



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE**

Departamento Derecho Público

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ACTOS
DEL ESTADO GOBIERNO Y
DEL ESTADO ADMINISTRACIÓN
DURANTE EL TRÁMITE DE TOMA DE RAZÓN;
EXTENSIÓN DE DICHA POTESTAD**

Tesis para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

Autor

DIEGO IGNACIO CARTES SAAVEDRA

Profesor Guía

ÁLVARO F. TEJOS CANALES

Santiago, Chile 2009

A Natalia

A mis padres

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar éste trabajo, quiero agradecer a todas las personas que me ayudaron durante todo éste tiempo.

A mis papás, por siempre motivarme a seguir adelante con mi carrera.

A mi hermano Lucas, por existir.

A toda la gente de la Contraloría General de la República, especialmente a Nancy Barra.

Al Profesor Álvaro Tejos, por dirigir ésta investigación.

Y a Natalia, por estar siempre conmigo.

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho, concepto permanentemente advocated por iuspublicistas y estudiosos del derecho en general, lo podemos aproximar como la existencia de un sistema de frenos y contrapesos institucionales que, trazado en la Constitución, se desarrolla normativamente y es vivenciado en la práctica con la finalidad de hacer respetar y promover en la mayor medida posible, la dignidad de la persona y sus derechos inalienables. Este Estado de Derecho es actualmente concebido también como un instrumento configurador de uno de los fines mas elevados del sistema y ethos social; el bien común.

La doctrina concuerda en el requerimiento de un ordenamiento jurídico que rija la vida en sociedad dentro de todo sistema de poder, y cuyas normas se apliquen en forma objetiva e impersonal a gobernantes y gobernados. Además, resulta imprescindible que las funciones del poder se distribuyan entre órganos separados, y que cada autoridad actúe dentro de las competencias que la constitución y la ley les atribuyan. Se agrega a ello, que la interpretación de las normas jurídicas debe ser de aproximación objetiva, esto es, con desatención de criterios ideológicos, y preferentemente razonada por tribunales independientes en base a una

separación real y no meramente teórica respecto de otras potestades.

Por último, uno de los más importantes factores relativos a este orden ideal, consiste en realizar la seguridad jurídica en el entendido de que el obrar de las autoridades sea calculable en sus efectos para todo ciudadano y en consecuencia aquellas sean responsabilizadas por sus actos, toda vez de ejercer sus atribuciones lo hagan conforme al marco jurídico que las rige. Ahora, para la concreción de dicho ideal resulta imprescindible la existencia de un control jurídico efectivo encomendado a órganos independientes de las actuaciones, por ejemplo, de la Administración Pública; a fin de precaver que su interferencia en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales solo ocurra en aquellos casos excepcionales previstos por la norma jurídica en general.

El establecimiento de ese control ha recorrido un largo camino histórico. Y en lo que atañe específicamente al sentido de nuestra tesis, se concibe como el “Control de Legalidad de la Actividad del Estado”. Así, Francia modeló el “contencioso administrativo” como parte de la Administración Pública, tras entender que el principio de Separación de Poderes implicaba una limitación a los tribunales ordinarios de justicia de enjuiciar a otro poder del Estado: el poder

ejecutivo. Por ende, prohibió a aquellas magistraturas conocer de litigios administrativos, encomendándose las respectivas atribuciones al Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura. De su lado, el derecho inglés, consecuentemente con el principio de igualdad ante la ley, reconoció a los tribunales ordinarios la competencia del control jurisdiccional de los actos de la administración.

En nuestro país, consolidar un sistema de características análogas, también significó un camino plagado de intentos constitucionales y legales para el establecimiento de una justicia contencioso-administrativa separada e independiente de los tribunales ordinarios. En su momento, aunque estatuida por la Carta de 1925, jamás pudo concretarse tal anhelada realidad jurídico-institucional; por cuya razón se generó el entuerto de la dimisión del juez en conocer la cuestión contencioso-administrativo. Después, el camino sería inverso: la creciente intervención de la judicatura común en asuntos administrativos, principalmente por el mecanismo jurídico del Recurso de Protección normado inicialmente por el Acta Constitucional N° 3 de Septiembre del año 1976.

Ahora se da lugar a la teorización, en la que concordamos, de que los tribunales de justicia gozan de la plenitud jurisdiccional para conocer de conflictos

contenciosos administrativos, no existiendo órganos ni materias exceptuadas de este control jurisdiccional.

Sin embargo de este control judicial de los actos administrativos, cabe resaltar que nuestro sistema legal a partir del año 1943 atribuyó la potestad de Fiscalización de los actos de la administración a la Contraloría General de la República; así concebido como órgano autónomo, creado por ley y posteriormente elevado a rango constitucional. A esta magistratura se encomendó, precisamente, controlar la legalidad de los actos administrativos mediante el trámite denominado de toma de razón; entendido éste como control preventivo, a priori, de los actos controlados. Luego, el trámite que se relata incardinaba en la protección del Estado de Derecho. Pues bien, aunque la Contraloría no es el único órgano estatal encargado de funciones fiscalizadoras, sí aparece como el más relevante en lo que a la Administración Pública atañe.

Con todo, se exige profundizar en el estudio de la tarea de control y saber que ha de entenderse de ella, máxime las prevenciones del capítulo constitucional dispuesto a la organización, estructura y funciones y atribuciones de la Contraloría General de la República; estatuto debidamente complementado por la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la

República. De este bloque normativo se origina lo principal de la función contralora con efectos en el pronunciamiento simultáneo acerca de la constitucionalidad y legalidad de los actos de la administración activa.

Cabe añadir que circunscrito a dichas normas, el mismo órgano contralor despliega su competencia orientado en las mismas doctrinas institucionales que le dieron cabida institucional, pero no, ahora, como simple trasunto de una actividad meramente legalista de confrontación de la actividad administrativa con las normas correspondientes; sino como expresión de un control de juridicidad del acto en relación al ordenamiento jurídico en su conjunto. En otras palabras, supone la comprensión y análisis de diferentes órdenes jurídicos que involucran la supremacía normativa y especialmente constitucional, y, todavía más, los principios generales del Derecho.

Por ello, a través del presente estudio detectaremos cual habrá de entenderse es la extensión de la potestad de control de constitucionalidad ejercido por la Contraloría General, bien en los actos del Estado Gobierno, bien en los del Estado Administración.

I. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1.1 Aproximación a un concepto de Estado de Derecho

Estado de Derecho es un concepto muy recurrido por políticos y tratadistas de cuyas definiciones, en su mayoría, fluye la idea de la limitación jurídica al poder del Estado y sus jerarcas. Jaime Guzmán lo conceptualiza como *“aquél en que existe un ordenamiento jurídico estructurado sobre normas objetivas y racionales”*. A su vez, Mario Verdugo reconoce al Estado de Derecho como *“la adopción de una serie de técnicas que vinculan el poder público al derecho y la libertad al orden jurídico que la define y ampara.”*¹ Otros autores lo entienden como *“un sistema de frenos y contrapesos institucionales, trazado en la Constitución, desarrollado en las leyes y vivido en la práctica, cuyo objetivo es hacer respetar y promover, de la mejor y en la mayor medida posible, la dignidad de la persona y sus derechos inalienables”*.²

1.2 Evolución Histórica

¹ VERDUGO, Mario, y GARCÍA, Ana María. Manual de Derecho Político. Editorial Jurídica de Chile, 1999. Tomo II, P. 194 y ss.

² ARAGÓN, Manuel. Constitución y Control de Poder. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995. pp. 15 y ss. Citado por CEA, José Luis. *Una visión de la Contraloría General de la República*. En: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*, Imprenta Contraloría, 2002.

Sostenemos que la matriz conceptual del Estado de Derecho puede remontarse hasta la época de la Grecia post-clásica en proposiciones de Platón y Aristóteles; quienes se pronunciaron por un gobierno según la norma de derecho. Por lo contemporáneo la doctrina reconoce en modo conteste que la idea moderna del instituto se origina en la expresión difundida por el jurista alemán Robert Von Mohl: *Rechtsstaat*.

Para este juspublicista, el *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, gira en torno a la idea de un individuo que se concibe con la facultad y el deber de desarrollar todas sus capacidades, y que para concretarlas debe actuar dentro de los límites de la razón y el derecho, es decir, la norma jurídica como el derecho positivo. La comunidad tiene que darse una organización que sea favorable al objetivo al que tiende el individuo. Por ende, el *Rechtsstaat* debe regular de tal modo la vida colectiva que los individuos deben estimularse y ser apoyados en grado máximo en el ejercicio y aprovechamiento de todas sus fuerzas, libre e integralmente. En tal sentido, Von Mohl concibe la labor del estado como una actuación negativa de alejamiento, impedimento, prohibición y despeje de los elementos que puedan perjudicar a los ciudadanos; pero también de un favorecer positivo, de apoyo, cuidado y ayuda.³

³ ABELLÁN, Joaquín. "Liberalismo alemán del siglo XIX; Robert von Mohl", En: Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Núm. 33, Madrid, 1983. pp123 a 145.

Luego, el Estado de Derecho representaría la fórmula de reacción contra el despotismo de los monarcas absolutos y la arbitrariedad que se les desprende con efectos en circunstancias ciudadanas tales como pérdida de libertades políticas, concentración del poder e irresponsabilidad de los jerarcas; titulares de los órganos de poder. Entonces, por lo contrario a estos desbordes, debe imponerse la prohibición al Estado de requerir ninguna acción o imponer ninguna omisión, y ni mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más solo en cuanto el mandato o la prohibición se origine en un precepto legal previo y habilitante.⁴

En sus inicios, el Estado de Derecho constituyó la expresión jurídica del liberalismo por cuanto, y en conformidad con su misma síntesis político ideológica, el derecho supone marcar límites a la acción estatal en cuanto una determinación independiente y sin consideración de la propia voluntad del Estado. Entre las consecuencias de la notado, se impone, luego, el deber de garantía y respeto al ejercicio de los derechos y libertades frente a ataques de terceros y de la Administración Pública. Solo así resulta plausible que el hombre pueda alcanzar pleno desarrollo de su personalidad moral, síquica y física.

⁴ FERNÁNDEZ V., Emilio. Diccionario de Derecho Político, citado por VERDUGO, Mario, y GARCÍA, Ana María. Ob.Cit.

Entre los principales elementos que la doctrina reconoce como componentes del Estado Liberal de Derecho, se encuentran: el abstencionismo del Estado en el mundo del trabajo y la economía; la caracterización individualista y clasista de la sociedad con una muy baja participación de la ciudadanía en el ámbito no institucional y no gubernamental; la sacralización de la propiedad privada individual como base del modo de producción que va a pasar a identificarse con el capitalismo; y la declaración y protección jurídica de libertades y ciertos derechos fundamentales, civiles y políticos (de pensamiento, expresión, religión, participación pública aunque así restringida, etc.), y sus coherentes garantías de seguridad penal y procesal, entre otras.⁵

Autores como Max Weber vinculan el concepto de Estado de Derecho al de legitimidad, planteando que en el Estado Liberal el Estado de Derecho se funda en la *“legitimidad racional”*; entendiéndolo por tal aquella en la que *“se obedecen ordenaciones impersonales y objetivas jurídicamente establecidas, y a las personas únicamente como portadores de una competencia, es decir, de una esfera de mando jurídicamente delimitada”*.⁶ Sin embargo, como destaca Torter Stein, el Derecho sólo goza de autoridad o aceptación – y por tanto de legitimidad - cuando se conforma a la *“idea del*

⁵ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Legitimidad Democrática. Taurus, Madrid, 1981

⁶ BRUNET B., Marcelo. Manual de Derecho Político, Sociedad y Estado. Editorial Universidad Andrés Bello, 2006. P.136.

Derecho". Es decir, la exigencia planteada al Ordenamiento Jurídico de garantizar la libertad individual; por lo que el concepto Estado de Derecho no se limita a elementos de legalidad formal, sino incluye criterios de legitimidad sustantiva: especialmente la exigencia de respeto a los derechos humanos fundamentales y la limitación de los intereses privados por el poder público únicamente en la medida en que fuere necesario para garantizar bienes de mayor relevancia. Ya sean intereses públicos en general, ya derechos de otros individuos.⁷

A posteriori, y transitando en el tiempo, el Estado de Derecho, originalmente asociado al Estado Liberal; fue modelándose conforme a las doctrinas que se sucedían en el mundo occidental. De todo eso surge el Estado Social o Benefactor (Welfare State, o Wohlfahrtsstaat), como reacción a los negativos efectos económicos y sociales de la Revolución Industrial, y a los defectos del Estado Liberal. Este modelo se asocia a la función social prestataria de servicios⁸. No solo se limita a garantizar los derechos políticos individuales, también extiende su garantía a los derechos económicos individuales a través de la intervención en la economía. No obstante, el Estado Social de Derecho seguirá conservando los

⁷ STEIN, Torter. Estado de Derecho, Poder Público y Legitimación desde la Perspectiva Alemana" Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 1994, p.10 y ss.

