



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DOCTORADO

**LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho**

Alicia De la Cruz Millar

Profesor Guía  
Luis Cordero Vega

Santiago de Chile, enero de 2018

## **AGRADECIMIENTOS**

*Tengo que agradecer a mucha gente que me ha tenido paciencia en esta empresa y a otros tantos que me han ayudado a sacarla adelante, como mi familia y amigos. De igual forma, una especial mención merecen mis compañeros del programa de doctorado de la Universidad de Chile cuyo permanente apoyo y disposición a escuchar han hecho de esta tarea –a veces tan solitaria y difícil– algo digno de recordar con alegría y con la complicidad de una amistad respetuosa y comprensiva.*

## TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	ii
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	8

### CAPÍTULO PRIMERO

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE: ÚNICA Y PODEROSA.....	11
1. Ideas preliminares .....	11
2. Lo que es hoy .....	11
2.1. Una EFS sin parangón .....	13
2.2. El control de legalidad.....	15
2.2.1. La Toma de Razón.....	16
2.2.1.1. La doctrina.....	17
2.2.1.2. La jurisprudencia administrativa .....	19
2.2.2. La potestad dictaminante .....	20
2.2.2.1. Materias .....	21
2.2.2.2. No es facultativo.....	22
2.2.2.3. Imperatividad y validez .....	22
2.2.2.4. Una clasificación judicial .....	23
2.2.3. Otros controles de legalidad.....	28
3. El nacimiento de un poder .....	28
3.1. Había que ordenar la casa .....	28
3.2. El autócrata fue más allá que el propio Kemmerer.....	31
3.3. Midiendo fuerzas con el Ejecutivo .....	34
3.3.1. El presidencialismo se refuerza .....	34
3.3.2. La autonomía bien vale un Contralor.....	35
3.4. Se debilita la deferencia. Florece el nuevo poder .....	37
3.4.1. Humberto Mewes.....	37
3.4.1.1. Los decretos de reanudación de faenas .....	39
3.4.1.2. Las insistencias.....	40
3.4.1.3. Otros casos .....	42
3.4.1.4. La potestad dictaminante parte tímidamente .....	44
a) Con sentido práctico .....	45
b) Consulta de particulares.....	46
3.5. Los años sesentas.....	49
3.5.1. Enrique Silva Cimma.....	49
3.5.1.1. Invalidación y revisión de los hechos.....	49
3.5.1.2. Efectos imperativos del dictamen, definiciones jurídico-administrativas y adjudicación.....	50
3.5.1.3. Llega el Contralor Humeres .....	52
3.6. Los setentas: Tomando partido; desde el enfrentamiento hasta la captura .....	53
3.6.1. El enfrentamiento.....	53
3.6.1.1. Los mecanismos para intervenir.....	53
3.6.1.2. La revisión de los hechos .....	54
3.6.1.3. Las insistencias.....	57
4. Se consolida un poder .....	58
4.1. La captura vestida de legalidad.....	58
4.1.1. Antes de la Constitución .....	58
4.1.2. En la elaboración de la Constitución de 1980.....	60

4.2.	Se definen los límites constitucionales .....	61
5.	Solución de controversias: Lo obvio .....	62

## CAPÍTULO SEGUNDO

LAS COMPLEJA NATURALEZA DE LA SOLUCION DE CONTROVERCIAS QUE REALIZA LA		
CONTRALORÍA .....		64
1.	Ideas preliminares .....	64
2.	Consideraciones normativas .....	64
3.	Consideraciones metodológicas .....	67
4.	Las críticas a la solución de controversias contralora ¿Jurisdicción o activimos contralor? .....	70
4.1.	Valoración de los hechos .....	71
4.2.	Garantías procedimentales .....	74
4.3.	Decisiones cuasi anulatorias .....	76
5.	Jurisdicción: un concepto complejo .....	78
5.1.	Los procesalistas .....	78
5.1.1.	Jurisdicción/Administración. Diversas doctrinas .....	79
5.1.1.1.	Subjetivas/objetivas .....	79
5.1.1.2.	Ejecución .....	80
5.1.1.3.	Garantías procedimentales .....	80
5.1.1.4.	Cosa juzgada .....	81
5.1.1.5.	Controversia .....	81
5.1.1.6.	Quién decide .....	82
5.2.	Los procesalistas administrativistas .....	84
5.2.1.	Especialidad e imparcialidad, ¿o independencia? .....	84
5.2.1.1.	Independencia respecto de la especialidad .....	87
5.2.1.2.	Objeto o materia .....	89
6.	Jurisdicción: poder y límites desde la antigüedad .....	91
6.1.	Confusión en la doctrina .....	92
6.1.1.	La señal de los tiempos .....	92
6.1.2.	Limitación sin separación de poderes .....	95
6.2.	Público/Privado. Desde Roma .....	97
6.2.1.	Iurisdictio e Imperium .....	100
6.2.2.	Una revolución pacífica .....	101
6.3.	Redescubriendo y revalorando la Edad Media .....	102
6.3.1.	La Constitución estamental: En la defensa de un orden jurídico dado .....	103
6.3.2.	El Estado Jurisdiccional: Gubernaculum y Iurisdictio .....	105
6.3.3.	El paradigma comienza a cambiar .....	109
6.4.	La expresión española: contencioso y gubernativo .....	111
6.5.	El Consejo como antecedente genético .....	114
6.5.1.	Orígenes .....	114
6.5.2.	El Consejo de Castilla .....	115
6.5.3.	El Consejo de Estado .....	116
6.5.4.	La etapa constitucional .....	117
6.5.5.	Función consultiva/función de control .....	121
6.6.	Otros consejos de estado .....	124
6.6.1.	El Consejo de Estado francés .....	125
6.6.2.	El Consejo de Estado italiano .....	126
6.7.	La influencia en Chile .....	128
6.7.1.	La Real Audiencia .....	128
6.7.2.	Otros órganos .....	131
6.7.3.	La Contaduría Mayor .....	131
6.7.4.	El Consejo de Estado chileno .....	133

## CAPÍTULO TERCERO

ESTALLAN LOS CONFLICTOS DE PODER.....	138
1. Ideas preliminares .....	138
2. La judicatura surge débilmente .....	138
2.1. Desde la fortaleza de la Audiencia hasta la Constitución .....	138
2.2. Los esfuerzos por lograr identidad.....	140
2.3. La Corte cae del pedestal constitucional y se debilita .....	143
2.3.1. La Carta de 1833: una Constitución que conserva y confunde .....	143
2.3.2. Una época oscura.....	144
2.3.3 La Corte comienza a repuntar.....	146
3. El no Contencioso Administrativo en Chile.....	148
3.1. Desde el principio .....	148
3.1.1. La separación de poderes como argumento en sentidos opuestos.....	150
3.1.1.1. Separación para evitar la concentración .....	150
3.1.1.2. Separación para evitar la intervención .....	152
3.1.2. Separación con o sin dependencia de la Corte .....	154
3.2. Buscando una regulación.....	156
3.2.1. Propuestas y proyectos legislativos.....	156
3.2.2. La Constitución de 1980 .....	159
3.2.2.1. En la Comisión Ortúzar .....	159
3.2.2.2. La disposición y sus cambios .....	161
3.2.2.3. La evolución.....	162
4. Por qué se incumplió la promesa. La Contraloría suplió la ausencia .....	163
4.1. Las causas que no son.....	164
4.1.1. Aversión al control.....	164
4.1.2. Problemas de financiamiento .....	165
4.3. Las causas más plausibles.....	165
4.3.1. Los desencuentros doctrinales .....	165
4.3.2. Falta de consistencia en las decisiones judiciales .....	166
4.3.3. La actuación de la Contraloría.....	168
5. El despertar de la competencia: CGR vs. CS .....	169
5.1. 1952 da inicio a las contiendas .....	169
5.1.1. Amplia discrecionalidad del Ejecutivo .....	169
5.1.2. El juez de indios de Victoria.....	171
5.2. La toma de razón vs. el recurso de protección.....	172
5.2.1. Ante la Junta de Gobierno.....	173
5.2.2. 1993/94 .....	174
5.2.3. 1998/99. Con pretensión de generalizar .....	175
5.3.4. El contralor ataca .....	177
5.3. Se rompe la tregua. La acción declarativa de mera certeza .....	177
5.3.1. Cubriendo todos los flancos.....	178
5.3.2. Contienda de competencia ¿o de jurisdicción? Se suman protagonistas.....	180
5.3.3. El acertijo en escalada.....	182
5.3.4. Pendientes nuevos contradictores .....	184
5.4. La Potestad Dictaminante. Un conflicto más tardío .....	186
5.4.1. Los límites .....	186
6.4.2. De a poco se precisa y mueve la frontera.....	188
7. CGR: Varios órganos a la vez.....	190
7.1. CGR: Tribunal Constitucional .....	190
7.2. CGR: Legislador.....	192
7.2.1. EUNACOM .....	192
7.2.2. ¿Interpretación auténtica de la Ley de Presupuesto? .....	193

7.2.3.	Contratas: Reforma al Estatuto .....	195
7.2.4.	Una curiosidad .....	197
7.3.	CGR: Superintendencia técnica .....	198
8.	El poder judicial “golpea la mesa” .....	200
8.1.	Llamados de atención .....	201
8.2.	Enfrentamiento urbanístico .....	203
8.2.1.	Una advertencia .....	204
8.2.2.	Declarado el conflicto .....	205
8.2.3.	Un cambio de giro.....	207
8.2.4.	¿Confianza técnica? .....	208
8.3.	La tributación de las Sociedades de inversión pasivas .....	209
8.4.	¿Función, órgano o garantías? .....	212
8.4.1.	La Corte .....	212
8.4.2.	El TC .....	214
	CONCLUSIÓN .....	217
	BIBLIOGRAFÍA.....	222

## RESUMEN

La Contraloría General de la República de Chile viene resolviendo controversias con particulares desde los años cincuenta a través de la toma de razón y del ejercicio de la potestad dictaminante. Lo hace hasta hoy y con toda naturalidad.

El presente estudio explica cómo es que una Entidad de Fiscalización Superior como la Contraloría pudo llegar a ubicarse en una posición de poder que le permitió suplir la ausencia de tribunales del Contencioso Administrativo General, prometidos, pero nunca creados. Para ello se analiza la historia de su creación y la importancia que, en su evolución, tuvieron lúcidos contralores que supieron leer las circunstancias políticas que los rodeaban. Esta investigación también invita a recorrer el camino normativo que regula la actividad de la Contraloría, mismo que ha evolucionado hasta posicionarla en su actual sitial constitucional, así como a reflexionar en torno a la deferencia con que ha sido tratada por otros poderes del Estado, especialmente por el Ejecutivo-Presidencia y el Judicial.

Sin embargo, este contencioso no ha estado exento de polémica ya que se le acusa de invadir un campo reservado a los tribunales: la jurisdicción. Por tanto, este estudio pretende contribuir al desarrollo de las bases de la jurisdicción imperfecta ejercida por la Contraloría, en atención a la complejidad de la función jurisdiccional, respecto de la cual la doctrina no ha llegado a acuerdo especialmente por una confusa comprensión del concepto de separación de poderes. En efecto, la jurisdicción nace de la mano del poder, empero luego se independiza del mismo, consolidándose –con algunas dificultades– en el Poder Judicial. La Contraloría como órgano de la Administración no es independiente del poder/gobierno y por lo tanto la resolución de controversias que realiza responde a una jurisdicción imperfecta, no obstante, pueda ser imparcial.

## INTRODUCCIÓN

Una clara y acertada descripción de la Contraloría General de la República (en adelante “Contraloría” o “CGR”) obliga a alejarla del plano corriente de las Entidades de Fiscalización Superior (en adelante “EFS”) y a calificar su institucionalidad de manera tal que sea entendida y tenida como “única en su especie” en razón de las numerosas funciones y potestades que concentra, como también por el sitio del poderío que ocupa a propósito de su gestión y del auto-posicionamiento de sus potestades, incluso por encima de las normas que la regulan.

La Contraloría es un órgano financieramente centralizado que depende de la Ley de Presupuesto, aun cuando su autonomía se sostiene por el mandato constitucional que justifica su independencia funcional. Orgánicamente, la CGR forma parte de la Administración, aunque no de la activa ya que no ejecuta actos administrativos en forma imperativa; pero colabora con ella a través del ejercicio de sus potestades consultivas y de control; capacitando y apoyando a los diversos servicios en su gestión.

La CGR nace para vigilar las finanzas públicas pero, por diversas circunstancias, termina por extenderse hacia el control de juridicidad y constitucionalidad de la actividad administrativa en general, llegando incluso a resolver controversias entre la Administración y los particulares, aun cuando no detenta el carácter de tribunal, supliendo la inexistencia de tribunales del contencioso administrativo general.

La presente investigación tiene como principal objeto aportar los antecedentes necesarios para comprender las causas del ejercicio de la actividad resolutoria de la Contraloría en torno a las controversias surgidas entre los órganos de la Administración del Estado y los particulares a través de la potestad dictaminante y del trámite de toma de razón. Para lograr tal cometido, resulta imperiosa la comprensión de la evolución del Contencioso Administrativo en Chile, particularmente, de los fundamentos por los cuales nunca se crearon los órganos jurisdiccionales especializados requeridos en la materia y del rol que desempeñó el ente contralor en ausencia de los mismos, supliéndolos. Lo anterior supone abordar la naturaleza de la precitada actividad que la Contraloría desarrolla sin un mandato legal específico y que ha llegado a provocar fricciones no solo con el Ejecutivo, al que controla, sino que también con el Poder Judicial a propósito del ejercicio de la jurisdicción.

