios Municipales.

las normas de hermenéutica, correspondiendo aplicar aquella según la cual la norma superior prevalece por sobre la inferior…"[12].

2. Dictamen Nº 045251 del año 2002, que reitera el principio de reserva legal, al expresar: *"Devuelve decreto de vivienda que crea en dicho Ministerio (MINVU), como comisión asesora, la dirección de planificación y control de gestión, a lo que le corresponde, entre otras funciones, coordinar el desarrollo de la planificación sectorial…".*

   "Esto, porque no procede que una comisión asesora creada en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ejerza tareas ejecutivas como la reseñada".

3. Dictámenes Nºs. 030558 de 1996; 00897 de 1996 y 045251 de 2002, que reafirman el principio de la legalidad en las actuaciones administrativas, conforme a lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la Constitución Política[13].

4. Dictámenes sobre construcciones y urbanizaciones en el área rural Nº 18.447 del año 2004; Nº 40.194 año 2004; 45.704 de 2003; 44.412 de 2003; 17.018 de 2003; 39.228 de 2003; 9.312 de 2004; 52.120 de 2002; 14.871 de 2002; 12.595 de 2001; 25.117 de 2004; 36.027 de 2004; 29.462 de 2004, entre otros[14].

5. Dictamen Nº 32.019 del año 2006, en donde se aclara que para prohibir un uso de suelo o destino debe el Plan Regulador hacerlo específicamente, sin que valgan las prohibiciones genéricas.

6. Dictamen Nº 4.420 de 2002, sobre improcedencia de cobro de derechos municipales, respecto de obras ejecutadas en caminos públicos administrados por Dirección de Vialidad[15].

7. Dictamen Nº 18.518 año 1997 sobre alcances del permiso de edificación en relación a obras que no necesitan permiso de edificación, por parte de la Dirección de Obras Municipales[16], por no estar comprendidas dentro del concepto de construcción.

B. Dictamen destacados en lo referente a la ley de rentas municipales y sus cuerpos reglamentarios

1. Dictamen Nº 4.729 de 2011, sobre procedencia de aplicación de multas por la no presentación oportuna por parte de los contribuyentes, de la declaración establecida en el art. 52 del D.L. 3.063[17].

---

12 Dictámen que reitera la aplicación de las normas según su orden jerárquico.

13 En el mismo sentido, Dictámenes Nºs. 000316 de 1980; 018086 de 1980; 037339 de 1995; 016302 de 1995; 005487 de 1995; 038767 de 1994; 003391 de 1993; 026308 de 1993; 013950 de 1993; 02736 de 1190; 035231 de 1988; 010392 de 1985, entre otros.

14 En igual sentido, Dictámenes Nºs. 23.519 de 1991; 21.289 de 1996; 39.068 de 1995; 33.813 de 1998; 25.972 de 1997; 24.461 de 1989; 18.561 de 1989; 571 de 1984; 10.698 de 1987; 5.155 de 1987, etc.

15 En el mismo sentido, Dictamen Nº 8.360 de 2000; 1.009 de 1987.

16 En el mismo sentido, Dictamen Nº 17.434 de 1979; 11.986 de 1985; 32.795 de 1996; 24.873 de 1994.

17 En el mismo sentido, Dictámenes Nºs. 210.970 de 2010; 211.288 de 2010; 231.445 de 2010, y 237.359 de 2010.

2. Dictamen Nº 28.667 del año 1997, relativo al cobro de patente municipal, tratándose de sociedades de inversión. Casos en que no procede dicho cobro[18].

3. Dictamen Nº 27.677, de 2010, sobre circunstancias que deben darse en forma copulativa y simultánea, para que proceda el cobro de patente respecto de actividades primarias o extractivas[19].

4. Dictamen Nº 3.462, de 22 de enero de 2009. Las actividades primarias quedarán gravadas con la contribución de patente municipal cuando en ellas medie algún proceso de elaboración de productos y éstos se vendan directamente al público[20].

5. Dictamen Nº 3.652, de 2009: *"resulta improcedente que en la especie, la Municipalidad de Providencia, sin verificar la efectividad de lo afirmado por la Empresa recurrente, haya asumido que se cumplían los supuestos para el pago de la patente por el ejercicio de la actividad económica en circunstancias que en la práctica no cuenta la concurrencia de los requisitos señalados en el art. 23"* (se refiere al D.L. Nº 3.063)[21].

6. Dictamen Nº 50.614, año 2009, sobre cobro retroactivo de patente profesional por parte de la Municipalidad. Legalidad de actuación. Forma de alegar la prescripción[22].

7. Dictamen Nº 27.677, año 2010, sobre sociedades de inversión. La inversión pasiva no constituye una actividad afecta a patente municipal, contemplado en el art. 23 del D.L. Nº 3.063. Este dictamen aplica el Dictamen Nº 28.667, del año 1997, y reconsidera Dictámenes Nºs. 12.607, del año 2006; 54.106 del año 2006; 60.459 del año 2008; 37.529 del año 2009 y 37.957 del año 2009.

C. Dictámenes relativos al personal municipal

1. Dictamen Nº 33.793, año 2000. Hijo de conviviente no es carga familiar. Presentación funcionario Depto. de Salud Municipalidad de Chillán[23].

2. Dictamen Nº 53.791 del año 2009, sobre contratación de personas a honorarios. Requisito de accidentabilidad de los servicios. Dictamen solicitado por Municipalidad de Conchalí[24].

3. Dictamen Nº 1.131 de 1996. Alcalde suplente, procedencia de su nombramiento[25].

---

18 En igual sentido, Dictamen Nº 2.767/ Nº 10 de 25-05-2010.

19 En igual sentido, Dictámenes Nºs. 28.206 de 1998; 31.300 de 2000.

20 En igual sentido, Dictámenes Nºs. 3652 de 2009; 33.063 de 2010; 18.002 de 2006.

21 En sentido parecido, Dictamen Nº 18.002 de 2006.

22 En el mismo sentido, Dictamen Nº 24.072 de 2009 y Dictamen Nº 11.721 de 2006.

23 Reclamado con esta materia, Dictámenes Nºs. 6.338 de 1983 y 32.747 de 1999.

24 Reclamado con esta materia, Dictámenes Nºs. 5.762 de 2000 y 15.868 de 2005.

25 En igual sentido, Dictamen Nº 35.113 de 1995.

4.- Dictamen Nº 2.195 de 1996, Inasistencia al trabajo por parte de profesionales de la Dirección de Educación Municipal de Santiago, por paro de locomoción colectiva, no constituye fuerza mayor.

5. Dictamen Nº 13.120, de 1997, sobre derecho de madre funcionaria municipal de alimentos a hijos menores.

6. Dictamen Nº 9.957, año 2010, medida disciplinaria de destitución de funcionario municipal de Municipalidad de Ercilla. Inhabilidad temporal anexa. Naturaleza administrativa del trámite de la rehabilitación.

7. Dictamen Nº 11.330, de 2010, sobre responsabilidad administrativa de concejales. Inexistencia de dicha responsabilidad[26-27].

CONCLUSIONES

1. La Contraloría General de la República cumple un rol fundamental en la fiscalización que ejerce sobre los municipios, en orden a que se cumpla el principio de la legalidad y probidad en sus actuaciones administrativas, ya sea en lo tocante a manejo de fondos, recaudación, y su inversión, aplicación de las normas estatutarias al personal municipal, otorgamiento de concesiones, licitaciones, etc.

2. Igual rol desempeña en la aplicación e interpretación del Derecho Urbanístico, tanto en sus funciones constitucionales a toma de razón como en su función dictaminante, orientando así a los municipios a fin de que lleven una recta administración.

   Es así que el Órgano Contralor a través de la toma de razón interviene en la aprobación y modificación de los planes reguladores metropolitanos e intercomunales y respecto de los casos donde no existieren planes reguladores intercomunales y metropolitanos.

   Al respecto, la Contraloría ha desempeñado una labor extraordinaria, para propender a que los instrumentos de planificación territorial se ajusten a la legalidad, lo que se traduce en una garantía para responder a los intereses generales de la comunidad.

3. Además, la Contraloría General de la República, a través de sus dictámenes, se pronuncia a diario sobre actos de administración municipal, ejerciendo una labor formativa y educativa respecto del personal municipal, interviniente en tales actos, lo que constituye una enseñanza del más alto valor.

4. La labor de la Contraloría ha sido aún mas loable, si se toma en cuenta que en nuestro país no existe una Institución de Nivel Superior que capacite técnicamente a los funcionarios municipales, a lo que se agrega la falta de tipología o categorización de los municipios,

---

26 A los concejales les serán aplicables, de todos modos, las normas sobre probidad administrativa según lo dispone el art. 40 inciso 3º de la Ley Nº 18.695.

27 A los concejales no les serán aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal, según lo dispone el art. 89 inciso 2º de la Ley Nº 18.695.

que –de existir– facilitaría enormemente la tarea fiscalizadora y formativa de la Contraloría General de la República, la que se ve abocada a enderezar la acción administrativa de pequeños municipios, carentes de personal capacitado, de recursos e infraestructura. Todo ello dificulta, sin duda, la valiosa acción del Órgano Contralor.

BIBLIOGRAFÍA

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno.* Editorial Jurídica, 2007.

Aylwin Azócar Patricio. *Derecho Administrativo.* Editorial Universitaria, 1959.

Pantoja Bauzá, Rolando. *El Derecho Administrativo.* Editorial Jurídica, 1994.

Bielsa, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo.* Universidad Nacional del Litoral, 1942.

Parejo Alfonso Luciano. *Normas de Derecho Administrativo.* Barcelona, 1998

Fernández Richard José. *Derecho Municipal chileno.* Editorial Jurídica, 2007

Fernández Richard José y Holmes Felipe. *Derecho Urbanístico chileno.* Editorial Jurídica, 2009.

Gaceta de los Tribunales.

Dictámenes de la Contraloría General de la República.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONTRALORA AL DESARROLLO Y DELIMITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

José Luis Lara Arroyo
Abogado, profesor de Derecho Administrativo Universidad Católica de Chile.
Coordinador División Jurídico-Legislativa, Ministerio Secretaría General de la Presidencia[1]

Carolina Helfmann Martini
Abogado, Área Regulatoria y Libre Competencia Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brünner[2]

RESUMEN:

Este trabajo pretende plantear la importancia de los principios en materia de contratación administraiva. En este sentido, se hará referencia de manera somera a aquellos principios consagrados en nuestro ordenamiento, tanto en diversas leyes vinculadas al Derecho Público como en leyes relativas a la contratación administrativa. Seguidamente, se profundizará en aquellos principios que no han recibido reconocimiento o consagración legislativa expresa y que, por ende, su desarrollo y delimitación se debe principalmente a la labor realizada por la Contraloría General de la República a través de su potestad dictaminante.

Palabras clave: Contratación administrativa - Principios - Contraloría General de la República.

I. Introducción

Con alegría y entusiasmo recibimos la invitación cursada por el Contralor General de la República para asistir a la conmemoración del octogésimo quinto aniversario de esta Entidad Superior de Control. Con tal objeto, nos hemos propuesto dar cuenta de la contribución que la Contraloría General de la República ("Contraloría" o indistintamente "CGR"), especialmente a través del ejercicio de su potestad dictaminante, ha dispensado respecto de la interpretación de uno de los aspectos en los que quizá con mayor intensidad se verifica la colaboración público-privada, como lo son las normas e instituciones reguladoras de la contratación administrativa.

En efecto, es sabida la importancia de la contratación administrativa[3], como instrumento en

---

1 El autor es profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asimismo, es profesor de Contratación Administrativa en el Magíster en Derecho Regulatorio de la misma casa de estudios.

2 La autora es Diplomada en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Chile. Miembro del Área Regulatoria y Libre Competencia de Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brünner.

3 Sobre el particular, adviértase, entre otros, Moraga Klenner, Claudio (2007): *La Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile; Barra Gallardo Nancy y Celis Danzinger, Gabriel: Contratación Adminisatrativa bajo la Ley de Compras, tercera edición de 2012; Soto Kloss, Eduardo (1978): "La Contratación Administrativa, un retorno a la idea clásica de intercambio justo", *Revista de Administración Pública* (Madrid) N° 86, año 1978, pp. 569-584; más ampliamente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo LXXV/1978, Primera Parte, Sección Derecho, pp. 55-73; Aróstica Maldonado, Iván (2002): "Cómo y con quién contrata la Administración", en VV.AA., *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (conmemoración por su 75º aniversario institucional); Mendoza Zúñiga, Ramiro y Lara Arroyo, José Luis: "La Contratación Administrativa y la

lo inmediato, para la satisfacción de necesidades públicas concretas por parte de la Administración del Estado, encaminadas a la consecución del bien común, y en especial, en atención a los profundos cambios que ha experimentado esta singular vertiente del Derecho Administrativo tanto desde la perspectiva normativa, operativa como institucional durante los últimos años. Esto último, en especial en lo concerniente con los contratos de suministro y prestación de servicios gobernados por la Ley N° 19.886[4].

La contratación administrativa se compone, al igual que otras materias, desde la perspectiva regulatoria no sólo por un conjunto de leyes y reglamentos, sino que también de principios orientadores de dicho actuar de la Administración. Estos principios, en ocasiones están positivados y en otras han sido objeto de recepción y desarrollo de la jurisprudencia tanto administrativa como jurisdiccional. Es, precisamente, este último punto el que nos interesa abordar, esto es, la recepción e interpretación que la jurisprudencia administrativa ha realizado de los principios de la contratación administrativa, llegando incluso, en no pocos casos, a nutrir al propio legislador de los mismos.

Para lo anterior, conviene detenernos unos instantes en los principios, los cuales suponen, en terminología tomista, "aquello de lo que procede algo"[5], es decir, las bases, los cimientos de nuestras instituciones, que en cuanto son recogidos por el legislador se positivizan y devienen en vinculantes, para el destinatario de dicha regulación y, por cierto, para el intérprete de las mismas, sean los Tribunales de Justicia o la Contraloría en sede jurisdiccional o administrativa respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, también se podría plantear que los mismos son vinculantes sin importar que no se encuentren consagrados expresamente en ningún cuerpo normativo. Lo anterior, en atención al rol que los principios tienen en tanto fuente del Derecho, entendiéndose por fuente del Derecho *"aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"*[6] y especialmente muy relevantes en aquellas materias que no han sido reguladas, lo han sido insuficientemente o existen dudas o interrogantes en torno a su alcance o, como ocurre en el caso en análisis, frente a la existencia de un gran número de normas, que requieren ser interpretadas a la luz de principios, de modo de permitir una aplicación armónica de las mismas.

Es precisamente dicha identificación y recepción de principios efectuada por la jurisprudencia administrativa (contralora) el objeto de este trabajo, con el fin de comprobar cómo el ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría ha contribuido a configurar un marco de nuevos principios que son observados de manera atenta por todos quienes interactúan con la Administración, ya que los mismos, dado el carácter viculante que tienen los dictámenes que los contienen y delimitan[7], han de ser acatados y aplicados por los distintos organismos públicos.

Ley N° 19.886. Aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae,* año IX, N° 9, 2005. Por nuestra parte, vid. "Las cláusulas abusivas en la contratación pública", en *Revista de Derecho de la Empresa,* N° 19, 2009, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, pp. 123-156; "Principios generales del Derecho aplicables a la contratación pública: el caso de la excepción de contrato no cumplido", *Revista de Derecho Administrativo* (Chile) N° 3, pp. 69-84.

4 Publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 2003.

5 Suma Teológica I, q. 33 art. 1.

6 BOBBIO (1987), p. 158.

7 Artículo 9º de la Ley Nº 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

II. El desarrollo normativo y jurisprudencial de la contratación administrativa

La contratación administrativa en Chile, no ha sido objeto de un tratamiento sistemático que haya tenido por propósito el establecimiento de un único cuerpo normativo, sino que, más bien, existe un conjunto de normas que regulan esta materia en base a un criterio de especialidad.

En lo que respecta a la Ley Nº 19.886, ésta constituye una ley de bases, que tiene por objeto establecer las premisas básicas y medulares de una determinada disciplina, siendo, por tanto, depositaria de los principales principios fundantes en materia de compras públicas, matería a la que se hará especial referencia en este trabajo, debido a la gran cantidad de pronunciamientos de la Contraloría recaídos sobre el particular.

Desde el punto de vista jurisdiccional, por medio de la Ley N° 19.886 se creó el Tribunal de la Contratación Pública ("TCP")[8], estableciéndose como un órgano jurisdiccional especializado, independiente de la Administración del Estado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. De esta manera, desde la entrada en vigencia de la referida norma, la CGR se ha abstenido de emitir pronunciamientos en lo que respecta a las impugnaciones de bases o de adjudicaciones[9]. Sin embargo, en virtud del examen de legalidad que realiza la CGR de las bases de licitación[10], existen múltiples pronunciamientos en los últimos años que han dado aplicación a los más diversos principios aplicables a la contratación administrativa.

De esta forma, la Contraloría está llamada a asumir un rol preponderante en la interpretación e integración de la contratación administrativa y, en mayor medida, en cuanto el instrumento se encuentre afecto al trámite de toma de razón[11].

III. Los principios de la contratación como eje estructurante de la interpretación desarrollada por la jurisprudencia administrativa

Como ya adelantábamos, la regulación sobre la contratación administrativa está dispersa en diversos cuerpos normativos sectoriales, dada la inexistencia de una Ley General de Contratación Administrativa. Dicha circunstancia origina, además, la necesidad de que dichos cuerpos normativos particulares se nutran e integren en su aplicación de principios para su adecuada hermenéutica.

---

8 El TCP es competente, entre otros, de acuerdo al artículo 24, para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la referida ley. La acción de impugnación se puede ejercer respecto de cualquier acto que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambas inclusive. De la lectura de esta norma se entiende que su ámbito de conocimiento o actuación es exclusivamente precontractual.

9 Ver Dictamen Nº 30.231 de 2009.

10 De acuerdo a las normas previstas en la Resolución (Contraloría) N° 1.600 de 2008.

11 De acuerdo a las normas previstas en la Resolución (Contraloría) N° 1.600 de 2008.

De ahí, no puede sorprendernos cómo la contratación administrativa debe auxiliarse en principios tanto de Derecho Público, primeramente, como en subsidio de Derecho Privado y de Principios Generales del Derecho. Así, una primera apreciación nos lleva a la invocación de principios que han sido positivizados y como tales contenidos tanto en leyes que tratan diversos temas relativos a Derecho Público como en la mencionada Ley N° 19.886.

III.1. Principios contenidos en diversas leyes susceptibles de ser aplicados a la contratación administrativa

Primeramente, debemos considerar la consagración de principios efectuada por nuestra Carta Fundamental, al recoger la primacía de la persona humana (art. 1º), la autonomía de los cuerpos asociativos (art. 1º); el bien común (art. 1º); la subsidiariedad y supletoriedad (arts. 1º y 19 N° 21); la vinculación directa y supremacía constitucional (art. 6º); la juridicidad (arts. 6º y 7º); la responsabilidad (arts. 4º, 6º inciso 3º, 7º inciso 3º y 38 inciso 2º); la reserva legal (art. 63); la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (art. 76), y la legalidad financiera (art. 100).

Asimismo, la Ley N° 18.575 resulta generosa en la consagración de principios plenamente aplicables a la contratación administrativa, tales como: juridicidad (art. 2º); responsabilidad (arts. 3º, 4º y 42); eficiencia y celeridad (art. 3º); eficacia (art. 3º); coordinación (art. 3º); impugnación (art. 3º); licitación pública (art. 3º); transparencia (art. 3º); y probidad y recientemente participación ciudadana (art. 3º y Título IV). Sobre la referida norma, abundante en la consagración de principios, cabe destacar su artículo 3º, en cuanto el mismo ha ido aumentando en volumen debido a diversas modificaciones que han implicado sumar principios que se vinculan con la incorporación de nuevos valores a nuestro ordenamiento jurídico o el reforzamiento de los mismos, tal como ocurrió con la participación ciudadana.