⁸ PALMA G., Eric. El Estado de Derecho en la Doctrina y Práctica Político-Institucional Chilena. Universidad Andrés Bello, 1994. P.22 y SS.

rasgos básicos de la proposición liberal, por cuanto se le proveerá de una revisión del individualismo y del abstencionismo estatal que son propios de dicha proposición, constituyéndose en novedad la asunción de la justicia social y la afirmación de derechos sociales. ⁹ Tal afirma Elías Díaz; “*el Estado se vuelve decididamente a la intervención en el afán de satisfacer demandas sociales perentorias como la mayor participación y concreción de zonas de igualdad real. A saber, por ejemplo, sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), y un amplio pacto social con compromiso del Estado para llevar a la práctica políticas de bienestar en todas sus aristas de salud, educación, seguridad social etc*”.

Cabe añadir que a finales del siglo XX ya es posible reconocer un nuevo modelo: el Estado Cooperador; enfocado en la aceptación y satisfacción de las personas. La sociedad exige que el Estado racionalice sus competencias y tareas, y la calidad de sus bienes y servicios posibilitando una amplia satisfacción del ciudadano, máxime cuando éste resulta ser mirado como “*cliente*”. Al Estado, entonces, se le previene que debe otorgar al ciudadano servicios de seguridad, orden público y bienestar general y, además, el reconocimiento a su libertad y propia individualidad a mas del derecho de participación en las decisiones públicas. Este modelo

⁹ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y legitimidad democrática. Op.Cit. Pp 84-86. Citado por SOLARI, Enzo. “*Recepción en Chile del Estado Social de Derecho*”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 20, 1993. pp. 334 y ss.

reconoce que fue el Derecho el que hizo posible construir el Estado liberal-constitucional y el Estado Social; pero ahora se incorporan los principios de economía para el cumplimiento de las labores estatales.

A esta altura, precisemos que Hans Kelsen rechaza la idea del Estado de Derecho. Para él, todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho, si se entiende por esto un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Para su teoría positivista, el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia.¹⁰ El poder estatal es el poder que ha organizado el derecho positivo, el poder del derecho, o en otras palabras la eficacia del orden positivo. Por lo tanto, para Kelsen todo Estado es Estado de Derecho.

1.3 Elementos del Estado de Derecho

Entre los elementos que la doctrina considera indispensables para afirmar que un ordenamiento jurídico se conforma un Estado de Derecho; podemos reconocer:

¹⁰ CASTILLO, Rolando. Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. Ediciones Uxmal, 2006. P. 8.

1. Garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos se entienden como límites al obrar del Estado, y en tanto se conciben como fin último, el sistema jurídico debe asegurar su respeto y promoción. También la doctrina actualiza un catálogo de los derechos fundamentales: derecho a la vida y a la integridad física; respeto a la dignidad moral de la persona; derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; derecho a la información; derecho a la libertad religiosa y de creencias, con manifestación externa del culto; derechos económicos y sociales tendientes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica (derecho al trabajo, seguridad social, huelga etc.); derecho de igualdad ante la ley; derecho a la seguridad y garantía en la administración de justicia, etc¹¹.

2. La aplicación de las normas en forma objetiva e impersonal a gobernantes y gobernados. El Estado de Derecho supone que la ley ordinaria se conexiona y subordina a la ley Fundamental, asegurándose este objetivo mediante el Control de Constitucionalidad. Así,

¹¹ VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana María. Op.Cit. P. 199.

las normas del ordenamiento jurídico como sistema no pueden contradecir normas de jerarquía superior, alcanzándose con ello la armonía conveniente a todo ordenamiento jurídico normativo. Con esta ordenación se implica que todas las actuaciones públicas arrancan de normas preestablecidas que vinculan a una totalidad: Estado y órganos que lo integran, personas y preceptos en general de contenido jurídico. De otro lado, la aplicación de estas disposiciones debe realizarse bajo criterios conocidos y objetivables bajo cuyo respecto las competencias de las autoridades estén clara y debidamente delimitadas por ley.

3. El poder estatal debe ser ejercido por órganos separados y conforme sus competencias preestablecidas normativamente. Esto deriva del principio clásico de separación de poderes y se refleja en la distribución o división de funciones entre los diversos órganos estatales entre los que existen una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas. En este punto, destacamos que para cabalidad del Estado de Derecho resulta imprescindible la independencia del poder judicial frente a las presiones del poder legislativo y, sobre todo, del ejecutivo.

4. El Principio de Juridicidad o la sujeción de la actividad administrativa al Derecho. Implica un sistema que asegure el actuar de la administración dentro del Derecho y ello refleje seguridad jurídica para los particulares. Se manifiesta principalmente a través de la reserva legal en la creación y organización, otorgamiento de atribuciones y competencias de los entes estatales; en el deber del legislador de dictar leyes que concreten a tal punto la norma jurídica deseada que el acto administrativo de ejecución de dicha ley pueda llegar a ser, incluso, previsible por cualquier miembro de la sociedad; y en la prohibición de dictar leyes incompletas o contradictorias en sí mismas o que supongan un efecto retroactivo. Es importante resaltar que, al hablar de “juridicidad”, se evoca al Derecho en una neta y clara superación del término “legalidad” utilizado antiguamente, ya que el principio en análisis refiere mas idóneamente al Derecho en su máxima amplitud de fuentes normativas sin limitación sólo a fuentes legislativas; y por todo mas incardinada en la Constitución en cuanto estatuto fundamental de la sociedad política. O sea, la imposición de que todas las normas han ser dictadas a conformidad de ésta;

incluidas sentencias, actos y contratos administrativos, actos contralores etc.¹²

¹² SOTO K., Eduardo. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, 1996. Tomo I. Pág 22 y ss.

II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA PRESERVACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Una principal finalidad constitucional es, precisamente, limitar el poder del gobernante. La consecución de esta finalidad podemos remontarla a la Carta Magna inglesa de 1215, texto reconocido como de los primeros que limitaron el poder regio; mas tarde añadido de los aportes de la Escuela del Derecho Natural Racionalista que veía al hombre como un ser libre por naturaleza, incluso de Dios. En su consecuencia, las teorías contractualistas que son consubstanciales a dicha escuela plantearon el libre acceso de la comunidad a las normas establecidas en la Constitución, para lo cual ésta debía ser escrita y publicada.

En razón, pues, de los elementos que conforman el Estado de Derecho, podemos señalar que la Carta Fundamental configura el cuerpo normativo por excelencia que contiene las declaraciones y protecciones de los derechos individuales cuyo deber se impone al Estado. Dado su carácter de norma de superior jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, y atendido el derivado principio de supremacía constitucional, toda norma jurídica debe subordinarse en definitiva a la Constitución. Asimismo, las disposiciones constitucional fundamentales esclarecen las órbitas de actuación de los diferentes órganos estatales y sus

atribuciones, obligándolos a obrar dentro de tal competencia materializando así el principio clásico de separación de poderes.

III. ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980

La Constitución Política de la República no consigna expresamente la expresión “Estado de Derecho”; sin embargo de sus disposiciones se desprenden elementos esenciales que lo conforman; algo ya mencionados en párrafos anteriores.

Previamente advertimos que los derechos fundamentales y sus garantías se hallan reconocidos en el capítulo III de la ley fundamental, lugar en que también se consultan dos acciones de gran eficacia para su tutela: la de protección en el artículo 20 y la de amparo en el artículo 21.

Las restricciones que el inciso 2° del artículo 5° impone al ejercicio de la soberanía, en cuanto reconocer su limitación al respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, también constituye un valioso resguardo de derechos fundamentales.¹³

Asimismo, los principios del imperio de la ley y de la supremacía constitucional se reconocen sin duda en el artículo 6° bajo la siguiente redacción y forma:

“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”.

¹³ VERDUGO, Mario, y GARCÍA, Ana María. OP CIT. P. 201 y SS.

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

“La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”

En esta prescripción se expresa contundentemente la plenitud normativa de la Constitución Política; su aplicación inmediata y el carácter imperativo de su contenido. De otra parte también se consagra el principio de interpretación de las leyes conforme al texto fundamental, lo que se traduce en que ante dos mas interpretaciones sobre un precepto legal, debe considerarse y aplicarse aquella que mas se ajuste a aquél.

La supremacía constitucional aparece tutelada mediante los controles preventivo y represivo que ejerce el Tribunal Constitucional, artículo 93.

En lo que atañe al principio de división de poderes (o distribución de funciones), su reconocimiento se halla de manera principal en el art. 7° bajo estos términos:

“Los órganos de Estado actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de

circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido en virtud de la constitución o las leyes.

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

Respecto a lo anterior, Humberto Nogueira¹⁴ distingue los siguientes criterios de distribución del poder:

- a) La diferenciación entre poder constituyente y poder constituido o instituido, distribución que se realiza al momento de dictarse la Constitución y permanece durante toda la vigencia de ella.
- b) La diferenciación entre el ámbito de poder entregado al poder estatal y los derechos de las personas y cuerpos intermedios de la sociedad
- c) La distribución horizontal del poder estatal entre los diversos órganos instituidos por el constituyente, atendido a las funciones que ellos realizan.
- d) La distribución vertical del poder, al menos en el ámbito de la Administración del Estado, entre la administración central, los gobiernos regionales y los municipios.

A continuación ha de considerarse que este principio se explicita en capítulos separados por cada uno de

¹⁴VERDUGO, Mario. , PFEFFER U., Emilio y NOGUEIRA A., Humberto. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, 1994. Tomo I, pág. 134 y ss.

los órganos del Estado; por ejemplo, capítulo IV: Gobierno; capítulo V: Congreso Nacional; capítulo VI: Poder Judicial. Destacándose al mismo tiempo que estos órganos ejercen atribuciones exclusivas dentro del ámbito de sus respectivas competencias: por ejemplo, artículos 24, 32, 46, 76; respectivamente.

La legalidad de los actos de la Administración también tiene amplio reconocimiento en el código fundamental; manifestación de ello se encuentra en los artículos 38 inc. 2º, 93 N°s. 9 y 16 y 98 y 99.

Cabe mencionar que en ausencia de procedimiento contencioso-administrativo, la acción de protección del artículo 20 de la Constitución sirve como instrumento de control de los actos administrativos por el órgano jurisdiccional.

Es clara la importancia de la Carta Fundamental en la elaboración y desarrollo de los derechos fundamentales. No obstante resultaría vana una declaración expresa de derechos a favor de las personas, y de mandatos de respeto dirigidos al Estado; si no hubiere un adecuado sistema de control garantizador del cumplimiento de dichas obligaciones. En tal sentido, habrá de enfocarse el análisis a los sistemas que han ideado la sujeción de la actividad administrativa al Derecho.

IV. SISTEMAS DE CONTROL DE LA SUJECIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AL DERECHO

Siguiendo al Profesor Rolando Pantoja, hay cuatro momentos relevantes para reconocer que la Autoridad Administrativa se encuentra sometida al imperio del Derecho; a saber:

- (i) la eliminación de la razón de Estado para justificar los actos de gobierno;
- (ii) la consagración de una jurisdicción contencioso administrativa;
- (iii) la institucionalización de una justicia constitucional que someta la voluntad del legislador al examen de un tribunal de derecho, y
- (iv) la aplicación en beneficio del ciudadano de formalidades reguladoras del procedimiento administrativo a que ha de someterse la Administración para declarar su voluntad mediante el acto administrativo.

4.1 La eliminación de la “Razón de Estado” para justificar los actos de gobierno.¹⁵

¹⁵ PANTOJA, Rolando. Del principio de legalidad al principio de juridicidad. En: La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000, Editorial Conosur, pág. 492 y ss.

Refiriéndose a los actos de gobierno, el profesor Pantoja explica que su carácter derivaba del hecho que ellos tenían una fuente constitucional; eran dictados en ejercicio de atribuciones discrecionales del Jefe de Estado, esto es, de facultades de libre apreciación del contenido (tipo de decisión) y oportunidad (época de dictación) del acto de que se trataba; emanaban sólo del Jefe de Estado, atendida la gravedad de los hechos que originaban su dictación; y no admitían impugnación en sede jurisdiccional ni administrativa pues los tribunales ordinarios tenían vedado el conocimiento de los actos del Poder Ejecutivo; ello, bajo pena de prevaricación, ya que de acuerdo a la concepción francesa de poderes del estado, éstos se consideraban como bloques institucionales independientes y separados entre sí. De su parte, al Consejo de Estado sólo correspondía conocer acerca de la impugnación de actos administrativos, pero no de actos de gobierno.