Con todo, este estudio no pretende resolver y llevar hasta un estadio final la dogmática de la función jurisdiccional, sino que se propone presentar un análisis funcional de la potestad dictaminante y de la toma de razón en la resolución de controversias con particulares atendiendo a las inquietudes de los ciudadanos frente a la Administración cuando no existía otro órgano dispuesto a resolver los asuntos contenciosos administrativos.

Sin embargo, no es posible soslayar la naturaleza de la actividad resolutoria de la CGR, así como tampoco el análisis de dicha actividad dentro del concepto de jurisdicción; concepto que resulta necesario abordar, aunque de modo funcional al objeto principal que apunta al

entendimiento del “cómo” y del “por qué” un órgano que concentra un conjunto de atribuciones, despliega su actividad ante la ausencia de tribunales del Contencioso Administrativo General, disciplinando, de paso, a la Administración.

Para la consecución de este objetivo el presente estudio se divide en tres capítulos.

El capítulo primero está destinado a exponer los aspectos ontológicos de la CGR, así como a evidenciar el tránsito hacia la constitución de un verdadero poder del Estado en razón de factores históricos, de la evolución normativa de su regulación y de situaciones fácticas que, más allá del Derecho, fortalecieron la situación contralora.

En el citado contexto, el capítulo introductorio explica cómo el nacimiento de la CGR se incoa al alero de un dictador y por recomendación extranjera, ascendiendo, a poco andar, a un sitio constitucional, aun cuando no es sino hasta la destitución de un Contralor cuando asume con rigor su función de control, reforzada por la habilidad de notables contralores para leer los signos de los tiempos y de la realidad social lo que permitirá la consolidación de su poder, que ejerce, sin pudores ni temores.

De igual forma, el desarrollo del primer capítulo se aboca a explicitar el carácter único de la CGR dentro de un escenario mundial, no replicable para otros Estados, que evoluciona junto con la república chilena situándose en una posición de prestigio que le ha permitido, casi sin cuestionamientos, invadir ámbitos reservados a otros poderes, principalmente al Poder Judicial.

El capítulo segundo aborda las dificultades que se presentan al momento de intentar definir la naturaleza de la resolución de controversias que realiza la Contraloría y más específicamente analiza la posibilidad de hablar de jurisdicción en este caso. Para ello se tratan los límites normativos del ejercicio de la jurisdicción y las críticas doctrinales que ha recibido el ente contralor por estimarse que estaría invadiendo ámbitos reservados únicamente a los tribunales de justicia. Esto lleva a abordar el complejo concepto de jurisdicción en la discusión actual, así como su evolución en la historia; hasta llegar a la república chilena en su versión contencioso-gubernativo, de origen español, poco comprendida por la influencia francesa post revolucionaria de la separación de poderes. Queda de manifiesto en este capítulo el antecedente público del concepto que nace vinculado a lo gubernativo.

El capítulo tercero apuesta a mostrar la forma en que el activismo contralor comienza a producir conflictos, no sólo con el Poder Judicial con el que ha protagonizado numerosas contiendas de competencia. En este punto, resulta necesario prevenir sobre la forma en que ha de comprenderse la situación de la actividad resolutoria de la CGR, en base a la consideración de tres factores, como son la institucionalización del Poder Judicial, la promesa incumplida de crear tribunales del Contencioso Administrativo y el papel que cumplió la Contraloría en ausencia de los anteriores. Además, se explica, cómo, a partir de un mismo tronco, surge la Corte Suprema y la Contraloría, aun cuando sólo la primera se independiza del Ejecutivo, en tanto que la segunda –no obstante autónoma– sigue vinculada al Ejecutivo desde que forma parte de la Administración. Esto se suma a las advertencias de

la Corte Suprema que, tras un origen deslucido y cuestionable, reivindica su papel como Contencioso Administrativo general.

Por su parte, la conclusión muestra la complejidad de la materia tanto por la evolución que la resolución de conflictos Contencioso Administrativos ha tenido en nuestro país, como por la importancia que en los hechos y en el Derecho ha ostentado la Contraloría supliendo ausencias, disciplinando a la Administración y definiendo el contenido y contornos del Derecho Administrativo chileno. Se pone de manifiesto que, a través de la potestad dictaminante y de la toma de razón, la contraloría ejerce una jurisdicción imperfecta que se enmarca en la actividad administrativa que, en todo caso, precisa de contenidos mínimos reconocidos por la doctrina y jurisprudencia judicial y que la Contraloría cumple solo parcialmente.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE: ÚNICA Y PODEROSA

#### 1. Ideas preliminares

La Contraloría General de la República de Chile ocupa un sitio de poder por motivos de hecho y de Derecho. Sus orígenes, las destacadas gestiones de algunos contralores junto a la evolución de su normativa y jurisprudencia, la ubican como una entidad única a nivel internacional, vinculada –desde su nacimiento- al desarrollo de la República y del Derecho Administrativo chileno.

Se trata de un órgano extremadamente complejo fruto de una concentración de potestades que ejercieron diversos órganos desde la formación del Estado<sup>1</sup> y de la interpretación amplia que el propio ente contralor ha realizado respecto de sus competencias.

#### 2. Lo que es hoy

La Contraloría es un órgano constitucionalmente autónomo, aunque financieramente centralizado, regulado en el capítulo X de la Constitución Política de la República (en adelante “Constitución” o “CPR”) entre los artículos 98 y 100 y en su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1952.

Pese a su autonomía, conforme al artículo 1° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de Generales de la Administración del Estado (en adelante “LOCBGAE”)<sup>2</sup> forma parte de la Administración, cuestión que fue discutida durante la tramitación de la LOCBGAE quedando claro en el énfasis puesto en la segunda parte del inciso segundo del artículo 1°, cuando detalla qué órganos constituyen la Administración del Estado, puntualizando: “(...) incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”, por si surgiese alguna duda. En

---

<sup>1</sup> Ver infra II. E.7.

<sup>2</sup> Artículo 1°: “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

efecto, como testimonió Pantoja tras la dictación de la ley, el inciso segundo del artículo primero deja a un lado la definición funcional del inciso primero para establecer una orgánica que entiende la Administración “(...) constituida por todos los órganos y organismos no legislativos ni jurisdiccionales”<sup>3</sup>.

Ahora bien, conforme a la Constitución la Contraloría debe realizar las siguientes funciones:

1. Controlar la legalidad de los actos de la Administración.
2. Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.
3. Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades.
4. Llevar la contabilidad general de la Nación.
5. Y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

La Contraloría opera a través de divisiones y contralorías regionales que –en nombre del Contralor<sup>4</sup>– ejercen potestades fiscalizadoras, contables, dictaminadoras y de toma de razón. Además, capacita, instruye sumarios y le corresponde editar leyes y jurisprudencia para lo cual cuenta con una imprenta.

La Contraloría se viste con los ropajes de un tribunal cuando juzga las cuentas. La ley N° 10.336 designa como juez de cuentas de primera instancia al sub-contralor. En los artículos 107 y siguientes se detalla el procedimiento que comienza con un reparo a la rendición de cuentas que realiza la propia Contraloría, hasta la sentencia de segunda instancia que dicta un tribunal colegiado presidido por el Contralor o su representante y que tiene mérito ejecutivo. Más que control de legalidad, lo que establece este procedimiento es la responsabilidad que pueda caber al funcionario que, manejando fondos públicos, no cumpla con la legalidad, cuestión que quedará de manifiesto ya sea en una fiscalización vía auditoría o al momento de solicitarse la rendición de cuentas. En este caso, cumple el papel de tribunal especial; lo que nadie pone en duda, no obstante, se pueda cuestionar el hecho de que actúe como juez y parte. Con todo, esto último intentó morigerarse cuando se estableció la colegialidad del tribunal de alzada en el procedimiento de cuentas, con integración de jueces externos; papel que hasta el 2002 cumplía el Contralor<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 1987. *Bases Generales de La Administración Del Estado. Estudio Descriptivo. Texto de La Ley N° 18.575, de 1986. Fallo Del Tribunal Constitucional*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., p. 24.

<sup>4</sup> Ley N° 10.336. Artículo 32°: “*Los Jefes y Subjefes de Departamentos y los Jefes de Subdepartamento podrán firmar "por orden del Contralor" la parte del despacho del Contralor General que éste señale por resolución escrita, pudiendo incluir en ella los pronunciamientos sobre la toma de razón de los decretos y resoluciones respecto de determinadas materias, sin perjuicio de la responsabilidad constitucional del Contralor*”.

<sup>5</sup> La Ley N° 19.817 reemplazó el artículo 118 de la Ley N° 10.336 que entregaba la segunda instancia al Contralor por el siguiente: “*Artículo 118°: El tribunal de segunda instancia estará integrado por el Contralor General, quien lo presidirá, 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. Los abogados integrantes del tribunal durarán cuatro años en sus cargos, tendrán derecho a percibir, con cargo al presupuesto de la institución,*

En su misión contable y como Tribunal de Cuentas, la Contraloría chilena se ajusta a uno de los modelos clásicos de las Entidades de Fiscalización Superiores (EFS o SAI), como Corte de Cuentas; en tanto auditora, se ajusta más al otro modelo clásico, el de control externo o Westminster. Pero en todas sus potestades es única en el mundo.

## 2.1. Una EFS sin parangón

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores son los organismos públicos responsables de fiscalizar la regularidad o apego a la ley de las cuentas públicas y de la gestión financiera del Estado y sus organismos. Eventualmente se les asigna, de modo adicional, funciones jurisdiccionales para juzgar y hacer efectiva la responsabilidad contable. Conforme a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI<sup>6</sup>), las “(...) EFS son pilares fundamentales de la gobernanza democrática y juegan un papel importante en la mejora de la transparencia, el desempeño y la rendición de cuentas del sector público”<sup>7</sup>.

Siguiendo a Jiménez Rius<sup>8</sup>, es posible agrupar a las EFS atendiendo a tres notas diferenciadoras:

a) La independencia del poder político

Tiene que ver también con la jerarquía normativa que la organice. En términos generales, los organismos internacionales favorecen la regulación constitucional de las EFS.

b) Las funciones que se les encomienden. Que pueden ser una o más de las siguientes:

b.1) Función fiscalizadora. Desarrollada fundamentalmente por auditorías.

b.2) Función consultiva. Desarrollada a través de informes y dictámenes

b.3) Función de enjuiciamiento. Desarrollada fundamentalmente a través de Tribunales de Cuentas.

c) La estructura o composición, que pueden sintetizarse en los siguientes modelos:

---

*una asignación equivalente a cuatro unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan, y se les aplicará la incompatibilidad que contempla el inciso primero del artículo 47°. El tribunal tendrá un secretario que deberá poseer el título de abogado, al cual corresponderán similares funciones a las que se señalan en el artículo 107° para el secretario del juzgado de primera instancia”.*

<sup>6</sup> La INTOSAI se relaciona con otra serie de entidades que agrupan a las EFS regionales: AFROSAI (Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de África), ARABOSAI (Organización Árabe de Entidades Fiscalizadoras Superiores), ASOSAI (Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Asia), CAROSAI (Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Caribe), EUROSAI (Organización Europea de las Entidades Fiscalizadoras Superiores), OLACEFS (Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores) y PASAI (Asociación de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Pacífico).

<sup>7</sup> INTOSAI. 2010. “Los Acuerdos de Johannesburgo”, En: XX INCOSAI, 27 de noviembre, INTOSAI [en línea] [www.intosai.org/uploads/jhbaccordsen.pdf](http://www.intosai.org/uploads/jhbaccordsen.pdf) [consulta: 13 marzo 2017].

<sup>8</sup> JIMÉNEZ RIUS, Pilar. 2007. El Control de Los Fondos Públicos. *Propuestas de Mejora*. Primera. Pamplona: Thomson Civitas.

c.1) Modelo anglosajón de Westminster.

Se trata de entidades asesoras técnicas al parlamento, unipersonales (presididas por un Contralor o Auditor General). El enjuiciamiento frente a irregularidades contables corresponde a los tribunales ordinarios. Se enmarcan en este modelo: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Australia, India y países del Caribe, del Pacífico y africanos<sup>9</sup>.

c.2) Modelo germánico

Responden a una estructura colegiada, independientes del ejecutivo y sin potestades jurisdiccionales. El caso alemán.

c.3) Modelo escandinavo

Son semejantes al modelo alemán pero dependen del ejecutivo.

c.4) Modelo latino o napoleónico

Son independientes del Ejecutivo y legislativo y concentran potestades de fiscalización y juicio contable. Se insertan en este modelo, los tribunales de cuentas de España, Francia, Italia, Bélgica, Grecia, Portugal, Turquía y algunos países latinoamericanos.

c.5) Modelo asiático<sup>10</sup>.

Se trata de un modelo encabezado por un consejo o comisión de auditoría que cuenta con una secretaria u oficina ejecutiva. Fiscaliza para informar al parlamento.

Como puede apreciarse, si se enmarcan las características orgánicas y funcionales de la Contraloría General de la República de Chile dentro de la descripción de los modelos, podemos apreciar que la CGR concentra todas las funciones que se reconocen a las EFS y más. En términos de estructura, se asemeja mucho a la de Westminster pero con funciones de enjuiciamiento y control de legalidad preventivo y represivo.