Por otra parte, la Ley N° 19.880, que contiene bases de los procedimientos administrativos, también ha aportado un catálogo importante de principios, tales como escrituración (art. 5), gratuidad (art. 6º); celeridad (art. 7º); conclusivo (art. 8º); economía procedimental (art. 9º); contradictoriedad (art. 10); imparcialidad (art. 11); abstensión (art. 12); no formalización (art. 13); inexcusabilidad (art. 14); impugnabilidad (art. 15), y transparencia y publicidad (art. 16).

A su turno, la Ley N° 20.285, relativa al acceso a la información pública, consagra una multiplicidad de principios en su artículo 11, tales como: relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad. Éstos pueden resultar aplicables a la contratación administrativa, en la medida que se ejerza el derecho a la información pública o, bien, en el marco del cumplimiento del deber de transparencia activa que recae sobre los organismos públicos.

III.2. Principios contenidos en leyes particulares sobre contratación administrativa

Es el caso, en primer lugar, de la ya mencionada Ley N° 19.886, que, por su propia vocación de ser una ley de bases, está dotada de una aplicación transversal en materia de contrata-

ción pública[12], consagrando principios tales como: la legalidad y estricta sujeción a las bases (artículo 10); libre concurrencia (artículo 7º letra a) inciso 2º); igualdad entre los oferentes (artículo 6º), y publicidad y transparencia (artículo 15), que como tales han sido, además, refrendados y delineados por la jurisprudencia judicial y administrativa[13].

Por otra parte, el D.L. Nº 1.939 consagra también ciertos principios, como el de unidad de acción y coordinación[14].

De lo anterior se desprende que han sido recepcionados en nuestro ordenamiento un cúmulo de diversos principios que en mayor o menor medida inciden en la interpretación e integración de la contratación administrativa. No obstante lo anterior, y pese a lo profuso de la recepción de los principios en la normativa general y particular, constituye un hecho cierto que la Contraloría, principalmente a través del ejercicio de su potestad dictaminante, ha venido a interpretar y dar contenido a la gran mayoría de dichos principios y, en especial y en lo que aquí interesa, ha configurando principios que hasta el momento no han sido positivizados, pero que en cuanto son recogidos por la jurisprudencia administrativa de la entidad de control, devienen en obligatorios e imperativos, en los términos previstos por la Ley N° 10.336, y en tanto son observados por los organismos públicos.

Es precisamente a esta materia, principios que la Contraloría ha reconocido y desarrollado, a lo que nos abocaremos, de modo principal en el presente trabajo, es decir, se revisará la jurisprudencia administrativa y cómo dicha manifestación jurisprudencial ha venido no sólo a resolver problemas de interpretación e integración de normas, sino, por sobre todo, ha delineando principios que antes no habían sido esbozados ni, por supuesto, recogidos por el legislador.

---

12 Dictámen Nº 24.152/2005: *"Adicionalmente, y sin perjuicio de lo indicado, cumple señalar que los cuerpos legales de que se trata constituyen leyes de bases, esto es, contienen las reglas y principios directrices mínimos, fundamentales y obligatorios que rigen a los sectores de la Administración del Estado a los cuales se refieren, ya en relación con los procedimientos administrativos, ya con la celebración de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, circunstancia que resulta determinante a los efectos de definir su alcance, máxime si se considera que, examinada la historia fidedigna del establecimiento de dichas leyes, no se aprecian antecedentes en orden a excluir de su aplicación a esa Universidad".*

13 En relación a estos principios ver la siguiente jurisprudencia: (i) Libre Concurrencia: sentencia del TCP Rol 76-2008; (ii) Estricta Sujeción a las Bases: Dictamen N° 11.788 de 2008, y sentencia de la Corte Suprema causa Rol 2.478 de 2002; (iii) Igualdad entre los Oferentes: Dictamen N° 26.212 de 2009; (iv) Publicidad y Transparencia: Dictamen N° 12.679 de 2005.

14 Este principio es de aquellos que se encuentran consagrados expresamente por nuestro ordenamiento. En efecto, en el artículo 3º de la Ley N° 18.575 se establece que la Administración deberá actuar coordinadamente. Lo anterior ha sido recogido en múltiples oportunidades por la CGR.

Asimismo, se citan como normas que reconocen este principio el artículo 107 de la Constitución Política de la República y el inciso 2º del artículo 5º de la Ley N° 18.575. Este último dispone que los órganos de la Administración deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

De esta manera, los distintos organismos públicos han de disponer del uso de sus facultades tomando en consideración las atribuciones de los otras entidades públicas[14]. En cuanto a la materia en estudio (contratación pública), la CGR ha establecido que ésta es de vital importancia con el propósito de dar un correcto cumplimiento a un contrato. Así, ha señalado que: *"En tales circunstancias, cabe consignar que, en función del principio de coordinación previsto en el inciso segundo del artículo 5° de Ley N° 18.575, corresponde que ambos Órganos del Estado se coordinen para restablecer el imperio del Derecho. En efecto, la Dirección de Vialidad, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 38 del citado D.F.L. N° 850, de 1997, puede y debe proceder al retiro inmediato de los mencionados carteles y avisos, instalados sin su consentimiento. Por su parte, la Municipalidad se encuentra facultada, por la vía contractual, para instar a la empresa a que retire los carteles de publicidad en la zona adyacente al camino público antes referido. Sin embargo, carece de competencia para ordenar por sí y ante sí, el retiro de la publicidad, por no corresponderle la administración de la vía señalada"* (Dictamen Nº 52.502 de 2002).

IV. Análisis particular de la recepción de algunos principios sectoriales o aportes de la Contraloría

En el apartado anterior, se hizo referencia a un inventario de principios susceptibles de ser aplicados a la contratación administrativa, recogidos tanto por normas generales como particulares, demostrando que se trata de una disciplina profusa en principios. Pues bien, corresponde en esta parte enunciar aquellos principios que, no gozando de una expresa recepción por parte del legislador, han sido recogidos y aplicados por la jurisprudencia de la Contraloría.

i. Confianza legítima

Revisando la doctrina nacional y en particular la opinión de Jorge Bermúdez Soto, resulta evidente que la Constitución Política de la República no ha consagrado un principio expreso de protección de la confianza legítima. Sin embargo, la interpretación progresiva de la misma, así como el propio desarrollo dogmático, permiten encontrar sus fundamentos en la propia Constitución, señalando el mismo específicamente lo siguiente: "El principio de confianza legítima se deduce desde los principios constitucionales de Estado de Derecho (arts. 5º, 6º y 7º CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR)"[15]. Agrega el mismo autor: "En virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico. Se encuentra muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, de alcance más bien procesal, y aplicable a las partes del pleito, sean éstas públicas o privadas. Por su parte, el principio de protección de la confianza legítima (Vertrauenschutz) supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares"[16].

De esta manera, el principio de la confianza legítima tiene relación con la no afectación de derechos que terceros adquirieron de buena fe dentro de un procedimiento administrativo determinado, ello en la medida que se hayan generado situaciones consolidadas, como lo ha reiterado la Contraloría[17]. Lo anterior resulta aplicable para cualquier procedimiento.

También se ha hecho referencia a este principio para explicar la labor dictaminante de la Contraloría y la importancia de la misma, señalando que la interpretación uniforme de las normas que realiza dicha entidad de control, permite que la norma gane previsibilidad y materializa

---

15 Bermúdez Soto (2005).

16 Ídem.

17 Dictamen Nº 7.430/2012: *"En el mismo orden de ideas, es conveniente tener presente que el principio de la confianza legítima se hace aplicable en situaciones jurídicas consolidadas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo, lo que resulta conforme con lo señalado, entre otros, en el Dictamen N° 59.072, de 2010, de este Órgano de Control, debiendo ponderarse, además, que en los casos examinados, las resoluciones que nombraban a los interesados fueron tomadas razón por este Organismo Contralor, y que quienes fueron designados para ocupar los cargos concursados, asumieron sus funciones con la convicción de que los concursos que sirvieron de sustento a sus nombramientos, se habían ajustado a derecho".* Asimismo, Dictamen Nº 57.736/2010: *"Tal criterio armoniza con lo indicado en el dictamen N° 36.906, de 2011, de este Ente Contralor, del cual se desprende que los derechos adquiridos, en la especie, se materializan cuando los fondos ya hayan sido comprometidos y cuando concurran elementos que configuren situaciones de vulneración al principio de la confianza legítima, aspectos que no pueden estimarse presentes en la especie, al no haber mediado la renovación de la franquicia conforme a derecho".*

la legítima expectativa de los ciudadanos de que la Administración tome decisiones armónicas y equivalentes con lo resuelto en situaciones anteriores. Ello es relacionado por la Contraloría con el principio de igualdad ante la ley, el principio de buena fe y la teoría de la inducción al error[18].

En lo que respecta a la contratación administrativa, se ha señalado, en conformidad con el criterio antes expuesto, que *"Al respecto, cabe tener presente que el principio de la confianza legítima se hace aplicable en situaciones jurídicas consolidadas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo (aplica criterio contenido en Dictámenes N°s. 2.965, 53.677, ambos de 2008; 38.497, de 2009, y 21.955, de 2010, entre otros")[19].*

Asi, la CGR concluye que la circunstancia de consignar en un acta de apertura la omisión de un documento y la continuación del desenvolvimiento del procedimiento licitatorio de manera regular no genera derechos adquiridos y, por ende, no permite la aplicación del principio de confianza legítima. De ello surge que, cuando la autoridad llamada por las bases a resolver la licitación deje afuera de la misma al oferente a quien le faltó acompañar un documento, actuó ajustada a derecho.

ii. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica supone la aplicación del principio de legalidad/juridicidad; la intangibilidad de los derechos adquiridos; la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos; la certeza de la norma aplicable al caso concreto; la interdicción de la arbitrariedad, y el respeto a la confianza creada en torno al mantenimiento de una situación particular y concreta. De esta manera, la seguridad jurídica es el resultado de la armonización de estos principios.

Como criterio general, y, por ende, aplicable a la contratación administrativa, se ha señalado que los dictámenes de la CGR se traducen en el mero esclarecimiento de la ley, fijando el verdadero sentido y alcance de ella, lo cual no significa que tengan efecto retroactivo, sino que se entiende que la interpretación se incorpora a la norma, sin perjuicio de que cualquier cambio en el criterio contenido expresamente en la jurisprudencia administrativa sólo produce efectos hacia el futuro[20].

También este principio se ha utilizado para hacer referencia a los derechos adquiridos y a la imposibilidad de afectar situaciones jurídicamente consolidadas en el ámbito de la invali-

18 Dictamen Nº 35.397/2007.

19 Dictamen Nº 59.072/2010.

20 Dictamen Nº 9.655/2006. En el mismo sentido Dictamen CGR N° 21.751/2011: *"No obstante lo expresado, es importante precisar que el nuevo criterio jurisprudencial sólo se aplica hacia el futuro, sin afectar situaciones y actuaciones jurídicas constituidas y consolidadas durante la vigencia de la doctrina anterior, por cuanto, en resguardo del principio de seguridad jurídica, tanto la norma interpretada como el pronunciamiento emitido a su respecto, constituyen un todo obligatorio para la autoridad y para las personas que se acogen a su mandato, como lo serían los asistentes de la educación a los que alude la consulta".*

dación[21]. Lo mismo se señala cuando la nulidad del acto podría afectar derechos de terceros, quienes legítimamente los han incorporado a su patrimonio[22].

En lo que respecta específicamente a la contratación pública, se ha establecido de manera clara y rotunda que no son aceptables aquellas cláusulas de los contratos que permiten poner término anticipado al mismo por el incumplimiento grave de las obligaciones convenidas, sin especificar las situaciones constitutivas de dicho incumplimiento[23]. Ello, porque el adjudicatario y contraparte de la Administración quedarían en absoluta incerteza respecto a cuáles de sus conductas podrían ser calificadas como graves y, por ende, susceptibles de poner término al contrato.

Lo anterior se explica ya que, cuando se trata de la posibilidad de poner término por el órgano público, dicha circunstancia es considerada como una sanción, por lo que en múltiples pronunciamientos la Contraloría, invocando el principio de certeza jurídica, ha señalado que dado el carácter excepcional de las sanciones, éstas deben estar claramente establecidas[24]. Esta materia, por supuesto, también ha implicado la referencia a normas del Derecho Penal y, en este caso en particular, a la tipicidad de la pena.

Vinculado al principio de estricta sujeción a las bases y la importancia de las solemnidades que son parte de un procedimiento licitatorio, la Contraloría, a través de su Dictamen N° 62.483/ 2004, ha señalado que *"Al respecto, debe manifestarse que en un concurso público el objeto esencial de las formalidades que lo rodean persigue, por una parte, garantizar los derechos del Estado y, por la otra, otorgar por la vía de la transparencia del proceso y de la*

---

21 Ver Dictamen Nº 7.629/2001.

22 Dictamen Nº 24.337/2002: *"A su vez, la jurisprudencia administrativa emanada de esta Entidad de Control ha manifestado reiteradamente que debe tenerse presente que la invalidación tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tal relación amerita su amparo. De otro modo, podría presentarse el caos y daños irreparables e injustos, al margen de que por haber producido sus efectos, la nulidad del acto írrito afectaría derechos de terceros, quienes legítimamente los han incorporado a sus patrimonios. Tal criterio se ha manifestado, entre otros, en los Dictámenes Nº 21.393, de 1974; 5.019 y 17.799, de 1990; 24.087, de 1991; 15.194, de 1995; 44.492, de 2000; y 7.742, de 2000. Ahora bien, en la especie el Comando de Salud del Ejército, por medio de la resolución N° 11.000/451, de 2001, junto con aprobar los servicios prestados por el consorcio CCI Heinemann Chile Limitada relativos a las fases 1 y 2 de la 1era etapa del contrato anteriormente mencionado y ordenar el pago correspondiente, expresa su intención de poner unilateralmente término al mismo, facultad expresamente prevista en el punto 11 de las bases administrativas que rigieron el concurso correspondiente. En este orden de consideraciones, la decisión de invalidar el acto de adjudicación del contrato al consorcio precitado generaría como necesaria consecuencia la obligación de restituir lo pagado, no siendo en cambio posible restituir un servicio que ha sido efectivamente prestado, efectos que sin duda no se avienen con las prevenciones que este Organismo Contralor ha formulado en la aludida jurisprudencia. Por tal razón, se desestima la solicitud del recurrente en esta materia".* En el mismo sentido, Dictamen Nº 29.792 de 2011.

23 Dictamen Nº 55.721/2005: *"Asimismo, corresponde señalar que no es admisible, en consideración al principio de certeza y seguridad jurídica, lo establecido en la cláusula undécima, N° 4, del acuerdo de la especie, en cuanto consulta como causal de término anticipado del contrato el incumplimiento grave de las obligaciones convenidas, sin especificar las situaciones constitutivas de dicho incumplimiento, tal como se ha informado por esta Contraloría General en su Dictamen N° 39.888, de 2005".* En el mismo sentido, Dictámenes Nºs. 23.331 de 2009; 31.243 de 2009; 55.996 de 2009, 60.581 de 2009; 18.802 de 2010; 31.117 de 2010; 3.438 de 2011; 26.232 de 2011.

24 Dictamen Nº 50.455/2010: *"Luego, corresponde observar, en relación con la cláusula décimoquinta del convenio, según la cual ese Servicio podrá poner término anticipado al contrato 'por causas de la Empresa', que ésta deberá precisarse, por cuanto las sanciones, atendido su carácter excepcional, deben estar claramente establecidas, tal como se prevé en el párrafo segundo de la disposición contractual en comento, la cual cumple con los requisitos de precisión, certeza y seguridad jurídica, a que ha aludido la jurisprudencia de este Organismo de Control, en los Dictámenes N°s. 39.888, de 2005; 55.721, de 2008, y 31.177, de 2010, entre otros".* En el mismo sentido, Dictámenes Nºs. 55.495 de 2010; 55.946 de 2010; 60.669 de 2010; 72.839 de 2010.

igualdad de los licitantes seguridad jurídica a quienes postulan en una licitación llamada por la Administración. Siendo ello así, obligado es concluir que serán tales postulados –resguardar los derechos del Estado y la seguridad jurídica– los valores protegidos por el ordenamiento normativo que regula las solemnidades de la licitación, de manera que la inobservancia de las formalidades producirá o no la ineficacia de la propuesta de un oferente sólo en la medida en que se constate que realmente la omisión tipificada cause desmedro a los derechos del Estado, reste transparencia al proceso o rompa el principio de igualdad de los licitantes en forma que la conducta infractora privilegie a uno de ellos en perjuicio de los demás" [25].

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Contraloría a propósito de las circunstancias que habilitan para hacer efectiva la garantía de fiel cumplimiento del contrato: *"Adicionalmente, en relación con el mencionado punto 13.2.2, corresponde advertir que, en consideración al principio de certeza y seguridad jurídica, no resulta procedente estipular que la garantía de fiel cumplimiento se hará efectiva en caso de incumplimiento total o parcial del contrato o de cualquier obligación emanada del mismo por parte del proveedor, toda vez que las sanciones, por su carácter excepcional, deben estar vinculadas a infracciones claramente establecidas"*[26].

Finalmente, y atendida la referida certeza jurídica, no resulta posible que las bases de una licitación establezcan órdenes como las siguientes: *"otros certificados que se estimen necesarios"* [27] u *"otros certificados que la ITO estime necesarios"*[28]. Lo anterior, también atenta contra este principio, pues genera un ámbito de incertidumbre y discrecionalidad que no es compatible con el espíritu de nuestro ordenamiento.

iii. Interdicción de la arbitrariedad

Este principio si bien no ha tenido aplicación exhaustiva, hay casos de reconocimiento expreso del mismo son precisamente en materia de contratación pública, por lo que cabe su reconocimiento en el presente catastro.

Sin perjuicio de lo anterior y antes de entrar en el análisis que nos convoca, cabe señalar que el origen de este prinicipio puede encontrarse en lo dispuesto en el artículo 19 N°s. 2 y 3 de la Constitución Política de la República y, por cierto, en el artículo 20 del mismo cuerpo normativo, lo que, por lo demás, ha sido reconocido por la Entidad Superior de Control y por el Tribunal Constitucional[29].

---

25 En el mismo sentido, Dictámenes N°s. 7.276/2009 y 60.430/2010: *"Al respecto, la jurisprudencia de esta Entidad de Control ha expresado que en un concurso público el objeto esencial de las formalidades que lo rodean persigue, por una parte, garantizar los derechos del Estado y, por la otra, otorgar por la vía de la transparencia del proceso y de la igualdad de los licitantes, seguridad jurídica a quienes postulan en una licitación llamada por la Administración. Siendo ello así, es preciso consignar que dichos principios son los valores protegidos por el ordenamiento jurídico que regula las solemnidades de la licitación, de manera tal que la inobservancia de las formalidades producirá la ineficacia de la propuesta de un oferente, sólo en la medida que se constate que realmente la omisión tipificada causa desmedro a los derechos del Estado, resta transparencia al proceso o rompe el principio de igualdad de los licitantes en forma tal que la conducta infractora privilegia a uno de ellos en perjuicio de los demás".*

26 Dictamen Nº 16.687/2010.

27 Dictamen Nº 362/2012.

28 Dictamen Nº 12.951/2012.

29 Dictámenes Nºs. 1.732-10 y 1.800-10. Tribunal Constitucional: *"CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, además de consagrar un derecho fundamental, establece un principio de interdicción de la arbitrariedad y de no*

Así, la jurisprudencia de esta Contraloría ha dispuesto que, *"Sobre el particular, cabe precisar, en primer término, que la Constitución Política, en su artículo 1°, reconoce la igualdad de la persona humana en sus derechos, consagrando luego, en el inciso segundo del N° 2 de su artículo 19, el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ordenamiento jurídico, al señalar que 'ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias'.*

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de este Organismo de Control, Dictamen N° 14.886, de 1999, entre otros, ha precisado que la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus facultades, no puede efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, entendiendo por tales aquellas que no tengan fundamento jurídico o carecen de una motivación o fundamento racional"[30].