Los actos de gobierno o políticos ligados a una apreciación política, trataban de hechos de suma gravedad comprometedores de la paz social, la seguridad ciudadana y la convivencia nacional; que siendo competencia del Jefe de Estado, se entendían de su exclusiva apreciación. Esta manera de justificar el acto de gobierno fue conocida como la *“teoría del móvil político”*.

El autor destaca que el rechazo a esta concepción se produjo en 1875, al concluir el Consejo de Estado francés que si bien es efectiva la existencia de actos de gobierno con un claro contenido discrecional; estos en ningún caso adquieren tal calidad por la sola atribución del Jefe de Estado, exigiéndose por lo contrario un explícito fundamento legal para autorizar la dictación de un acto de esta clase, por cuanto la calificación de ser o no un acto de gobierno o político no es cuestión que pueda quedar al arbitrio de gobernantes.

4.2 Jurisdicción contencioso administrativa

La interpretación francesa del principio de separación de poderes, conclusiva de que las funciones judiciales deben permanecer siempre separadas de las funciones administrativas bajo pena de prevaricación; introdujo un gran impedimento a la protección de los derechos del ciudadano frente a los actos estatales. Para resolverlo, se creó una fórmula de protección a la que se denominó “*contencioso administrativo*”, basado en el supuesto de que “*juzgar a la administración también significa administrar*”. Esta función será cumplida, en sus comienzos, por el Consejo de Estado Francés, quien, en principio, admitirá las reclamaciones contra la administración basadas

en derechos patrimoniales; y, a posterioridad, aquellas quejas de los ciudadanos que sienten agravio por la ilegalidad en la actuación administrativa.

Más tarde, en 1872, se consagra la independencia decisoria del Consejo de Estado para resolver asuntos de esta naturaleza. Se habla entonces de un sistema de jurisdicción delegada, que así se entrega por la autoridad a una magistratura de naturaleza administrativa, pero de función juzgadora.

El mismo Consejo de Estado francés mediante su actividad de jurisdicción consolidó acciones procesales que pasarían a ser características del Derecho Administrativo: el recurso por exceso de poder, y el recurso de plena jurisdicción. El primero consiste en una acción anulatoria por causa de ilegalidad, que al principio se invoca por incompetencia del órgano para agregarse posteriormente los vicios de forma, la desviación de poder y la violación de ley. A su vez el recurso de plena jurisdicción constituye una acción que tiene por objeto obtener el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva.

De las diferentes concepciones existentes, puede diferenciarse los siguientes modelos de jurisdicción contencioso - administrativa:

- Sistema judicial o judicialista: en que lo contencioso administrativo es de competencia de los tribunales ordinarios de justicia (judicial review), basado en el principio de separación de funciones. Es adoptado en países como Estados Unidos, Inglaterra, Noruega, Suecia y Dinamarca.
- Sistema administrativo: fundado en el principio de separación de funciones; postula el respeto a la independencia funcional de los poderes forzando a concluir que las controversias contenciosas - administrativas no pueden ser conocidas por órganos de fuero común, pues significaría cuestionar la actividad de la Administración cuya consecuencia es inmiscuirse en la función de otro poder del Estado. Este sistema contempla algunas variantes:
 - *Jurisdicción contenciosa - administrativa radicada en órganos de la propia Administración; por ejemplo, en Francia Jurisdicción delegada al Consejo de Estado.
 - **Jurisdicción contenciosa - administrativa entregada a órganos mixtos, distinguiéndose por materia. Por ejemplo, en Italia; si hay comprometido un derecho subjetivo – tribunales ordinarios -, o un mero interés legítimo o menoscabo a una justa expectativa –

tribunal administrativo -; o bien, atendiendo a la composición de un tribunal en que participan miembros de la Administración conjuntamente con jueces de fuero común, tal como sucede en España.

***Jurisdicción Contenciosa administrativa entregada a órganos independientes tanto de la Administración como del Poder Judicial.

4.3 Sometimiento del legislador a la Justicia Constitucional

Un tercer hito que a juicio del profesor Pantoja caracteriza el proceso de judicialización del poder político, lo significa la creación de la Jurisdicción Constitucional. En este aspecto es importante destacar que, si bien concurren al nacimiento de la ley tanto el Congreso Nacional como el Presidente de la República, es este último, tal como señala el inciso tercero del artículo 65 de nuestra Carta Fundamental, quien posee la iniciativa exclusiva respecto de proyectos de ley con especial incidencia en lo administrativo; ya sea, por ejemplo, los que dicen con la división política o administrativa del país, con la administración financiera o presupuestaria del Estado, con la enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades, y sobre su arrendamiento o concesión, entre otras.

En nuestro sistema normativo, el control de ley contemplado por la Constitución se atribuye esencialmente al Tribunal Constitucional, bien en su forma preventiva y de efectos generales y absolutos, o a posteriori por vía de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. En este sistema ejerce un gran influjo la concepción kelseniana plasmada por primera vez en la Constitución de Austria de 1920, bajo cuya regla se podía anular leyes consideradas inconstitucionales total o parcialmente.

En lo que respecta a nuestro Tribunal Constitucional, a este le corresponde, entre otras funciones y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 N° 1 de la Constitución, ejercer un control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación.

También, de acuerdo al N° 2 de la norma anteriormente citada le corresponde ejercer el control de constitucionalidad cada vez que se promueva una “cuestión de constitucionalidad” durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos al conocimiento del Congreso.

Finalmente, tal como indican los números 6° y 7° del precepto citado, se entrega al referido órgano la atribución de 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; así como resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en el caso ya indicado.

4.4 El Procedimiento Administrativo

El profesor Pantoja Bauzá también agrega un cuarto hito caracterizador del proceso de juridización a partir de la instalación de un procedimiento administrativo como cauce formal de producción de decisiones administrativas, lo cual se considera instrumento de garantía de los derechos subjetivos de los recurrentes ante la Administración.

En efecto, el procedimiento administrativo, según lo entiende Eduardo Soto Kloss, es la *“vía, el carril, el camino, el “iter” por el cual el órgano estatal va de la pura potencia/pasividad del que posee la potestad, al despliegue de su energía jurídica para adoptar una determinada decisión acto”*. En otras palabras, la *“secuencia de actos relacionados entre sí que realiza (o dicta o emite) la autoridad administrativa tendientes a un fin determinado (un “acto administrativo terminal”), precedido por actos igualmente administrativos pero preparatorios o instrumentales y seguido por otros actos*

igualmente de ejercicio de la función administrativa, jurídicos o materiales, de ejecución de aquel acto terminal".¹⁶

Algunos de los principios que performan el procedimiento administrativo son:

- principio in dubio pro actione (Artículo 18 de la ley N° 19.880). Todo procedimiento ha de asegurar la dictación final de una decisión, que es el “acto administrativo terminal”: un decreto supremo, un reglamento, una resolución, un oficio, etc.
- principio de economía procedimental (Artículo 9° de la Ley N° 19.880). Este principio vela que el procedimiento, con eficacia, responda a la máxima economía de medios evitando todo tipo de trámites inútiles o dilatorios que perturben el iter que conduce a la Administración a la adopción de una determinada decisión.
- principio de contradictoriedad (Artículo 10° de la ley N° 19.880). El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada. En cualquier caso, es de la esencia de todo procedimiento su carácter contradictorio, es decir, la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente

¹⁶ SOTO K., Eduardo. Op.Cit. Tomo II, Pág. 63 y ss.

confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva. Esta debida contradictoriedad sirve para resguardar la igualdad de todos los interesados en el procedimiento (derecho a ser escuchado).

- principio de imparcialidad (Artículo 11° de la ley N° 19.880). La Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de la imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida. Un ejemplo de independencia se da por el hecho de separar la autoridad que debe instruir una investigación sumaria o sumario administrativo para hacer efectiva la responsabilidad de un funcionario público, y la autoridad llamada finalmente a tomar la decisión. Debe garantizarse una mínima imparcialidad exigible en todo caso a los agentes públicos, a través de la tipificación de causales de recusación, o sujeto a la obligación de declarar la propia implicancia, que conlleva el deber del agente de abstenerse de actuar.
- principio de transparencia (Artículo 16 de la ley N° 19.880). El expediente no puede ser un secreto para los interesados. Sirven a la transparencia los actos trámite de “audiencia” y “vista al expediente”. En la realidad, el

procedimiento administrativo se debate entre la publicidad y el secreto, con preeminencia de este último, a cuyo favor juega el deseo de los administradores de asegurarse una libertad de acción que de otro modo carecerían, la inercia de la tradición y la preponderancia prácticamente total de la forma escrita..

- principio de gratuidad (Artículo 6° de la ley N° 19.880). El procedimiento administrativo en sí mismo, supuesta la posibilidad de comparecer personalmente sin abogado, no debe dar lugar a otros gastos distintos que los que eventualmente pueda llegar a ocasionar la práctica de las pruebas propuestas por el interesado. Hace excepción a lo anterior, las tasas o derechos que la Administración Pública puede cobrar por sus servicios: costo de un Certificado de Nacimiento, Permiso Municipal de Construcción, etc.

**V. SISTEMA CHILENO DE CONTROL
RÉGIMEN ADMINISTRATIVO TUTELADO; INTENTOS DE
CREACIÓN DE TRIBUNALES CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVOS**

El establecimiento de una justicia contencioso administrativa nunca ha podido consolidarse de manera orgánica, siendo actualmente ejercida de modo supletorio por tribunales de fuero común. Sobre el particular, el profesor Pantoja destaca que la actitud asumida por la doctrina frente a los artículos 96 N° 3 de la Constitución de 1828, y 104 N° 7 de la Carta de 1833, los cuales, respectivamente, entregaron el conocimiento de los juicios “*que resulten de contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de éste en su nombre*” a la Corte Suprema de Justicia, y el de “*las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo i sus agentes*” al Consejo de Estado; marcaron el inicio de los enfoques de análisis que se han dado en el ámbito de la Justicia Administrativa. Al efecto, autores que analizan las mencionadas disposiciones, no dudan en afirmar que ellas son la primera regulación dada en Chile a lo contencioso administrativo por el sólo hecho de constatar allí presencia administrativa; sin embargo no repararse que los conflictos derivados de las contrataciones o

negociaciones que ellos referían, eran asuntos reconocidamente civiles por aquellos años y que las únicas notas originales que presentaban esos códigos constitucionales al aprobar dichos preceptos, eran las de haber confiado el conocimiento de esos negocios civiles a un tribunal distinto al de primera instancia que había de conocerlos, en el primer caso, y haberlos sustraído de la órbita de competencia de la jurisdicción civil, para adscribirlo a un órgano de Gobierno, como era el Consejo de Estado, en el segundo.¹⁷

En opinión del citado académico, las cartas constitucionales de 1828 y 1833 mas que consagrar una Justicia Administrativa, buscaron dar seguridad de juzgamiento al Estado; dentro de la libertad, en el caso de la Carta de 1828, al confiar los más importantes asuntos contenciosos del país a la Corte Suprema de Justicia; y dentro del orden, en el caso de la Constitución de 1933, al entregarlos al Consejo de Estado, órgano formado por hombres públicos de probada experiencia en asuntos estatales.

Posteriormente, se realizaron intentos de modificación constitucional apuntados a la adopción de un sistema de justicia administrativa similar al inglés o

¹⁷ PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En: Derecho Público Contemporáneo, Año 5, Número 9, Octubre-Noviembre 2005, Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República. Pág. 83 y ss.

norteamericano, en los cuales se vedaba a la administración del ejercicio de funciones jurisdiccionales. Todo esto se plasmó en la reforma constitucional de 1874 que finalmente eliminó la atribución contenciosa - administrativa que tenía el Consejo de Estado, de forma tal, que todo asunto judicial tuviera o no como parte al Estado, pasaba a ser de la competencia del Poder Judicial (principio de jurisdicción única). Sin embargo, ni el derecho positivo chileno, ni los tribunales de justicia, atribuyeron tal alcance a la reforma constitucional puesto que la ley sobre Organización y Atribuciones del Poder Judicial de 1875 dejó constancia que las magistraturas de fuero común, carecían de competencia para conocer de juicios que no pertenecieran al derecho privado.

Destaquemos que recién a contar de 1918 se dictaron algunas leyes que permitían a los particulares reclamar ante el Poder Judicial de los actos de los agentes de ciertos servicios públicos; por ejemplo, leyes de sanidad, de ferrocarriles, de impuestos, etc.

La Constitución de 1925 a través del 87 consultó por primera vez la existencia de tribunales contencioso administrativos, según los términos siguientes:

Art. 87. Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones

que se le interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

A pesar del tenor de la disposición, y toda vez que el legislador no concretó la creación de dichos tribunales especiales, se llegó a la conclusión de que los tribunales ordinarios carecían de competencia general para conocer de asuntos contencioso administrativos, pudiendo hacerlo únicamente en aquellos casos especiales en que una ley los autorizaba para conocer de específica materia contenciosa administrativa.