La Contraloría chilena no depende ni del Ejecutivo ni del Legislativo aun cuando sus informes y dictámenes son públicos y pese a que –tras una recomendación de la OCDE<sup>11</sup>– voluntariamente informa anualmente a la Cámara de Diputados una síntesis de los hallazgos de auditoría. A ello hay que agregar un imperativo que la Ley de Presupuestos 2018 está añadiendo al Contralor en orden a expresar, de manera secreta, al Jefe del Estado su opinión<sup>12</sup> sobre el uso de los gastos reservados que se le rinden; y –en sesión secreta– a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto sobre el uso de esos gastos<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> JIMÉNEZ RIUS, Pilar. 2007. Ob. cit p. 45

<sup>10</sup> La estructura asiática se asemeja a la del Consejo de Auditoría General de Gobierno (en adelante “CAIGG”) chileno.

<sup>11</sup> OCDE. 2015. *Entidad Fiscalizadora Superior de Chile. Mejorando La Agilidad Estratégica Y La Confianza Pública*. Edited by OCDE. Primera en Santiago: Contraloría General de la República.

<sup>12</sup> Resulta curioso este imperativo propuesto que, más bien, parece contradictorio con el límite que el artículo 21 B de la Ley N° 10.336 impone a la Contraloría respecto de no evaluar aspectos de mérito o conveniencia.

<sup>13</sup> INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL MIXTA DE PRESUPUESTOS, recaído en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2018. BOLETÍN N° 11.452-05

Se trata de una EFS sin parangón en el mundo que ha llegado al sitio en que se ubica por diversos factores, que se analizarán, y –muy especialmente- por el alcance que ha adquirido el control de legalidad a través de la toma de razón y la potestad dictaminante.

## 2.2. El control de legalidad

La propia Constitución especifica que, dentro del control de legalidad que debe cumplir, se encuentra la Toma de Razón e incluso la regla<sup>14</sup>. A su turno, la LOC de la CGR, añade, dentro del control de legalidad, el vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo, cuestión reforzada por el artículo 160 de la Ley N° 18.834<sup>15</sup> (Estatuto Administrativo) que consagra el derecho de los funcionarios a reclamar ante la Contraloría frente a vicios de legalidad que referidos a los derechos definidos en el mismo estatuto y el procedimiento respectivo.

El artículo 5° de la Ley N° 10.336 reconoce al contralor potestad reglamentaria en asuntos de su competencia y la dictaminante cuando informa a petición de parte o de jefatura de servicio<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CPR. 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. 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 (...).”

<sup>15</sup> Ley N° 18.834. Artículo 160. “Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días. Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior. La Contraloría General de la República deberá resolver el reclamo, previo informe del jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. El informe deberá ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud que le formule la Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles”.

<sup>16</sup> Ley N° 10.336. Artículo 5°. “El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten.

El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva.

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.

Por su parte, el artículo 6° de la ley especifica los ámbitos en que sólo el Contralor puede informar<sup>17</sup>, precisando como límite los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. El segundo límite a esta potestad, que se extiende a la investigación en auditorías, es el establecido en el artículo 21B que le impide evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas<sup>18</sup>.

Ni la Constitución ni la ley definen la toma de razón ni el ejercicio de la potestad dictaminante.

### 2.2.1. La Toma de Razón

Se trata de una potestad que no ha concentrado el desarrollo académico o dogmático de los especialistas. Constituye, también, una atribución única en la actualidad ya que como afirma la OCDE, el control *ex ante* de la legalidad, o Toma de Razón (en adelante “TdR”) es una función inexistente en la mayoría de las Entidades de Fiscalización Superior, porque nunca la han tenido o porque la han perdido<sup>19</sup>. En gran medida eso explica que la OCDE –en el contexto de la evaluación que hizo a la Contraloría– no haya podido traducir el concepto de TdR, manteniendo su nomenclatura y explicándolo como control *ex ante*.

El Contralor, el Sub Contralor o los subrogantes en la línea de subrogación y los Contralores Regionales por delegación, tienen la potestad de controlar preventivamente la juridicidad de los actos administrativos afectos a este trámite, definidos en la Constitución, la ley<sup>20</sup> o en la Resolución N° 1.600 de la propia CGR que establece los actos que deben ir a toma de razón, no obstante la Constitución no distingue<sup>21</sup>. Si el acto se ajusta a derecho, se tomará razón del mismo; de lo contrario se representará fundando dicho rechazo en un oficio muy semejante a un dictamen.

---

*Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio”.*

<sup>17</sup>Ley N° 10.336. Artículo 6°. “*Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen. Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas (...)*”.

<sup>18</sup> Ley N° 10.336. Artículo 21° B. “*La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*”.

<sup>19</sup> OCDE. 2015. *Entidad Fiscalizadora Superior de Chile. Mejorando La Agilidad Estratégica Y La Confianza Pública*. Edited by OCDE. Primera. Santiago: Contraloría General de la República.

<sup>20</sup> Así Vg. la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley N° 18.695).

<sup>21</sup> Lo que debió ser excepción pasó a ser la regla general debido al enorme flujo de actos administrativos en el tráfico jurídico público.

Conforme precisa el artículo 99 de la Constitución, si la representación es por ilegalidad, el Presidente podrá insistir con la firma de todos sus ministros; si es por inconstitucionalidad tendrá que recurrir al Tribunal Constitucional si quiere persistir en el acto representado. Es necesario agregar dos prácticas no consideradas en la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría ni en la Constitución pero que son de uso frecuente: El retiro y la enmienda.

El retiro –sin embargo– se menciona en el artículo 16 de Estatuto Administrativo cuando advierte que en caso de que un funcionario deba asumir antes de la toma de razón del decreto que lo nombra “el decreto o resolución no podrá ser retirado de tramitación ante la Contraloría General de la República”. Ocurre que es habitual que, si el acto presenta claros problemas, se dialoga con el servicio emisor para que lo retire y enmiende; si los problemas son menores o meramente formales, la Contraloría tomará razón con alcance. Esto es, admitirá la legalidad del acto, permitiéndole desplegar sus efectos, pero advirtiéndole que dichos efectos deben ajustarse al alcance indicado en un oficio que acompaña al acto.

### **2.2.1.1. La doctrina**

No hay grandes definiciones en doctrina sobre la TdR. De allí que hayamos preferido adherir a aquella propuesta por Manuel Daniel, quien en los sesentas calificaba la toma de razón como un trámite<sup>22</sup>, no obstante, otros, como Recabarren Delgado, la asociaban al acto administrativo tanto de juicio como de razonamiento. En tal sentido, el citado autor ha expresado:

“La toma de razón como acto administrativo pertenece a aquella categoría de actos no negociables o meros actos administrativos, mediante los cuales la Administración expresa un conocimiento, juicio o razonamiento. Del estudio del carácter de la toma de razón se había llegado a la conclusión de que ella es esencialmente un acto de juicio, combinado en algunos casos con una manifestación de razonamiento.”<sup>23</sup>

La Contraloría, sin dictaminar sobre la materia, se ha alineado con la tesis del “trámite”. Así se desprende del hecho de que, desde la Resolución N° 600 de 1977 hasta hoy (1.600), las resoluciones que eximen de la toma de razón se encabezan: “Exime del trámite de toma de razón a los decretos y resoluciones que no versen sobre materias que señala”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. 1960. *El Control Jurídico de La Administración: Nociones Fundamentales*. Primera. Santiago: Editorial Universitaria. Y luego en DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. 1980. “Control Jurisdiccional Sobre Las Decisiones de La Contraloría General de La República.” *RDP*, p. 31.

<sup>23</sup> RECABARREN DELGADO, Ricardo. *La Toma de Razón de Los Decretos Y Resoluciones*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p.78. De esta tesis, el autor deriva el hecho de que la toma de razón dota al acto sólo de una presunción de legalidad que puede ser impugnada ya que pudo existir alguna irregularidad en la misma.

<sup>24</sup> Resolución N° 600, de 1977; 1.050, de 1980 (que fijó el texto refundido de la resolución 600); 55, de 1992, y 520, de 1996 (que fijo el texto refundido de la resolución 520); 1600 de 2008.

Más complicado aun es comprender si forma parte del procedimiento que lleva a la formación del acto administrativo.

Así el actual Contralor, Jorge Bermúdez, la califica como trámite posterior a la formación del acto, señalando en dicho orden de ideas:

“La toma de razón es el trámite de control preventivo, que se inserta dentro de un procedimiento administrativo una vez dictado el acto administrativo, que efectúa la CGR en el cual se examina la juridicidad de la actuación administrativa, pudiendo tener como resultado la representación del decreto (reglamento o resolutive) de que se trate por su ilegalidad o inconstitucionalidad (...)”<sup>25</sup>.

Sin embargo, no nos parece que lo anterior sea tan claro. Bermúdez destaca el procedimiento que lleva al juicio de juridicidad y, desde esa perspectiva, afirma que es parte del procedimiento aun cuando la decisión ya esté adoptada. Sin embargo, luego precisa que el trámite “(...) constituiría en sí mismo un procedimiento administrativo al interior de la CGR (...)”<sup>26</sup>, aunque sin precisar las formalidades del mismo.

Más radical es Soto Kloss:

“(...) la toma de razón *integra una fase* del procedimiento de elaboración del acto administrativo, y *consiste* en el 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» (...)”<sup>27</sup>.

Se trata de una visión que era relativamente unánime antes de la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, que en el año 2003 cambió las cosas cuando no incluyó la toma de razón en el *íter* que lleva a la dictación del acto administrativo.

Con todo y, sin entrar de lleno en el asunto, vale la pena destacar que la propia Ley N° 19.880 regula la publicidad como el fin del procedimiento, cuestión que no podría hacerse sin la toma de razón, si ella procede. Asimismo, hay que recordar que el trámite de toma de razón es Constitucional y en su regulación legal, de carácter orgánico constitucional; mientras que la ley de procedimiento es de carácter simple, por lo que era difícil que, con esa jerarquía legal, se regulara este trámite.

Como sea, en el texto de la Ley N° 19.880, la toma de razón no figura. De allí que ahora se hable más bien de un trámite que permite la eficacia más que del nacimiento del acto.

---

<sup>25</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2011. *Derecho Administrativo General*. Segunda. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters, p. 395.

<sup>26</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2011, Ob. cit. p. 397.

<sup>27</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. 2011, Ob cit. p. 299.

Cordero Vega la califica como “(...) un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por otra, de las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentren debidamente justificadas”<sup>28</sup>, admitiendo, sin ninguna duda, que el trámite considera la valoración de los hechos; cuestión que no ha sido pacífica, como se verá.

Junto con destacar la importancia que la toma de razón tiene para los terceros eventualmente afectados con un acto que podría ser ilegal o inconstitucional, se pronuncia estimando que se trata de un trámite de eficacia por dos razones:

“(a) En primer lugar, la toma de razón no es un requisito de todos los actos administrativos (...) por lo que la vigencia del acto no se vincula con su cumplimiento.(...). (b) Por otra parte, la propia Constitución reconoce que la toma de razón se realiza sobre actos dictados, y no sobre proyectos de actos. Esa es la interpretación razonable en nuestra opinión de los arts. 98 y 99 de la CPR, en cuanto aplica la toma de razón a «actos», no a pretensiones de voluntad o declaración”<sup>29</sup>.

### **2.2.1.2. La jurisprudencia administrativa**

La jurisprudencia contralora que, conforme al inciso final del artículo 6° de la Ley N° 10.336, constituye la jurisprudencia administrativa<sup>30</sup>, hace presente que la toma de razón no puede ser invalidada no obstante ser una mera presunción de legalidad de los actos que les otorga validez, en el siguiente orden de ideas:

“(...) que la toma de razón es un trámite que efectúa esta Entidad de Fiscalización en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 99 de la Constitución Política de la República y 10 de la ley N° 10.336, el que una vez verificado no puede ser modificado, revocado o invalidado, en atención a su particular naturaleza (aplica criterio contenido en el dictamen N° 11.724, de 2004)”<sup>31</sup>.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia administrativa de la CGR, ha precisado:

“Lo anterior, toda vez que la toma de razón es una mera presunción de legalidad de los actos, que no guarda relación con su existencia, sino que se establece como

---

<sup>28</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2015. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda. Santiago: Thomson Reuters, p. 564.

<sup>29</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2015, Ob.cit. p. 571.

<sup>30</sup> Inciso final art. 6° Ley N° 10.336. “De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°”.

<sup>31</sup> CGR Dictamen 029217 de 2016.

un requisito de validez de los mismos, es decir, se vincula con sus efectos y obligatoriedad”<sup>32</sup>.

La Contraloría además agrega que no se le aplica la Ley N° 19.880, no obstante, ella puede revisar sus actos.

“(…) acorde con lo preceptuado en el artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 19.880, ese trámite no se rige por lo dispuesto en este texto legal. Ello es sin perjuicio de que la Administración, en ejercicio de sus atribuciones legales y de conformidad al ordenamiento jurídico, pueda revisar sus decisiones, modificando, en lo que sea pertinente, sus actos (aplica criterio contenido en el dictamen N° 26.315, de 2017, entre otros)”<sup>33</sup>.

Pero más allá de lo que la doctrina y jurisprudencia administrativa digan respecto de la Toma de Razón, lo cierto es que a través del juicio de juridicidad que en esa sede se realiza, la Contraloría ha resuelto y resuelve, también, controversias con particulares, supliendo, en buena medida, la ausencia de tribunales del contencioso administrativo general; tal y como aborda este estudio.