En efecto, la Contraloría al realizar examen de legalidad de bases de licitación, ha señalado que la facultad de imponer multas no puede ser facultativa para el organismo. Lo anterior, ya que debido a la aplicación del principio en análisis y al resguardo de los intereses fiscales, ocurridas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para la entidad contratante aplicarlas[31].

Asimismo, en caso de verificarse alguna circunstancia que amerite poner término al contrato, la Contraloría ha estimado que, de tener lugar una de las causales, se debe aplicar la medida prevista, señalando que, *"Asimismo, se debe hacer presente que de verificarse alguna de las circunstancias que ameritan el término anticipado del contrato, que se deriven de la inobservancia de sus obligaciones por el Servicio de Salud contratado, el Ministerio del Interior se encuentra en el imperativo de cursar dicha medida, atendido el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, tal como lo ha informado esta Entidad Fiscalizadora en su Dictamen N° 5.633, de 2011"* [32].

iv. Especialidad de las competencias de los órganos del Estado

El principio de especialidad de las competencias de los órganos del Estado ha sido referido por la Contraloría a propósito del otorgamiento de concesiones de acuicultura y consiste en que los actos de un organismo no generan efectos para otros, aun cuando sean partícipes de la misma personalidad jurídica.

Así, la Contraloría sostiene[33] que no es posible dar aplicación a la doctrina del acto propio invocada por el particular, ya que, en el marco del procedimiento de otorgamiento de una concesión de acuicultura, la observación efectuada por la Subsecretaría de Marina no dice relación

---

discriminación al cual deben atenerse todas las autoridades, incluido el legislador. Este principio ampara por igual a personas naturales y jurídicas, privadas o públicas".

30 Dictamen Nº 37.191/2000.

31 Dictamen Nº 5.633/2011: " *Por otra parte, es dable objetar lo dispuesto en la cláusula novena del contrato, en cuanto dispone que la aplicación de multas será facultativa para el Servicio, toda vez que, en armonía con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, acaecidas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para la entidad contratante, cursarlas".*

32 Dictamen Nº 70.344/2011.

33 Dictamen Nº 26.331/2004.

con la decisión de la Subsecretaría de Pesca que aprueba el proyecto técnico y el cronograma de actividades antes referidos.

En el mismo dictamen antes citado dispone la Contraloría que, pretender que las actuaciones de organismos que participan de la misma personalidad jurídica sean vinculantes para la otra, implicaría privar de sentido a aquellas normas que, en múltiples procedimientos administrativos, prevén la concurrencia de distintos organismos públicos en las diversas fases de los mismos: *"… puesto que el parecer de uno sería vinculante para los otros, y más aún, permitiría pretender que los actos de un organismo generaría para otros, completamente desvinculados pero partícipes de la personalidad jurídica Fisco, una obligación de ajustarse a los mismos, todo lo cual no resulta compatible con el principio de la especialidad de las competencias de los órganos del Estado".*

v. Motivación o fundamentación del acto administrativo

La exigencia de motivar los actos administrativos conlleva el deber de expresar los hechos y los fundamentos de derecho. Esto se desprende –toda vez que no se configura expresamente como principio de la motivación– de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley Nº 19.880, inciso 2º del artículo 11 y de lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 41 de la misma norma.

Lo anterior da lugar a lo que la doctrina[34] ha denominado "motivación del acto administrativo" y que, junto al "objeto"[35] y al "fin"[36], constituyen los elementos básicos del acto administrativo, y que, unidos al cumplimiento de cada uno de los aspectos del principio de juridicidad consagrado en el artículo 7° de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), permiten que un acto produzca plenos y directos efectos jurídicos.

La importancia de este principio ha sido resaltada por la Contraloría, al manifestar que es esencial a un acto administrativo que el mismo señale las normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, así como las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada[37].

Vinculado a lo anterior, la Contraloría ha destacado que la dictación de un acto no motivado podría constituir la adopción de una decisión arbitraria, lo que vulneraria lo establecido en los artículos 1° y 19 N° 2 de la Constitución Política[38].

---

34 Soto Kloss (2009), pp. 352-353.

35 Soto Kloss (2009), pp. 397-368: "La decisión o contenido esencial del acto administrativo y que implica una orden para realizar prestaciones concretas, exigibles tanto respecto de la propia Administración como respecto de un tercero".

36 Ídem: "Aquello que se trata de obtener con la dictación del acto administrativo y que será siempre una determinada satisfacción de una concreta necesidad pública, y siempre en conformidad al bien común".

37 Dictamen Nº 33.006/1984: *"...al respecto, el ejercicio de facultades administrativas que compete a jefes superiores de organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dichos instrumentos, tales como indicación en su texto de normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada, manifestación de voluntad de la autoridad respectiva que resuelve sobre la materia y ordena trámites posteriores como su toma de razón, notificación, comunicación o publicación según proceda, y firma del funcionario facultado para ello que ha dictado el acto administrativo de que se trata".*

38 Dictamen Nº 8.902/1996: *"Desestima reclamo de funcionaria de comité de inversiones extranjeras en contra de su calificación. Ello, porque Contraloría no puede pronunciarse sobre las condiciones y mérito de los servidores públicos, pues la evaluación*

En el mismo sentido se pronuncia, a través del Dictamen N° 4.168 de 2008, al señalar que, *"A mayor abundamiento, es dable señalar que la ausencia de motivación del acto administrativo, constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo, ya que, tratándose de actos administrativos discrecionales, como es el caso, la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental"*[39].

Adicionalmente, existen otros principios contenidos en la mencionada Ley N° 19.880, que también resultan aplicables. Así, la Contraloría ha determinado que la exigencia de motivar los actos administrativos también se vincula con los principios de imparcialidad y de probidad[40], como con los principios de impugnabilidad de los actos administrativos[41] y de transparencia de los procedimientos[42]. Agregando, mediante el mismo dictamen, que, en vista de los principios antes mencionados, los argumentos que sirven de motivación a un acto administrativo deben, en su totalidad, estar contenidos en el mismo acto, sin ser posible hacer remisiones o sustentar su decisión en documentos adicionales, así en efecto ha sido señalado expresamente[43].

En cuanto a su aplicación en materia de contratación administrativa, es posible hacer referencia al Dictamen N° 21.948 de 2003, mediante el cual la Contraloría se abstuvo de tomar razón de ciertas resoluciones de la Dirección General de Aeronáutica Civil que aprobaban los contratos de los servicios de aseo y de vigilancia, señalando, entre otros motivos, lo siguiente:

---

de su comportamiento y eficiencia es una materia que compete privativamente a la administración activa. Por otra parte, el acuerdo adoptado por la junta calificadora al evaluar el desempeño de la ocurrente está adecuadamente fundado en los términos que previenen Ley Nº 18.834 art. 41 y art. 28 del dto. 1.229/92 interior. Finalmente, en resolución del jefe superior del servicio que rechaza la apelación de la afectada a la calificación del citado órgano colegiado, aparecen consideraciones que permiten sostener que aquella se encuentra fundada. requisito que si bien Ley Nº 18.834 no exige expresamente en su caso, debe satisfacerse siempre, ya que de lo contrario constituiría una decisión arbitraria lo que vulneraria lo establecido en art. 1º y art. 19 núm. 2 de la Constitución Política".

39 Dictamen Nº 20.673/2010 ejemplificaba el contenido de la motivación: *"La Contraloría General ha debido representar el decreto N° 348, de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca, que modifica el Reglamento de Concesiones de Acuicultura aprobado por el decreto N° 290, de 1993, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca, en la forma que indica, por cuanto no se ajusta a derecho. En primer término cabe observar que se ha omitido señalar la motivación del acto administrativo en examen, sin que se desprenda del mismo las razones que incidieron en su dictación, haciendo presente que ello es un requisito de la expresión de voluntad de la autoridad administrativa en todo acto formal. Además, se advierte que en los imperativos del acto en estudio, se ha omitido consignar el trámite de la anotación, que precede a la toma de razón, no siendo procedente el trámite de la comunicación, atendida la naturaleza reglamentaria de la materia, ya que el decreto se publica. Por otra parte, cumple con hacer presente que el decreto reglamentario N° 290, de 1993, citado en el texto del artículo único del instrumento en estudio, aprobó el 'Reglamento de Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura' y no como se menciona en los aludidos párrafos. Finalmente, en el Visto del instrumento en examen resulta pertinente citar la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón".*

40 El principio de imparcialidad se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley Nº 19.880.

41 Regulado en el artículo 15 de la Ley Nº 19.880.

42 Regulado en el artículo 16 de la Ley Nº 19.880, además de encontrarse constitucionalmente reconocido en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

43 Dictamen Nº 7.453/2008: *"Al respecto, comoquiera que la exigencia de motivar algunos actos administrativos, expresando los hechos y sus fundamentos de derecho, se vincula tanto con los principios de imparcialidad y de probidad (artículo 11 de la ley N° 19.880), como con los principios de impugnabilidad de los actos administrativos (artículo 15) y de transparencia de los procedimientos (artículo 16), este Organismo de Control estima necesario hacer presente que los fundamentos del acto administrativo que caduca la merced provisional de aguas de que aquí se trata, han debido contenerse íntegramente en la resolución exenta N° 1.053, sin que sea procedente agregar nuevas consideraciones –de hecho o de derecho– para sustentar esa decisión en documentos adicionales, distintos al señalado".*

"Por otra parte, cabe manifestar que lo dispuesto en las cláusulas décimoprimera y décimosegunda de los acuerdos de voluntades reseñados anteriormente, que preceptúan que cualquiera de las partes podrá poner término anticipado al contrato sin expresión de causa y sin que proceda el pago de indemnización alguna, no se condice con el principio de motivación de los actos administrativos, conforme al cual la administración se encuentra en el deber de fundamentar las decisiones que adopte en el ejercicio de sus potestades, sean éstas regladas o discrecionales, lo cual es sin perjuicio, además, de la posibilidad que siempre tendrán los administrados para hacer valer sus derechos ante los tribunales de justicia".

De esta manera, constituye un criterio general para la Contraloría que las autoridades deben dar cuenta de los motivos por los cuales ponen término a un contrato, sin ser posible que se limiten a comunicar la decisión al particular contratante, toda vez que dada la naturaleza de acto administrativo de dicha comunicación, dicha determinación está necesariamente sujeta a un estándar de motivación o sustentación jurídica/fáctica.

vi. Equivalencia de los soportes

Este principio fue sostenido por la Contraloría en su Dictamen N° 33.059 de 2000, cuando estableció que el requisito, relativo a la comunicación al Gobernador, impuesto por la Ley N° 16.643 sobre Abuso de Publicidad, se aplica por igual sin importar el medio o soporte en que se realiza la publicación o se efectúan las transmisiones, toda vez que la ley nada distingue.

Posteriormente, este principio es recogido en otro pronuncimiento, donde la Contraloría sí hace mención a su calidad de principio y ahonda más en su contenido[44]. Mediante el referido dictamen, la Contraloría establece que este principio se encuentra relacionado con el artículo 4º de la Ley N° 19.880, en tanto el *"artículo 4° de la precitada ley consagra los principios de todo procedimiento administrativo, tales como celeridad, economía procesal y no formalización, los que no excluyen la incorporación de tecnologías de la información y comunicación en la función de los organismos públicos, en la medida que se dé cumplimiento a las disposiciones que regulan tales actuaciones que en la situación de la especie, se relacionan con las obras de urbanización que ejecutan los particulares…"*[45].

Así, se concluye que es posible que un organismo público implemente sistemas electrónicos para la realización de ciertos trámites, en la medida que se cumpla con ciertas condiciones y requisitos. En cuanto a las condiciones, se establece que los organismos públicos deben adoptar las medidas de resguardo necesarias para asegurar la autenticidad, confidencialidad, integridad, inviolabilidad y conservación de la información. Así, se señala para el caso concreto del ditamen en referencia que, *"En tales condiciones, el SERVIU Metropolitano, al implementar un sistema electrónico vía internet, se encuentra en la necesidad de desarrollar sistemas tecnológicos, como asimismo de entregar claves secretas a los pertinentes usuarios, a fin de resguardar la confidencialidad, inviolabilidad e integridad de los datos proporcionados".*

Por otra parte, si bien no existe objeción en la implementación del sistema electrónico, establece la Contraloría, en el mismo dictamen antes referido, *"…siempre que ello no signifique*

44 Dictamen Nº 36.764/2008.

45 Dictamen Nº 36.764/2008.

discriminar arbitrariamente y con ello limitar el acceso de los usuarios y la obtención de las prestaciones que se otorgan por intermedio de aquél. Por lo que en esos casos, debe mantenerse un sistema tradicional, a fin de que los interesados puedan hacer sus solicitudes y acompañar antecedentes en soporte papel".

Este principio es sumamente relevante en materia de contratación administrativa. Así, si bien la jurisprudencia no ha ahondado en su aplicación, se trata de un principio que inspira el sistema de compras públicas en Chile. Ello, ya que en el Capítulo IV de la Ley N° 19.886 se establece como regla general que los procedimientos serán realizados a través del sistema electrónico, salvo las excepciones que establezca el Reglamento[46] de la misma ley. Por otra parte, en la Ley N° 19.886 se hace referencia a la existencia de un registro electrónico de contratistas, señalando el inciso penúltimo del artículo 16 que *"Podrán, asimismo, existir otros registros oficiales de contratistas para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran, los que serán exigibles para celebrar tales contratos. Dichos registros serán regulados por decreto supremo expedido por el Ministerio respectivo. Estos registros podrán o no ser electrónicos. Cuando fueren electrónicos, deberán ser compatibles con el formato y las características del Registro a que se refiere el inciso primero. Los registros serán siempre públicos".*

vii. Actos separables

De acuerdo al Principio de los Actos Separables, un determinado procedimiento administrativo se encuentra constituido por un conjunto de actos relacionados entre sí, destinados a generar un efecto, siendo cada etapa autónoma, de manera que los vicios acaecidos en una de ellas no convierte a todo el procedimiento en ilícito.

En efecto, la CGR ha señalado: "e) Corrobora el predicamento anterior, la circunstancia que, de acuerdo con la doctrina de los actos separables (Dromi, José, 'La Licitación Pública'; Diez, Manuel M., 'Manual de Derecho Administrativo'; Sayagués Laso, Enrique, 'Tratado de Derecho Administrativo' y 'La Licitación Pública'; Garrido Falla, F., 'Tratado de Derecho Administrativo'; Vidal Perdomo, Jaime, 'El Contrato de Obras Públicas'; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, 'Curso de Derecho Administrativo', entre otros. autores), el procedimiento de licitación está constituido por un conjunto de actos que están interligados, conexos y destinados a producir un determinado resultado que es la elección de quien contratará con la Administración, pero sus sucesivas fases son autónomas y separables entre sí, lo que trae como consecuencia que cada una de ellas puede ser impugnada separadamente por los vicios que específicamente le afecten, de manera que las actuaciones viciadas y, por consiguiente, susceptibles de ser invalidadas, no extienden necesariamente la ilicitud de que adolecen a las demás del procedimiento que se encuentran ajustadas a derecho" (Dictamen Nº 19.014 de 2007).

Lo anterior propende a evitar repetir todas aquellas actuaciones realizadas en un procedimiento administrativo que no se vieron afectadas por los vicios, impidiendo así que la Administración deba dictar nuevamente una serie de actos que por sí solos son válidos.

46 Ver artículo 62, que establece los supuestos en que proceden las licitaciones en soporte papel.

Como bien señala la Contraloría, este principio se encuentra recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, que contempla la invalidación parcial. Así, ha procedido la Contraloría a interpretar esta norma disponiendo que, *"Como corolario de lo expuesto, es dable acotar que, atendida su finalidad, la disposición en comento debe concebirse en un sentido amplio, en orden a que ella persigue, por un lado, amparar la validez de aquellas partes de un acto administrativo que no se han visto alcanzadas por el vicio que afecta únicamente a alguna de ellas y, por el otro, tratándose de un procedimiento administrativo, preservar también la validez de aquellos actos ajustados a derecho que lo conforman, a los que no se extienden los vicios que afectan sólo a otros actos integrantes del mismo, que sean independientes o separables de los demás.*

Lo anterior, por lo demás, guarda armonía con los artículos 13 y 56 de dicho texto legal, en cuanto tales preceptos reconocen que los vicios que afectan a determinados actos no necesariamente acarrean la invalidación de todo el procedimiento del cual forman parte"[47].

Y lo que es más relevante aún, la Contraloría ha hecho aplicación de este principio a procedimientos licitatorios. Así, en el mismo dictamen a que se hizo referencia en las citas anteriores, señaló que, *"En suma, la licitación comprende una sucesión de actos trámites emanados tanto de la Administración como de los interesados que participan en ella, los que pueden ser invalidados independientemente, puesto que, como se ha indicado, son separables entre sí, ya que cada uno de ellos conserva su individualidad y produce sus propios efectos".*

La interpretación anterior concuerda con el principio de economía procedimental contenido en los artículos 5° y 8° de la Ley N° 18.575 y consagrado también en los artículos 4° y 9° de la antes citada Ley N° 19.880.

En materia de contratación administrativa, lo mismo se ha aplicado por parte del TCP al retrotraer el procedimiento de una licitación hasta la etapa de evaluación[48].

Finalmente, este principio también ha sido aplicado en procedimientos de otra naturaleza, como, por ejemplo, concursos públicos de selección de personal[49].

viii. "Reformatio in pejus"

Este principio, podemos entender que emana principalmente, de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Nº 19.880, norma conforme a la cual en los procedimientos tramitados a solicitud de parte, la resolución que dicte la autoridad deberá limitarse a resolver lo solicitado por el particular, no pudiendo agravar la situación inicial. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento en caso de que lo estime necesario. En definitiva, impone no

47 Dictamen Nº 19.014/2007.

48 Sentencia TCP recaída en Rol Nº 82-2010 (2010).

49 Dictamen Nº 22.790/2009: *"En este sentido, si bien este Organismo de Control, en la especie, ha constatado una infracción al principio de abstención, regulado en el artículo 12 de la Ley N° 19.880, es menester precisar que en este caso, de aceptarse el vicio alegado, solamente debería invalidarse parcialmente el proceso concursal, en este aspecto, conforme al principio de los actos separables regulado en el artículo 53 de la citada ley, retrotrayéndolo hasta la etapa de resolución, que es la que se encuentra viciada, para que una nueva autoridad, teniendo en cuenta la terna elaborada en su oportunidad, proceda a seleccionar y nombrar a un concursante".*

reformar para peor[50].

Dado que su origen se encuentra en una norma de la Ley N° 19.880, y en armonía con la jurisprudencia uniforme de esta CGR, debemos entender que su aplicación es supletoria para aquellos procedimientos que no se encuentren regulados especialmente en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, se ha sostenido que no es aplicable este principio a los sumarios administrativos[51] ni a los procedimientos de subvenciones[52]. Es más, en materia de sumarios se ha admitido que el ordenamiento contempla la posibilidad, en el marco de la apelación, de absolver, disminuir, mantener o incluso aumentar la sanción[53].