Han de destacarse las críticas - continúa el profesor Pantoja -, que en su época recibió el establecimiento de dicha disposición constitucional, por cuanto se consideraban a dichas magistraturas especiales como *“instrumentos fraguados por el Gobierno para reforzar su poder político en perjuicio de los ciudadanos”*, al percibirseles como *“Tribunales Administrativos, constituidos por funcionarios públicos, por agentes del Estado sometidos a la jerarquía presidencial, llamados a justificar las pretensiones procesales del Gobierno”*¹⁸

¹⁸ PANTOJA, Rolando. Op.Cit. Pág 92 y ss.

Por último, con el proyecto inicial de Constitución Política de la República de 1980 la situación no varió sustancialmente, ya que en la redacción original del código político el artículo 79 insistió en la creación de los tribunales contencioso administrativos en estos términos:

Artículo 79° inciso 1°, primera parte: “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contenciosas administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Sin embargo, la Junta de Gobierno modificó las disposiciones anteriores, circunscribiendo las facultades judiciales únicamente a los ámbitos civil y criminal y creando los tribunales contencioso administrativos, eliminando la mención indicada en el artículo 79 e incorporándola al artículo 38° inciso segundo:

Artículo 38 inciso 2°: Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiese causado el daño.

En concordancia con lo anterior, se dispuso en el artículo 79 inciso primero que los mencionados tribunales

contencioso administrativos quedarían bajo la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, “*conforme a la ley*”.

Este escenario sería removido una vez más por la aprobación de la ley N° 18.825, reforma constitucional de 17 de agosto de 1989, mediante la cual se eliminaron las remisiones de la Carta a los tribunales contencioso administrativos en sus artículos 38 inciso 2do. y 79 inciso 1ro., tercera parte; postulándose una vez más la plena competencia del Poder Judicial para conocer de estas materias.

En fallo rol N° 176 de 1994, el Tribunal Constitucional intentó aclarar el objetivo de aquella modificación expresando en su considerando 6° que “*El objetivo de la reforma constitucional de 1989, al eliminar la referencia a lo contencioso administrativo, fue que mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales contencioso administrativos, corresponderá a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos*”. Tesis que en la actualidad ha cobrado la mayor autoridad jurídica.

VI. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

6.1 Concepción Normativa

La Contraloría General de la República es un órgano constitucional de fiscalización de la Administración del Estado, independiente del Poder Ejecutivo y de los demás poderes y órganos constitucionales y estatales, cuyo fin último es la protección del Estado de Derecho. Su consagración normativa fundamental radica en el artículo 98 de la Constitución Política:

Artículo 98. “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; llevar la contabilidad general de la Nación, y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”

“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.”

A su vez el artículo 99 pormenoriza las funciones atribuidas a la Contraloría General en la misma sede constitucional:

“Artículo 99. 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; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

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

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

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

A su vez el artículo 1° de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional que fijó su organización y atribuciones, caracteriza en términos siguientes:

Artículo 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 la inspección

de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

6.2 Breve reseña histórica

Los primeros antecedentes del órgano contralor se remontan a la conquista española; año 1541, en que el primer Cabildo de Santiago designó a cuatro oficiales encargados de velar por el correcto uso de las Cajas Reales. Estas funciones luego se radicaron en la Real Audiencia, organismo que ejercía la administración financiera de la entonces Capitanía General de Chile; velaba por el comportamiento de los agentes reales y garantizaba el ejercicio regular de sus atribuciones públicas. Tras la Independencia Nacional, estas funciones contables, fiscalizadoras, consultivas y normativas fueron instaladas en los Tribunales de Cuentas y la Contaduría Mayor; para, posteriormente, en 1839: concentrarse en el primer organismo todas las funciones concernientes a la

fiscalización de los actos de la Administración del Estado que comprometían la Hacienda Pública. Además hubo de corresponderle la representación al Presidente de la República de la inconstitucionalidad o ilegalidad de ciertos actos a través del trámite de toma de razón.

El origen directo actual de la entidad fiscalizadora puede hallarse en las indicaciones formuladas en 1925 por la comisión presidida por Edwin Walker Kemmerer, contratada por el Presidente Alessandri Palma, en orden a fusionar el Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad, la Dirección General de Estadística y la Inspección General de Bienes de la Nación.

El objetivo de las reformas propuestas por la Comisión Kemmerer (integrada por destacados profesores de la Universidad de Princeton; expertos en finanzas y economistas) consistía en la racionalización del sistema jurídico y a política económica y la estructura financiera de la nación. Luego, se propuso también la creación del ente Contralor; los proyectos de Ley Orgánica de Presupuestos con métodos adecuados para configurar el presupuesto anual de la Nación; el Proyecto de Ley del Banco Central que concibió a dicho órgano como un supervisor de la actividad bancaria comercial; el Proyecto de Ley General de Bancos que creó la

Superintendencia de Bancos, y el Decreto Ley de Aranceles Aduaneros.

La materialización normativa de la propuesta de la Misión Kemmerer acerca de la Contraloría General de la República, se encuentra en el D. F. L. N° 400-bis de 1927 en que se concibe a ese organismo como independiente de todos los ministerios y oficinas estatales. En sí, se refundían las atribuciones del Tribunal de Cuentas, de la Dirección General de Contabilidad y de la Dirección General de Estadísticas.

El Presidente Emiliano Figueroa, en el mensaje de dicho cuerpo legal, manifestó que su creación obedecía a la necesidad de:

1. Remediar la desorganización existente en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales.
2. Fiscalizar el cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas que regulan la percepción de las rentas y la correcta aplicación de ellas a los gastos nacionales.

En este sentido, quedaron bajo el control de este Organismo de Fiscalización las siguientes materias:

- El cumplimiento de leyes, decretos e instrucciones en el actuar jurídico de las oficinas públicas;

- La organización y control de la contabilidad tanto de la Nación toda y oficinas públicas en general, como de todos los empleados, instituciones, establecimientos o personas que administren, recaudaren o invirtieren valores fiscales u otros bienes de propiedad del Estado o de que éste fuere responsable, fijando el plazo y la forma de rendición de cuentas y efectuando el examen y juzgamiento de tales cuentas, determinando y haciendo efectivas las responsabilidades que pudieren caber;
- Informar a los poderes públicos sobre los presupuestos, la recaudación, administración e inversión de fondos nacionales y sobre la destinación o empleo de bienes o propiedades del Estado;
- Dictar los reglamentos y disposiciones administrativas e impartir las instrucciones necesarias para la legal y correcta inversión, administración y fiscalización de los fondos del Estado.

Posteriormente, con el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis de 1928 se reorganizó la estructura interna de la Contraloría, otorgándose al Presidente de la República la facultad de crear las secciones y organismos administrativos que considerare necesarios mediante un reglamento que debía de dictar en el plazo de sesenta días contados desde la publicación del D. F. L. citado. Ese cuerpo normativo

sistematizó las atribuciones del Contralor General de la República, otorgándole competencia exclusiva para conocer de todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios y empleados encargados de recibir, pagar o custodiar fondos o bienes del gobierno; y del examen y revisión de todas las deudas con cargo o a favor del Estado.¹⁹

En conjunto con tales reformas, se creó una de las mayores atribuciones desde el punto de vista jurídico: el control preventivo de la legalidad de los decretos de gastos e ingresos que debía realizarse en el plazo de veinte días contados desde la fecha de recepción del Decreto Supremo, plazo en el cual podía ser cursado o representado con la firma del Contralor y Subcontralor. En caso de representación, el Presidente de la República podía insistir a través del Decreto de Insistencia firmado por todos sus ministros; obligando al Contralor a cursar el decreto insistido y, consecuentemente, eximiéndolo de responsabilidad.

Con posterioridad, en el año 1943 por reforma constitucional de la ley N° 7.727, se otorgó rango constitucional al Organismo Contralor, concibiéndosele como un organismo autónomo de toda otra autoridad del Estado,

¹⁹ Artículo 6° Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960-bis, del Ministerio de Hacienda, de 30 de diciembre de 1927.

para cuyo efecto se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 21 de la ley orgánica respectiva:²⁰

Artículo 21, inciso 2°. 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 determine la ley”.

“La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el N° 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”.

²⁰ Artículo 1° de la ley N° 7.727. Publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1943.

6.3 Funciones y Atribuciones de la Contraloría General de la República

Las funciones que le son encomendadas constitucional y legalmente implican componentes jurídicos y contables. Así, procede relatar:

6.3.1 Ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración del Estado

El principio de juridicidad de la Administración del Estado supone el sometimiento al ordenamiento jurídico; vale decir, las normas que lo componen: Constitución y leyes dictadas a su conformidad.

La tutela de este principio persigue velar por el respeto de los derechos individuales y la tutela de los intereses públicos. Hay que recordar, luego, que el principio de legalidad lleva incorporada una exigencia de particular importancia: la que obliga a la administración pública a comportarse con racionalidad y prudencia, y le prohíbe todo ejercicio arbitrario de autoridad, aun en los casos, obviamente, en que el ordenamiento autoriza a sus órganos a actuar según un principio de discrecionalidad.

Se ha entendido por parte del Organismo de Control que el cumplimiento del “*principio de legalidad*” no solo significa la sujeción de la actividad administrativa a la

normativa vigente respetando las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico, sino también el que dichos preceptos deban ser cumplidos cabal y lealmente; acatándose el fondo, la forma y el fin de las normas. Todo importa una conducta coherente con el concepto de servicio público, cuya prestación debe darse en términos de continuidad, probidad y eficiencia.

En una primera aproximación, podemos decir que este control se efectúa a través de la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la Administración del Estado –dictámenes y oficios que conforman la llamada Jurisprudencia Administrativa –, y a través del control formal de las órdenes emanadas de la administración activa, control que puede ser preventivo, simultáneo o a posteriori. En particular, esta última función se lleva a cabo a través del trámite de “*toma de razón*”, contemplado en los artículos 99 del Código Político y 10 de la ley N° 10.336. El trámite consiste en un control jurídico previo, general y obligatorio, al que están sometidos los actos de la administración; y consiste en un pronunciamiento o examen acerca de la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones y normas legales, esto es, decretos con fuerza de ley; que de conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría.

Cabe destacar que por constituir la toma de razón un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, no puede la Contraloría General, con ocasión del mismo, pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

En el siguiente capítulo, profundizaremos en el sentido y alcance de esta función.

6.3.2 Fiscalización del Ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes

La Contraloría General tiene amplias facultades de auditoría y de carácter inspectivo sobre los servicios que fiscaliza. Mediante esta labor se evalúan los controles internos, se examinan las cuentas, se realizan las pruebas de validación pertinentes y se verifica el funcionamiento de los servicios de acuerdo con la ley. Si a partir de las tareas de investigación realizadas, tanto de oficio como a petición de la Cámara de Diputados o por denuncias, se verifican faltas administrativas, el Organismo Contralor puede realizar procedimientos disciplinarios a fin de hacer efectivas las responsabilidades funcionarias que correspondan.

En tal caso el organismo carece de facultades sancionadoras y solo se remite a postular medidas ante las

respectivas autoridades con competencia decisoria. Sin embargo, tratándose de infracción a la reglamentación sobre uso de vehículos estatales, la entidad fiscalizadora aplica directamente las sanciones, existiendo la posibilidad de apelar ante la Corte Suprema para el caso de la medida disciplinaria de destitución.

6.3.3 Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de estas entidades

De acuerdo a los artículos 60 y 85 de la ley N° 10.336 todas las personas o entidades cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia, o administración de fondos o bienes fiscales, municipales o de los organismos o servicios que determinen las leyes; deben rendir cuentas comprobadas (documentadas) de su manejo, en la forma y plazo que señale la ley. Con esto, se busca asegurar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad.

En cumplimiento de esta función, la Contraloría General puede iniciar Juicios de Cuentas en contra de funcionarios o ex funcionarios cuando con motivo de la administración de los recursos entregados a su custodia han actuado ilegalmente, con dolo o negligencia, provocando daño

al patrimonio público. El Juicio de Cuentas 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.²¹ Este juicio tiene por objeto que el Estado se resarza de los perjuicios que se le hayan causado, situación que fluye del respectivo examen de cuentas o de las conclusiones de un sumario administrativo. Procedimiento que se origina a través de la demanda respectiva denominada “reparo” y se deduce en contra de los inculcados por el jefe de la oficina de la Contraloría General o contralor regional que haya practicado el examen de cuentas que sirve de fundamento a esa demanda; o aquella que revisó las conclusiones afinadas del respectivo sumario administrativo o investigación sumaria que servirá a su vez de examen de cuentas²². Dichos afectados, por regla general, deben responder en forma solidaria.