### **2.2.2. La potestad dictaminante**

El dictamen, sin lugar a dudas, es un acto administrativo. Así lo clarificó la Ley N° 19.880 cuando consagró una definición amplia de acto en el inciso quinto del artículo 3° dejando atrás la sola idea de acto decisorio. La precitada norma dispone: “Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia contralora a través de sus propios dictámenes:

“El dictamen de la Contraloría General exterioriza una competencia potestativa de juicio que el orden jurídico del más alto rango confiere al Organismo Contralor, puede estimarse que en tal predicamento el dictamen es un acto administrativo”<sup>34</sup>.

El dictamen es una declaración de juicio pero no es una simple opinión. Se trata de un juicio fundado que, respetando el precedente, constituye la jurisprudencia administrativa que permite unificar con igualdad la interpretación de la legislación administrativa. Sin embargo, la cuestión no ha sido pacífica, tal y como recordaba Manuel Daniel en el año 1980, a propósito de un fallo que desechaba la procedencia de un recurso de protección frente a un dictamen, por estimarlo una simple opinión:

---

<sup>32</sup> CGR Dictamen 035058 de 2013

<sup>33</sup> CGR Dictamen 034504 de 2017

<sup>34</sup> CGR Dictamen 045191 de 2004. Igual en el 017820 del mismo año.

“(…) el dictamen impugnado por el recurso de autos no es, jurídicamente, otra cosa que la manifestación de la opinión del Contralor sobre la cuestión o materia consultada; y, por lo tanto, su contenido y conclusiones no pueden importar privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio del pretendido derecho de propiedad del recurrente respecto de sus derechos funcionarios, ni puede calificarse como un acto arbitrario o ilegal del Contralor General de la República”<sup>35</sup>.

Lo cierto es que, lo señalado por Daniel no se diferencia mucho de alguna de las últimas clasificaciones que, de los dictámenes, ha realizado la Corte Suprema, como se verá<sup>36</sup>.

### 2.2.2.1. Materias

La ley define los tópicos respecto de los cuales la Contraloría dictamina. Parecen específicos pero, lo cierto es que, a través de esta herramienta, la Contraloría aborda todo lo relativo a la legislación administrativa, incluida la resolución de controversias con particulares.

a) Las materias de personal son las que, con más claridad, la ley reserva al Contralor. Así, la primera parte del artículo 6º, inciso 1º, del Estatuto Administrativo, establece:

“Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos (...)”.

De hecho, como se dijo, esta potestad, en relación con el artículo 160 del Estatuto Administrativo, consagran un procedimiento bastante acabado que finalizará en la resolución de un asunto relativo a materias propias de la función pública. Se expresará en un dictamen (declaraciones de juicio, constancia o conocimiento), vinculante para los funcionarios pero no así para los tribunales según sentenció la Corte Suprema<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Recurso de protección, *Ricardo Huerta Núñez c/Ministro de Educación*, Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 1977. Citado por Daniel Argandoña, Daniel. 1980. “Control Jurisdiccional Sobre Las Decisiones de La Contraloría General de La República.” *RDP*, p. 239.

<sup>36</sup> *Supra* I.A.2.b)(4)

<sup>37</sup> SCS Rol N°6.417-2016. “*Octavo: Que si bien el artículo 160 del Estatuto Administrativo, al permitir al funcionario afectado reclamar ante la Contraloría General de la República, ofrece una garantía para la protección de sus derechos fundamentales en la relación funcionaria, no se trata de un recurso judicial. Por importantes que sean, los recursos administrativos no ocupan el mismo lugar que los judiciales en la garantía de los derechos de las personas. Esto es algo que reconoce la propia Constitución Política, al garantizar en su artículo 38 que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado pueda reclamar ante los tribunales que determine la ley. No puede afirmarse que el artículo 160 del Estatuto Administrativo sea la ley que da cumplimiento a esta regla constitucional, pues él no determina un tribunal al cual reclamar (...)*”.

b) La segunda parte del mismo inciso primero del artículo 6° de la Ley 10.336 define otra materia: El correcto funcionamiento de los servicios públicos, a través se los siguientes términos:

“(…) y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

c) Finalmente el inciso segundo del mismo artículo 6° de la Ley N° 10.336 consagra otra materia respecto de la que el Contralor puede dictaminar: Todo lo relativo al empleo de fondos públicos.

“Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.

Todo lo anterior debe sujetarse a los límites indicados de no entrar al mérito ni en asuntos de naturaleza litigiosa, que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, o que sean competencia del Consejo de Defensa del Estado.

#### **2.2.2.2. No es facultativo**

El inciso 5° del artículo 9° de la Ley N° 10.336, dispone:

“(…) es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría (…)”.

#### **2.2.2.3. Imperatividad y validez**

Más allá del alcance imperativo que la propia jurisprudencia contralora ha definido para sus dictámenes, la Ley N° 10.336 precisa la obligatoriedad de los mismos. En el citado orden de cosas, el artículo 9° inciso final, dispone:

“Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”.

Por su parte, el artículo 19° establece:

“Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

Como se aprecia, normativamente, la imperatividad de los dictámenes no es intensa ni general. Por lo pronto no obligan al jefe del servicio, cuestión que es comprensible porque, si la obligación fuera legal, eventualmente la Contraloría podría transformarse en una suerte de sustituto de la Administración activa.

Esto, claro está, a menos que una ley en particular le otorgue validez, como lo hace –por ejemplo– la Ley N° 19.699 que “(...) otorga compensaciones y otros beneficios que indica a funcionarios públicos estudiantes de carreras técnicas de nivel superior”, en que el legislador opta por dar validez a los pronunciamientos del contralor. En ese caso, se entiende, primará la interpretación contralora a menos que ella sea impugnada en forma particular ante los tribunales. Así lo entendió el Tribunal Constitucional a propósito de una contienda de competencia entre la Contraloría y un tribunal inferior. Sin embargo, el TC añadió:

“Pero si el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable, solo el legislador podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas. Entre muchos otros casos, tal como obró la ley N°19.699; (...)”<sup>38</sup>.

Lo curioso en este caso radica en que la Ley N° 19. 699 establece criterios que se basan en la jurisprudencia contralora haciéndola imperativa en forma indirecta. No se desprende de ello que los dictámenes en general no puedan ser impugnados para efectos de comprobar si son o no “jurídicamente irreprochables”.

Pero, más allá de la polémica que pueda provocar el fallo del TC, el dictamen se obedece y no sólo porque la propia Contraloría y la doctrina así lo han entendido, sino –especialmente– por la *auctoritas* que otorga el prestigio del actuar contralor.

#### **2.2.2.4. Una clasificación judicial**

Como ya se indicó, poca ha sido la elaboración doctrinal en torno a la a la herramienta del dictamen, sin embargo, en el año 2012, el Ministro de la Corte Suprema, Pedro Pierry sorprendió con una clasificación de los dictámenes que no dejó indiferente. En Sentencia Rol N° 10.499/2011, advierte que los dictámenes, en tanto actos administrativos, siempre son recurribles de protección. Esto no constituiría ninguna novedad desde que el artículo 10

---

<sup>38</sup> STC considerando Decimoséptimo Rol N° 3283 2016.

de la LOCBGAE consagra claramente la impugnabilidad de los actos administrativos, sea a través de los recursos administrativos sea por las acciones jurisdiccionales. La sorpresa surge cuando distingue tres tipos de dictámenes, uno de los cuales no sería acto y por lo tanto no sería recurrible de protección. Pierry distinguió entre:

- a) Actos terminales: “Constitutivos de «decisiones», que son verdaderos actos terminales”.
- b) Actos trámites: “Aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos trámites”.
- c) Equivalentes a una circular: “Que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal”.

Respecto de los últimos, el fallo les asigna dos consecuencias:

- i. No son actos administrativos. “No cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de «dictámenes o declaraciones de juicio», a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares”.
- ii. No afectan derechos. “Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales e la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

La clasificación fue repetida el 2013 en un fallo que Comentó el Profesor Eduardo Soto Kloss, rechazándola y desestimándola, argumentando que el dictamen es un acto administrativo interpretativo de la legislación, imperativo para la Administración en general ya que constituye jurisprudencia administrativa<sup>39</sup> uniformadora y, por lo tanto, garante de la igualdad de trato en la Administración. Rechaza la última clasificación, en la medida en que llevaría a que ese tipo de dictámenes (circulares) no fueran recurribles porque no afectarían derechos, salvo en calidad de amenaza. Pero, “(...) si le puede afectar en tanto «amenaza» es porque se trata, primeramente, de un acto administrativo y en segundo lugar, como tal acto produce efectos jurídico”<sup>40</sup>, argumenta Soto.

Sumado a lo anterior y, en tono sarcástico, termina diciendo:

“Esta tricotomía de «dictámenes» no pasa, pues, de ser un mero «divertimento» de un tribunal tal vez aburrido en ese caso que le tocó conocer y resolver y quiso entretenerse inventando clasificaciones incluso inútiles jurídicamente hablando

---

<sup>39</sup> Ley N° 10.336 i 4 del artículo 6°

<sup>40</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 2015. “ACERCA DE LOS DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA: UN ERROR SUPREMO ES UN SUPREMO ERROR. (Municipalidad de Valparaíso Con Contraloría General de La República, Corte Suprema, Sentencia de Protección 2 de enero de 2014, Rol 7210/2013).” *Derecho Público Iberoamericano*, abril, p. 292.

y hasta posiblemente perversas si se llega a la afirmación de no ser impugnabile determinado acto administrativo contralor, cuando es *principio general irrecusable* de nuestro derecho público que *todo acto administrativo es impugnabile*, sea por vía de recursos administrativos, sea por acciones procesales ante los tribunales de la República(...)<sup>41</sup>.

Pero, pese a la crítica, la clasificación se siguió utilizando también por otros redactores y con diversos objetivos, como calificar de dictamen algo que la Contraloría calificó sólo como oficio, que solicitaba a una Municipalidad informar al ente contralor una vez regularizado lo observado en un dictamen. Para la corte aquellos “(...) constituyen actos administrativos terminales que producen efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal”<sup>42</sup>.

Igualmente, la Corte utilizó la clasificación para admitir la revisión de un criterio de la Contraloría que estaba en contradicción con el establecido por el máximo tribunal<sup>43</sup> indicando que “(...) los Dictámenes impugnados, al resolver como lo hacen, constituyen actos administrativos que producen efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal”<sup>44</sup>.

Si concordamos con la clasificación sostenida por varios fallos de la Corte Suprema, aun advirtiendo lo artificial de la misma en relación con la legislación que rige a la potestad dictaminante, deberíamos concluir que existe un tipo de dictamen cuyo efecto solo dice relación con la forma en que la Administración lo aplique, de allí que solo pueda afectar derechos en grado de amenaza. Pero, si eso es así, la Administración enfrentada a alguno de ellos sería completamente libre de aplicarlo como quisiera o entendiera, incluso no aplicarlo y, a su turno, la Contraloría podría dictaminar indicando siempre que se trata del alcance que otorga a un precepto legal, evitando responder frente a eventuales impugnaciones judiciales.

La Contraloría interpreta la ley administrativa en forma general y obligatoria para la Administración porque sus dictámenes constituyen la jurisprudencia administrativa no solo para el caso concreto “(...) sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”<sup>45</sup>, y cuando dictamina siempre podrá afectar derechos, tanto los que se reconocen a los propios órganos de la Administración, como a los particulares que puedan verse afectados con la decisión contralora. Y es que cuando interpreta de una forma está dejando de lado otras, favoreciendo una u otra aspiración o derecho. Quien pueda

---

<sup>41</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 2015., Ob. cit. pp. 292-293.

<sup>42</sup> SCS, Rol N° 9849-2013, redactada por el abogado Integrante Sr. Gorziglia.

<sup>43</sup> En materia de tributación de sociedades pasivas.

<sup>44</sup> SCS Rol N° 5984-2012 Redacción a cargo del Ministro Suplente señor Escobar.

<sup>45</sup> CGR Dictamen 5698 de 2005.

sentirse afectado podrá impugnar ese ejercicio jurisdiccional ante aquél que tiene la última palabra: el Poder Judicial.

Como sea, hasta el momento la Corte Suprema ha aplicado esta nueva doctrina jurisprudencial generalmente entendiendo que los dictámenes son impugnables y no en la negativa. En efecto, dentro del ámbito de sus competencias, la Corte está cada vez más vigilante frente al actuar, a veces hiperactivo, de la Contraloría.

Sin embargo, en el año 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la doctrina denegando un recurso de protección a un dictamen de aquellos de la tercera categoría, argumentando:

“En definitiva, esta Corte comparte el criterio que se ha expresado, también sustentado por la recurrida, en orden a que los Dictámenes de la Contraloría General de la República que fijan el alcance de determinados preceptos jurídicos que debe aplicar la administración, no pueden ser objeto de control de legalidad mediante el recurso de protección, pues es inconcuso que compete al órgano contralor examinar y controlar la juridicidad de los actos de la autoridad administrativa; en el caso sub lite del Ministerio de Salud, como acontece con la norma general administrativa N° 21 y es indudable también que el ejercicio fundamentado de las facultades que la Constitución y su ley orgánica han entregado a la Contraloría General de la República no obedece a su mero capricho o voluntad”<sup>46</sup>.

El fallo fue confirmado por la Corte Suprema validando la doctrina jurisprudencial en el sentido de negar el recurso frente a dictámenes que sólo interpretan. Habrá que estar a cómo evoluciona la aplicación de esta clasificación, especialmente en relación con la distinción de este tipo de dictámenes respecto de los otros.