En materia de contratación administrativa, no ha tenido mayor aplicación. Sin embargo, se trata de un principio muy importante en este campo y aplicable, por ejemplo, en el supuesto de multas dispuestas por la autoridad, en cuanto suponen una manifestación de la potestad sancionatoria de la Administración en resguardo del patrimonio fiscal. En esta hipótesis, y ante la ausencia de un procedimiento especial cabe dar plena aplicación a las normas de la Ley Nº 19.880. Así, no sería posible que la autoridad adoptara la decisión consistente en aumentar una multa que había sido previamente determinada.

ix. No intervención

Este principio emana de una norma contenida en la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría, concretamente de su artículo 6º inciso tercero, de acuerdo al cual la Contraloría está impedida de intervenir en asuntos que sean propiamente de caracter litigioso o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

Aún más, la Contraloría ha enfatizado que el principio de no intervención es aplicable tanto para los juicios pendientes como para aquellos casos en que se haya dictado una sentencia de

---

50 Dictamen N° 32.301/2003.

51 Dictamen Nº 12.798/2007: *"En lo concerniente a la alegación de reformatio in pejus, esto es, que el acto administrativo de revisión emanado por la autoridad superior ha causado un mayor gravamen al reclamante, se estima que no corresponde dar lugar a ella, por las razones siguientes. En primer lugar, porque el principio en comento, que ha tenido antigua aplicación en los Tribunales de Justicia, y particularmente en materia penal, no resulta aplicable al presente caso, ya que su reconocimiento positivo en sede administrativa responde a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41 de la ley N° 19.880, de 2003, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que señala: "En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente", normativa que no resulta aplicable a un sumario administrativo como el de actual estudio, pues se trata de un procedimiento especialmente reglado por el ordenamiento jurídico".*

52 Dictamen Nº 35.933/2009: *"Las normas de la ley 19.880 sobre reformatio in pejus, no se aplican a los procesos administrativos de subvenciones, pues éstos se encuentran especialmente regulados por el ordenamiento jurídico"* (en el mismo sentido, Dictámenes Nºs. 35.935 y 36.930, ambos de 2009).

53 Dictamen Nº 56.015/2010: *"Sobre el particular, resulta menester recordar, en armonía con el criterio contenido en el Dictamen N° 1.086, de 2001, de esta Entidad de Control, que el régimen de apelación de una resolución sancionatoria en un sumario administrativo, que regula el artículo 142, de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, contempla el principio de reforma en perjuicio o reformatio in pejus, conforme al cual, al conocer de una impugnación presentada en contra de una medida disciplinaria, la superioridad puede, según el tenor de la referida disposición, acoger la impugnación o resolver la aplicación de una medida distinta, de lo que se debe colegir que en esa instancia se puede absolver, disminuir o mantener la sanción, como también elevarla, haciéndola más perjudicial para el afectado".*

término que resuelva el fondo del problema que se pretenda replantear ante la Contraloría[54]. Lo anterior encuentra su justificación en la circunstancia de que el ámbito de aplicación de una sentencia surge de su propio contenido, por ello carece la Contraloría de facultades para alterar el contenido de una sentencia, cualquiera sea su origen y materia.

En al área de contratación administrativa, y antes de la dictación de la Ley N° 19.886, la Contraloría había señalado que *"No obstante, esta Institución, mediante Dictamen Nº 18.740, de 2004, ha precisado que lo dispuesto en el citado Capitulo V no impide el ejercicio de otras atribuciones que competen a este Organismo Fiscalizador, como por ejemplo, las relativas al examen preventivo de juridicidad de aquellos actos administrativos que emita la autoridad pertinente durante los procedimientos concursales de que se trata y que se encuentren sometidos al respectivo trámite de toma de razón; las concernientes a la fiscalización 'ex post' a través de las funciones de inspección y auditoría, y las relacionadas con la emisión de pronunciamientos de carácter general en todas aquellas materias a que se refiere la Ley Nº 19.886 que se encuentren en el ámbito de su competencia"* (Dictamen Nº 40.587 de 2005).

De esta manera, la CGR, en el ámbito de la contratación pública y dentro del *iter* previsto en la Ley Nº 19.886, reconoce plenamente la competencia del TCP como excluyente de su intervención en asuntos litigiosos en esta materia. Sin embargo, lo anterior no le resta la posibilidad de ejercer otro tipo de atribuciones, como aquellas relativas a la revisión previa de legalidad de las bases, en aquellos en que sea procedente[55], así como también las revisiones posteriores, ya sea a través de auditorías o bien de pronunciamientos de tipo general[56].

x. Inmutabilidad del precio del contrato

Este principio no ha sido mayormente recogido por la jurisprudencia de la CGR, sin embargo, en el marco de un contrato de construcción estableció que *"el principio de inmutabilidad del precio del contrato en que se basa este criterio es válido no sólo para los contratos a suma alzada, sino tambien para los celebrados bajo la modalidad de serie de precios unitarios, porque en ambos casos el precio es igualmente inamovible por formar parte de una convencion válidamente celebrada y por existir la misma necesidad de certeza jurídica que requiere quien encarga la ejecución de la obra frente a posibles demandas adicionales del empresario con motivo de la variación de sus costos; asi, la diferencia entre ambas formas de contratación se reduce a que en la primera el contratista asume adicionalmente la eventualidad de que las cantidades de obras que debe realizar resulten distintas de las consideradas en el convenio, ya que en todos los demas aspectos los precios fijados por unidad de obra son tan inmutables como el global propio de la suma alzada"* (Dictamen Nº 22.758 de 1990).

---

54 Dictamen Nº 52.784/2009: *"En este sentido, es preciso manifestar que la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida en los Dictámenes Nºs. 54.851, de 2005 y 33.489, de 2008, ha sostenido que el principio de no intervención precitado, no sólo es válido respecto de las causas cuyo conocimiento y resolución se encuentran pendientes ante los Tribunales de Justicia, sino que, además, en las que se encuentran terminadas por una sentencia definitiva".*

55 Resolución (CGR) N° 1.600.

56 En este sentido, y quizá en uno de los casos que ha tenido mayor repercusión en materia de licitaciones, seguramente debido al alto monto involucrado, la Contraloría realizó una investigación especial en una licitación que terminó con la emisión del Informe de Investigación Especial Nº 100/2010 relativo al Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y de Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación.

En efecto, en las otras ocasiones en que ha sido recogido siempre es con motivo de la aplicación de IVA a los contratos de construcción y la posibilidad de reducir el mismo cuando, por ejemplo, el contratista se ha acogido a una franquicia tributaria[57].

Sin embargo, también sería posible a partir de lo esbozado por la Contraloría que se diera una aplicación más extensa a este principio y, por ende, aplicable a otro tipo de supuestos.

xi. Cautela del patrimonio público o debida protección al patrimonio estatal

Este principio tampoco ha tenido mayor reconocimiento jurisprudencial, así como tampoco se ha aplicado especialmente en relación a la contratación pública, salvo en materia de aplicación de multas, en que se ha señalado que, en los casos en que se configure alguna causal que dé lugar a la aplicación de multas, la autoridad correspondiente se encuentra compelida a hacerlo en atención al resguardo de los intereses fiscales[58].

De manera expresa se le ha atribuido la entidad de principio, señalando que *"Sobre este punto, es preciso tener presente que, sin perjuicio de las dudas que puedan plantearse respecto de la verdadera naturaleza jurídica y denominación de la figura antes citada, esta Contraloría General no advierte en las referidas cláusulas una infracción a los principios de igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases, ni que se vulnere el principio de juridicidad y la debida protección al patrimonio público, como principios informantes del Derecho Público. En este contexto, la figura señalada no constituye una lesión a tales principios, de manera que no procede objetar dichas cláusulas"* [59].

xii. Gradualidad de las sanciones

Este prinicipio, que emana del Derecho Penal, ha recibido aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador, al igual que muchos otros principios, por tratarse de procedimientos que comparten elementos.

Así, específicamente en la materia que convoca este trabajo, la Contraloría ha señalado: *"En relación con lo anterior, corresponde manifestar que del tenor literal del aludido numeral 33 de las referidas bases, se advierte que las multas establecidas por el atraso en la entrega de 1 a 10 días, de 11 a 20 días y de 21 a 30 días fueron fijadas por tramos y, en cambio, las que debiesen pagarse en virtud de los últimos 15 días de atraso serían diarias, ya que fueron especificadas con ese carácter de manera expresa en las mismas.*

Dicho criterio resulta concordante con el principio de la gradualidad de las sanciones en relación a la envergadura de la falta, en el sentido que a mayor incumplimiento –en cuanto a su duración–, mayor debe ser la multa susceptible de aplicar.

---

57 Dictamen Nº 61.083/2010.

58 Dictamen Nº 5.633/2011: *"Por otra parte, es dable objetar lo dispuesto en la cláusula novena del contrato, en cuanto dispone que la aplicación de multas será facultativa para el Servicio, toda vez que, en armonía con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, acaecidas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para la entidad contratante, cursarlas".*

59 Dictamen Nº 11.247/2005.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, cabe concluir que, de acuerdo a lo previsto en las bases administrativas de la licitación respectiva, las multas por las que se consulta deben aplicarse de acuerdo a los tramos que se indican en el aludido numeral 33 de las Bases"[60].

Asimismo, en otros pronunciamientos también la Contraloría ha dado aplicación de este principio atendida su naturaleza de procedimientos sancionatorios, como ocurre con las sanciones vinculadas con aplicación de normativa sobre responsabilidad administrativa[61].

Por otra parte, también se ha esbozado el principio de gradualidad relacionado con la entrada en vigencia de una determinada norma[62].

xiii. Doble instancia

El principio de la doble instancia emana del principio general del debido proceso y ha tenido amplia aplicación en la jurisprudencia administrativa, en especial en aquellas materias de responsabilidad y sumarios administrativos. Ello, porque la Ley N° 18.834, que contiene el Estatuto Administrativo, contempla la aplicación de este principio, sin perjuicio de lo cual la Contraloría ha señalado que *"…ello no significa que éste sea forzosamente aplicable en todos los procesos disciplinarios, ya que el mencionado recurso de apelación, por imperativo legal, según se precisara anteriormente, sólo es admisible en la medida que se cumpla la exigencia de la dependencia jerárquica"* [63].

En materia de contratación administrativa, este principio no ha tenido aplicación directa por parte de la Contraloría, presumiblemente por la existencia de un organismo jurisdiccional especializado, como es el Tribunal de Contratación Pública[64].

xiv. Continuidad del servicio público

Este principio ha sido recogido por la jurisprudencia de la Contraloría mayoritariamente en temas de personal en establecimientos educacionales, con motivo, por ejemplo, de la ausencia del director de un colegio.

Respecto a su definición, podemos señalar que su fin es asegurar que las prestaciones que deben brindar los órganos públicos para el cumplimiento de sus fines sean desarrolladas en forma permanente e ininterrumpida.

No se encuentra el mismo expresamente consagrado en nuestro ordenamiento. Sin embargo, se podría esbozar que el artículo 3º de la Ley N° 18.575 en parte lo contiene, al hacer referencia al principio de eficiencia, el que se encontraría íntimamente vinculado. En efecto, la Contraloría así lo ha establecido expresamente: *"Precisado lo anterior, y en lo que interesa, es del caso señalar que no obstante que, a la fecha, no ha sido dictado el decreto del Ministerio*

60 Dictamen Nº 29.661/2010.

61 Dictamen Nº 8.581/2002.

62 Dictamen Nº 17.725/1999.

63 Dictamen Nº 28.497/2005.

64 Creado mediante la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

de Hacienda que apruebe el reglamento que establezca las operaciones que quedarán sujetas a la referida autorización previa, los procedimientos y exigencias para acceder a ésta y las demás normas necesarias para la aplicación del citado artículo 14 de la Ley N° 20.128, en análisis, debe atenderse al principio de la continuidad del servicio público consagrado en el artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto dispone en su inciso primero, que la Administración del Estado debe atender las necesidades públicas en forma continua y permanente"[65].

En particular, ha recibido aplicación en materias de contrataciones municipales. Así, por ejemplo, mediante el Dictamen N° 11.247 de 2005 se reconsideraron los criterios expuestos por una Contraloría Regional, reconociendo la validez e importancia de este principio y vinculándolo a un servicio tan esencial como el alumbrado público y diferenciándolo del servicio de mantención del mismo. De esta manera, la Contraloría concluyó que es lícita la cláusula de las bases que establece que la empresa que presta el servicio de mantención podrá interrumpir el mismo en el caso de que la municipalidad se atrase en el pago de las sumas pactadas, lo que no podría ocurrir en otro tipo de servicios como, por ejemplo, de recolección de basura.

Por otra parte, se ha establecido que se deben respetar los mecanismos de contratación existentes en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de lo cual también se ha señalado que en caso de verse afectada la continuidad de un servicio de vital trascendencia como, por ejemplo, la ya mencionada recolección de los residuos domiciliarios de una comuna, las municipalidades se encuentran habilitadas para adoptar las medidas que sean necesarias (Dictámenes Nºs. 1.943, de 2004, y 31.353, de 2006).

En este sentido, la misma Ley Nº 19.886 reconoce como una de las modalidades válidas para instar el trato o contratación directa, en virtud del cual se excluye la aplicación de la licitación pública como regla general, acontece con casos de emergencia, urgencia o imprevisto (artículo 8º letra c).

CONCLUSIONES

La Contraloría, a través de su jurisprudencia administrativa, ha venido permanentemente utilizando y proponiendo nuevos principios como herramienta hermenéutica, contribuyendo a desarrollar y delimitar los contornos de aquellos principios que cuentan con reconocimiento normativo.

En particular, en materia de contratación administrativa, la jurisprudencia contralora ha colaborado a ampliar el marco normativo de esta área del quehacer público, lo que se ha reforzado a partir de la fuerza vinculante e imperatividad indirecta de su potestad dictaminante, ya sea delimitando los contornos de una serie de principios reconocidos en diversos cuerpos normativos tanto generales como particulares, así como trazando las bases de un conjunto de principios que aún no han sido recepcionados por nuestro Derecho positivo y, como tales, hemos

65 Dictamen Nº 8.079/2009.

intentado esbozar sus bases en esta sistematización jurisprudencial.

En este sentido, no es de extrañar que muchos de los principios referidos en este artículo puedan posteriormente ser consagrados de manera expresa en nuestro ordenamiento. Sin embargo, no será ello lo que les dará eficaciavida y aplicación, pues lo mismo sólo ocurrre en la medida que la jurisprudencia los cita para resolver problemas concretos.

A mayor abundamiento, no resulta necesario que los mismos se encuentren consagrados, pues no será ello lo que les dará el carácter de principios susceptibles de ser recogidos por la jurisprudencia dministrativa y/o jurisdiccional deviniendo en vinculantes para la administración o para el caso concreto respectivamente.

Por lo anterior, hoy, cuando se estudia el marco regulatorio de la contratación administrativa, debe necesariamente considerar no sólo las leyes y reglamentos existentes, sino además el cúmulo de principios que sobre la materia la Contraloría ha generosamente contribuido a desarrollar y delimitar, aspecto de su potestad dictaminante que bien vale destacar y conmemorar, en éste, un nuevo aniversario institucional.

LISTADO DE NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República.

Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

D.L. Nº 1.939 sobre Administración de Bienes del Estado.

LISTADO DE DICTÁMENES CITADOS

Dictamen N° 12.951/2012.

Dictamen N° 77.230/2012.

Dictamen N° 362/2012.

Dictamen N° 70.344/2011.

Dictamen N° 5.633/2011.

Dictamen N° 61.083/2010.

Dictamen N° 60.430/2010.

Dictamen N° 59.072/2010.

Dictamen N° 56.015/2010.

Dictamen N° 50.445/2010.

Dictamen N° 29.661/2010.

Dictamen N° 20.673/2010.

Dictamen N° 16.687/2010.

Dictamen N° 52.784/2009.

Dictamen N° 35.933/2009.

Dictamen N° 30.231/2009.

Dictamen N° 22.790/2009.

Dictamen N° 8.079/2009.

Dictamen N° 7.276/2009.

Dictamen N° 36.764/2008.

Dictamen N° 7.453/2008.

Dictamen N° 35.397/2007.

Dictamen N° 19.014/2007.

Dictamen N° 9.655/2006.

Dictamen N° 55.721/2005.

Dictamen N° 28.497/2005.

Dictamen N° 24.152/2005.

Dictamen N° 62.483/2004.

Dictamen N° 26.331/2004.

Dictamen N° 32.301/2003.

Dictamen N° 21.948/2003.

Dictamen N° 24.337/2002.

Dictamen N° 8.581/2002.

Dictamen N° 7.629/2001.

Dictamen N° 37.191/2000.

Dictamen N° 33.059/2000.

Dictamen N° 8.902/1996.

Dictamen N° 22.758/1990.

Dictamen N° 17.725/1999.

Dictamen N° 33.006/1984.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Televisión Nacional de Chile "TVN" respecto de los artículos décimo h) y 33 b) de la Ley Nº 20.285, en los autos Rol Nº 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia (2011): Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) Roles 1732-10 y 1800-10, *www.tribunalconstitucional.*

Tribunal de la Contratación Pública (acción de impugnación), Rol 82-2010, *www.tribunaldecompras.cl.*

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA CITADA

Soto Kloss, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal-Publishing), 788 pp.

Bermúdez Soto, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen 18 N° 2.

LIBRO HOMENAJE DE LOS 85 AÑOS DE VIDA INSTITUCIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Notas acerca de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República en el contrato de concesión de obra pública.

Pablo Andrés Alarcón Jaña

Abogado, Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Profesor asistente adjunto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

RESUMEN:

El contrato de concesión de obra pública es un contrato administrativo regido por el Derecho público, que incorpora en la relación jurídica entre el Ministerio de Obras Públicas y la una sociedad concesionaria, como una nota característica de los contratos administrativos que celebra la Administración del Estado en Chile, la jurisprudencia administrativa emanada de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, permitiendo de esta forma dar cumplimiento, durante la vigencia de la relación contractual, al principio de justicia que rige entre las partes de este contrato, entendido no sólo como acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones recíprocas, sino como un intercambio justo de bienes en pos de la satisfacción de una necesidad pública.

Palabras clave: Contrato administrativo - Potestad dictaminante de la Contraloría General de la República - Principio de justicia contractual.

La contratación administrativa en nuestro ordenamiento jurídico presenta diversas notas características, atendidas las particularidades de nuestro sistema jurídico público[1]. En el presente trabajo analizaremos uno de los más típicos contratos administrativos, que junto al contrato de suministro y prestación de servicios, regido por la Ley N° 19.886, y al contrato de construcción de obra pública, son los de más frecuente celebración por la Administración del Estado: nos referimos al contrato de concesión de obra pública[2]. Y en este contrato, destacaremos el rol

[1] Compartimos plenamente la visión sustancial del Derecho Administrativo que plantea el profesor Eduardo Soto Kloss (2010), para quien la Constitución Política de la República de 1980 marca un hito fundamental en el cambio de la visión existente hasta esa época del Derecho Administrativo, que se entendía como el derecho de los servicios públicos, a partir de la teoría del servicio público de raigambre francesa e italiana. Con la Carta Fundamental como pieza fundamental en la cual ha de reflejarse como en un espejo toda la actividad de la Administración, nos señala Soto Kloss, el Derecho Administrativo se "constitucionaliza" y asume un papel tutelar y protector de los derechos de las personas, alejándose de visiones estatistas, ya que la Administración está "al servicio de las personas" y no al revés, ya que son ellas las que tienen la "primacía", tanto ontológica como teleológica, frente al Estado, ente accidental que es sólo un medio o instrumento para el bien de ellas (pp. XXV y XXVI).