Esta acción caduca en el plazo de un año desde la entrega de la documentación respectiva. El juez de Primera Instancia es el Subcontralor, y el Tribunal de Segunda Instancia se encuentra integrado por el Contralor General,

²¹ HANSSEN T., Carlos. La Función Jurisdiccional de la Contraloría General de la República. Editorial Lexisnexis, 2007. Pp. 46 y ss.

²² HANSSEN T., Carlos. Op.Cit. Pp. 90 y ss.

quien lo preside, y por dos abogados que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, los cuales serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor General. Sus reemplazantes serán designados en igual forma.

El fallo condenatorio se cumple mediante el descuento de remuneraciones o haciéndose efectivas las fianzas de fidelidad funcionaria o mediante un juicio ejecutivo seguido ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

6.3.4 Llevar la contabilidad general de la Nación

Esta función consiste en la implementación de métodos de contabilidad en los servicios e instituciones que se hallan sometidos a su fiscalización; en la mantención de los registros y, en general, en la recopilación de toda la información acerca de la gestión financiera del sector público. Se añade que la obligación de contabilidad se concreta a través de la suma total de activos y pasivos de todas y cada una de las entidades y servicios del sector público afectos a este sistema de contabilidad. Uno de los resultados de esta función es la elaboración del Balance Anual de la Gestión Financiera del Estado, que es informado anualmente al Presidente de la República y al Congreso Nacional. En toda esta consecución el Contralor General cuenta con atribuciones para solicitar

todo los informes parciales periódicos que se estimare necesarios vigilándose la correcta aplicación de los ingresos y gastos contenidos en los diversos ítem de la ley anual de presupuestos²³.

²³ Título IX de la ley N° 10.336, en relación con los Títulos II y V del decreto ley N° 1.263, de 1975.

VII. CONTROL DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN QUE EFECTÚA LA CONTRALORÍA GENERAL

7.1 Antecedentes previos

Quizás la función más importante asignada a la Contraloría es, precisamente, el ejercicio del control de juridicidad de los actos de la administración. Esta función se cumple principalmente de dos formas: mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la Administración del Estado – dictámenes y oficios que conforman la denominada “Jurisprudencia Administrativa” -, y a través del control de las órdenes formales emanadas de la Administración activa, control que puede ser preventivo, simultáneo o a posteriori. En particular, el control preventivo de juridicidad se lleva a cabo en el trámite constitucional de la Toma de Razón.²⁴

7.2 La Función de Dictaminar

Una de las vías por las cuales la Contraloría General cumple la función de control de juridicidad radica en la facultad interpretativa de normas jurídicas en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la expedición de

²⁴ Oficio N° 35.397, de 2007, de la Contraloría General de la República.

informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización. Dicha potestad se encuentra reconocida en distintas normas, como por ejemplo el artículo 6° de la ley 10.336, en cuanto indica que le corresponde a la Contraloría General el informar respecto de diversas materias, vinculadas al Estatuto Administrativo y al funcionamiento de los servicios *“para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*, y sobre cualquier otro asunto vinculado con la inversión o compromiso de fondos públicos. Asimismo, el artículo 9° del precitado texto legal, contempla la obligación del Contralor de emitir por escrito su informe a petición de cualquier Jefe de Oficina o Servicio sobre todas las materias de competencia de aquél. Finaliza esta disposición indicando que *“estos informes serán obligatorios”*.

La labor dictaminante la entendemos como trasunto del derecho constitucional de petición del artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental, conforme al cual los particulares presentan *“peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”*.

El citado precepto llama la atención por cuanto no consagra expresamente un deber de respuesta de la

autoridad, obligación concebida por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución pero eliminada en las posteriores revisiones efectuadas por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno²⁵. Si bien la doctrina en general se manifiesta de acuerdo en cuanto a la obligatoriedad de dicha respuesta en caso de plantearse a la autoridad un reclamo fundado en el interés particular; no existe un criterio uniforme respecto de aquella persona que hace uso de este derecho a fin de asumir la defensa de un interés general que puede o no afectarle. Haciéndose cargo de este punto, y en virtud de la amplitud de la consagración del derecho constitucional de petición, la misma jurisprudencia de la Contraloría General ha reglamentado el uso del derecho de petición a su respecto, indicando que sólo procede en el caso de funcionarios públicos o particulares que se vean afectados por una *“resolución denegatoria o que se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado”*.²⁶

Una primera aproximación a lo que se entiende por *“dictamen”* fluye de la misma jurisprudencia administrativa que lo define como informes jurídicos emitidos por el Contralor General de la República en virtud de una atribución legal que le faculta para determinar e interpretar el derecho

²⁵ VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio. Derecho Constitucional, Tomo I, pp. 276.

²⁶ Oficio Circular N° 24.841, de 1974, de la Contraloría General de la República.

aplicable a un caso concreto, a requerimiento de las autoridades administrativas o de funcionarios o particulares que consideren que se ha desconocido o denegado un derecho por parte de la administración.²⁷

Por su lado, el profesor Eduardo Soto Kloss conceptúa los dictámenes como *“actos administrativos unilaterales emanados de la Contraloría General de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, dotados de imperatividad propia, pues producen sus efectos por su sola dictación y notificación, sin necesidad de actividad material o jurídica posterior, de carácter vinculante para la Administración, para sus funcionarios y para los terceros relacionados con ella”*.²⁸

En su categoría de actos administrativos, los tribunales de justicia han ratificado enfáticamente su competencia para saber de las impugnaciones materializadas mediante el recurso de protección, en el caso de considerarse que los dictámenes adolezcan de ilegalidad o arbitrariedad y, eventualmente, agraviar en forma directa derechos subjetivos, pese a la interpretación que sobre la materia ha sostenido la Contraloría General. Ésta afirma que los dictámenes sólo fijan el *“sentido y alcance de la norma administrativa”*,

²⁷ Dictámenes N°s 31.198, de 1978, 6.729, de 1979, 48.362, de 1980 y 1.102 de 1982, de la Contraloría General de la República.

²⁸ SOTO, Eduardo. El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, 1982, páginas 376 a 382.

correspondiendo a la autoridad administrativa resolver las peticiones planteadas.²⁹

En nuestra opinión, el criterio sostenido por la Contraloría General es erróneo; toda vez que, en tanto sus pronunciamientos tienen, en lo material, el efecto de resolver los conflictos que acaecen entre particulares y los diversos órganos de la administración y, además, por virtud de los principios del Estado de Derecho se explicita la aplicación impersonal y objetiva de las normas a gobernantes y gobernados; el Órgano Fiscalizador no puede restarse del cumplimiento de dichas normas y al control jurisdiccional de sus decisiones mediante los recursos que procedan ante los Tribunales de Justicia, que a través de sus sentencias afinan la última palabra en lo que a derecho se refiere.

Como ya señalamos, los dictámenes pueden ser solicitados por funcionarios públicos y particulares en ejercicio del derecho de petición, pero con mayor habitualidad tales pronunciamientos son requeridos por las autoridades administrativas como los ministerios, subsecretarías, intendencias, gobernaciones, jefes superiores de servicio o su equivalente. Estas consultas deben venir acompañadas de un informe jurídico fundado sobre el asunto de que se trate

²⁹ Dictamen N° 72.213, de 1977, de la Contraloría General de la República.

expedido por la fiscalía, departamento legal o asesoría jurídica de la entidad respectiva.³⁰

El ejercicio de esta potestad por parte de la Contraloría General generó una doctrina de precedentes obligatorios aplicables a casos análogos³¹; favoreciéndose la unidad del sistema normativo en una interpretación uniforme y consistente. Estos pronunciamientos vinculando obligatoriamente a los órganos administrativos asocia su inobservancia al acarreo de responsabilidad. En efecto, según prescribe la ley, los dictámenes son obligatorios para los órganos y funcionarios sometidos al control de la Contraloría y, además, deben ser especialmente observados por los *“abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”*, y son los *“únicos medios”* que pueden hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias de competencia del órgano contralor.³²

A través de esta actividad interpretativa, se facilita que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública se transformen; a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada, en normas específicas de conducta; lo que unido al carácter obligatorio

³⁰ Circular N° 24.841, de 1974, de la Contraloría General de la República.

³¹ Artículo 6°, inciso 4° de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

³² Artículos 19 y 6, inciso cuarto, de la ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General.

de esta jurisprudencia, cumple una función garantizadora del imperio del Derecho en el ámbito administrativo con incidencia en la cautela del interés público y la tutela de los derechos de las personas susceptibles de ser amagados o vulnerados por la actividad administrativa. Asimismo, se vuelve realidad el imperativo jurídico para que los órganos estatales frente a situaciones análogas decidan sin alteración, bajo los mismos presupuestos de hecho y de derecho, los criterios conforme a los cuales adoptan sus decisiones.³³

De este modo, la función entregada por la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República en cuanto interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, y el uso que de esta facultad ha hecho esta Institución, permiten dar cumplimiento al principio de igualdad ante la ley.

7.3 La función de Toma de Razón

El principal mecanismo de control de juridicidad que ejerce la Contraloría General es el procedimiento de “*toma de razón*”, cuyo concepto se afirma primeramente en el artículo 99 de la Constitución Política:

³³ ASTORQUIZA A., Gastón. A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamentos. Condiciones. Criterios. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Imprenta Contraloría, 2002. pp. 169 y ss.

Artículo 99. “En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.”

Doctrinariamente, el profesor Eduardo Soto Kloss, ya se adelantó, aproxima la toma de razón al concepto de *“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”*³⁴ En este orden de ideas hace presente que la decisión administrativa reviste el carácter de proyecto, necesitando el examen favorable de legalidad de la toma de razón para su concreción normativa.

Los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer lo entienden *“como el pronunciamiento o examen acerca de la*

³⁴ SOTO K., Eduardo. La Toma de Razón y el Poder Normativo de la Contraloría General de la República. En: La Contraloría General de la Republica, 50 años de vida Institucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977. Pp. 176.

constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría, como asimismo, de los decretos con fuerza de ley”. Ellos destacan que mediante la toma de razón “no se hace una crítica al decreto o resolución respecto de su contenido, ni tampoco se emite pronunciamiento sobre la prudencia o consistencia de lo ordenado, por cuanto si así fuera, el Contralor se sustituiría al Presidente de la República en la gestión gubernativa y administrativa”.³⁵

Por su parte, la misma Contraloría General ha entendido que la toma de razón “es el procedimiento de control preventivo a través del cual dicho organismo verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos que, en conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República”. De este modo, durante la toma de razón, y según sostiene el mismo Organismo Fiscalizador, “carece de facultades para pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.³⁶.

³⁵ VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, pp. 279 y ss.

³⁶ Oficio N° 35.397, de 2007, de la Contraloría General de la República.

7.3.1 Características de la toma de razón de los actos administrativos

- Es un control preventivo Lo cual implica que la época del ejercicio de la toma de razón es antes de que el acto administrativo analizado nazca a la vida del derecho, por cuanto su objetivo es impedir la consolidación de las determinaciones administrativas que no se ajusten al ordenamiento jurídico. Constituyen excepciones a lo anterior: los decretos de aplicación inmediata o de urgencia³⁷ en los cuales la toma de razón ocurre incluso con posterioridad a la notificación o publicación. En estos casos, el control de Contraloría toma el carácter de represivo, actuando con posterioridad a que dicha decisión produzca sus efectos.
- Es un control de juridicidad Su objeto es asegurar que el acto administrativo respete integralmente el ordenamiento jurídico, a fin de que éste no sea sobrepasado por las resoluciones o decretos irregulares de la administración. Durante este control, se verifica la adecuación del acto administrativo a la Constitución y a la legislación, entendida esta última en sentido amplio: leyes, decretos con fuerza de ley y dictámenes del mismo Órgano de

³⁷ Artículo 10º, inciso 7º de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Control; sobrepasando, por ende, el concepto de control de la “*legalidad*” en sentido estricto, es decir, referido únicamente a las leyes. En este examen, la Contraloría General tiene vedado el fiscalizar la conveniencia u oportunidad de los actos y contratos de la Administración, así como el sustituirse en la calificación jurídica o ponderación de ciertos hechos (“*conceptos jurídicos indeterminados*”.) con que la ley condiciona el ejercicio de ciertas prerrogativas, porque le correspondería hacer a la autoridad administrativa pertinente de manera “*discrecional, exclusiva y excluyente*”.³⁸ Tampoco se extiende este control a la discrecionalidad de la administración, como ocurre, por ejemplo, con la ponderación de los méritos funcionarios en el proceso de calificación. En relación a la normativa aplicable al acto administrativo analizado, cabe señalar que la propia Contraloría ha manifestado que éstos se rigen por la ley vigente a la fecha de su emisión³⁹ y, en consecuencia, debe verificarse si las resoluciones sometidas a su examen se ajustan a las disposiciones legales en que se fundamentan y que regían a la fecha en que fueron dictados, debiendo darles curso si cumplen con esta exigencia. Lo anterior, no obstante, ha sido criticado fuertemente por la doctrina al

³⁸ Dictámenes N°s 58.643, de 1973, 40.756, de 1976 y 23.377, de 1985, de la Contraloría General de la República.