En todo caso, la situación no es pacífica ya que, al parecer, la clasificación de interpretación general solo se podría aplicar a instructivos ya que si se aplica en forma estricta la Contraloría nunca podría interpretar de forma general a partir de una solicitud individual ya que conforme al oficio que regula los requisitos para consultar, se exige interés. Así lo confirmó un reciente dictamen en que la CGR se negó a pronunciarse respecto de una consulta general:

“Finalmente, respecto de la consulta referida a la legalidad de hipotecar una concesión de acuicultura, cumple con señalar que esta Contraloría General ha debido abstenerse de emitir el pronunciamiento requerido, toda vez que las consultas que se le formulen deben referirse a asuntos en los cuales el recurrente tenga derechos o intereses específicos, individuales o colectivos, y señalar precisamente los hechos concretos que motivan su solicitud, en conformidad con lo indicado en el oficio circular N° 24.143, de 2015 -que imparte instrucciones para la atención de solicitudes de pronunciamiento jurídico-, supuestos que no

---

<sup>46</sup> SCAS Rol N° 59.522 de 2015 y acumuladas. Considerando décimo tercero.

concurrer en la presentación de la especie, dado que en ella se plantea una interrogante de carácter genérico (aplica criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 3.516, 5.492 y 30.787, todos de 2017)”<sup>47</sup>.

La clasificación de la Corte, y específicamente, aquella que exime de control a los dictámenes de la tercera categoría; esto es que no constituyen actos administrativos, también parece haber sido recogida por la propia Contraloría que en un informe a la Corte de Apelaciones de Valparaíso por un reclamo por una eventual infracción a las obligaciones de transparencia activa de la ley N° 20.285, le dio este carácter no solo a los oficios a los que se hacía alusión en la demanda, sino a los dictámenes en general.

“(…) los pronunciamientos jurídicos que emite este Ente de Fiscalización no innovan en el ordenamiento jurídico, ya que se limitan a determinar el sentido y alcance de las normas que son objeto de la respectiva interpretación, de manera que mal podría afirmarse que ellos tienen la aptitud de producir efectos respecto de terceros, pues dichas consecuencias vienen dadas por lo prescrito en la ley o en la norma reglamentaria de que se trate (...)”<sup>48</sup>.

Claro que este pronunciamiento se contiene en un informe a la corte que, aunque es numerado igual y en forma correlativa a los dictámenes, la Contraloría advierte que no constituye jurisprudencia administrativa. Igual cosa ocurre con las decisiones emanadas de las contralorías regionales que, conforme a la CGR, sólo aplican jurisprudencia no pueden considerarse jurisprudencia administrativa. En efecto, el propio ente contralor ha señalado que la función jurídica que corresponde a las contralorías regionales “(…) contempla solo la emisión de oficios que aplican la jurisprudencia de este Organismo de Control”, y que sólo “los pronunciamientos firmados por el Contralor General o por los funcionarios de la Sede Central especialmente autorizados, son los que conforman la jurisprudencia administrativa, y no los oficios emanados de las sedes regionales, a las cuales solo les corresponde aplicar los criterios jurídicos contenidos en aquellos”<sup>49</sup>.

Nuevamente, los oficios que emanan de las contralorías regionales son numerados y redactados tal como uno que emana de la central. Es más, en numerosas oportunidades son objeto de recursos de protección por la eventual afectación de derechos que podrían provocar. No se entiende muy bien la distinción respecto de lo que es o no jurisprudencia administrativa. Tal vez, sería más claro hablar de aquel autorizado para comenzar o cambiar un precedente.

Y aunque, la misma contraloría lo haya negado en el oficio recién citado en el que afirma que los dictámenes “(…) no tienen, por sí mismos, la aptitud de afectar situaciones jurídicas subjetivas, creando, extinguiendo o modificando derechos”<sup>50</sup>, lo cierto es que tanto la

---

<sup>47</sup> CGR Dictamen N° 32.655 de 06 de abril de 2017.

<sup>48</sup> CGR Oficio N° N° 20.242 de abril de 2013

<sup>49</sup> CGR Dictamen 14.120 de 2016 aplicando Dictamen 68.392 de 2012.

<sup>50</sup> CGR Oficio N° N° 20.242 de abril de 2013

potestad dictaminante como la toma de razón han servido para suplir la ausencia de tribunales del contencioso administrativo general, como se verá.

### 2.2.3. Otros controles de legalidad

Ahora bien, la toma de razón y la potestad dictaminante son las principales herramientas en el control de legalidad pero no son las únicas. Aguerrea sistematiza otras atribuciones para el cumplimiento de la función de control de legalidad<sup>51</sup>, distinguiendo, principalmente, entre las relativas a las municipalidades (Denuncia ante el Tribunal Electoral Regional<sup>52</sup> e Instrucción de sumarios<sup>53</sup> e investigaciones); y respecto de funcionarios públicos (Registro y fiscalización de las declaraciones de intereses y patrimonio<sup>54</sup>, reclamo del estatuto<sup>55</sup>, ratificación de la destitución de dirigentes<sup>56</sup>).

## 3. El nacimiento de un poder

### 3.1. Había que ordenar la casa

La Contraloría General de la República de Chile nace como tal el 26 de marzo de 1927 cuando se publica en el Diario Oficial el DFL N° 400 bis que la creó. Sin embargo, sus variadas funciones ya venían ejerciéndose en la naciente república de Chile desde sus orígenes y, como se analiza a lo largo de este estudio, su huella genética la podemos ubicar desde la Edad Media en España<sup>57</sup>.

En efecto, ya en la colonia encontramos a los oficiales nombrados por el Cabildo de Santiago y dependientes de la Real Audiencia que estaban encargados de velar por la probidad en el uso de las Cajas Reales y la propia Real Audiencia cuyas atribuciones consultivas constituían una de sus más importantes características<sup>58</sup>. Ya, más entrada la república, en 1820 O'Higgins toma la iniciativa para crear un Tribunal Mayor de cuentas<sup>59</sup>. Así, el 8 de junio

---

<sup>51</sup> AGUERREA, Pedro. Apunte no publicado.

<sup>52</sup> Ley N° 20.159.

<sup>53</sup> Ley N° 20.237.

<sup>54</sup> Artículo 6° Ley N° 20.880.

<sup>55</sup> Ley N° 19.883 y un reclamo semejante se consagra para el personal del Servicio Nacional de la Discapacidad. Ley N° 20.422.

<sup>56</sup> Art. 25 Ley N° 19.296.

<sup>57</sup> Ver. Supra II.

<sup>58</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2010. Árbol genealógico del Consejo de Estado: el constitucionalismo autoritario en nuestra historia, *Ius et Praxis* 16, no. 2, 211–48 [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071800122010000200008&lng=es&nrm=iso&tln=g=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122010000200008&lng=es&nrm=iso&tln=g=es)> [consulta 29 abril 2017], p. 217.

<sup>59</sup> ANDRADE GEYWITZ, Carlos. 1963. *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Coinciden: BERNASCHINA González, Mario. 1958. *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 523 p. VERDUGO MARIKOVIC Y OTROS. 1999. y PFEFFER

de ese año se crea dicho tribunal “investido de amplias facultades en materia de hacienda”<sup>60</sup>. Varias modificaciones sufrió este órgano, hasta que en 1839 una ordenanza dictada por el Presidente Joaquín Prieto da vida jurídica a la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas. El primero facultado para “tomar razón de las leyes, decretos, reglamentos, presupuestos de gastos y resoluciones administrativas que comprometieran fondos públicos”<sup>61</sup>. Si esos instrumentos no se ajustaban a la ley, el Contador Mayor los representaba al Ejecutivo que, no obstante ello, podía insistir en su tramitación, informando al Congreso.

Julio Heise se refiere a la institución antecesora de la insistencia consagrada hoy en la Constitución, de la siguiente manera:

“(…) si el decreto o reglamento no se ajustaba a la legislación vigente la Contaduría Mayor debía negarse a la toma de razón y devolver el decreto al Presidente de la República con las observaciones correspondientes. (...) El Jefe del Estado podía salvar las objeciones de orden legal, o dictar un decreto de insistencia con la firma de todos los ministros ordenando tomar razón del decreto objetado. En este caso la Contaduría Mayor, junto con tomar razón del decreto de insistencia debía dar cuenta de ello a la Cámara de Diputados (...)”<sup>62</sup>.

La Contaduría Mayor también calificaba las fianzas que rendían los funcionarios públicos obligados y era el órgano que requería de la oportuna rendición de cuentas.

Entre sus facultades también se encontraba el origen de la potestad dictaminante ya que, como recuerda Silva Cimma, “Igualmente, esta oficina estaba facultada para emitir los informes que le solicitaran los Ministerios o los Tribunales de Justicia”<sup>63</sup>. El Tribunal Superior de Cuentas, entretanto, era el tribunal de alzada de los juicios de cuentas que fallaba en primera instancia el Contador Mayor.

La situación no duró demasiado. En 1875 el Tribunal Mayor de Cuentas fue reemplazado por una Corte de Cuentas, con las mismas facultades de su antecesor pero más enfocada a la rendición de cuentas hasta que, en 1888, vuelve a llamarse Tribunal de cuentas. Heise resalta “la laboriosidad, la entereza, la responsabilidad y la independencia con que actuaron los organismos contralores a lo largo del parlamentarismo”<sup>64</sup>, destacando especialmente el papel que tocó al Tribunal de Cuentas y puntalmente a su Fiscal, Valentín Letelier, especialmente en la tarea de enmendar el error común de la época que consideraba a los empleados públicos regidos por el derecho civil.

---

URQUIAGA, Emilio. 1990. *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago, Jurídica Ediar-ConoSur, entre otros.

<sup>60</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1969. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Tomo II* (Segunda). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 369.

<sup>61</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1969., Ob. cit. p. 370.

<sup>62</sup> HEISE, Julio. 1974. *Historia De Chile. El Período Parlamentario 1861-1925. Tomo I* (Primera). Santiago: Editora Nacional Gabriela Mistral Ltda. [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10105.html>> [consulta: 13 mayo 2017], p. 310.

<sup>63</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1969. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Tomo II*. Ob. Cit. p. 370.

<sup>64</sup> HEISE, Julio. 1974, Ob. cit. p. 310.

Letelier también defendió el papel de la toma de razón. Heise nos recuerda un dictamen de fecha 20 de agosto de 1875 en que el joven Fiscal sienta como doctrina la responsabilidad fiscal de los ministros de Estado, de la forma que sigue:

“Los ministros de Estado son responsables ante el Tribunal de cuentas de los decretos que han ordenado publicar sin que se haya tomado razón de ellos. Los decretos publicados en el Diario Oficial sin haberse tomado razón, tienen fuerza para los funcionarios públicos encargados de cumplirlos, quienes quedan exentos de responsabilidad. El juicio de cuentas debe seguirse en este caso contra el Ministro de Estado que ordenó su publicación”<sup>65</sup>.

El prestigioso tribunal de cuentas siguió sentando su autoridad y sumando atribuciones, al punto que ya casi no se emplearon los decretos de insistencia entre los años 1891 y 1925<sup>66</sup>. Heise relata una anécdota que grafica el prestigio y autoridad de la institución antecesora de la Contraloría General de la República:

“Arturo Alessandri Palma, a poco de asumir el mando (1920), quiso alejar de sus funciones a Joaquín Aguirre Luco, presidente del Tribunal de Cuentas. Para este efecto lo hizo llamar a su despacho manifestándole que no contaba con su confianza. El presidente del organismo contralor no renunció al cargo y se limitó a expresar que el Presidente de la República tampoco contaba con su confianza. Después de este incidente, Joaquín Aguirre Luco, con gran entereza y rectitud, continuó su misión fiscalizadora”<sup>67</sup>.

El período parlamentario finaliza con la crisis de 1924 que obligó al Presidente a abandonar el poder y autoexiliarse en Europa. Y, si el Tribunal de Cuentas crecía en su prestigio jurídico contable, no ocurría lo mismo con la situación general del país producto –en buena medida– de una crisis económica provocada por la competencia que había surgido con el salitre sintético que impactó fuertemente en los ingresos fiscales.

---

<sup>65</sup> HEISE, Julio. 1974. Ob. cit. p. 313.

Algo semejante consagra actualmente los incisos 7° y 8° de la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la CGR: “El Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República, podrá, por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas. El decreto o resolución que se acoja a la autorización prevista en este inciso deberá expresar la circunstancia en que se funda.

Si en los casos indicados en el inciso precedente la Contraloría no da curso al decreto o resolución, podrá perseguir la responsabilidad administrativa del jefe que la dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de decreto supremo. Todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades que fueren pertinentes y de la facultad para insistir a que se refiera el inciso 1° de este artículo.”

<sup>66</sup> HEISE, Julio. 1974. Ob. cit. p. 318.

<sup>67</sup> Ibídem. Relata Heise que “(...) el Tribunal de Cuentas objetó como ilegales cuatrocientos treinta y dos decretos en 1921, quinientos diez en 1922 y quinientos veintinueve en 1923. Estos decretos representaban un egreso ilegal de \$69.687.627.”

“De ahí que los efectos sociales de la crítica situación económica no sólo los sufrieran los obreros sino también, y con gran fuerza, los sectores medios. En 1924, por ejemplo, los empleados públicos, incluyendo a los militares, llevaban meses impagos, viéndose forzados a ingeniárselas para vivir fiado”<sup>68</sup>.