[2] Para una primera aproximación a este contrato administrativo en Chile, véanse, entre otros, Aróstica Maldonado, Iván, "Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno", en *Ius Publicumn* N° 15, año 2005, pp. 149-154; Rufían Lizana, Dolores, *Manual de Concesiones de Obras Públicas,* Fondo de Cultura Económica, año 1999; Ramírez Arrayás, José Antonio, *Concesiones de obras públicas: análisis de la institucionalidad chilena,* Editorial AbeledoPerrot, Santiago de Chile, año 2010; y Viñuela Hojas, Mauricio, "Contrato de concesión de obra pública: una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo", *Revista de Derecho Administrativo N° 1* (año 2007), pp. 39-70.

que le cabe a la Contraloría General de la República, la cual, a través de la jurisprudencia administrativa emanada de los dictámenes que dicta a propósito de este contrato, va configurando la relación contractual entre el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP) y la sociedad concesionaria, de forma tal que aquélla se ajuste al principio de justicia contractual que rige su vinculación contractual, en el entendido que este contrato tiene como función primordial lograr la satisfacción de una necesidad pública concreta, así determinada por el legislador.

I. La concesión de obra pública como contrato administrativo

En varios pasajes, a lo largo de todo su texto, la Ley de Concesiones (Decreto N° 900 del MOP, de 31 de octubre de 1996), habla del "contrato de concesión"[3]. No obstante este argumento de texto de la legislación que la regula, podemos afirmar que la concesión de obra pública es un verdadero contrato administrativo, pues en ella se reúnen los siguientes elementos propios de un contrato administrativo:

1. *Publicatio:* Se denomina así en Derecho público a la publificación de una actividad que hace el legislador cuando estima que debe ser satisfecha una necesidad colectiva por un órgano estatal[4]. En este caso, la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas[5], en su artículo 87, señala expresamente que *"...Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años…"* , agregando su inciso 2° que *"...La reparación, o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este artículo..."*. Al utilizar esta norma el vocablo *"podrán ejecutarse"*, y considerando que el señalado cuerpo legal trata sobre las funciones y atribuciones del Ministerio de Obras Públicas[6], regulando, entre otros aspectos, también el contrato de construcción de obra pública, podemos concluir que, en primer término, la satisfacción de la necesidad pública de construir obras públicas corresponde al Ministerio del ramo, el cual podrá contar con la colaboración de los particulares mediante la figura de la concesión de obra pública[7].

---

3 Artículos 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 28, 28 bis, 28 ter, 30 bis, 32, 35, 36, 36 bis, 37, 38, 42, 43. También hace alusión al contrato el Reglamento de la Ley de Concesiones, contenido en el Decreto N° 956, del MOP, de 6 de octubre de 1997.

4 Soto Kloss (2010), pp. 505.

5 D.F.L. N° 850, del MOP, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998.

6 El artículo 1° de la Ley Órgánica del MOP, al señalar su función principal, establece: *"El Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los artículos 2º y 3º de esta Ley".*

7 El Ministerio de Obras Públicas tiene como contraparte a las sociedades concesionarias en estos contratos de concesión de obra pública, mediante los cuales se han desarrollado diversos proyectos viales tales como autopistas, túneles y otras obras públicas. Para una visión descriptiva respecto a las concesiones de obras públicas en actual ejecución en nuestro país, de utilidad es el sitio web *www.concesiones.cl,* el cual contiene información de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas.

2. Que la ley autorice se entregue la satisfacción de la necesidad pública en concesión a un tercero: Conforme a lo ya señalado, y considerando también el artículo 1° de la Ley de Concesiones[8], ello se cumple a cabalidad. Es destacable la reiterada utilización del vocablo "servicio" en la norma legal citada, lo que da la idea de que mediante este tipo de concesión no sólo se construye una obra pública, sino que también ella debe permitir satisfacer, permanentemente, una necesidad pública, como sería el desplazarse libremente por los caminos públicos.

3. El tercero actúa a nombre del Estado: Para el particular, y así lo confirma la citada Ley Orgánica del MOP, todo lo relativo a los caminos públicos corresponde al Estado. Esto significa que, sin perjuicio que pueda haber entregado en concesión una determinada obra pública[9], como una autopista, ello no implica que haya transferido o enajenado su deber jurídico público, pues el MOP siempre tendrá la obligación de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario para la debida satisfacción de la necesidad pública[10], pudiendo incluso incurrir en responsabilidad del Estado si la omisión de dicho deber ha causado un daño en una víctima que no estaba jurídicamente obligado a soportarlo[11].

4. El concesionario es escogido a través de licitación pública: En conformidad al principio general consagrado en el artículo 9º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado[12], y con el fin de seleccionar al mejor contratante, la misma Ley de Concesiones (en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 6º bis y 7º) dispone que el co-contratante se escogerá, previa licitación pública[13].

5. El concesionario se remunera con la tarifa pagada por el usuario, la cual es fijada por el Estado: El artículo 11 de la Ley de Concesiones es categórico al estatuir que *"...El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados..."*, añadiendo su inciso

---

8 *"Artículo 1°.- La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.*

Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión".

9 Como bien señala Viñuela (2007): "...Es en estas materias donde la noción de asociación colaborativa, que se ha usado por la doctrina para describir la esencia del contrato administrativo, cobra toda su razón de ser. El Estado requiere al privado para el financiamiento y la ejecución de obras públicas que él no está en condiciones de abordar. Pero de igual modo, por restricciones de orden jurídico, básicamente de orden de atribución de competencias, el concesionario también requiere del Estado para que éste ejerza las potestades públicas necesarias para que la concesión se cumpla en los términos acordados...".

10 Soto Kloss (2010), pp. 512 y 513.

11 Alarcón (2011).

12 Que señala: *"Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley".*

13 Ramírez (2010) describe el proceso de licitación como un procedimiento administrativo comprendido de un conjunto de actuaciones formales, tanto de la autoridad como de los inversionistas interesados, reguladas legalmente y vertidas a través de un procedimiento predeterminado, mediante el cual el Estado selecciona el licitante que ofrezca las condiciones más ventajosas para el interés público, asegurando en todo caso el respeto a principios fundamentales como la publicidad de la licitación, secreto de las ofertas, igualdad de proponentes y estricta sujeción a las bases de licitación (pp. 45). Véase también ARÓSTICA (2006), op. cit., pp. 291-313.

2° que *"...El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno"*. Esta tarifa o peaje consistirá en una contraprestación en dinero que pagará el usuario al concesionario por el servicio que él preste y que le ha sido concedido[14].

6. Se establece un régimen monopólico: La concesión de obra pública concede a un solo y único concesionario la ejecución, reparación o conservación de una determinada obra pública fiscal, pues no resulta lógico que una misma obra sea adjudicada a dos concesionarios distintos. Ello se explica, además, por un argumento de texto, pues a la Ley de Concesiones siempre se refiere al "concesionario" (nunca en plural), y porque también de esta forma se da cumplimiento al principio establecido en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su artículo 5° dispone que *"Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir suscometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones..."*.

II. La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República[15] en el contrato de concesión de obra pública

La función de control[16] que el ordenamiento jurídico encomienda a la Contraloría General de la República, en lo referido a la contratación administrativa, dice relación principalmente con la aprobación de bases de licitación y la aprobación de la adjudicación de determinados contratos[17]. En efecto, la Resolución N° 1.600, de la Contraloría General, nos señala, en lo que nos interesa, de qué actos se tomará razón en materia de contratos. Y en lo que atañe al contrato de concesión de obra pública, dicha resolución señala:

"Título III: Decretos y resoluciones relativos a contrataciones.

Artículo 9º: Exímase de toma de razón los decretos y resoluciones sobre las materias de este Título, salvo los que se dicten sobre las siguientes, consideradas esenciales y que, en consecuencia, se encuentran afectos a dicho trámite:

Párrafo 4. Obras públicas.

---

14 El artículo 3°, numeral 30 del Reglamento de la Ley de Concesiones define tarifa, para los efectos de la correcta interpretación de este cuerpo reglamentario, como *"Contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario, regulado en el contrato de concesión"*. A su turno, el artículo 21 de la Ley de Concesiones señala que "El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesióncon arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulanla actividad dada en concesión".

15 En adelante, indistintamente, Contraloría General o CGR.

16 En el documento "Objetivo Nacional del Gobierno de Chile", de 23 de diciembre de 1975, se afirmó, respecto de las funciones estatales, y en miras al ordenamiento institucional que se estaba gestando, cuya obra cúlmine sería la Constitución Política de la República de 1980, que "...el nuevo régimen político-institucional se fundará en el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutiva, judicial y contralora, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de una adecuada interrelación"… (negritas nuestras). Su texto completo en *Anuario de Derecho Administrativo,* tomo I, años 1975/1976, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, pp. 541-559.

17 Al respecto, véase Moraga (2007), pp. 84 a 92.

9.4.2. Ejecución de obras públicas, o su contratación, incluida la reparación de inmuebles, por adjudicación directa o por propuesta privada, de un monto superior a 5.000 unidades tributarias mensuales.

Ejecución de obras públicas, o su contratación, incluida la reparación de inmuebles y el sistema de concesiones, por propuesta pública, de un monto superior a 10.000 unidades tributarias mensuales.

9.4.3. Las siguientes medidas que se refieran a estas ejecuciones o contrataciones de obras: pago de indemnizaciones y gastos generales; devolución de retenciones; término anticipado del contrato y su liquidación final; compensaciones de saldos de distintos contratos de un mismo contratista y traspaso de contratos.

Párrafo 5. Aprobación de bases.

9.5. Aprobación de bases administrativas, y cualquier acto que las modifique, siempre que se refieran a contratos afectos a toma de razón.

No obstante quedarán exentas:

Las que se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la Contraloría General".

De esta forma, y mediante la toma de razón de los decretos y resoluciones que se refieran a algunas de las materias antes señaladas, la Contraloría General ejercerá el control de juridicidad de la actuación de la Administración del Estado (en este caso, el Ministerio de Obras Públicas), constatando su conformidad o disconformidad a Derecho[18], en todos aquellos actos administrativos que se dicten en cumplimiento de la normativa que regula al contrato de concesión de obra pública.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que la relación contractual entre el MOP y la sociedad concesionaria, durante la vigencia del contrato, además de estar sujeta a un cuerpo normativo preciso y determinado[19], se regirá también por la jurisprudencia administra-

---

18 Para un completo y preciso análisis de la toma de razón como mecanismo de control jurídico preventivo de la juridicidad, véanse Aróstica (2007), pp. 127-142 y Soto Kloss (2010), pp. 303-340 y pp. 707-715.

19 En efecto, el artículo 1° de la Ley de Concesiones estable que ellas se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto. A su turno, el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Concesiones, establece: *"Los contratos de concesión a que se refiere el artículo anterior, se regirán por:*

a) El D.S. MOP Nº 294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del D.F.L. Nº 206, de 1960;

b) El D.F.L. MOP Nº 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y sus modificaciones contenidas en la Ley Nº 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el D.S. MOP Nº 900, de 1996;

c) El presente Reglamento de Concesiones;

d) Las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias;

e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP;

f) El decreto de adjudicación respectivo".

tiva de la Contraloría General de la República. En efecto, la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General, establece, con relación a la potestad dictaminante de la CGR, lo siguiente[20]:

1. *"corresponde exclusivamente al Contralor"* informar (dictaminar) sobre los asuntos que se relacionan con el estatuto administrativo y con el funcionamiento de los Servicios Públicos para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen (artículo 6°, inciso 1°);

2. *"es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier jefe de oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos…, con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría"* (artículo 9°, inciso 5°);

3. *"estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes en el caso o casos concretos a que se refieran"* (artículo 9°, inciso final);

4. estos dictámenes constituyen *"los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa"* en esas materias (artículo 6°, inciso final), y

5. esta jurisprudencia obliga (*"quedarán sujetos"*) a los abogados, fiscales y asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública, quienes *"deberán observarla"* (artículo 19).

A continuación, ofrecemos al lector un listado de dictámenes de la CGR, que han ido conformando la jurisprudencia administrativa en lo relativo al contrato de concesión de obra pública, y que se incorporan a la relación contractual entre el MOP y la sociedad concesionaria, siendo obligatorios para ambas partes. Se indicará el número, fecha del dictamen y su descriptor, tal como aparece en el link "Buscadores en línea-Dictámenes" del sitio web *www.contraloria.cl.* Seguidamente se presentará, en los de mayor interés, un extracto de cada dictamen, con la doctrina relevante que establezca. Asimismo, y para efectos de una sistematización temática, aparecerán ordenados bajo un esquema que contempla los principales hitos de este contrato.

A) Concepto:

1. Dictamen N° 12.930. Fecha: 12-IV-2000. Descriptores: licitación costanera norte.

… "En relación a los planteamientos reseñados, corresponde ponderar en primer término que la obra pública cuya licitación se objeta, se encuentra regulada fundamentalmente por el Decreto Supremo MOP N° 900, de 1996, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. de esa Secretaría de Estado N° 164, de 1991, 'Ley de Concesiones de Obras Públicas', por su reglamento, sancionado por Decreto Supremo MOP N° 956, de 1997, y por las Bases de

20 Sistematización hecha por Soto Kloss (2010), p. 720.

Licitación y Circulares Aclaratorias aprobadas por las Resoluciones DGOP N°s. 286, 358, 391, 411 y 422, todas de 1999, actos administrativos de los que, luego del examen de juridicidad pertinente, la Contraloría General tomó razón por ajustarse a la normativa correspondiente.

En segundo término, debe también considerarse que en la especie se está en presencia de un procedimiento para ejecutar una obra pública de naturaleza especial, conforme al cual y en lo fundamental, el Estado entrega a un particular la concesión para construirla y explotarla por un lapso prolongado, y éste, a su turno, se obliga, una vez ejecutada aquélla, a prestar directamente el servicio público respectivo, a la vez que se le posibilita recuperar los costos invertidos en la misma.

Desde luego, la relación entre Estado y concesionario queda regulada, entre otros aspectos, por una distribución equilibrada en cuanto a los riesgos que puedan sobrevenir y a los resultados económicos que derivan de la explotación de la obra, aspectos que inciden directamente en el derecho del concesionario a cobrar tarifas a los usuarios y en la distribución de riesgos entre éste y el Estado...".

B) Régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión:

1. Dictamen N° 27.093. Fecha: 17-VII-2002. Descriptores: improcedencia obras municipales vía declarada camino público.

"...De la normativa citada es posible colegir, con meridiana claridad, que los espacios declarados caminos públicos son bienes nacionales de uso público, cuya administración en todo aquello que se refiere a las facultades de construir, mantener, reparar y conservarlos le ha sido entregada a la Dirección de Vialidad, por lo que constituyen una excepción a la regla general establecida en el artículo 5°, letra c) de Ley N° 18.695, que otorga a las municipalidades la administración de tales bienes.

Ahora bien, en la especie, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, la Municipalidad de San Bernardo dispuso la realización de trabajos en un sector declarado camino público destinados a crear un nuevo acceso a dicha vía, no sólo sin contar con la autorización de la Dirección Regional de Vialidad Metropolitana, sino que, además, en contravención a la concesión entregada a la Empresa Autopista Norte Sur S.A. para efectuar cualquier obra en la vía señalada.

En este contexto, es del caso manifestar que el municipio, al realizar las obras de que se trata invadió el ámbito de las atribuciones otorgadas por el legislador a la Dirección de Vialidad, infringiendo con ello tanto las disposiciones contenidas en el D.F.L. N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, como asimismo los principios jurídicos consagrados en los artículos 6° y 7° de la Carta Suprema y 2° de Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, según los cuales los órganos estatales deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, actuar dentro de su competencia, sin que tengan más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. (Aplica criterio contenido en el Dictamen N° 8.360, de 2000)...".

2. Dictamen N° 53.802. Fecha: 15-XI-2005. Descriptores: competencia tribunal contratación pública.

"...Sobre el particular, menester resulta referirse a la normativa contenida en Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la que junto con regular los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, establece en su capítulo V la creación del Tribunal de Contratación Pública, el que conforme a su artículo 24, tiene competencia para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley, que hayan tenido lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambas actuaciones inclusive.

En relación con lo anterior, es necesario puntualizar que conforme al artículo 3°, letra e), del citado cuerpo legal, están expresamente excluidos de tal normativa los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, sin perjuicio de que al tenor del inciso final de la misma disposición las contrataciones respectivas quedan sometidas a la preceptiva que regula la competencia del citado órgano jurisdiccional. Del mismo modo, se dispone que el resto de los preceptos del señalado cuerpo normativo se aplican en forma supletoria a dichas contrataciones..." [21].

3. Dictamen N° 12.108. Fecha: 16-III-2006. Descriptores: autopista sometida sistema evaluación ambiental.

"…De ese modo, y en cumplimiento del principio de juridicidad, en cuya virtud la Comisión Nacional del Medio Ambiente se encuentra obligada a calificar los estudios y declaraciones de impacto ambiental relativos a proyectos sometidos a su consideración, el referido estudio referencial deberá complementarse con las medidas adoptadas durante la ejecución de las obras con ocasión de sus modificaciones y ser evaluado por la indicada Comisión.

Lo anterior resulta exigible aun cuando se encuentre terminada la etapa de construcción de que trata la concesión de la especie, ya que si bien la presentación del aludido estudio en esta oportunidad implica un cumplimiento tardío de la Ley N° 19.300, conforme a la cual se debió someter a calificación con antelación a la ejecución o modificación del proyecto, no resulta menos cierto que ese incumplimiento únicamente afecta la responsabilidad del interesado y no así la competencia de la mencionada Comisión para ejercer la función que le encomienda la ley, esto es, determinar si el impacto ambiental que ha tenido el proyecto en cuestión, amerita o no la implementación de medidas que permitan mitigar o compensar los efectos negativos que han podido producirse o aquellos que se puedan prever para la etapa de explotación de la concesión indicada.

En mérito de las consideraciones expuestas, es dable concluir que los criterios empleados por la Comisión Nacional del Medio Ambiente y el Ministerio de Obras Públicas a través de la Coordinación General de Concesiones en orden de excluir el proyecto 'Sistema Américo Vespu-

21 En sentido similar, Dictamen N° 18.740.

cio Sur, Ruta 78, Av. Grecia' del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no se ajustaron a derecho, ni a los principios que informan la legislación ambiental ni a las reglas de hermenéutica, por lo que deberán en lo sucesivo adoptarse las medidas tendientes a evitar situaciones como las expuestas, procurando velar por el interés público comprometido en el ejercicio de sus actuaciones...".

C) Procedimiento licitatorio:

1. Dictamen Nº 13.208. Fecha: 4-IV-2003. Descriptores: publicación licitación obra sistema concesiones.

"...Finalmente, cumple señalar que el hecho de que el Servicio publique en la prensa el llamado a licitación a que se ha hecho referencia, con anterioridad a la total tramitación de la resolución que aprueba las correspondientes bases administrativas, no constituye una vulneración a la normativa que rige la materia, puesto que conforme a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Nº 900, de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP Nº 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, lo que corresponde es que aquéllas y sus modificaciones y aclaraciones se encuentren debidamente sancionadas con anterioridad a la apertura del concurso.

En mérito de las consideraciones precedentemente expuestas la Contraloría General debe desestimar la reclamación del interesado...".

2. Dictamen N° 50.465. Fecha: 24-X-2006. Descriptores: declaración impacto ambiental, participación ciudadana, trazado de concesión de oopp.