³⁹ Dictamen N° 31.909, de 1989, de la Contraloría General de la República.

considerarse que la toma de razón, que también reviste la calidad de acto administrativo, debe regirse por la ley vigente a la fecha de su emisión.⁴⁰

- Es un control imprescindible Como ya se indicó, para la doctrina la falta de toma de razón implica la inexistencia de un acto administrativo válido por lo que su ejecución o cumplimiento constituiría solo una vía de hecho. En armonía con el artículo 7° de la Carta Fundamental, dicho acto no habría sido emitido en la forma que ordena la ley, encontrándose viciado de nulidad de derecho público. En efecto, sin que la Contraloría se pronuncie favorablemente acerca de la juridicidad de forma y de fondo del decreto o resolución, tomando razón de él, no habría nacido a la vida del Derecho. Incluso, en virtud de tal consideración, es que algunos autores admiten que, durante el trámite de toma de razón, la Contraloría General revestiría la calidad de Poder del Estado considerándose que actúa en el hecho como coadministrador, ya que si dicho trámite no se cumple el acto no podría nacer a la vida jurídica.⁴¹
- Es un control impeditivo Vale decir, se impide el acceso a la vida jurídica de las decisiones o proyectos de actos administrativos no conformes a derecho, a través del ejercicio de la atribución de representación. En los casos de

⁴⁰ ARÓSTICA, Iván. El trámite de toma de razón de los actos administrativos. En: Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 49, Enero-junio 1991. Pp. 144.

⁴¹ VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio. Op.Cit. pp. 275 y ss.

las medidas de urgencia, la representación priva de fuerza legal al decreto o resolución, debiendo dejarse sin efecto su aplicación o suspenderse de inmediato, según corresponda. Sin perjuicio, como se explicará con posterioridad, de que la paralización o frustración del acto representado no sea necesariamente definitiva y permanente, al ejercerse la facultad de insistencia entregada al Presidente de la República.

7.3.2 Procedimiento

La toma de razón configura un acto trámite, necesario para la existencia del acto administrativo final. Dicho procedimiento comienza con el envío al Organismo Fiscalizador del decreto o resolución firmados por la autoridad que los expide previa data y numeración. Debiéndose incluir en los respectivos antecedentes justificativos los antecedentes técnicos. También debe acompañarse la solicitud del interesado, en caso de que la hubiere.

Una vez ingresado el proyecto de acto administrativo, la autoridad contralora debe pronunciarse dentro del plazo que señala la ley. El inciso primero del artículo 10 de la ley N° 10.336 establece como regla general el plazo de 15 días, el cual puede ser prorrogado por el

Contralor, mediante resolución fundada, en el caso de existir motivos graves y calificados. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan establecerse plazos especiales de tramitación en otras normas legales.

El pronunciamiento de Contraloría se realiza en virtud de un acto expreso de toma de razón o de representación. La primera situación ocurrirá si se estima que el acto administrativo de que se trata es regular, es decir que no merezca reparos de constitucionalidad o legalidad. Dicha toma de razón puede ser pura y simple, o con alcance, en el caso de que el decreto o resolución adolezca de reparos de menor entidad, como errores de citas o de referencias. En este caso, se hacen presente las circunstancias a través de un oficio correctivo o dictamen imperativo que pasa a formar parte integrante del decreto o resolución cursado, y que en el caso de los actos administrativos que deban publicarse por mandato legal o reglamentario - ya sea de interés general o que afecte a un número indeterminado de personas - se consideren como auténticos y oficialmente comunicados a quienes corresponda.⁴².

La Contraloría General puede también representar el acto administrativo, decreto o resolución, que se someta a su control. Y ello consiste en observar oficialmente, a través

⁴² Dictamen N° 30.310, de 1993, de la Contraloría General de la República.

de una comunicación escrita y fundada enviada al Presidente de la República por el Ministerio que corresponda, las partes del texto propuesto estimadas inconstitucionales o ilegales.⁴³

Esta figura implica una objeción de juridicidad del decreto o resolución, caso en el cual dicho documento es devuelto a la autoridad emisora junto a un oficio explicativo de las razones de su objeción. Frente a esto, la Administración puede conformarse con las observaciones o emplear el recurso de reconsideración, aportando nuevos antecedentes o aclaraciones que hagan jurídicamente procedente la toma de razón; subsanar los reparos expresados en la representación, para luego retransmitir el decreto o resolución; o finalmente insistir a través de un decreto supremo del Presidente de la República firmado por todos los ministros.

La facultad de insistencia exige, de acuerdo a la Constitución, la firma de todos los Ministros de Estado, lo que no sólo agrega responsabilidades, sino que constituye una garantía de mayor reflexión por el grupo de asesores del Presidente y de este último. Sólo en este último caso la Contraloría se ve compelida a tomar razón de ambos actos administrativos, el decreto objetado y el decreto de insistencia, debiendo remitir copia íntegra de los antecedentes

⁴³ VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio. Ob. cit, pp. 281 y ss.

a la Cámara de Diputados, a fin de que ésta pueda ejercer sus funciones de control político, si lo estima procedente.

Cabe destacar que la facultad de insistencia del Jefe de Estado sólo procede, de acuerdo al texto expreso de la Carta Fundamental, cuando la representación se ha debido a un vicio de legalidad y no por reparos de inconstitucionalidad⁴⁴. Tampoco procede respecto de decretos de gastos que excedan los límites constitucionales. Además, dicha atribución debe ser ejercida de manera oportuna, lo cual, básicamente, supone que la Contraloría General tenga la oportunidad de pronunciarse sobre el texto completo del acto administrativo que se insiste a posteriori; no encontrándose ajustados a derecho, por lógica, aquellos actos administrativos que nacen insistidos⁴⁵. Se ha estimado por la doctrina nacional que la insistencia debe hacerse en un plazo prudencial, el cual sería de idénticos 10 días que tiene el Presidente de la República para acudir ante el TC respecto de la representación de Contraloría por vicios de inconstitucionalidad.

⁴⁴ Artículo 99, inciso 3°, Constitución Política de la República.

⁴⁵ Dictamen N° 90.855, de 1966, de la Contraloría General de la República.

7.3.3 Particularidades sobre el control de juridicidad realizado por la Contraloría General

La Contraloría General cumple una importante función en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. En palabras del profesor Fiamma el Contralor es el primer guardián de la Constitución en lo que a este tipo de actos se trata (siendo los otros tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema) y su juicio, siendo el primero, orienta en el sentido de la constitucionalidad del acto a los demás órganos del Estado⁴⁶.

Como ya se indicó, tanto la Constitución como la ley N° 10.336 le asignan a la Contraloría General la potestad para pronunciarse, a propósito de la toma de razón, sobre la “*constitucionalidad y legalidad*” de los actos de la Administración, realizando una explícita diferencia entre ambos tipos de análisis.

Así, un acto administrativo podrá ser representado tanto por ser inconstitucionalidad, o bien por ser ilegal. Lo anterior, tal como indica el profesor Iván Aróstica, reviste enorme importancia, al considerar que la insistencia presidencial sólo procede respecto a la representación por ilegalidad, mientras que en el caso de la representación por

⁴⁶ FIAMMA, Gustavo. El control de constitucionalidad de los actos administrativos. En: Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N°s 37-38, Enero-Diciembre 1985. Pp. 257.

inconstitucionalidad, la autoridad administrativa sólo puede elevar la contienda ante el Tribunal Constitucional.

También hace patente el profesor que el acto administrativo ilegal será siempre, y al mismo tiempo inconstitucional. En efecto, el acto administrativo representado por razón de legalidad, es también, dada la vinculación directa a la Constitución a que se encuentra sometida la administración, al mismo tiempo inconstitucional; toda vez que dicha decisión infringiría las normas constitucionales que institucionalizan el principio de la legalidad administrativa.

Sin embargo, la Contraloría General ha hecho un distingo sobre la materia, representando aquellos actos directamente contrarios a la Constitución, pero no aquellos que hayan sido dictados conforme a una ley inconstitucional, porque en este último evento sí lo cursa. En efecto, el Organismo Fiscalizador ha hecho presente, en reiterados pronunciamientos, que la inconstitucionalidad de la ley es materia del recurso de inaplicabilidad de que debe conocer la Corte Suprema⁴⁷, sosteniendo lo propio respecto de los decretos promulgatorios de ley y de los decretos con fuerza de ley.

⁴⁷ Dictámenes N°s 59.945, de 1974, 75.697, de 1977 y 19.244, de 1979, entre otros.

Sobre la materia, el profesor Aróstica agrega que la Contraloría General no puede dejar de fiscalizar este tipo de inconstitucionalidad: *“si bien carece de facultades para fiscalizar la ley, no puede tampoco condescender con ella y permitir que multiplique sus efectos nocivos, por medio de actos respecto de los cuales si tiene atribuciones para controlarlos. Resignarse a ello implicaría-en la forma- que sus atribuciones han resultado, a la postre, disminuidas por leyes que ni siquiera pueden tener rango orgánico constitucional (contrariando lo dicho por el actual artículo 98 de la Constitución Política) y –en el fondo- al hacer suya la infracción constitucional (cometida por la ley y repetida en el acto) estaría colocándose ella también como responsable de la inobservancia, tanto del precepto específico violado en cada caso, cuando de lo dispuesto en los artículos 6 y 99 de la Constitución”*.⁴⁸

En el mismo sentido, el profesor Jorge Reyes Riveros hace presente que el Organismo Contralor, en tanto entidad del Estado, se encuentra en el deber de observar lo dispuesto en el artículo 6° inciso 1° de la Ley Fundamental. Así, en el ejercicio de su objeto de velar por el principio de juridicidad del actuar de la administración del Estado, se halla en la necesidad jurídica de aplicar el principio de

⁴⁸ ARÓSTICA, Iván. Op.Cit. pp. 139 y ss.

supremacía constitucional. Ello, incluso en el caso en que una ley transgreda el orden constitucional, debiendo en tal situación preferir la norma constitucional a la legal; y sin que ello importe, por cierto, una declaración de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de la norma legal de que se trate.⁴⁹

En relación a lo anterior, creemos que efectivamente el Contralor en virtud del principio de supremacía constitucional se encuentra obligado a declarar la inconstitucionalidad de un acto, aún cuando este haya sido dictado conforme a una ley. Ahora bien, tal situación implicaría, en la práctica, el incumplimiento de una disposición legal bajo pretexto de inconstitucionalidad, juicio para el cual el Contralor General carece de atribuciones para emitir. Tampoco puede suspender la toma de razón indefinidamente a fin de requerir un pronunciamiento de la Corte Suprema, y carece de legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional. En este sentido, nos parece que si bien la obligación Constitucional es manifiesta, la falta de claridad entre las competencias correspondientes al control de constitucionalidad impiden al Contralor, en la práctica, adoptar otra actitud que la actual respecto a tales actos administrativos.

⁴⁹REYES, Jorge. Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control. En: Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 20, 1993. Pp. 451 y siguientes.

7.3.4 Actos sometidos y excluidos de la toma de razón

Por regla general, todos los actos administrativos se encuentran sujetos al trámite de toma de razón, lo que resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 99 de la Carta Fundamental. Sin embargo, por razones de orden práctico, el legislador delegó en el Contralor la facultad de eximir del examen previo de juridicidad aquellas decisiones administrativas que recaen en materias de fácil tramitación, o que se supone no dan origen a mayores problemas jurídicos; lo que, en el caso de los decretos supremos, sólo puede referirse a aquellos decretos firmados “*por orden del Presidente de la República*”. En este sentido, la toma de razón se encuentra especialmente circunscrita a los decretos y resoluciones⁵⁰, y más específicamente a los decretos supremos y a las resoluciones de los jefes de servicios.⁵¹

A mayor abundamiento, también se encuentran exentos de la toma de razón aquellos decretos supremos o resoluciones de jefes de servicio que una ley orgánica constitucional exima de la toma de razón, como sucede por ejemplo, con el artículo 44 de la ley N° 18.695, que expresamente exime del trámite de toma de razón a las

⁵⁰ Artículo 99 de la Constitución Política de la República

⁵¹ Artículos 1° y 10° de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General.

resoluciones que dicten las municipalidades, sometiéndolas al trámite de registro cuando afecten a funcionarios municipales.