Pero la crisis no sólo era económica. El Parlamento frenaba las reformas prometidas por Alessandri y esta tensión ejecutivo-parlamentaria se hacía cada vez más compleja, al punto que comenzaron a surgir voces clamando por un régimen presidencial. En fin, la promesa de Alessandri, de organizar el país resultó justo en todo lo contrario. Y la crisis iba a hacer surgir un caudillo militar (Carlos Ibáñez) que aceleraría el autoexilio del Presidente. Sin embargo, sería el mismo Ibáñez el que ayudaría a derrocar a la Junta de Gobierno militar que se formó tras el alejamiento de Alessandri y del regreso del mismo que volvía empeñado en aprobar una nueva constitución; tenía que quedar claro que quien debía mandar era el Presidente y había que dejarlo establecido –sin lugar a dudas– en la Constitución de 1925; carta con la que gobernó hasta una nueva crisis: El coronel Ibáñez, para entonces Ministro de Guerra, surge como eventual presidenciable. El Jefe del Estado le solicita su renuncia recibiendo una terminante negativa. Alessandri no pudo más que renunciar frente a tal desacato. Muy pronto, las cosas se sincerarían; Ibáñez llegaría al poder, como un autócrata.

Es en ese contexto que nace la Contraloría General de la República.

### **3.2. El autócrata fue más allá que el propio Kemmerer**

Curiosamente, este poderoso órgano de control es creado en el primer gobierno del ya General, Carlos Ibáñez del Campo (entre 1927 y 1931), quien conduce una gestión que se ha llegado a calificar, por autores como Ruiz-Tagle y Cristi, como una dictadura militar “(...) de claro perfil anti-republicano”<sup>69</sup> y que, Correa y otros, han descrito “(...) como algo más que una dictadura” y “quizá también el primer Estado policial en Chile”<sup>70</sup>. Pero, más allá de los abusos, el Presidente Ibáñez se abocó a la organizar y modernizar la Administración del Estado, rodeándose para ello de técnicos y alejando a la clase política que había imperado hasta entonces.

“Se quiso poner énfasis en una febril actividad gubernamental desplegada para dar solución a los a los problemas pendientes de orden económico-social, tanto así como en el principio de autoridad, el cual se suponía debilitado a consecuencia del parlamentarismo imperante en las décadas previas”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> CORREA SUTIL, S., FIGUEROA GARAVAGNO, C., JOCELYN-HOLT, A., ROLLE CRUZ, C., y VICUÑA URRUTIA, M. 2015. *Historia del siglo XX chileno* (Sexta). Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., p. 93.

<sup>69</sup> CRISTI, R., y RUIZ-TAGLE, P. 2006. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano* (Primera). Santiago: LOM, p. 115.

<sup>70</sup> CORREA SUTIL, S., et al., Ob. cit. p. 103.

<sup>71</sup> CORREA SUTIL, S., et al., Ob. cit. p. 104.

De hecho, durante su gobierno se crearon numerosos órganos en aras a la reorganización del Estado, partiendo por Carabineros de Chile, la Fuerza Aérea, la Tesorería General de la República, la Línea Aérea Nacional, la Dirección de Aprovechamiento del Estado, entre otras muchas. Además, se dictó el Estatuto Administrativo y el Estatuto Orgánico de la Enseñanza Universitaria, entre otros cuerpos legales.

“Fuese por el despliegue de todas estas transformaciones, por la prosperidad general que entonces se vivía, o bien por el afán de congraciarse con el poder, el caso es que Ibáñez contó con el apoyo de todos los partidos, aun cuando importantes dirigentes de sus filas fueron perseguidos y forzados a vivir en el exilio o sobrellevar deportaciones. Basta decir que incluso *El Mercurio* respaldaba al gobierno, aunque su propietario, Agustín Edwards, formaba parte del grupo de exiliados residentes en Europa”<sup>72</sup>.

Fue Ibáñez también quien acogió la sugerencia de la Misión Kemmerer, en orden a crear un organismo para fiscalizar a la Administración. Y es que, más allá de las apreciaciones que se puedan tener respecto del gobierno de Ibáñez del Campo, lo cierto es que organizó la institucionalidad del Estado.

En 1925, bajo el gobierno de Alessandri y a sugerencia también del profesor Kemmerer, se había creado el Banco Central. En efecto, la llamada "Misión Kemmerer" propuso tres proyectos de ley: una nueva ley de bancos, una nueva ley monetaria, y una ley para el establecimiento del Banco Central. Todas ellas fueron publicadas como Decretos Leyes por las facultades extraordinarias que en ese momento ejercía el Presidente Alessandri.

La primera institución creada a sugerencia de la misión estadounidense fue el Banco Central cuya principal misión era estabilizar la moneda nacional. Era monitoreado por la Superintendencia de Bancos<sup>73</sup>, creada en la Ley de Bancos. Solo en 1980 el Banco Central adquiriría rango constitucional y lo cierto es que sólo entonces se hizo realmente efectiva la independencia con que se lo había concebido<sup>74</sup>.

Aprovechando que la Misión Kemmerer se encontraba en Chile, constatando la puesta en marcha de sus primeras recomendaciones, se le solicitó estudiar una reforma de los organismos fiscalizadores<sup>75</sup>, lo que dio como resultado la sugerencia de crear una Contraloría o *General Comptroller*, como existía en Estados Unidos y como la había diseñado en Colombia. La idea era que ésta salvaguardara la ley de presupuesto.

La Contraloría, como admite Drake (quien reportó el trabajo total de la Misión Kemmerer), amalgamó prácticas que venían desde la colonia, procedimientos contables de grandes

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> DRAKE, Paul W. 1989. *The Money Doctor in the Andes. The Kemmerer Missions, 1923-1933* (Primera). Durham and London: Duke University Press, p. 103.

<sup>74</sup> CÉSPEDES C, L. F., y VALDÉS P, R. 2006. Autonomía de bancos centrales: La experiencia chilena. *Economía Chilena*, 9 N 1, 36-40; Piñera, S. 2000. Autonomía del Banco Central. *Revista de Derecho Público*, 62, p. 80.

<sup>75</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1969. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Tomo II*, Ob.cit. p. 372.

corporaciones y métodos de fiscalización utilizados en Estados Unidos e Inglaterra<sup>76</sup>. Su nacimiento no fue fácil pese a que Kemmerer estaba convencido de que el control previo que iba a ejercer la contraloría, sumado a sus reportes contables, producirían grandes beneficios, no sólo internos, sino también redundarían en atractivos para la inversión extranjera por la credibilidad que estas prácticas producirían. Pero, la resistencia burocrática fue tenaz por parte de las agencias existentes. Tanto es así que, cuando se perdió el borrador en inglés que había dejado Kemmerer dejándose solo una pésima traducción, se llegó a pensar que obedecía a una intencionalidad por la oposición que generaba el proyecto en algunos altos cargos<sup>77</sup>. Pero el gobierno de Ibáñez no sólo quería una Contraloría, sino que vio la oportunidad de consolidar en una entidad, las instituciones existentes, con potestades de inspección y sanción que estaban en antiguas leyes y que nunca habían sido usadas.

De hecho, “Ibáñez fue más allá de lo que incluso Kmmerer había avizorado, transformando la Contraloría en una virtual cuarta rama del gobierno. En línea con su aproximación tecnocrática del gobierno, Ibáñez dio al Contralor la autoridad de regir no solo en la legalidad fiscal del gasto sino también de su constitucionalidad”<sup>78</sup>. Además, desechando la sugerencia de Kemmerer –en orden a crear contralorías provinciales autónomas-, Ibáñez dio al Contralor un poder centralizado, acorde con el modelo unitario del País.

Ibáñez quería limpiar y ordenar la casa. Y, desordenada debe haber estado, habida consideración de la exposición de motivos del DFL 400 bis que creó la Contraloría, que expresaba:

*“Que la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios;*

*Que esto proviene de la falta de cumplimiento de las leyes y disposición administrativas que reglan la percepción de las rentas y la correcta aplicación de ellas a los gastos nacionales;*

*Que esa fiscalización corresponde hoy día a diversas oficinas que obran, en sus atribuciones legales, sin una organización única que la haga eficaz, desempeñándose cada una de ellas con independencia, que es perjudicial al buen servicio;*

*Que es indispensable refundir esos servicios en una oficina especial, cuyo jefe tenga, amplias facultades, para que pueda responder al Presidente de la República de la eficiencia de los servicios que se le encargan;(…)”.*

No es de extrañar, entonces, que se concibiera a este órgano como una oficina central destinada al control de aspectos contables, examen de cuentas, y fiscalización de fondos

---

<sup>76</sup> DRAKE, Paul W. 1989., Ob. cit., p. 103.

<sup>77</sup> PINTO, S., MENDEZ, L. M., y VERGARA, S. 1977. *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República.

<sup>78</sup> DRAKE, Paul W., Ob. cit. p. 104.

fiscales y municipales. Y la necesidad debió ser grande cuando en el mismo año de su creación sus funciones fueron ampliadas a través del DFL N° 2.960 bis, publicado el 19 de enero de 1928 que le encarga controlar la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos, preventivamente, a través de la toma de razón; y -en posteriores reformas- se le sumó, entre otras potestades, la interpretación de la ley administrativa con efectos generales para los órganos bajo su control<sup>79</sup>.

### 3.3. Midiendo fuerzas con el Ejecutivo

#### 3.3.1. El presidencialismo se refuerza

La Contraloría respondía a las señales de sus tiempos e iba a venir a contribuir a la historia. Nace al momento en que se refuerza el presidencialismo y, precisamente por ello, se establece el control al Ejecutivo desechando definitivamente el intento por revivir una experiencia *pseudo* parlamentarista que había fracasado. Por eso también, en un principio, su actuar fue más bien débil aun cuando en 1943 se elevó su estatus al de constitucional, consagrándose su autonomía a través de la Ley de Reforma Constitucional N° 7.727 que agregaba al artículo 21<sup>80</sup> de la Carta de 1925 disposiciones que apuntaban a limitar la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos<sup>81</sup>.

El Ejecutivo, en cambio, se robustecía. Y lo hacía, como explica Faúndez, a través de dos áreas: El control de precios y la expansión de los poderes de seguridad del Estado, por la vía de declaración de estados de excepción; todo, con claros visos de ilegalidad<sup>82</sup>.

“(…) la expansión de los poderes del ejecutivo fue llevada a cabo con poca o ninguna preocupación por los procedimientos constitucionales y legales. Mientras el Congreso estaba dispuesto a adoptar la ley de seguridad del Estado, que era claramente inconstitucional, el ejecutivo se comportaba como si sus

---

<sup>79</sup> DL N° 258 de 1932, Ley N° 7.727 de 1942 (de reforma constitucional), Ley N° 10.336 de 1952, Ley 14.832 de 1962 que reforma la Ley N° 10.336.

<sup>80</sup> Hasta entonces el artículo 21 decía: “*Las tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del Presupuesto que autorice aquel gasto*”.

<sup>81</sup> Artículo Primero de la Ley N° 1.727. “*Agregase al artículo 21 de la Constitución Política del Estado, los siguientes incisos: 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 y de otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos.*

*La Contraloría no dará curso a los decretos que excedan el límite señalado en el número 10° del artículo 72 de la Constitución, y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados.*

*También enviará copia a la misma Cámara de los decretos de que tome razón y que se dicten con la firma de todos los Ministros de Estado, conforme a lo dispuesto en el precepto citado en el inciso anterior”.*

<sup>82</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011. *Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile 1831-1973*. (E. U. D. Portales, Ed.). Santiago, p. 131 y ss.

poderes reguladores tuvieran el mismo status que la legislación ordinaria, y de ese modo los interpretaba expansivamente para aumentar su poder. Incluso más, debido a que el principal objetivo de la expansión de poderes era facilitar al ejecutivo el manejo de emergencias políticas y económicas, los tribunales eran permanentemente dejados al margen”<sup>83</sup>.

Frente a esta realidad adquiría especial importancia el trámite de toma de razón por el que debían pasar todos los Decretos Supremos, entre otros actos. Pero, durante sus primeros 20 años de existencia de la Contraloría, su gestión no fue significativa porque rara vez objetaba un decreto y “cuando lo hacía, sus dictámenes eran desestimados o ignorados.”<sup>84</sup> Pero, la situación iba a cambiar, no sólo porque se le otorgara rango constitucional, sino porque en 1945 el Congreso acusó constitucionalmente al Contralor General por no haber objetado una normativa que autorizaba al Comisariato (que también fijaba los precios) a tomar el control de las empresas que produjeran o comercializaran productos básicos, lo que se sumaba a la molestia que provocaban a los llamados decretos de reanudación de faenas a los que – conforme a sus detractores- sólo estampaba la firma, sin estudio alguno. A ello se agregaba también el hecho de haber tomado razón de un decreto que establecía un sistema de control de arriendos<sup>85</sup>.

### 3.3.2. La autonomía bien vale un Contralor

Aunque resulte algo extraño la autonomía de la Contraloría no se hizo efectiva sólo por el texto de la enmienda constitucional sino por uno de los efectos de ella: la acusación que, en base a la misma enmienda, inició un grupo de parlamentarios contra el Contralor de la época, Agustín Vigorena<sup>86</sup>. Se argumentó que el Contralor no ejercía correctamente sus potestades de control preventivo de los actos del gobierno.

La acusación, patrocinada por el Diputado Víctor Santa Cruz<sup>87</sup>, listaba una serie de casos en los que, conforme a los parlamentarios que presentaron la acusación, el Contralor no había ejercido el control que la Constitución y la ley le mandaban ejercer.

“[E]ntre ellos, 83 decretos supremos dictados en virtud de la Ley Nr. 7.200<sup>88</sup>, y que el Contralor estimaba que no tenía atribuciones para controlar, (...). Del mismo modo, se acusaba al Contralor de grave negligencia en el envío a la Cámara, en los años 1944 y 1945, de las copias de los decretos, el estado de las

---

<sup>83</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011. Ob. cit. p. 138.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011. Ob. cit. p. 143.