"...De esta manera entonces, la Contraloría General no puede sino concluir que no resulta objetable el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto denominado 'Rectificación del trazado descrito en los considerandos 3.2.1 a 3.2.7 de la Resolución Exenta N° 273, de 2003, de la Corema RM, que aprobó el Proyecto Concesión Internacional Acceso Nororiente a Santiago, Sector Oriente, Enlace Centenario-Enlace Avenida del Valle', mediante una Declaración de Impacto Ambiental, toda vez que de los antecedentes tenidos a la vista se desprende que la autoridad ambiental estimó que no concurre en la especie ninguno de los supuestos enumerados por la letra d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y desarrollados por el reglamento respectivo, que harían exigible un Estudio de Impacto Ambiental, conclusión que aparece suficientemente fundada, debiendo, en consecuencia, desestimarse la impugnación de los recurrentes.

Por su parte, en cuanto a las alegaciones en torno a la vulneración de las normas sobre participación ciudadana por haberse aprobado la aludida rectificación del trazado mediante una Declaración de Impacto Ambiental, cabe precisar que conforme a lo prescrito en los artículos 26 a 29 de la Ley N° 19.300, la participación ciudadana es una etapa obligatoria en el procedimiento de evaluación ambiental prevista sólo para el caso de calificar un Estudio de Impacto Ambiental y no en el caso de una Declaración, como sucede en la especie...".

D) Modificaciones del contrato:

1. Dictamen N° 21.503. Fecha: 26-V-2003. Concesión obra pública MOOPP renuncia amplia reclamos.

"...La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a decreto N° 2.252, de 2002, del Ministerio de Obras Públicas, a través del cual se aprueba convenio complementario de 6 de diciembre de 2002, que modifica el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada 'Concesión Internacional Sistema Oriente-Poniente' en atención a las siguientes observaciones:

La cláusula séptima del contrato que se aprueba en esta ocasión, en la que se establece que las partes se otorgan el más amplio, completo y total finiquito, y 'renuncian a efectuar cualquier reclamación que pudiera haberles correspondido hasta la fecha de suscripción del presente convenio por materias tratadas y no tratadas en él,' resulta jurídicamente improcedente, toda vez que la amplitud de su contenido, impide la determinación del objeto de la declaración de voluntad, a la vez que excede el orden legal que rige el sistema en cuestión y las facultades de ese Servicio.

Sin perjuicio de ello cabe señalar que tanto la minuta explicativa que concluye que los efectos del acuerdo alcanzan sólo a los del convenio complementario N° 3, en cuestión, como la carta de la Concesionaria Costanera Norte S.A., de 6 de marzo de 2003, y el oficio Ord. N° 246, de 27 de marzo del mismo año, del Director General de Obras Públicas, que completa el anexo N° 4 del convenio en análisis, en lo relativo al cambio de proyecto a que se refiere, deben ser aprobados expresamente por decreto, porque toda modificación al contrato de concesión ha de cumplir con dicha formalidad, según el artículo 19 de la Ley de Concesiones, contenida en el D.S. MOP N° 900, de 1996, lo que no ocurre en la especie...".

2. Dictamen N° 59.450. Fecha: 31-XII-2007. Descriptores: aprueba convenio complementario, concesión obra pública fiscal, MOOPP.

"...La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a decreto N° 2.252, de 2002, del Ministerio de Obras Públicas, a través del cual se aprueba convenio complementario de 6 de diciembre de 2002, que modifica el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada 'Concesión Internacional Sistema Oriente-Poniente' en atención a las siguientes observaciones:

La cláusula séptima del contrato que se aprueba en esta ocasión, en la que se establece que las partes se otorgan el más amplio, completo y total finiquito, y 'renuncian a efectuar cualquier reclamación que pudiera haberles correspondido hasta la fecha de suscripción del presente convenio por materias tratadas y no tratadas en él,' resulta jurídicamente improcedente, toda vez que la amplitud de su contenido, impide la determinación del objeto de la declaración de voluntad, a la vez que excede el orden legal que rige el sistema en cuestión y las facultades de ese Servicio..." (en igual sentido, Dictamen N° 64.757, de 19-XI-2009).

3. Dictamen N° 22.593. Fecha: 14-V-2008. Descriptores: peaje vecinos único acceso, vía concesionada.

"...Sobre el particular, cabe considerar en primer término que el Ministerio de Obras Públicas en virtud del D.F.L. N° 850, de 1997, y el decreto N° 900, de 1996, de dicha Cartera Mi-

nisterial que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 164, de 1991, Ley de Concesiones, está facultado para construir, mantener y conservar los caminos y sus franjas fiscales, así como entregar las obras pertinentes en concesión a particulares a cambio de su explotación mediante el cobro de peajes, lo que no importa la obligación para esa Secretaría de Estado de mantener vías alternativas, al margen de que mandatos de tal naturaleza tampoco están impuestos en el ordenamiento jurídico vigente y considerando que las autoridades sólo tienen la competencia que les otorga el marco normativo en vigor, acorde con el principio de juridicidad, de manera que no es posible atribuirle funciones u obligaciones que no cuenten con sustento normativo (aplica criterio contenido en el dictamen N° 57.550, de 2007).

Además, la garantía constitucional de libre desplazamiento de las personas, consistente en el derecho de trasladarse por el territorio de la República, así como de salir y entrar de él, está limitada por los condicionamientos que impongan las leyes, ya que el uso de los bienes nacionales y la convivencia ciudadana están sujetos a las reglas, tanto legislativas como aquellas dispuestas por las autoridades administrativas, que deriven de ellas, en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, una de las cuales es precisamente la de establecer peajes, tasas, contribuciones, impuestos, entre otros, sin que, por lo demás, se garantice el derecho a utilizar gratuitamente dichos bienes, ya que las restricciones que pueden imponerse tienen como motivación velar por el interés general y el bien común...".

4. Dictamen N° 42.554. Fecha: 06-VIII-2009. Descriptores: concesión obra pública, cambio de estructura tarifaria.

5. Dictamen N° 44.391. Fecha: 17-VIII-2009. Descriptores: concesión obra pública, cambio de estructura tarifaria (aplica Dictamen Nº 42.554).

6. Dictamen N° 38.685. Fecha: 13-VII-2010. Descriptores: concesión de obra pública, aeropuerto, modificaciones, bases de licitación.

"...A su turno, el inciso primero del artículo 19 del mismo cuerpo legal, también en los términos vigentes para el contrato en examen, y en lo que interesa, establece que el Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados.

En relación con esta última disposición, esta Entidad de Control ha precisado que atendida su naturaleza y las distintas condiciones que establece para el ejercicio de la atribución que confiere a ese Ministerio, constituye una norma excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (aplica dictámenes N°s. 59.275, de 2007, y 22.512, de 2010)...".

7. Dictamen N° 73.156. Fecha: 06-XII-2010. Descriptores: MOOPP, convenio ad referéndum.

"...La Contraloría General ha dado curso al decreto N° 345, de 2010, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Convenio Ad-referéndum N° 2 del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada 'Embalse Convento Viejo II Etapa, VI Región'.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que, según aparece de lo previsto en el artículo 9º de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el decreto N° 900, de 1996, de esa Secretaría de Estado, sólo es menester que se protocolice un ejemplar del decreto, y no el instrumento que aprueba, como se dispone en el N° 2 del documento en estudio. Con el alcance que precede, se ha tomado razón del acto administrativo..." (véanse también Dictamen N° 79.834, de 31-XII-2010, y Dictamen N° 4.089, de 21-I-2011).

E) Ejecución del contrato:

– Durante la fase de construcción de la obra:

1. Dictamen N° 30.194. Fecha 24-09-1996. Descriptores: contrato obra pública, expropiación rol concesionario.

2. Dictamen N° 38.679. Fecha: 23-X-1998. Descriptores: exención permiso municipal infraestructura aeroportuaria.

3. Dictamen N° 1.630. Fecha: 16-I-2001. Descriptores: patente mun empresa concesionaria obra pública.

"...Precisado lo anterior, en lo que atañe específicamente a la consulta, cabe manifestar que en los contratos de concesión de obra pública, la etapa de construcción de la misma, no constituye el ejercicio de una actividad lucrativa, pues el concesionario no recibe ningún pago del Estado, sino que, por el contrario, deberá emplear sus propios recursos con el objeto de proceder a su realización.

En cambio, en la fase de explotación de la obra fiscal aludida, el particular da inicio al giro, que configura el hecho gravado, y que consiste precisamente en el desarrollo de una actividad lucrativa, por cuanto estará en condiciones de obtener una legítima utilidad mediante el cobro de los ingresos a que le dé derecho la concesión, como peajes, tarifas, u otros, según corresponda.

En este contexto, y en armonía con lo anteriormente señalado, el criterio sustentado en el Dictamen N° 33.411, de 1999, es plenamente aplicable a la situación que se plantea en la especie, en cuanto concluye que una empresa concesionaria de obra pública sólo estará afecta al pago de la contribución de patente municipal a partir del período tributario que corresponda al inicio de la explotación de la concesión de que se trate, pues es en esa oportunidad cuando se da comienzo al desarrollo de la actividad comercial, lo que configura precisamente el hecho gravado..." (en igual sentido Dictamen N° 39.698 de 24-VII-2009.)

4. Dictamen N° 12.062. Fecha: 17-III-2008. Descriptores: ejecución obras no autorizadas autoridad ambiental.

"...En este sentido, es necesario hacer presente que lo expresado en el ya citado dictamen N° 50.465, de 2006, de este Organismo Fiscalizador, en relación con el protocolo de acuerdo

suscrito entre la Dirección del Parque Metropolitano de Santiago y la Sociedad Concesionaria Autopista Nororiente S.A., tiene por objeto precisar, de modo vinculante, que esa entidad pública carece de atribuciones para declarar si ciertas obras o labores, concernientes a los aspectos de un proyecto o actividad que forman parte de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental aprobado, deben ser sometidas o no al respectivo procedimiento calificatorio, toda vez que tal competencia corresponde exclusivamente a la autoridad ambiental, la cual deberá decidir acerca de la procedencia de la referida evaluación...".

5. Dictamen N° 33.563. Fecha: 21-VII-2008. Descriptores: atribuciones municipales construcción obra concesionada.

6. Dictamen: N° 61.944. Fecha: 6-XI-2009. Descriptores: permiso publicidad en obras concesionadas, mun, MOOPP.

"...Ahora bien, puntualizado lo anterior, cumple esta Contraloría General con manifestar que, como puede apreciarse, del análisis de las disposiciones legales y concursales señaladas, aparece que el régimen jurídico aplicable a la concesión de obra pública de que se trata no resulta compatible con la posibilidad de que la municipalidad recurrente otorgue permisos o concesiones de publicidad sobre bienes nacionales de uso público comprendidos en la concesión.

En efecto, dicho régimen jurídico considera la definición de un área de concesión que comprende los bienes nacionales de uso público en los que la municipalidad pretende otorgar, a su vez, permisos o concesiones de publicidad, y asigna al concesionario de obra pública una serie de obligaciones relacionadas precisamente con tales bienes y respecto de las cuales debe responder ante la autoridad de Obras Públicas, todo lo cual resulta inconciliable con la posibilidad de que un tercero en esa relación jurídica –como lo es la municipalidad– otorgue por su parte concesiones o permisos a otro tercero para que este último realice publicidad en los mismos bienes comprendidos en la concesión de obra pública...".

– Durante la fase de explotación:

1. Dictamen N° 20.616. Fecha: 10-07-1995. Descriptores: fijación y modificación tarifa concesionario obra pública.

2. Dictamen N° 32.795. Fecha: 15-10-1996. Descriptores: concesión infraestructura competencia contraloría.

3. Dictamen N° 13.354. Fecha: 15-04-1999. Descriptores: estacionamiento aeropuerto tarifas reajuste daero.

4. Dictamen N° 17.393. Fecha: 12-05-1999. Descriptores: peajes vías públicas, caminos alternativos.

5. Dictamen N° 23.617. Fecha: 30-06-1999. Descriptores: rutas alternativas, caminos públicos, concesión.

6. Dictamen N° 23.701. Fecha: 1-07-1999. Descriptores: fiscalización Contraloría obras concesión.

7. Dictamen N° 105. Fecha: 3-l-2003. Descriptores: patente municipal, explotación concesión de obra pública.

"...En cuanto a que el cobro del gravamen referido importaría un quebrantamiento de los principios que informan el régimen de concesiones de obras públicas –como el de equilibrio financiero del contrato– que podría involucrar responsabilidad del Estado, cabe señalar que, a juicio de esta Entidad de Control, no resultaría procedente el resarcimiento sugerido, toda vez que el pago de la patente municipal respectiva deriva de la circunstancia del cumplimiento de una normativa legal vigente a la época del origen de la concesión, contenida en una ley de 1979, por lo tanto, obligatoria para todos los habitantes de la nación. Ello, sin perjuicio de considerar que una acción dirigida en contra del Estado para obtener un resarcimiento por este concepto, es un asunto de carácter litigioso ajeno al ámbito de atribuciones de esta Entidad de Control...".

8. Dictamen N° 17.799. Fecha: 5-V-2003. Descriptores: concepto ingresos mínimos garantizados concesión.

9. Dictamen Nº 35.511. Fecha: 18-VIII-2003. Descriptores: pago intereses daero, bases licitación.

10. Dictamen N° 17.249. Fecha: 12-IV-2005. Concesión aeropuerto, áreas circulación interna.

"...Siendo ello así y atendida la circunstancia de que el contrato de concesión de obra pública tiene por objeto la ejecución, conservación y/o reparación de obras públicas fiscales o de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, no cabe sino inferir que el concesionario está facultado, en lo que concierne a los bienes de que se trata, para efectuar su explotación, a contar de la autorización de puesta en servicio por el tiempo de 180 meses que dura su concesión, sin perjuicio de que la Cartera de Estado referida mantiene sobre ellos sus facultades de supervigilancia y control en virtud de la delegación efectuada por la Dirección General de Aeronáutica Civil.

En mérito de las consideraciones expuestas se concluye que, en la especie, la explotación de las calles y áreas de circulación interna del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, ha quedado comprendida en la concesión otorgada por el Ministerio de Obras Públicas a la sociedad recurrente...".

11. Dictamen N° 22.738. Fecha: 15-V-2008. Descriptores: pago daños a terceros.

12. Dictamen N° 56.312. Fecha: 14-X-2009. Descriptores: mun, autopista concesionada, asunto litigioso, abstención.

"...Sobre el particular, cabe hacer presente que el asunto planteado constituye un problema que incide en determinar las obligaciones que se derivan de una concesión de obra pública, y

su resolución implica definir el sentido y alcance de las cláusulas que la rigen -de la cual forman parte las bases administrativas respectivas, entre otros documentos- materia que, acorde con la reiterada jurisprudencia de este Organismo de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 53.278, de 2008 y 17.210, de 2009, reviste el carácter de litigiosa.

En este contexto, es menester recordar que el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, dispone, en lo que interesa, que esta Entidad Fiscalizadora no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de competencia del Consejo de Defensa del Estado.

Pues bien, en mérito de lo expuesto, esta Contraloría General debe abstenerse de pronunciarse sobre la materia...".

13. Dictamen N° 257. Fecha: 5-I-2010. Descriptores: Transantiago, pago vías licitadas, concesionarios.

14. Dictamen N° 23.267. Fecha: 04-V-2010. Descriptores: concesión de obra pública, pago de ingresos mínimos garantizados.

15. Dictamen N° 28.434. Fecha: 05-V-2011. Descriptores: fijación límite máximo de velocidad, atribución moopp.

16. Dictamen N° 37.388. Fecha: 13-VI-2011. Descriptores: infraestructura en bienes nacionales, conservación y mantención, áreas verdes, calzadas locales.

"...En seguida, y atendido que el Ministerio de Obras Públicas otorgó las indicadas concesiones en rutas sobre las cuales cuenta con atribuciones debido a que han sido declaradas camino público, debe recordarse, asimismo, el criterio jurisprudencial contenido, entre otros, en el dictamen N° 23.247, de 2005, en orden a que respecto de aquellas vías urbanas que han sido declaradas camino público en virtud de un decreto supremo, deben entenderse vigentes las facultades municipales relacionadas, entre otras materias, con el alumbrado público y el cuidado del aseo y ornato de la comuna, puesto que esas atribuciones no pueden verse alteradas por el hecho de la citada declaración, toda vez que ella sólo tiene efectos para la aplicación de las normas especiales que regulan dichas rutas.

Siendo así, no cabe sino concluir que la mantención y conservación de las áreas verdes y calzadas locales de que se trata, que han quedado fuera del área de la concesión de obra pública, corresponde a los respectivos municipios...".

F) Duración, suspensión y extinción del contrato:

1. Dictamen N° 38.275. Fecha: 17-VII-2009. Descriptores: prórroga, duración concesión obra pública.

2. Dictamen N° 39.460, Fecha: 15-VII-2010. Descriptores: concesión de obra pública, extinción.

"...Al efecto, conviene mencionar que conforme con las reglas generales de imputabilidad de la responsabilidad contractual nadie es responsable del caso fortuito, fuerza mayor o del hecho de un tercero, a menos que tome explícitamente ese riesgo, lo que no ha sucedido en la convención en análisis (aplica criterio contenido en el dictamen N° 25.068, de 2003).

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, menester es concluir –concordando con esa Fiscalía– que no corresponde considerar como un retraso imputable al Ministerio de Obras Públicas aquel tiempo en que estuvo impedido de pagar la suma retenida en virtud de la resolución judicial a que alude la misma Fiscalía, por lo que esa Cartera de Estado no se encuentra habilitada para efectuar el pago de intereses por el tiempo en que dicha resolución estuvo vigente...".

G) Comisión arbitral:

1. Dictamen N° 33.463. Fecha: 2-VII-2004. Descriptores: solución conflicto concesiones ruta 5 tramo Talca Chillán.

"...Al respecto cabe señalar que esta Entidad de Control ha considerado ajustada a derecho la renuncia de las partes a reclamaciones de materias tratadas en un convenio, por cuanto son específicas y forman parte del acuerdo, entendiendo que a través de éste se pactan las debidas compensaciones, derivadas de las modificaciones introducidas al efecto, lo que involucra en sí una compensación. Diferente es la situación relativa a la renuncia de reclamos que pudieran tener su origen desde la celebración del contrato y que no corresponden ni se reflejan en el respectivo acuerdo, lo cual ya no es una conciliación sino una forma de solucionar eventuales situaciones pendientes, materia que no dice relación con los convenios complementarios que se celebren a la luz de los artículos 19 ó 20 de la Ley de Concesiones, por alteraciones de las características de la obra o de los servicios o por ser ellos insuficientes..." (en igual sentido Dictamen N° 55.381, de 8-XI-2004).

2. Dictamen N° 32.530. Fecha: 11-VII-2008. Descriptores: imputación, cumplimiento sentencia, pago daños terceros, propiedad.

3. Dictamen N° 48.052. Fecha: 29-VII-2011. Descriptores: ausencia imputación presupuestaria, tardanza remisión de acto para toma de razón, queja, comisión arbitral.

4. Dictamen N° 2.067. Fecha: 11-I-2012. Descriptores: Autorización pago, comisión conciliadora, imputación presupuestaria, acto administrativo, naturaleza.

"...La Contraloría General ha dado curso el decreto N° 440, de 2011, del Ministerio de Obras Públicas, que autoriza el pago que indica en cumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada 'Camino de la Madera', pero cabe reiterar –por vez última– que en lo sucesivo la imputación presupuestaria de gastos como el de que se trata en la especie, debe efectuarse al subtítulo 26, ítem 02 'Compensaciones por Daños a Terceros y/o a la Propiedad', tal como se ha expresado

en los dictámenes N°s 22.738 y 32.530, ambos de 2008 y 1.510 de 2009, de este Organismo Fiscalizador...".