La Contraloría General mediante la resolución N° 1600 de 2008, precisa cuales son los actos administrativos que se encuentran exentos del trámite de toma de razón, haciendo presente que deberán siempre enviarse a toma de razón los decretos que sean firmados por el Presidente de la República, así como los reglamentos que firmen los Jefes Superiores de Servicio, siempre que traten de materias sometidas a toma de razón⁵².

Cabe destacar que el hecho de que una decisión administrativa se exima del trámite de toma de razón, no implica que Contraloría pierda la posibilidad de realizar su función fiscalizadora, por cuanto esta puede llevarse a efecto a través de otras vías, tales como los controles inspectivos, control de resultados globales, etc.; las cuales apuntan a lograr una mayor agilidad en la actuación del órgano administrativo.

Por otra parte, y sin perjuicio de la exención del trámite de toma de razón, es posible la procedencia de otras medidas de control que disponga el Contralor General en el objeto de asegurar la legalidad de los actos de la

⁵² Artículo 1° de la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, sobre exención del trámite de toma de razón.

Administración y hacer efectivas las responsabilidades que procedan. Conforme lo anterior, se encuentran detallados una serie de decretos o resoluciones que, no obstante encontrarse exentas de toma de razón en virtud de sus materias, deben enviarse al Organismo Fiscalizador para su registro y control posterior. Estas materias se individualizan en los términos siguientes⁵³:

Artículo 15: “Los decretos y resoluciones exentos relativos a las materias que se indican a continuación deberán enviarse en original para su registro en esta Contraloría General, dentro del plazo de 15 días contado desde la fecha de su emisión, sin perjuicio de ejecutarse de inmediato:

- 1. Suplencias dispuestas con personal del mismo servicio, salvo que se refieran a cargo de exclusiva confianza.*
- 2. Las designaciones a contrata dispuestas por períodos inferiores a quince días*
- 3. Prórrogas de designaciones a contrata.*
- 4. Contratos de personas naturales a honorarios:*
 - a. Que se paguen por mensualidades, por un monto mensual igual o inferior a 75 unidades tributarias mensuales.*

⁵³ Artículo 15 de la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República

b. A suma alzada o cualquier otra modalidad de pago, cuyo monto total sea igual o inferior a 150 unidades tributarias mensuales.

c. Renovaciones de contratos a honorarios asimilados a grado dispuestas en iguales condiciones.

5. La medidas disciplinarias no expulsivas que se apliquen a los Fiscales Regionales.

De otro lado, las resoluciones que no se encuentren sometidas al trámite de toma de razón de acuerdo con la ley, pero que emanen de servicios afectos a control de sus dotaciones en conformidad al ordenamiento vigente; también deberán ser remitidas para su registro cuando versen sobre materias tales como nombramientos, contrataciones asimiladas a grados, contrataciones a honorarios y otras formas de incorporación de personal, salvo que se trate de trabajadores a jornal regidos por el Código del Trabajo.⁵⁴

7.3.5 Alcances de la toma de razón en el control de los actos de gobierno y actos administrativos

A fin de determinar el alcance de la potestad de control de juridicidad de la Contraloría General de la

⁵⁴ Artículo 11° de la Resolución N° 520, de 1996, de la Contraloría General.

República, es necesario diferenciar los denominados “*actos de gobierno o políticos*”, de aquellos llamados “*actos administrativos*” propiamente tales. La distinción entre tales actuaciones tiene su raíz en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, en los artículos 24, 32 y 33 de la Carta Fundamental. En efecto, el artículo 24 inciso 1º de la Constitución Política de la República de 1980 distingue entre el “*gobierno y la administración del Estado*”, señalando que ambas le corresponden al Presidente de la República, “*quien es el Jefe del Estado*”. Asimismo, el artículo 33, en relación a los Ministros de Estado, dispone que éstos son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado, quedando patente la duplicidad y diferenciación realizada por la Carta Fundamental entre dichas funciones.

En nuestra legislación no existe una regla constitucional expresa ni un desarrollo legislativo que diferencie ambas actividades, sin embargo podemos mencionar algunas diferencias entre tales actuaciones:

1. Los actos administrativos en general, corresponden a aquéllos que llevan adelante el Presidente de la República, sus ministros y los jefes de servicios públicos; todos regidos por la Constitución Política, la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de

la Administración del Estado, la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, y los estatutos especiales, sujetos a control judicial pleno; con posibilidades de nulidad y responsabilidad jurisdiccionalmente declaradas. Así, el acto administrativo concuerda con la definición dada al artículo 3° de la Ley N° 19.880 que los concibe como *“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”*.

2. Por actos de gobierno, en general, se ha entendido aquellas *“atribuciones especiales”* de orden político que enumera el artículo 32 de la Constitución Política, y en especial las que dicen relación con las siguientes materias:
 - a. Nombramientos directos de servidores del Estado, o con la concurrencia de otros poderes del Estado;
 - b. Los poderes normativos del presidente: la dictación de reglamentos autónomos y de ejecución.
 - c. La conducción de las relaciones internacionales
 - d. Las relaciones del Presidente con los otros poderes del Estado: con el Congreso Nacional (en su capacidad de colegislador) y con el Poder Judicial (conducta ministerial de los jueces).

7.3.6 Posiciones doctrinarias sobre los actos de gobierno y actos administrativos

En nuestra doctrina no existe una posición unívoca respecto a lo que se entiende por actos políticos o de gobierno. El profesor Enrique Silva Cimma manifiesta en alusión a este asunto, que el Jefe de Estado, en ejercicio de sus potestades jurídicas, puede dictar actos destinados al gobierno y administración del Estado, o sea, de contenido político o gubernamental y propiamente administrativos, derivado de la diferencia expresa que hace el artículo 24 de la Carta Fundamental sobre la materia. A través de dicha disposición, se diferencia positivamente las funciones de gobierno y administración, entregando ambas competencias al Presidente de la República, y en tanto emite actos como resultado del ejercicio de competencias de gobierno que la Constitución le atribuye, dicta actos que constituyen actos políticos de gobierno. Por otra parte, para el profesor José Luis Cea, *“la clave entre la distinción entre gobierno y administración sigue siendo la distinta naturaleza de los actos de gobierno o políticos y los de administración, dominando en los primeros un criterio de discrecionalidad y en los segundos una idea de funciones y servicios públicos reglados jurídicamente”*.

Para el profesor Kamel Kazor Aliste, en relación al control que de este tipo de resoluciones puede efectuar el poder judicial, hace presente cuatro particularidades a propósito de la diferencia entre los actos de gobierno y de administración⁵⁵:

- a) El acto de gobierno es atribución exclusiva del Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado y supremo administrador de acuerdo al artículo 24 de la Carta Fundamental. Desde este punto de vista, debe diferenciarse el acto de gobierno propiamente tal, emanados únicamente del Jefe de Estado, con los actos de gobierno que pueden emanar también de sus colaboradores directos, como los Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes, Gobernadores, etc.
- b) La atribución constitucional de competencias al Jefe de Estado para dictar actos de gobierno, reflejan en Chile el claro principio de la separación de los poderes de su régimen presidencialista, significándose un ámbito reservado para el Gobierno cuya atribución está inspirada en un telos específicamente político.

⁵⁵ CAZOR, Kamel. Fundamentación Y Control Del Acto De Gobierno En Chile. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 2001, Vol. 12, No. 2 [citado 29 Octubre 2007], pp. 93-114. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200006&lng=es&nrm=iso>.

- c) El acto de gobierno en Chile lo es por su propia naturaleza intrínseca, y no por el móvil político que persiga. De ahí que, según Kazor Aliste, deberá examinarse caso por caso la naturaleza del acto en concreto, apelando tanto a la sensibilidad jurídica casuística del órgano jurisdiccional como asimismo a la medida de vinculación jurídica del acto que exista en el ordenamiento, vinculación que, si no a la ley, al menos a la Constitución y al Derecho; existirá siempre. Aunque sólo sea a través de los derechos fundamentales o de los principios constitucionales y principios generales del Derecho que rigen la actuación de todos los poderes públicos.
- d) Finalmente, manifiesta que, reafirmada la posición constitucional del Gobierno como poder, la labor de los jueces se debe necesariamente encaminar a respetar dicha autonomía o reserva constitucional, especialmente en su labor de verificación o control de los actos de gobierno. En este sentido, y tomando como ejemplo la potestad de otorgar indultos particulares, indica que el acto de indultar en sí mismo, no obstante la limitación constitucional y los requisitos de forma exigidos por la ley, se traduciría en un acto discrecional del gobierno, razón por la cual el control jurisdiccional solamente

podría abocarse a un examen de juridicidad de requisitos formales que permiten su ejercicio, pero en ningún caso revisar la atribución constitucional que confiere dicha potestad de gracia, y cualquier tipo de revisión en este sentido la desnaturalizaría o sustituiría.

Si bien es clara la diferencia nominal y normativa que existe entre ambos tipos de actividades, en cuanto a su control preventivo de legalidad no se advierten mayores diferencias. Lo anterior, por cuanto a la Contraloría General solo le corresponde un control de legalidad en cuanto a las normas que rigen los actos y no en cuanto al mérito, conveniencia o procedencia de la decisión adoptada, debiendo respetar los márgenes de discrecionalidad, característica fundamental que los diferencia de los actos administrativos conferidos por el constituyente al Jefe de Estado para el ejercicio de actos de gobierno, en cuanto estos se encuentren ajustados al ordenamiento jurídico, o representarlos, en caso contrario.

Un reciente pronunciamiento de la Entidad de Fiscalización, a propósito de una presentación que cuestionara la legalidad de un memorandum de acuerdo suscrito el 15 de octubre de 2004 por el Gobierno de Chile a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y la Comunidad Agrícola Ganadera Mariana Osorio de Granizo-

Olmué, hace referencia a la materia en análisis. En ese caso la Subsecretaría General de la Presidencia hizo presente, como parte de su argumentación, que el acuerdo impugnado tiene la calidad de *“acto de gobierno, por esencia discrecional, cuyo contenido escapa incluso del control judicial y que respeta las competencias propias de otros organismos públicos, tales como el Ministerio de Bienes Nacionales, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Corporación Nacional Forestal.”*⁵⁶

Haciéndose cargo de lo anterior, la Contraloría General manifestó que *“resulta inadmisibile sostener que el acuerdo de que se trata, por constituir un acto de gobierno distinto de la función administrativa, se encontraría al margen del control que a su respecto pudiera ejercer esta Entidad”*. Agrega que *“la distinción que se formula no se encuentra reconocida normativamente con los efectos a que se alude”*, y además *“la doctrina nacional no ha acogido y reconocido la institución de gobierno en forma unánime”*.

La conclusión anterior se basa en la opinión del profesor Silva Cimma⁵⁷, el que luego de referir la evolución de la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos y las dificultades que presenta la misma, afirma: *“en lo que concierne a nuestro derecho, la verdad es que esta distinción carece de importancia, en primer término, porque los*

⁵⁶ Oficio N° 674, de 2007, de la Contraloría General de la República.

⁵⁷ SILVA C., Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile, 1992. Pp. 73 y 74.

fundamentos de una u otra creemos que son los mismos: la potestad de gobierno o la potestad de la administración del Estado están entregadas al mismo órgano. En segundo lugar, están sometidos al mismo régimen de control preventivo de legalidad y, en tercer término, su control jurisdiccional creemos que en el derecho chileno, a partir de 1989, cabe por entero dentro de la competencia asumida por los tribunales ordinarios”.

Concluye el aludido: “es por eso que, si bien la doctrina ha distinguido entre actos políticos o de gobierno y actos administrativos y que por los primeros no habría posibilidad de reclamación, creemos que nos encontramos en presencia de una doctrina tradicional y arcaica que no obedece a una realidad jurídica positiva. Nos parece, en fin, que por razones indudables de seguridad jurídica se impone la identificación de unos y otros. En nuestro derecho positivo nos inclinamos definitivamente por ese criterio.”

En base a lo anterior, el Organismo de Control manifiesta expresamente que “no se advierten razones que impidan a esta Contraloría General ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, que le encomienda la Constitución Política.”