<sup>86</sup> SASSO FUENTES, Marcelo. 2014. *La Acusación Constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile. Tesis de Grado.*

<sup>87</sup> ULLOA AGUILLÓN, Jorge. 2009. *Acusación Constitucional Y Juicio Político. Legislación Constitucional Chilena Y Derecho Comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 113.

<sup>88</sup> Que otorgaba facultades extraordinarias al ejecutivo para dictar disposiciones de carácter administrativo, económico y financiero.

economías y el detalle de los mayores gastos dispuestos con arreglo a la Ley de Emergencia de 19 de julio de 1942(...)<sup>89</sup>.

A dos años de la reforma constitucional que lo había puesto a la cabeza del órgano más independiente y autónomo del Estado, era destituido el Contralor Vigorena por notable abandono de deberes. Concepto, este último, que fue motivo de intenso debate para concluir, precisamente, en que su alcance es no ejercer las potestades de que el Contralor estaba investido. “De manera que si un Contralor no fiscaliza, si no repara decretos sometidos a su consideración cuando son inconstitucionales o ilegales, abandona las funciones de su cargo e incurre en la causal prevista en nuestra Carta Fundamental”, comentaba en sesión del 19 de diciembre de 1945 el Senador Horacio Walker<sup>90</sup>. El Contralor se defendía afirmando que sólo el gobierno podía juzgar el interés general involucrado en los decretos de reanudación de faenas, o en el control de arriendos. En definitiva, lo que se enjuiciaba era el espacio discrecional del gobierno para decidir. Y, porque no decirlo, la permanente desidia del Ejecutivo frente al control<sup>91</sup>.

Lo cierto es que cuando la Contraloría es creada vía Decreto con Fuerza de Ley, se entendía la deferencia hacia el gobierno en el sentido de limitarse a controlar el ajuste a la disposición legal que sustentaba el decreto y la temporalidad exigida por la norma; sin evaluar mérito u oportunidad. Pero, su elevación a rango constitucional y, con ello, el reforzamiento de su autonomía había cambiado las cosas, cuestión que Vigorena parece no haber entendido del todo.

“A modo de defensa, el contralor general sostuvo que la Contraloría no podía cuestionar la interpretación del gobierno, porque el estatuto vigente le había dado al presidente el poder de fijar los precios de los productos de primera necesidad cuando se hiciera necesario en bien del interés general. El contralor general alegaba que, como consecuencia de esto, era responsabilidad del Presidente, y no de la Contraloría, determinar si era necesario tomar una medida particular o no”<sup>92</sup>.

Los parlamentarios le habían entregado las potestades constitucionales como una instrucción de actuación que la Contraloría no asumió, lo que acarreó inmediatas consecuencias. Cuestión bastante clara desde que el principal objetivo de la reforma elevó la jerarquía normativa de la Constitución, originalmente era solo para aumentar los poderes del Presidente fortaleciendo su iniciativa legislativa en materias administrativas. Sin embargo, al unísono se fortalece el control cuando “(...) se reforzaron las atribuciones antedichas de la Contraloría, mediante la concesión de autonomía constitucional a esta última, la que le

---

<sup>89</sup> SASSO FUENTES, Marcelo., Ob. cit. p. 150.

<sup>90</sup> SASSO FUENTES, Marcelo, 2014, Ob. cit. p. 153.

<sup>91</sup> A tal punto que emitía decretos de insistencia antes de mandar a control los decretos objeto del control, haciendo inútil el examen de la Contraloría. Igualmente, el gobierno se excedía permanentemente en el gasto público cuestión que era objetada por la Contraloría sin que el Ejecutivo hiciera caso alguno.

<sup>92</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011. Ob. cit. p. 144.

permitiría ejercerlas sin interferencia de otras autoridades o poderes”<sup>93</sup>. Más poder con más control.

La destitución del Contralor cayó como una bomba en el Ejecutivo que encabezaba Juan Antonio Ríos (1941-1946) que comprendió claramente el mensaje del Congreso en orden a moderar sus potestades y a exigir más control de parte de la Contraloría.

El Congreso creía en los poderes del Presidente pero éstos debían ser correctamente controlados y así se hizo desde entonces. La toma de razón, como control preventivo, se fortaleció y se vigiló de cerca el actuar del Ejecutivo.

A través de la toma de razón la Contraloría fue regulando el contenido de los actos administrativos, lo que, Administración, cátedra y foro, aceptaban sin discutir ya que “(...) jurisdiccional formal y no mostraron ningún interés en examinar la práctica de la Contraloría”<sup>94</sup>. Pese a la importancia que había adquirido el mecanismo.

Incluso sus críticos reconocen el importante papel que la toma de razón ha cumplido y cumple. Más aún porque, aunque las resoluciones contraloras no eran ni son estrictamente vinculantes, los gobiernos las acataban voluntariamente. Así, a pesar de sus inusuales características “(...) a lo largo de los años este mecanismo de examen se hizo tremendamente importante y jugó un rol crítico en la formación de la práctica administrativa”<sup>95</sup>.

### **3.4. Se debilita la deferencia. Florece el nuevo poder**

#### **3.4.1. Humberto Mewes**

Destituido Vigorena, el Presidente ofrece el sitial contralor al entonces Ministro de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Humberto Mewes quien ejercería el cargo entre 1946 y 1952. Su gestión, ciertamente fue inspiradora; hasta hoy.

Lo destacó, por ejemplo, Pablo Ruiz Tagle frente a la Comisión de Constitución y Justicia del Senado, el 2006 cuando fue propuesto para el Cargo de Contralor.

“Entre quienes han servido el cargo de Contralor, independientemente de sus convicciones políticas y sin el ánimo de ser exhaustivo, destaco el nombre de don Humberto Mewes quién a comienzos de la década del cuarenta, asumió como persona externa al servicio y devolvió al Presidente de la República que lo había nominado y a otras autoridades varios decretos por ser contrarios a la Constitución y las leyes. También este contralor se destaca porque consiguió los

---

<sup>93</sup> OBANDO CAMINO, I., y ALLESCH PEÑAILILLO, J. 2012. La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada. In C. G. de la República (Ed.), *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Primera, pp. 69–89). Santiago: Contraloría General de la República, p. 73.

<sup>94</sup> FAÚNDEZ, Julio., Ob. cit. p. 141.

<sup>95</sup> FAÚNDEZ, Julio., Ob. cit. p. 139.

fondos para construir el moderno edificio que es su sede principal y porque fue capaz de reclutar los mejores talentos jurídicos de su época. Muchos Contralores que vinieron después han seguido este noble ejemplo (...)"<sup>96</sup>.

Otro tanto expresó el Contralor Ramiro Mendoza Z., recién asumido, en su primer encuentro con los funcionarios de la institución.

“Les quiero decir que yo tengo el norte de Humberto Mewes”. En este sentido, destacó que la autonomía y constitucional financiera del Organismo fue conseguida por Humberto Mewes y que bajo su dirección “la toma de razón se apartó de la simple revisión contable y la Contraloría General empezó a capturar el mérito de la decisión administrativa. La exigencia de la racionalidad y la motivación del acto administrativo vienen de esta época grande de la década del 50, de una época en que ser funcionario de la Contraloría era un privilegio en Chile”<sup>97</sup>.

El actual Contralor, Jorge Bermúdez, tampoco dejó de mencionarlo al inaugurar, en 2016, la sala de los Contralores, en el edificio institucional.

“Este edificio es obra del empuje de un contralor: Humberto Mewes (ejerció entre 1946 y 1952). La función de auditoría y el carácter tan relevante que tiene se lo debemos en buena parte a Arturo Aylwin (1997-2002). Y el edificio tan moderno que conocemos hoy es un esfuerzo titánico de mi predecesor Ramiro Mendoza (2007-2015), a quien no puedo dejar de reconocer”<sup>98</sup>.

Si la actuación en los primeros años de la Contraloría se caracterizó por una cierta debilidad y opacidad; al nuevo contralor no le iba a temblar la mano para controlar al Ejecutivo; muchas veces con altas dosis de creatividad y, ciertamente, sin temor a entrar al mérito u oportunidad.

Otro de los contralores referentes en la institucionalidad de esta Entidad Fiscalizadora Superior, Enrique Silva Cimma, hablaba de “El Poder Contralor”<sup>99</sup> en su tesis de grado (una de las más importantes obras sobre la Contraloría, entre las existentes a la fecha), ubicando este entronamiento a partir de la Ley de reforma constitucional N° 7.727 que en 1943 elevó a rango Constitucional a la Contraloría. Y, la verdad, allí se sentaron las bases de un poder naciente pero, normativamente, lo que se estableció fue un sistema de contrapesos. En los

---

<sup>96</sup> RUIZ-TAGLE, Pablo. 2006. Presentación en el Senado, a raíz de su postulación a la Contraloría General de la República [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2006/10/03/una-contraloria-general-de-la-republica-moderna/>> [consulta: 31 marzo de 2017].

<sup>97</sup> MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. 2007. Primer encuentro con los funcionarios de la Contraloría General de la República [en línea] <[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Noticias/Comunicados/2007/Abril/NOT\\_COM07\\_ABR\\_02\\_130407](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Noticias/Comunicados/2007/Abril/NOT_COM07_ABR_02_130407)> [consulta 31 marzo de 2017].

<sup>98</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2016. Discurso inaugural de la Sala de los Contralores de la Contraloría General de la República [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2016/02/29/Contraloria-General-de-la-Republica-inaugura-sala-en-homenaje-a-los-contralores-de-Chile.aspx>> [Consulta el 31 marzo de 2017].

<sup>99</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1945. *La Contraloría General de la República*. Universidad de Chile, p. 373 y ss.

hechos, fue la gestión del Contralor Mewes la que vino a consolidar ese poder del que hablaba Silva Cimma.

“Nace entonces, como corolario indispensable para la existencia armónica de nuestras Instituciones políticas y sociales, el Poder Fiscalizador que con independencia y autonomía en su acción, libre de presiones y afanes partidistas, personales o de círculo, mantiene en constante actividad, con eficacia y energía, el control de las diversas y extensas actividades estatales”<sup>100</sup>.

Pero es necesario reconocer que la real autonomía e imparcialidad de la entidad contralora ha dependido en gran medida de quien la encabece puesto que el Jefe de Servicio, en este caso, es sumamente poderoso<sup>101</sup>; su fuero especial y potestades internas, pueden ser garantes de independencia pero dependen mucho del carácter y personalidad de Contralor de turno; más cuando no existiendo un contencioso administrativo general, la Administración y los ciudadanos se vuelcan a la Contraloría buscando respuestas y soluciones.

#### **3.4.1.1. Los decretos de reanudación de faenas**

El Contralor Humberto Mewes entendió su rol y marcó con fuerza su papel en la historia; y comenzó a hacerlo a partir de una de las herramientas del ejecutivo más cuestionadas y poco analizadas por el Contralor destituido: los decretos de reanudación de faenas.

Yávar Castro definía la reanudación de faenas como “(...) el acto de autoridad destinado a normalizar las labores paralizadas de cualquier servicio o empresa con motivo de una huelga o lock-out”<sup>102</sup>. Hacia los años 70, la institución se regulaba en el Código del Trabajo, Ley de Seguridad Interior del Estado, Ley de Reforma Agraria y las leyes 17.042 y 16.840 relativas a remuneraciones. Las distintas referencias a esta potestad y los requisitos por cada una de las normativas planteadas, fueron dilucidadas básicamente a través de la jurisprudencia contralora, a partir de la gestión del Contralor Mewes.

En efecto, analizando los archivos de la Contraloría General de la República se ubica hacia finales de 1946 el primer oficio de representación de un decreto de reanudación de faenas cuya estructura semeja más bien a una sentencia con una fuerte reprimenda al Ejecutivo, representado en el Ministerio del Trabajo.

La norma del Código del Trabajo que regulaba la potestad exigía que la contratación del personal necesario para la reanudación no se dieran en condiciones inferiores a las fijadas por el informe de la Junta Permanente de Conciliación, pero el decreto de reanudación de faenas era decidido discrecionalmente por el ejecutivo, en acto fundado.

---

<sup>100</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1945, Ob. cit. p. 400.

<sup>101</sup> Sin ir más lejos todos los funcionarios de la Contraloría son de la exclusiva confianza del Contralor. Inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 10.336 "Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad".

<sup>102</sup> YÁVAR CASTRO, Ernesto. 1972. La Reanudación de Faenas. *Estudios Jurídicos. Universidad Católica de Chile, I n 2*, p. 92.

El decreto cuestionado ordenaba la reanudación de faenas fijando una serie de beneficios a favor de los obreros de “El Teniente”. Mewes recuerda que se habla de condiciones de contratación, lo que supone que la huelga persiste y, “(...) resulta que ese ministerio [Trabajo] al otorgar a los obreros nuevos derechos y beneficios en la forma propuesta e imponer al patrón las obligaciones correlativas, se ha constituido prácticamente el árbitro, cuya resolución tiene toda las características de arbitraje obligatorio que el Código del Trabajo no contempla ni acepta”<sup>103</sup>.