5. Dictamen N° 9.499. Fecha: 16-II-2012. Descriptores: contrato de concesión, recurso de queja, transacción extrajudicial.

CONCLUSIÓN

De la revisión de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República, y del análisis del régimen jurídico que vincula a las partes de este contrato (MOP y sociedad concesionaria), concluimos que en la concesión de obra pública, y principalmente gracias al rol cumplido por la potestad dictaminante de la CGR, tiene plena vigencia el principio de justicia contractual. En efecto, a través de sus dictámenes, la CGR fija el sentido y alcance de la ley, en el caso concreto que se somete a su conocimiento y, tal como señala su ley orgánica, vinculando directamente a la Administración y también a los particulares que jurídicamente entran en relación con ella[22]. De este modo, este contrato deja de ser un simple "acuerdo de voluntades"[23], que se petrifica al momento de su celebración, para constituirse en una relación jurídica dinámica, consistente en un intercambio justo de bienes y servicios que busca una constante adaptación a la necesidad pública que ha de satisfacer eficazmente, a partir de una adecuación permanente en las prestaciones recíprocas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alarcón Jaña, Pablo (2011): "Comentario jurisprudencial. Solidaridad en el pago de indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado y de sociedad concesionaria en accidente en vía concesionada (autopista)", en: Arancibia Mattar, Jaime; Martínez Estay, José Ignacio; y Romero Seguel, Alejandro (Coordinadores), *Litigación pública. Colección Estudios de Derecho Público.* Editorial Abeledo PerrotLegal-Publishing Chile, pp. 323-342.

Ariño Ortiz, Gaspar (2009): "El enigma del contrato administrativo", en Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (Coordinadores), *La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss.* Editorial Legal-Publishing AbeledoPerrot, pp. 823-839.

Aróstica Maldonado, Iván (2005): "Concesión de obras públicas: bases del modelo chileno". *IusPublicum* / Universidad Santo Tomás, Escuela de Derecho (Santiago de Chile), N° 15 (sept. 2005), pp. 149-154.

22 Como bien señala Soto Kloss (2010), pp. 722, nota 13, "...A fin de evitar confusiones debe dejarse en claro que ello es sin perjuicio de que en definitiva ello pueda ser controvertido ante los tribunales ordinarios, los únicos competentes para decidir de modo definitivo un litigio sometido a su conocimiento".

23 Ya lo afirmaba con gran claridad Soto Kloss (1978); sus conclusiones en pp. 100-103.

Aróstica Maldonado, Iván (2006): "Licitación pública: concepto, principios y tramitación". *Revista Actualidad Jurídica* /Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho (Santiago de Chile), N° 13 (enero 2006), pp. 291-313.

Aróstica Maldonado, Iván (2007): "La Contraloría hoy". *Revista Actualidad Jurídica* /Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. (Santiago de Chile) N° 16 (julio 2007), pp. 127-142.

Moraga Klenner, Claudio (2007): *Contratación administrativa.* Editorial Jurídica de Chile, 326 pp.

Ramírez Arrayás, José Antonio (2010): *Concesiones de obras públicas: análisis de la institucionalidad chilena.* Editorial Abeledo Perrot (Santiago de Chile), 184 pp.

Soto Kloss, Eduardo (1978): "La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)". *Anuario de Derecho Administrativo, t*omo II, 1977/1978, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, pp. 93-110.

Soto Kloss, Eduardo (Editor) (1980): *Ordenamiento constitucional: Constitución Política de la República, Actas Constitucionales, Antecedentes, Normas complementarias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 514 pp.

Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (2ª edición, año 2010), Editorial LegalPublishing/Abeledo Perrot, 862 pp.

Vargas Fritz, José Fernando (1997): *La concesión de obras públicas: teoría y concepto, marco jurídico, anexo de proyectos, Ley N° 19.460,* Ediciones Jurídicas La Ley, 327 pp.

Viñuela Hojas, Mauricio Francisco (2007): "Contrato de concesión de obra pública: una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo". *Revista de Derecho Administrativo N° 1* (año 2007), pp. 39-70.

*

EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA[1]

Ana María García Barzelatto
Profesora Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho
Universidad de Chile, Pío Nono Nº 1 Piso 4º, agarcia@derecho.uchile.cl

RESUMEN:

El presente trabajo describe los aspectos más relevantes de la jurisdicción de cuentas de la Contraloría General de la República en cuánto le corresponde, por disposición constitucional, examinar y juzgar las cuentas que deben rendir quienes tienen a su cargo bienes o fondos de carácter público. Con importante apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, estudia la estructura de ese tribunal y las etapas del juicio de cuentas, concluyendo con una reflexión final que postula por un tribunal de cuentas dotado de mayor independencia.

Palabras clave: Control de la Administración - Jurisdicción de cuentas - Cuentadante - Debido proceso.

1. El control de la Administración del Estado como principio propio del constitucionalismo y del Estado de Derecho

Desde los inicios del constitucionalismo uno de los postulados básicos sostenidos con vigor ha sido el principio de legalidad de los actos de la Administración del Estado y su resguardo mediante la existencia de controles efectivos del ejercicio del poder por diversos órganos, a fin de garantizar el debido respeto de los derechos de las personas y evitar la arbitrariedad.

Este postulado tiene su concreción en los primeros artículos de nuestra Carta Fundamental en cuánto ellos consagran los principios de juridicidad, el sometimiento de los órganos del Estado a la Constitución y la supremacía constitucional. Así, en todo Estado democrático debe considerarse la posibilidad efectiva de controlar la sujeción del ejercicio del poder público al derecho, de modo tal que cada órgano estatal sea controlado en su quehacer a fin de velar porque ninguno de ellos exceda su esfera de competencias y el marco de las atribuciones establecido por la Constitución y la ley.

En tal sentido, bien se ha afirmado por la doctrina que "el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno (…) y bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia"[2]

Así, desde entonces, los órganos del Estado han ido quedando sujetos a una serie de controles, algunos ejecutados por órganos internos, que operan al interior de la propia organización, y

[1] Trabajo preparado con motivo de la conmemoración de los 85 años de la Contraloría General de la República. Agradezco encarecidamente a Carlos Hanssen Tallar, Abogado Secretario Relator del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría General de la República por el acceso facilitado para consultar la jurisprudencia de ese Tribunal.

[2] Silva Cimma (1994) p. 15.

otros –los de mayor relevancia– practicados por órganos externos, autónomos e independientes del ente fiscalizado. Este último tipo de control, sin duda, asegura mayor imparcialidad y efectividad.

Entre tales controles externos cabe mencionar, a modo de ejemplo, la fiscalización que ejerce la Cámara de Diputados sobre los actos del gobierno (CPR artículo 52 N° 1); la atribución de la Cámara para acusar constitucionalmente al Presidente de la República y otras autoridades administrativas como los ministros de Estado, intendentes y gobernadores (CPR artículo 52 Nº 2); el control de legalidad de los actos de la Administración que ejerce la Contraloría General de la República en cuánto órgano constitucional autónomo (CPR artículos 98 y 99); el control que corresponde realizar a los órganos administrativos creados específicamente para el cumplimiento de la función de control, como son las superintendencias, el Servicio de Impuestos Internos, los órganos regionales y municipales; y, por cierto, el control jurisdiccional que ejercen los tribunales de justicia.

El constitucionalismo contemporáneo ha profundizado en la importancia del control destacando el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, al que en nuestro ordenamiento se le otorgó reconocimiento constitucional, junto con el principio de probidad, postulados que han quedado consagrados en el nuevo artículo 8º de la Carta Fundamental después de la reforma de 2005. Se estima que el control en sus diversas modalidades (jurídico, financiero, contable, preventivo, a posteriori, etc.) constituye una verdadera salvaguarda de la probidad administrativa.

El órgano Ejecutivo, igual que el resto de los órganos del Estado, está sujeto a numerosos controles, de modo que la actividad que realiza en relación con la administración del Estado está sometida a una gran variedad de controles, entre ellos al jurisdiccional, el que además de ser una función propia de los tribunales de justicia (conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), también es desarrollada por órganos jurisdiccionales que no forman parte del Poder Judicial y que resuelven conflictos entre el Estado y los particulares. La actividad de tales órganos se realiza desde la órbita de la administración del Estado, como son, por ejemplo, el tribunal de la libre competencia, el tribunal de contratación, y los tribunales de cuenta de primera y segunda instancia de la Contraloría General de la República.

El presente trabajo tiene por objeto dar una mirada a la jurisdicción de cuentas de la Contraloría General de la República, en cuánto esta función representa una relevante forma de control que este órgano ejerce sobre determinados actos de orden administrativo.

2. Origen de la jurisdicción de cuentas y su regulación normativa

El juicio de cuentas tiene su origen en la atribución que corresponde a la Contraloría de examinar y juzgar las cuentas de las personas que tienen a su cargo bienes o fondos de carácter público. Es así como surge el denominado "juicio de cuentas", cuyo procedimiento hoy se verifica ante dos órganos: el juez de cuentas de primera instancia y el Tribunal de Cuentas de segunda instancia, ambos órganos radicados dentro de la estructura orgánica de la Contraloría General de la República, situación que nos merece algunos reparos, como se verá más adelante.

A través del juicio de cuentas se resuelven conflictos suscitados entre organismos de la Administración Pública y las personas que tienen a su cargo la administración de bienes o fondos de tales organismos. De modo que esta jurisdicción se limita a la resolución de conflictos que pueden surgir como consecuencia de la rendición de cuentas que efectúan tales personas.

El reconocimiento de esta jurisdicción tiene su origen en la Constitución Política, cuyo primer inciso del artículo 98 dispone: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de lo fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; *examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades…"*.

De la disposición constitucional, se desprende que en relación a esta materia corresponde a la Contraloría desempeñar dos funciones claramente delimitadas: a) "examinar" las cuentas de las personas que tienen a su cargo fondos o bienes públicos; y b) "juzgar" tales cuentas en caso que el examen previo arroje alguna irregularidad.

De modo tal que a este respecto corresponde a la Contraloría ejecutar dos funciones reconocidas con rango constitucional. En primer lugar, una función típicamente administrativa como es el examen de cuentas; y, en segundo término una función jurisdiccional, como es el juzgamiento de las cuentas examinadas. Mientras la primera etapa es de carácter administrativo, la segunda es de orden jurisdiccional. De modo tal que en caso que el examen de cuentas arroje alguna irregularidad, se debe avanzar a la segunda etapa jurisdiccional constituida por el juicio de cuentas[3].

Así, "la Contraloría General, que normalmente ejecuta funciones administrativas, puede, respecto de las cuentas que examina, además juzgarlas, actividad para la que deberá conformarse como tribunal de la República y que ejecutará en sus tres momentos: conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"[4]. Como bien ha sido señalado en este aspecto es posible sostener que existe un desdoblamiento de las funciones tradicionalmente administrativas que desempeña la Contraloría General, para desplegar asimismo una función de tipo jurisdiccional.

Además de la Carta Fundamental, la jurisdicción de cuentas se encuentra regulada por la Ley Nº 10.336 de la Contraloría General de la República, cuyo Título VII establece los trámites esenciales del examen y juzgamiento de las cuentas (arts. 95 a 130).

Ahora bien, por tratarse de un procedimiento especial, también le son aplicables en forma supletoria las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a los que, por lo demás, se remite la propia Ley N° 10.336 en sus artículos 108, 109 y 127, y, según lo dispone el propio Código en su artículo 3°, para el caso de no contar con una regla especial diversa.

---

3 Existe también el denominado *examen ficto* de cuentas, que no se origina en el examen de las cuentas, sino en las conclusiones de un sumario administrativo, conclusiones que, por mandato del legislador, sirven para activar la jurisdicción de cuentas y hacer efectiva la responsabilidad civil del cuentadante, además de la responsabilidad administrativa, (art. 129, Ley Nº 10.336).

4 Hanssen (2011) p. 46.

Otra disposición aplicable al juicio de cuentas es el Auto Acordado dictado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia sobre tramitación de los recursos que éste debe conocer, el que complementó las normas referidas al recurso de apelación frente a la precariedad de las disposiciones que al respecto contiene la Ley N° 10.336 y en virtud de la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil al juicio de cuentas[5].

Finalmente, la jurisdicción de cuentas tiene como marco regulatorio general la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuya normativa, además de reconocer el principio constitucional de juridicidad, la obligación de los órganos del Estado de actuar dentro de su competencia y la posibilidad de dar curso a las acciones correspondientes frente a los abusos o excesos (art. 2), establece que: *"El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento"* (art. 15)[6].

3. Principales características del juicio de cuentas

3.1. Antecedentes. Etapa administrativa:

Como dispone la Carta Fundamental, corresponde a la Contraloría General de la República "examinar" y "juzgar" las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes públicos.

En consecuencia, el requisito previo al inicio de un juicio de cuentas es la etapa del "examen de cuentas". Esta etapa es de carácter administrativo, se verifica en sede administrativa por la Contraloría General, la que tiene las facultades para analizar las cuentas que están obligadas a rendir las personas que tienen a su cargo bienes o fondos públicos.

El Tribunal de Cuentas en uno de sus fallos ha señalado que el examen de cuentas "es un procedimiento administrativo de naturaleza financiera y contable, cuya finalidad es verificar si en la aplicación de un presupuesto público, sea en lo que respecta a los ingresos como a los egresos, se ha respetado las disposiciones legales y reglamentarias que los rigen; debiendo comprobarse, además, si las distintas operaciones cuentan con sus correspondientes respaldos documentales"[7].

Como regla general, el ente examinador es el Departamento de Contabilidad de la Contraloría (art. 97 ley Nº 10.336). Sin embargo, en la actualidad el examen es realizado por las distintas divisiones con competencias sectoriales que el Contralor General, en virtud de sus atribuciones legales, ha creado para practicar los controles en el sector que le corresponda (municipal, vivienda, administración centralizada, etc.).

El examen de las cuentas tiene por objeto específico fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco y demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General, la inversión

5 Autoacordado (2004).

6 Ley Nº 18.575 de 2001 arts. 2 y 15.

7 Roles Nº 37.162/10 y Nº 187/10 ingreso a 2ª instancia.

de los fondos y comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y contables (art. 95 ley Nº 10.336)[8].

Las cuentas pueden ser objeto de "observaciones", las que deberán ser atendidas por el cuentadante. Así, el examen prosigue hasta culminar ya sea con el otorgamiento del finiquito respectivo o con la formulación del "reparo".

En caso de formularse observaciones o reparos a la cuenta rendida y éstos no sean debidamente satisfechos, se dará inicio al juicio correspondiente, de modo tal que el reparo constituirá la demanda en el juicio de cuentas y se dará paso a la etapa jurisdiccional[9].

El Tribunal de Cuentas ha señalado que el reparo tiene una doble naturaleza. Es el acto por el cual se pone término al procedimiento administrativo que tiene por objeto el examen de una cuenta y, constituye, al mismo tiempo, un acto de naturaleza procesal: la demanda que da inicio al juicio de cuentas[10].

La regla general para activar la jurisdicción de cuentas es el examen de cuentas, cuya regulación está prevista en los artículos 95 y 106 de la Ley N° 10.336 y, en forma excepcional lo son las conclusiones de un sumario administrativo o de una investigación sumaria, lo que la doctrina denomina "examen ficto de cuentas". El examen de cuentas o, en su defecto, el sumario administrativo son parte de un racional y justo procedimiento previo.

Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que "el examen de cuentas puede iniciarse por diversas vías, no existiendo impedimento para que éste se verifique con ocasión de una fiscalización cuya finalidad sea la constatación de posibles irregularidades que hubieren sido denunciadas por terceros"[11]. Asimismo, un informe de auditoría como resultado de una visita inspectiva también puede ser antecedente de un juicio de cuentas porque "en la medida que la fiscalización de las operaciones presupuestarias ejecutadas por quien tiene a su cargo la ejecución de recursos públicos, permitan establecer elementos que el examinador determina como antecedentes que pudieren configurar una posible negligencia causante de una eventual pérdida de recursos públicos, podrá activarse la jurisdicción de cuentas consecuente"[12]. El tribunal ha señalado que se trata del ejercicio de facultades privativas de la Contraloría General y que deben ejecutarse en términos amplios según la necesaria aplicación de criterios interpretativos sistemáticos que permiten integrar las normas aplicables a la materia. En consecuencia, el

---

8 El Tribunal de Cuentas ha señalado los requisitos exigidos por la ley para la verificación de un juicio de cuentas, tales como la existencia de cuentadantes, es decir, sujetos obligados a rendir cuentas a la Contraloría General; la administración de presupuestos públicos; la constitución del ente de control en un servicio público, a través de una visita inspectiva de la cual surge la necesidad de requerir antecedentes que permitan precisar si determinados egresos cumplen o no con las normas legales y presupuestarias; validación de antecedentes y pruebas, y, por último, la certificación de la fecha en que fueron recibidos los antecedentes para la realización del examen. De ese modo, a juicio de estos sentenciadores, los antecedentes aportados, permiten configurar los elementos propios de un examen de cuentas como procedimiento de naturaleza financiera y contable, Roles N° 37.162/10, N° 187/10 de Ingreso a 2ª. Instancia.

9 Ley Nº 10.336, arts. 107 y 107 bis.

10 Sentencia Tribunal de Cuentas Rol Nº 36.472/09, 2ª Inst. 248/11 (voto disidente).

11 Rol Nº 37.162/10; 2ª Instancia Nº 187/10.

12 Rol Nº 36.472/09, 2ª Instancia 248/11 considerando 8°.

examen de cuentas verificado con ocasión de una auditoría sería antecedente habilitante para activar la jurisdicción de cuentas.

Sin embargo, el fallo citado contó con un voto disidente que estimó que "el informe de auditoría no constituye el procedimiento previsto por la ley para iniciar el juicio de cuentas, pues no está dirigido necesariamente a un cuentadante y, menos aún, sus conclusiones pueden ser asimiladas a las conclusiones contenidas en un sumario administrativo", lo que implica, según el disidente, una vulneración del artículo 7º, inciso primero de la Constitución Política y de la ley N° 10.336.

3.2. Etapa jurisdiccional:

La actividad jurisdiccional se ejecuta a través del juicio de cuentas propiamente, el que se define como "un procedimiento que se establece para ejercitar la actividad jurisdiccional de la Contraloría General. Es un procedimiento contencioso administrativo especial, de doble instancia, que tiene por objeto determinar y hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual que pudiere afectar a las personas que tienen a su cargo bienes o fondos de las entidades sometidas a la fiscalización del ente superior de control" (Hanssen, 2011, p. 47).

Como se verá más adelante, es un procedimiento contencioso administrativo en cuanto resuelve conflictos entre el Estado y aquel que debe rendir cuenta (cuentadante) sobre materias de interés público generalmente referidas a cuestiones patrimoniales.

El juicio de cuentas se inicia con el reparo, según lo dispone el artículo 107 bis de la ley Nº 10.336, el que constituye la demanda y "debe formularse por el jefe de la división correspondiente de la Contraloría General o por el contralor regional respectivo, ante el juez de primera instancia, dándose traslado de dicho reparo al demandado"[13].

El procedimiento es de doble instancia, ya que su tramitación se inicia ante el juez de cuenta que dicta la sentencia de primera instancia, que puede ser apelada para ante el tribunal de cuentas de segunda instancia, el que puede confirmar o revocar lo resuelto en primera instancia.

Además, se contempla el recurso de revisión, de carácter extraordinario que permite que la sentencia sea nuevamente analizada por el mismo tribunal de cuentas de segunda instancia, mediando requisitos expresamente determinados por la ley.