Reafirma lo anterior el criterio sostenido por el profesor Aróstica respecto del control que realiza la

Contraloría a través de la toma de razón sobre los “*actos de la administración*” entendiendo esta última expresión en un sentido amplio, comprensiva tanto de los actos administrativos propiamente tales como de los actos de naturaleza legislativa que efectúa el Presidente de la República (es decir, aquellos denominados “*actos de gobierno*” como se explicara con anterioridad). No obstante ello, indica que “*para que dichas decisiones queden sujetas al mencionado trámite, deben formalizarse a través de “decretos o resoluciones” de la Administración activa o del Presidente de la República, y siempre que una ley orgánica constitucional no los exima de ese control, ya sea directamente o facultando al propio Contralor para que lo haga mediante resoluciones*”.⁵⁸

7.3.7 Consecuencias que derivan de la toma de razón

1. La toma de razón constituye el cumplimiento de uno de los trámites dentro del procedimiento de elaboración de los actos administrativos

Tal se indicó, los actos administrativos nacen a la vida del derecho únicamente después que hayan cumplido íntegramente con todos los pasos, fases o etapas que

⁵⁸ ARÓSTICA, Iván. Op.Cit. Pp. 160.

componen su proceso de generación, la última de las cuales es la notificación o publicación en el Diario Oficial. Por lo mismo, un acto administrativo no rige desde la fecha de toma de razón puesto que necesita el trámite final de publicidad o comunicación. Pero tampoco puede publicarse o comunicarse un decreto o resolución antes de haber sido tomado de razón. No obstante, en los procedimientos disciplinarios (investigaciones sumarias o sumarios administrativos) tanto la notificación de la sanción como los recursos que procedan en su contra, deben producirse y quedar resueltos con anterioridad al pronunciamiento de la Contraloría General⁵⁹.

Otro poco sucede con los actos de aplicación inmediata (de urgencia), como ocurre con los nombramientos de los funcionarios públicos, los cuales rigen desde la fecha indicada en el respectivo decreto o resolución, o desde cuando éste quede totalmente tramitado por el Organismo Contralor.

Por otra parte, siendo la toma de razón un trámite substancial de un acto de la administración, sin perjuicio de la publicación o notificación que correspondieren, es desde entonces que puede considerarse que nace a la vida jurídica un acto administrativo que antes solo es “*un proyecto de acto*”. En este sentido, se confunden los efectos de la toma de razón con los del acto administrativo, pues sin aquella no hay

⁵⁹ Dictamen N° 45.422, de 2007, de la Contraloría General de la República.

propriadamente actos. Es precisamente este último aspecto el que faculta a los particulares para recurrir de protección contra el Contralor por haber tomado razón de un acto que causa agravio, siendo la Corte de Apelaciones respectiva la que, en definitiva, determine si existe arbitrariedad o ilegalidad, dando lugar, en su caso, a la medida de protección correspondiente.

2. Otorga presunción de legalidad El profesor Iván Aróstica a propósito de esta presunción de legalidad, enseña que la misma no opera respecto de los actos administrativos de urgencia, antes que ellos sean tomados razón, ni respecto de los actos administrativos que han sido tomados razón previa insistencia del Presidente de la República.

3. Produce el desasimio de Contraloría En cuya circunstancia no se puede volver a representar el acto administrativo en virtud de errores no detectados la primera vez. Después de cursado un decreto o resolución, se produce el desasimio para Contraloría tanto respecto del acto unilateral suyo que es la toma de razón, cuanto del acto administrativo sobre el cual recayó la toma de razón. En consecuencia de lo anterior, la Entidad de Fiscalización no puede retirar ni dejar sin efecto ni alterar o modificar su

toma de razón. No puede, entonces, revisarse el criterio que informó la toma de razón⁶⁰. Una vez cursado el decreto supremo o resolución no es procedente que la Contraloría General revise nuevamente el acto administrativo⁶¹, pues ello significaría alterar la oportunidad para pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad del acto administrativo.

Sin embargo de lo sostenido, la jurisprudencia administrativa ha manifestado en forma reiterada que, toda vez que la toma de razón constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos de que se trata, ello no impide que la Contraloría General modifique su criterio si, con posterioridad; se comprueba que los mismos se emitieron con defectos de legalidad, o fundados en antecedentes no ponderados correctamente en su oportunidad o con supuestos irregulares; casos en los cuales, si bien no invalida directamente el acto administrativo que contiene la toma de razón, instruye a la autoridad administrativa a fin de que sea ésta quien los invalide, y así subsanar los vicios que inciden en su legalidad.⁶²

⁶⁰ Dictámenes N°s 47.121, de 1959, 92.080 de 1971, 83.233, de 1974 y 8.099, de 1973, de la Contraloría General de la República.

⁶¹ Dictámen N° 10.654, de 1962, de la Contraloría General de la República.

⁶² Dictámenes N°s 32.507, de 2006 y 46.986, de 2007, entre otros, de la Contraloría General de la República.

CONCLUSIONES

A través de toda esta exposición se ha intentado esbozar el aporte que ha significado la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un órgano sui-generis en el derecho comparado; convertido en pilar de precaución del Estado de Derecho. Constituyéndose en el primer control de los actos de la administración activa. Con todo, y a virtud del positivo resultado ha tenido la Contraloría General mediante el ejercicio de sus funciones, como asimismo el Poder Judicial en el control que le corresponde de los actos administrativos; se ha pospuesto en reiteradas oportunidades la discusión acerca de la creación de una jurisdicción contenciosa administrativa especializada, que pueda resolver los conflictos entre los particulares y la Administración del Estado.

Luego, reflexionamos en la necesidad de contar con un procedimiento claro y expedito que permita a los particulares impugnar las decisiones de la autoridad administrativa. En el caso de que dichas competencias pudieren entregarse a la Contraloría General, se haría necesario explicitar y definir claramente las normas que permitan invocar su acción, máxime si la regulación constitucional del derecho de petición no puede quedar al solo arbitrio de cualquier autoridad y jerarca.

Añadamos la necesidad de destacar que la labor interpretativa de la Contraloría General en el ejercicio de sus funciones dictaminantes y de toma de razón de los actos administrativos; permite uniformar criterios de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto en que se involucre a la administración, lo que, además, facilita a los particulares conocer de antemano la interpretación que los órganos administrativos deberán dar a un precepto legal frente a una situación concreta. Sin perjuicio de ello, creemos que es importante que se reconozca claramente la facultad jurisdiccional de control de dichos pronunciamientos jurídicos en concordancia con los principios del Estado de Derecho.

Además, y referido el asunto al trámite de toma de razón, es indiscutible la importancia que ha revestido en el control de las decisiones administrativas. Parece necesario, sin embargo, esclarecer la procedencia de la representación de los actos administrativos por causa de inconstitucionalidad en el caso de que estos sean dictados en conformidad a una ley. En este sentido, deben crearse los mecanismos para que el Contralor General pueda impedir los efectos de dicho acto administrativo nocivo, o bien recurrir a la instancia competente a fin de que sea ésta la que determine la constitucionalidad, ya sea de la decisión administrativa

impugnada, como del precepto legal en cuya virtud se ha dictado.

Al final, tengamos presente que en la actualidad se ha hecho clara la tendencia de restar del control preventivo de legalidad cuando leyes que expresamente disponen en tal sentido respecto de la administración activa. También avanza el criterio de excluir del de fiscalización a nuevos organismos institucionales como, por ejemplo, el Ministerio Público.

Nos parece preocupante dicha tendencia que cercena y limita cada vez mas, por incomprensibles razones, el control jurídico de los actos de la administración, que como ya se ha demostrado, es uno de los pilares fundamentales en el mantenimiento del Estado de Derecho; reduciéndose las posibilidades de los particulares para impugnar las decisiones de tales órganos, no obstante la impugnación en sede jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Textos Normativos

1. Constitución Política de la República, Santiago, 2005.
2. Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República de Chile. Santiago, 2004.
3. Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, sobre exención del trámite de toma de razón.

Textos Doctrinales

1. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Varios Autores. Imprenta de la Contraloría General de la República, Septiembre, 2002.
2. “La Contraloría General de la Republica, 50 años de vida Institucional”, Varios Autores, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977.
3. ABELLÁN, Joaquín. Liberalismo alemán del siglo XIX; Robert von Mohl, en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Núm. 33, Madrid, 1983.
4. ARAGÓN, Manuel. Constitución y Control de Poder. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

- 5.** BRUNET B., Marcelo. Manual de Derecho Político, Sociedad y Estado. Editorial Universidad Andrés Bello, 2006.
- 6.** CASTILLO G., Rolando. Estado de Derecho y Seguridad Jurídica, Ediciones Uxmal, 2006.
- 7.** CEA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Universidad Austral de Chile, 1999.
- 8.** CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- 9.** CEA, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- 10.** DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Legitimidad Democrática. Taurus, Madrid, 1981.
- 11.** PALMA, Eric. El Estado de Derecho en la Doctrina y Práctica Político-Institucional Chilena. Universidad Andrés Bello, 1994.
- 12.** SILVA C., Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- 13.** SOTO K., Eduardo. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- 14.** SOTO K., Eduardo. El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, 1982.

15. STEIN, Torter. “Estado de Derecho, Poder Público y Legitimación desde la Perspectiva Alemana”. Institut de Ciències Polítiques i Socials”, Barcelona 1994
16. VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio, y NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, 1994.
17. VERDUGO, Mario, y GARCÍA, Ana María, Manual de Derecho Político. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Revistas, Semanarios y Documentos

1. Derecho Público Contemporáneo. Varios Autores. Año 5, Número 9. Imprenta de la Contraloría General de la República, Octubre-Noviembre de 2005.
2. Derecho Público Contemporáneo. Varios Autores. Año 6, Número 10. Imprenta de la Contraloría General de la República, Enero-Junio de 2006.
3. ARÓSTICA, Iván. El trámite de toma de razón de los actos administrativos. En: Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 49, Enero-junio 1991.
4. CAZOR, Kamel. Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile”. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 2001, Vol. 12, No. 2 [citado 29 Octubre 2007]. Disponible en la World Wide Web:

<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200006&lng=es&nrm=iso>.

5. FIAMMA, Gustavo. El control de constitucionalidad de los actos administrativos. En: Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N°s 37-38, Enero-Diciembre 1985.
6. FIAMMA, Gustavo. El control de constitucionalidad de los actos administrativos. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile. N°s 37-38, Enero-Diciembre 1985.
7. PANTOJA, Rolando. Del principio de legalidad al principio de juridicidad, En: La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000, Editorial Conosur.
8. PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En: Derecho Público Contemporáneo, Año 5, Número 9, Octubre-Noviembre 2005, Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República. Pág. 83 y ss.
9. REYES, Jorge. Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 20, 1993.

Tesis

1. ARMIJO Dinamarca, Inés y CARREÑO Riveros, Alejandra. La Contraloría General de la República: Evolución Histórica, Organización y Funciones. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Central, 1997.
2. REYES., Juan Eduardo. Contraloría General de la República: Eficacia de un control preventivo. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999.

Í N D I C E

<u>Introducción</u>	4
<u>I. Estado De Derecho Y Constitución Política</u>	9
1.1 <i>Aproximación a un concepto de Estado de Derecho</i>	9
1.2 <i>Evolución Histórica</i>	9
1.3 <i>Elementos del Estado de Derecho</i>	15
<u>II. La Constitución Política Y La Preservación Del Estado De Derecho</u>	20
<u>III. Estado De Derecho En La Constitución Política De La República De 1980</u>	22
<u>IV. Sistemas De Control De La Sujeción De La Actividad Administrativa Al Derecho</u>	26
4.1 <i>La eliminación de la “Razón de Estado” para justificar los actos de gobierno.</i>	26
4.2 <i>Jurisdicción contencioso administrativa</i>	28
4.3 <i>Sometimiento del legislador a la Justicia Constitucional</i>	31
4.4 <i>El Procedimiento Administrativo</i>	33
<u>V. Sistema Chileno De Control Régimen Administrativo Tutelado; Intentos De Creación De Tribunales Contencioso Administrativos</u>	37
<u>VI. Contraloría General De La República</u>	43
6.1 <i>Concepción Normativa</i>	43

6.2 Breve reseña histórica	46
6.3 Funciones y Atribuciones de la Contraloría General de la República	52
6.3.1 Ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración del Estado	52
6.3.2 Fiscalización del Ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes	54
6.3.3 Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de estas entidades	55
6.3.4 Llevar la contabilidad general de la Nación	57

VII. Control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que efectúa la Contraloría General 59

7.1 Antecedentes previos	59
7.2 La Función de Dictaminar	59
7.3. La Función de Toma de Razón	65
7.3.1 Características de la toma de razón de los actos administrativos	68
7.3.2 Procedimiento	71
7.3.3 Particularidades sobre el control de juridicidad realizado por la Contraloría General	75
7.3.4 Actos sometidos y excluidos de la toma de razón	79
7.3.5 Alcances de la toma de razón en el control de los actos de gobierno y actos administrativos	82

<i>7.3.6 Posiciones doctrinarias sobre los actos de gobierno y actos administrativos</i>	85
<i>7.3.7 Consecuencias que derivan de la toma de razón</i>	91
Conclusiones	95
Bibliografía	98
<i>Textos Normativos</i>	98
<i>Textos Doctrinales</i>	98
<i>Revistas, Semanarios y Documentos</i>	100
<i>Tesis</i>	102