Por regla general, las resoluciones del tribunal de cuentas de segunda instancia no son revisables por otros tribunales, salvo el caso del recurso de queja que, según dispone el Código Orgánico de Tribunales, la Corte Suprema conocerá de los recursos de queja en juicios de cuentas, contra sentencias de segunda instancia dictadas con falta o abuso, con el único objeto de poner término al mal que lo motiva"[14].

---

13 Rol Nº 36.766/09, 2ª Instancia Nº 195/10.

14 Código Orgánico de Tribunales artículo 98 Nº 7. Debe entenderse, por la redacción de la norma, que en este particular caso el recurso de queja no lleva aparejado la aplicación de sanciones disciplinarias, ya que resultaría improcedente que la Corte Suprema aplicase sanciones al Contralor General en su calidad de presidente del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia.

Finalmente, cabe hacer presente que para la resolución de los conflictos a través de la jurisdicción de cuentas, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General no tiene efectos vinculantes, ya que se trata de órbitas de competencia diferentes, una es administrativa y la otra es jurisdiccional. En efecto, "el juicio de cuentas representa una manifestación de la función jurisdiccional, por consiguiente, el precedente administrativo no es vinculante para los tribunales de primera y segunda instancia, lo que no implica, por cierto, que los dictámenes del órgano contralor puedan utilizarse como fuentes indirectas del derecho en la actividad interpretativa de la ley"[15].

4. El cuentadante y su responabilidad

El cuentadante es la persona obligada a rendir cuentas. Se tiene tal calidad por el hecho de recibir bienes o fondos públicos en tenencia, administración o custodia para aplicarlos a una finalidad pública y estar, en consecuencia, obligado legalmente a rendir cuentas a la Contraloría General, según lo determina la ley.

Según lo prevé el artículo 85 de la ley N° 10.336, son cuentadantes, es decir, sujetos obligados a rendir cuentas a la Contraloría General, todo funcionario o persona que reciba, administre o pague fondos públicos de las entidades sometidas a fiscalización. Norma que debe entenderse en relación con lo dispuesto en el artículo 95 de la citada ley, en tanto dispone que el examen de cuentas tiene por objeto, entre otros, fiscalizar la inversión de los fondos de las entidades controladas, verificando si en esa inversión se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que la rigen (Roles N° 36.766/09, N° 195/10).

La ley determina que los funcionarios que tengan a su cargo fondos o bienes de los señalados serán responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los mismos que se produzca, imputables a su culpa o negligencia (artículo 61, ley N° 10.336)[16].

La responsabilidad civil derivada de hechos investigados en un sumario administrativo se hará efectiva en la forma que se establece en el artículo 129, sin perjuicio de la facultad del Contralor para ordenar que se retengan las remuneraciones, desahucios o pensiones del funcionario o ex funcionario, cuando se trate de fondos de que éste aparezca directamente responsable en el sumario, (artículo 61).

Igualmente, "todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1°, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley. Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el esta-

15 Verdugo (2006) p. 223.

16 A mayor abundamiento, el Tribunal de Cuentas ha señalado que la "calidad de cuentadante y posterior demandado en juicio de cuentas pesa sobre aquel funcionario o persona que, administrando recursos públicos, dispone pagos que se estiman contrarios a la ley, causando un perjuicio al patrimonio que administran. De ello se concluye, que no pueden considerarse en la condición de cuentadantes aquellas personas que reciben en dominio los pagos supuestamente mal ejecutados, en tanto ellos incorporan definitivamente tales emolumentos a sus respectivos patrimonios, en dominio y no se encuentran en la obligación legal de rendir cuenta de su administración". Rol Nº 36.766/09; 2ª Instancia Nº 195/10.

do de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores" (artículo 85, ley Nº 10.336).

De modo tal que el incumplimiento de la obligación de rendir cuenta genera una responsabilidad civil de tipo extracontractual y el cuentadante puede devenir en parte demandada en el juicio de cuentas.

Por lo general el cuentadante es un funcionario público, pero puede también ser un particular que reciba recursos públicos para destinarlos a determinados fines estando obligado a la rendición de cuentas, pero en este último caso los particulares quedan afectos a la justicia ordinaria para determinar su responsabilidad[17].

El juicio de cuentas tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de tipo pecuniario, que puede afectar a una persona que, teniendo a su cargo bienes o fondos públicos, ha incurrido en actos u omisiones que han causado un perjuicio o detrimento al patrimonio público. De tal modo que a través del juicio de cuentas se persigue hacer efectiva una responsabilidad civil de tipo extracontractual, ya que la responsabilidad no se genera a partir del incumplimiento de un contrato, sino que se origina en el incumplimiento por el cuentadante de las obligaciones legales a que está obligado, debiendo desplegar en su ejercicio la debida prudencia para evitar cualquier daño o perjuicio[18].

Así lo ha enfatizado la jurisprudencia en el sentido que "al tener el presente juicio de cuentas por objeto la determinación de la responsabilidad civil extracontractual de los cuentadantes, corresponde precisar sí en la especie concurren la totalidad de sus elementos configurativos, a saber, daño, imputabilidad y relación de causalidad entre los dos primeros elementos. Y en tal sentido, debe señalarse que lo que verdaderamente se pretende dilucidar es si efectivamente los pagos objetados ocasionaron un perjuicio al patrimonio público resarcible por la vía del presente juicio…"[19]. Numerosos fallos así lo han determinado[20].

---

17 Así lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, en cuánto "la calidad de cuentadantes está determinada, precisamente, por la existencia de la obligación de rendir cuenta documentada a la Contraloría General, obligación que recae en funcionarios públicos e incluso en sujetos privados que reciben fondos públicos en administración para ser aplicados en finalidades específicas" (Rol Nº 32.721/07; 2ª Instancia Nº 134.

18 Hanssen (2011) p. 29.

19 Rol Nº 311, Nº ingreso, 2ª Instancia 42, 9 mayo 2006, considerando 13.

20 El Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ha señalado: "Que al ser el objeto de un juicio de cuentas la determinación de la responsabilidad civil extracontractual que afecta a los funcionarios y personas que administran fondos o bienes de las entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General, debe necesariamente concluirse que en la demanda deben consignarse con precisión la totalidad de los elementos constitutivos de ese tipo de responsabilidad –imputabilidad, daño y relación de causalidad– que deberán probarse en la etapa procesal pertinente, considerando asimismo, que para esta responsabilidad el peso de la prueba recae siempre en quien la alega", Rol Nº 32.721/07, Nº de ingreso, 2ª Instancia 134, 22 de enero 2009, considerando 11; y, "El objeto del juicio de cuentas es la determinación de la responsabilidad civil extracontractual que pudieren tener las personas y funcionarios públicos que administran, pagan o reciben fondos públicos. Ellos están además obligados a rendir cuenta documentada de la administración de tales fondos, debiendo acreditar la pertinencia de los egresos, observando siempre el principio de legalidad del gasto, que incide en la sujeción a las normas legales y reglamentarias aplicables, de acuerdo con lo consignado en el artículo 85 de la ley N° 10.336", Rol Nº 32.721/07, Nº de ingreso, 2ª Instancia 134, 22 de enero 2009, considerando 4º. En el mismo sentido Rol Nº 27.259, 17 de abril 2007, considerando 5º; Rol Nº 32.581, Nº ingreso 2ª instancia 139/09 de 13 de abril 2009; Rol Nº 29.153/2006.

5. Estructura de la Jurisdicción de Cuentas

La Contraloría General de la República cuenta con dos órganos especializados para juzgar las cuentas y hacer efectiva las responsabilidades civiles que puedan afectar a las personas que administran recursos públicos: la Fiscalía, a la cual le corresponde actuar como parte en defensa de los intereses patrimoniales del Estado en los juicios de cuenta, y el Tribunal de Cuentas que a su vez está conformado por un Juzgado de Cuentas de primera instancia y el Tribunal de Cuentas de segunda instancia.

a) La Fiscalía:

De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Nº 10.336, al Fiscal le corresponde asumir la defensa de los intereses patrimoniales del Fisco en estos juicios. La actuación del Fiscal se verifica, mediante la evacuación de un informe jurídico.

b) El Tribunal de Cuentas de Primera Instancia:

Es un órgano de carácter unipersonal conformado por el Subcontralor General. Consta de un secretario, abogado, que actúa como ministro de fe y es el encargado de autorizar las providencias de mero trámite y las actuaciones del juez; firmar, por orden del juez, las providencias de mero trámite y dar traslado; custodiar los procesos y los documentos presentados al juzgado; efectuar las notificaciones personales en el oficio del juzgado; y practicar las demás diligencias que le sean encomendadas por el juez, (art. 107, ley Nº 10.336).

En el juicio existen dos partes. Por un lado el demandado que es el cuentadante, es decir la persona que ha tenido la obligación de rendir cuenta al órgano contralor acerca de uso de los bienes o fondos públicos tenidos a su cargo; por otro lado el Fiscal de la Contraloría General de la República que actúa en representación de los intereses del Fisco. Cabe destacar que el sujeto contralor que hace el reparo y presenta la demanda no es parte en el proceso, sino que lo es el Fiscal, por disposición legal, quien interviene con posterioridad a la formulación del reparo (art. 110, ley Nº 10.336).

c) El Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia:

Es un tribunal colegiado, integrado por el Contralor General, quien lo preside y por dos abogados que se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, los cuales son designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor General, por el plazo de cuatro años.

Cabe recordar que para la primera integración de este tribunal la Contraloría General no llamó a concurso público, lo que sí se hizo para la segunda integración el año 2007. En efecto, para garantizar la transparencia en la provisión de estos cargos la Contraloría hizo una invitación pública y abierta a los abogados que, cumpliendo los requisitos señalados en la ley, quisieran ser considerados en el proceso de confección de las ternas que debía proponer esta autoridad al Presidente de la República, para la designación de los nuevos integrantes de este Tribunal para

el período 2007-2011. Se recibieron los antecedentes de destacados abogados y académicos, de los que se seleccionaron cuatro profesionales[21].

Este tribunal tiene, además, un Secretario que es abogado que posee las mismas atribuciones que el Secretario del tribunal de primera instancia, correspondiéndole, además, ser su relator debiendo, en consecuencia, cumplir todas las funciones propias de este cargo, consignadas en el Código Orgánico de Tribunales para los relatores de tribunales colegiados, (art. 118, ley Nº 10.336).

Finalmente, la ejecución de las sentencias puede efectuarse especialmente a través de mecanismos de apremio, de órdenes de reintegro, de descuento de remuneraciones o del procedimiento ejecutivo por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

6. Reflexión final

A través de estas líneas ha sido posible apreciar que la jurisdicción de cuentas de la Contraloría General de la República ha cumplido desde su creación una importante función de control de la Administración del Estado en cumplimiento del mandato que le otorgó la Constitución Política.

Ha contribuido a fortalecer y a dar efectividad al principio constitucional de probidad pública cautelando el adecuado uso y tenencia de los recursos públicos y el sometimiento de la Administración al derecho. La abundante jurisprudencia que se ha generado es fiel testigo de ello. En el año 2010 se verificó un aumento de un 67.6 % en el total de sentencias emitidas en comparación al año anterior en los juicios de cuentas de primera instancia y un aumento de un 51.7% en la cantidad de sentencias de segunda instancia emitidas[22].

Sin perjuicio de ello, la estructura de la jurisdicción de cuentas no ha estado exenta de críticas. En efecto, cabe recordar que el Tribunal de Segunda Instancia fue establecido el año 2002, en virtud de la Ley Nº 19.817 que modificó la Ley N º 10.336 de la Contraloría. Antes de tal modificación la segunda instancia, constituida por el recurso de apelación y el recurso de revisión, se encontraba radicada en el Contralor General, que actuaba como tribunal unipersonal, situación que fue objetada por parte de la doctrina por atentar contra la necesaria autonomía del tribunal.

En efecto, "la principal crítica que se formulaba a este sistema se refería a que para el conocimiento de los recursos de apelación y especial de revisión, el Contralor General pasaba a desempeñar una función jurisdiccional distinta e independiente de la administrativa que le compete, y con ello naturalmente se producía una identificación de su calidad de Contralor General con la de Juez de Cuentas"[23].

---

21 Cuenta Pública del Contralor General, Ramiro Mendoza Zúñiga, año 2007, p. 8.

22 En 2010 el Juzgado de Cuentas dictó 171 sentencias de la cuales 95 fueron condenatorias; el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia ese mismo año dictó 44 sentencias, de las cuales 28 fueron confirmatorias y 16 revocatorias, en Cuenta Pública 2010 de la Contraloría General de la República, página 61.

23 Hanssen (2011) p. 87.

Esta situación fue en cierto modo superada mediante la modificación legal de la referida Ley Nº 19.817 que estableció el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia como un tribunal colegiado, mediante la integración adicional de dos abogados ajenos a la Contraloría General. Entre ellos, correspondió en un primer período integrar como miembros del tribunal a dos reconocidos y destacados juristas, los profesores Mario Verdugo Marinkovic y Hugo Pereira Anabalón.

Sin duda, la jurisprudencia generada por este tribunal ha contribuido a desarrollar la doctrina, complementar las normas procesales, uniformar criterios y establecer precedentes para dar similar tratamiento a situaciones análogas, lo que implica un reconocimiento al derecho de igualdad ante la ley y la igualdad ante la justicia, consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución, propendiendo de este modo a evitar las distinciones arbitrarias.

No obstante, pareciera que la estructura de este tribunal continúa siendo discutible, especialmente desde el punto de vista de la indispensable independencia e imparcialidad que corresponde a todo órgano dotado de jurisdicción.

En efecto, la jurisdicción de cuentas, en sus dos instancias, está enclavada en la estructura orgánica interna de la Contraloría, situación que debilita su independencia. El Subcontralor y el Contralor General desarrollan, por una parte, funciones administrativas y, por la otra, funciones jurisdiccionales, en cuánto presiden el Juzgado de Cuentas y el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, respectivamente. Existe, en consecuencia, una especie de desdoblamiento entre la función administrativa y la jurisdiccional que, aunque se cumplan en forma autónoma, dificulta la imparcialidad y objetividad que requiere el ejercicio de la jurisdicción. Fácilmente puede producirse una colisión de criterios entre la posición sostenida por el ente contralor en sus dictámenes y el ente jurisdiccional y una falta de objetividad de los tribunales de cuenta para resolver.

Si bien la jurisprudencia administrativa no tiene efectos vinculantes en la etapa jurisdiccional, la radicación de los tribunales de cuentas en la Contraloría General de la República le resta autonomía y afecta su independencia, requisitos esenciales del debido proceso, como reiteradamente ha sido señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[24].

Así, por ejemplo, se ha destacado la necesaria independencia e imparcialidad que corresponde a los tribunales, de modo que la actividad jurisdiccional no debe obedecer en ningún aspecto a instancias superiores, ni respecto de otros órganos judiciales. La imparcialidad supone la capacidad para mantener una posición objetiva, no tener relación alguna con la controversia materia del juicio, ni interés en su resultado. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado "este Tribunal está de acuerdo en que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esencial del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino además son elementos consubstanciales al concepto mismo de tal"[25].

---

24 STC Roles Nºs. 38/1986, 43/1987, 376/2003, 389/2003, 434/2005, 478/2006, 747/2007, entre otros.

25 Considerando 12 STC, Rol Nº 1.243.

Además, desde que se radicó en este Tribunal la atribución para resolver los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se ha incrementado la jurisprudencia respecto del debido proceso, la que es menester tener en consideración para evaluar la situación en que actualmente se encuentra la jurisdicción de cuentas de la Contraloría General de la República.

A lo señalado, habría que agregar que el procedimiento de cuentas ha debido crearse e irse adecuando según las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, además de las modificaciones a la Ley Nº 10.336 y el Autoacordado dictado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia. Ello incide en que se advierten ciertos vacíos en cuánto al procedimiento y eventuales vulneraciones al debido proceso como, por ejemplo, que el demandante no sea la persona que formula el reparo, sino que es el Fiscal, quien se incorpora al proceso con posterioridad a su inicio, ya que el traslado del expediente se produce una vez producida la contestación o, en su defecto, ante la rebeldía del cuentadante.

Quizás sería conveniente que la Contraloría General de la República, en cuánto ente contralor, mantenga su facultad para examinar las cuentas que deben rendirse ante ella, pero una vez hecho el reparo o el sumario correspondiente podría iniciarse una acción ante un tribunal especial, ajeno a la Contraloría, de carácter colegiado, integrado en su totalidad por jueces letrados especializados y sometido a la superintendencia de la Corte Suprema.

Así, el juzgamiento de los actos que emanan de la Administración del Estado quedaría a cargo de tribunales especiales, del mismo modo como lo son los tribunales de familia, los tribunales tributarios y los tribunales aduaneros

No está demás recordar que el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 26 de marzo de 2007, en ejercicio de su potestad exclusiva y excluyente declaró inconstitucional, con efecto *erga omnes* e irretroactivos el artículo 116 del Código Tributario que facultaba a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos para delegar la función jurisdiccional en funcionarios de su dependencia, por la cual éstos últimos podían conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias[26].

Por cierto que, en el caso en estudio, una modificación de esta naturaleza a la jurisdicción de cuentas requeriría de la respectiva reforma a la Carta Política.

BIBLIOGRAFÍA

Hanssen Tallar, Carlos, (2007): La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República, El Tribunal de Cuentas (Santiago, Editorial Abeledo Perrot).

Silva Cimma, Enrique, (1994): Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público (Editorial Jurídica de Chile).

[26] Autos Rol Nº 681-2006.

Verdugo Marinkovic, Mario, 2006 "Efectos vinculantes de los precedentes del Tribunal Constitucional en la actividad de la Contraloría General de la República", Revista Estudios Constitucionales, Año 4 Nº 1, Universidad de Talca.

Mendoza Zúñiga, Ramiro (2007) Cuenta Pública del Contralor General.

Mendoza Zúñiga, Ramiro (2010) Cuenta Pública del Contralor General.

NORMAS CITADAS

Ley Nº 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Código Orgánico de Tribunales.

Código de Procedimiento Civil.

Autoacordado dictado el 4 de abril de 2004 y complementado el 06 de mayo de 2004, dictado por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, con la integración del Contralor General Sr. Ramiro Mendoza Z. (Presidente) y los abogados integrantes Sres. Mario Verdugo M. y Hugo Pereira A.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia:

Rol Nº 36.472/09, 2ª Inst. 248/ 2011.

Rol Nº 37.162/10, 2ª instancia Nº 187/10, de 08 junio 2010.

Rol Nº 37.134/10, Nº ingreso 2ª Instancia 200/10, de 03 septiembre 2010.

Rol Nº 36.766/09, 2ª Instancia Nº 195/10, de 02 agosto 2010.

Rol Nº 36.766/09, 2ª Instancia Nº 195/2010.

Rol Nº 36.766/09, 2ª Instancia Nº 195/2010.

Rol Nº 33.700/08, Nº ingreso 2ª Instancia 159/09, de 25 enero 2010.

Rol Nº 32.721/07, Nº de ingreso 2ª Instancia 134, de 22 de enero 2009.

Rol Nº 32.581, Nº ingreso 2ª Instancia 139/09, de 13 abril 2009.

Rol Nº 27.259, 17 de abril 2007.

Rol Nº 32.721/07, 2ª Instancia Nº 134, de 22 enero 2009.

Rol Nº 311, Nº ingreso 2ª Instancia 42, de 9 mayo 2006.

Rol Nº 29.153/2006, de 24 enero 2006.

85 años

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
26-III-1927
CHILE

85 años
1927 - 2012