La Toma de Razón es un juicio de juridicidad que contrasta el acto controlado con la legislación vigente. Pero Mewes quería más. Quería pruebas. Así, cuando el decreto cuestionado encarga a la Dirección del Trabajo algunas decisiones relativas a las peticiones de los obreros, advierte: “Sobre el particular el Contralor General infrascrito no puede dejar de tener presente que en el decreto N° 946 no figura antecedente alguno, ni siquiera el pliego de peticiones de los obreros, de manera que no ha podido formarse un concepto preciso acerca del contenido de los puntos citados.” Y sobre esa base, resuelve una disputa entre el Ejecutivo y el empleador privado:

“Sin embargo, y a mayor abundamiento, estima que el entregar a la Dirección General del Trabajo la resolución de tales materias sería darle carácter de árbitro y que, existiendo constancia en el considerando 3° del decreto que la Brandon Cooper Company rechazó el arbitraje las (sic) resoluciones de la citada Dirección no podrían en manera alguna obligarla a cumplirlas”<sup>104</sup>.

Numerosa jurisprudencia contralora fue limitando esta potestad a partir del año 1946 no obstante la doctrina de la época coincidía en la amplia discrecionalidad que, las diversas leyes que la consagraban, entregaban al Ejecutivo. Mewes, incluso, llegó a afirmar que la Contraloría podía “calificar si las empresas o servicios en los que ordenaba la reanudación de faenas reunía las características señaladas en la disposición legal en análisis”<sup>105</sup>.

#### **3.4.1.2. Las insistencias**

1950 también fue el año en que el Contralor Mewes dedicó a afinar su puntería con los decretos de insistencia. Esta vez no adjudicó derechos pero si decretó nulidades interpretando, ya no la ley sino la Constitución para esos efectos; cuestionando la naturaleza jurídica de un decreto. En fin, derechamente invadiendo el campo judicial, aunque éste nada reclamó. Claro que hay que recordar que no fue sino hasta la reforma de 1970 que se crea el órgano que velaría por la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional. La Contraloría, de alguna manera, estaba supliendo ese papel.

---

<sup>103</sup> Contraloría General de la República. Oficio de representación 40 866 de 1946.

<sup>104</sup> Contraloría General de la República. Oficio de representación 40 866 de 1946.

<sup>105</sup> YÁVAR CASTRO, Ernesto. 1972., Ob. cit. p. 94, citando los dictámenes N° 20.423 de 1952 y N° 23.249 del mismo año. Advierte, eso sí, que la jurisprudencia contralora cambio en los años 70.

La doctrina ha destacado en más de una oportunidad<sup>106</sup> el episodio protagonizado por el Contralor Mewes respecto de un Decreto que suspendía por 6 meses la aplicación de las normas del Estatuto Docente, representado por la CGR; insistido por el Presidente y sus ministros a través de un decreto de insistencia que es devuelto sin tramitar por el Contralor.

El Decreto 1.769 de abril de 1950 del Ministerio de Educación suspendía la aplicación del DFL N° 4.129 de 1949 que aprobó el Estatuto de la Carrera Profesional de los Funcionarios de la Educación. El primero fue representado por la Contraloría por considerar que la materia era de reserva legal. El Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, dicta un Decreto de insistencia, el N°2.773 de mayo de 1950 ordenando tomar razón del acto representado.

El Contralor Mewes, por oficio N° 22.042 del mismo año, le dice al Jefe del Estado:

“(...) una orden del Presidente de la República aunque revista el aspecto formal de Decreto Supremo, no es tal, si por ella se atribuye una autoridad o derechos que pertenecen a otro Poder Público. (...) Así tampoco es decreto supremo, sino una orden nula de pleno derecho el Decreto del Ministerio de Educación N° 1769 cuya materia (...) es función del Poder Legislativo (...)

Un decreto supremo propiamente tal puede ser inconstitucional o ilegal porque el Poder Ejecutivo, sin invadir funciones de otros Poderes puede no haberse ajustado a la Constitución o a las leyes que rijan las materias de su competencia. Para estos casos, representado el decreto (...) se explica la institución de la insistencia (...). Pero la insistencia no tiene justificación posible respecto de decretos que el Ejecutivo dictare arrogándose atribuciones propias de otros Poderes, pues, como lo dicen también los tratadistas, tales actos son inexistentes sin que sea menester que su nulidad sea declarada por una autoridad pública.

Por estas consideraciones el Contralor General infrascrito devuelve a US. Sin tramitar los mencionados decretos N° 1769 y 2773”<sup>107</sup>.

Y no fue el único caso. Como ya se señaló, debido a la situación económica imperante, con altos índices inflacionarios, el gobierno adquirió la costumbre de utilizar los decretos de insistencia para gastar más allá de los límites que imponía el presupuesto. Es más, se llegó a hacer costumbre enviar al mismo tiempo el decreto de gasto y el de insistencia. En la enmienda constitucional de 1943 (misma que elevó a rango constitucional a la Contraloría) se consagró la posibilidad de que el Ejecutivo pudiera gastar hasta un dos por ciento más de lo estipulado en el presupuesto pero, solo en caso de emergencia nacional o desastre naturales y con la firma de todos sus ministros. Nada decía en todo caso respecto de la insistencia en los otros casos, pero incluso hoy autores como Faúndez interpretan esta

---

<sup>106</sup> Ver. VARGAS, Iris. 2000. Comentario: El Decreto de Insistencia y la doctrina Mewes: Límites del Decreto Supremo y la Nulidad de Derecho Público Ipso Jure en la Constitución de 1925. *Revista Chilena de Derecho*, 27, 439-444.; nota 30 En SOTO KLOSS, Eduardo. 2014. “La Toma de Razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República” en *Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*. Santiago, Contraloría General de la República, pp. 181-206.

<sup>107</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 22.042, de 10 de julio de 1950.

limitación como un freno también a esos decretos de insistencia<sup>108</sup>. El criterio lo había impuesto el Contralor Mewes; quien además se sintió libre de evaluar los hechos en que se pudiera fundar la emergencia.

Por oficio N° 28.438 de septiembre de 1950 la Contraloría represento el Decreto N° 928, de Junio de ese año, del Ministerio de Obras Públicas que ordenaba pagar unas obras realizadas sin llamado a propuesta pública, conforme lo exigía la legislación vigente.

El Contralor, en un tono molesto, relata la insistencia del gobierno e interpreta no sólo la enmienda y su objetivo sino, además, desecha la posibilidad de enmarcar ese gasto en la legalidad juzgando los hechos.

“A pesar de la representación fundada de esta Contraloría General, el Supremo Gobierno insiste, ahora, con la firma de todos sus ministros, en el sentido de que debe darse curso al citado Decreto N° 928, de 12 de Junio de 1950.

Ahora bien, el sistema de ordenar gastos ilegales mediante decretos de insistencia fue sustituido por el sistema distinto implantado por la reforma constitucional a que se refiere la Ley N° 7.727, de 25 de Noviembre de 1943, según la cual se agregó al N° 10 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado la facultad de girar hasta el 2% del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos, en los casos extraordinarios o de emergencia que el mismo número señala.

En consecuencia, se ha entendido que suprimidos, de esta manera los decretos de insistencia sobre gastos no autorizados por ley, no es procedente darles curso con la toma de razón.

En el caso de los adjuntos decretos, no hay constancia de que trata de atender un gasto imposterizable derivado de calamidad pública, de agresión exterior, de conmoción interna o de agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin grave daño para el país”<sup>109</sup>.

El Contralor devolvió entonces tanto el decreto de insistencia como el insistido.

### **3.4.1.3. Otros casos**

Si los tribunales, entonces, apenas tenían en consideración la Constitución a la hora de fallar, Mewes la tenía siempre presente como se aprecia, por ejemplo, del primer argumento esgrimido para representar el decreto que contenía el Reglamento de Radiocomunicaciones del Servicio de Aficionados:

---

<sup>108</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011, Ob. cit. p. 143.

<sup>109</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 2310 de 22 de noviembre de 1950.

“1º Los artículos 19 y 49 prohíben “incluir en los comunicados asuntos políticos o religiosos” vulnerando la garantía constitucional contemplada en el N°3 del artículo 3º de la Constitución Política, que asegura la “libertad de emitir, sin cesura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o cualquiera otra forma”<sup>110</sup>.

El segundo motivo del rechazo fue por crear una solidaridad penal inexistente en la legislación vigente; y el tercero por establecer la obligación de ingresar a una sociedad determinada, “requisito que no ha sido impuesto por ley alguna”<sup>111</sup>.

El Contralor no se frenaba tampoco a la hora de evaluar mérito u oportunidad. Rechaza así un decreto que derogando otro anterior, dejaba sometido al sistema especial de expropiación que consagraba la Ley N° 8.080 de 1943<sup>112</sup>, unas edificaciones privadas en Antofagasta, constatando que éstos no se demolerían de inmediato para la Construcción del Instituto prometido y que, mientras tanto, se utilizarían como bienes fiscales.

“[B]ajo tales circunstancias no parece a esta Contraloría General que pueda aplicarse al aludido inmueble la especial declaración de utilidad pública dispuesta en el art. 14 de la ley N° 8080, toda vez que esa declaración legal rige para las expropiaciones destinadas a subvenir las necesidades inmediatas de construcción a que se refiere la misma ley; pues en los demás casos corresponde proceder conforme a las normas generales que regulan las expropiaciones ordinarias”<sup>113</sup>.

Como se puede apreciar, fue a partir de la toma de razón; más bien de la representación que la Contraloría comenzó su hiperactividad dejando atrás la deferencia. Muchas veces sobrepasando los límites que la separan de la jurisdicción judicial. Límites que, no siempre, son tan claros, como señalaba Enrique Silva Cimma.

“En efecto, la Contraloría en el desempeño de su gestión fiscalizadora, debe actuar en muchos de sus aspectos con el carácter de Tribunal. Tal es el caso de

---

<sup>110</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 40731 de 27 de noviembre de 1950.

<sup>111</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 40731 de 27 de noviembre de 1950.

<sup>112</sup> El artículo 14 de la Ley N° 8080 establecía “Artículo 14. *Los inmuebles necesarios para la construcción de las obras a que se refiere el artículo 3.º que no estén sujetos a expropiación en virtud de leyes especiales, quedarán comprendidos en la declaración de utilidad pública y afectos a expropiación con arreglo a las disposiciones de la ley N.º 3,313, de 21 de Septiembre de 1917 (...)*”. Y el artículo 3º de la misma ley se refería a “(...) a) *Obras de regadío y habilitación de terrenos (...); b) Caminos y puentes y obras accesorias y complementarias (...); c) Ferrocarriles, incluyendo dotación de líneas, estaciones y equipo (...); d) Obras de agua potable, alcantarillado y defensa de terrenos y poblaciones, incluyéndose en este rubro treinta y cinco millones de pesos(\$ 35.000,000) de aporte para la realización del plan de construcciones del Departamento Cooperativo Interamericano de Obras de Salubridad (...); e) Obras y habilitación de puertos (...). El 50 por ciento de los fondos consultados en esta letra para "Obras y habilitación de puertos", se invertirá de preferencia en la adquisición de grúas portátiles y de "Portal", carros de remolque, carretillas-tractores, carretillas de mano, tractores para arrastre, locomotoras eléctricas y a vapor, carros planos y de cajón para ferrocarriles y demás maquinarias y herramientas para facilitar la movilización de los puertos, y f) Obras de arquitectura y de fomento del deporte (...)*”.

<sup>113</sup> Contraloría General de la República. Oficio 15736 de 5 de abril de 1948.

los Juicios de Cuentas en especial, y de muchas de sus más importantes facultades, como la Toma de Razón de los decretos supremos o la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su decisión definitiva”<sup>114</sup>.

Aludía también a la potestad dictaminante. Posiblemente la más hiperactiva en la actualidad pero no así en los primeros pasos de la Contraloría constitucionalmente autónoma.

#### **3.4.1.4. La potestad dictaminante parte tímidamente**

Como ya se explicó, en 1927 cuando se crea la Contraloría, ésta concentra potestades de otros órganos existentes desde el nacimiento de la república. Pero no todas se consagraron legalmente en el mismo momento. Dos de las más importantes, la toma de razón preventiva y la potestad dictaminante se incluyeron a poco de haber nacido a la vida jurídica. Ambas se sumaron en 1928 a través del DFL N° 2.960, aunque la segunda (la potestad dictaminante) se planteó limitada a cuestiones de presupuesto y bienes<sup>115</sup>. Cuatro años después, en 1932 se publica el DL N° 258 complementado por el Reglamento Orgánico y de Servicios de la Contraloría General de la República, Decreto N° 935 del mismo año. Ambos terminan de regular algunas de las potestades del órgano contralor, entre las que figuraba la ampliación de la potestad dictaminante en relación a las materias susceptibles de informar, incluyendo las de contenido jurídico, dejando abierta la posibilidad de incluir otras y precisando que el valor de jurisprudencia administrativa de las decisiones contraloras<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1945, Ob. Cit. p. 401.

<sup>115</sup> Artículo 7° del DFL N° 2.960 Bis de 1928: “Es obligación del Contralor General, emitir su informe por escrito, a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la administración de bienes nacionales respecto al objeto o alcance de cualquier ítem del Presupuesto, fondo especial o de reserva, o sobre la aplicación de los ingresos, legalidad de los desembolsos o disposición de cualquier propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo, ante el Presidente de la República, y dentro del plazo de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida”.

<sup>116</sup> Artículo 7° del Decreto Ley N° 258 de 1932: “El Contralor estará facultado para dirigirse directamente a cualquier jefe de oficina o de cualquier empleado o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos o informaciones o de dar instrucciones relativas al servicio. Sin perjuicio de la facultad que le concede el inciso anterior, es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier jefe de oficina o de servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso primero del artículo precedente; con la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o cualquier otra materia en que la ley dé intervención a la Contraloría. Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran. Corresponderá exclusivamente al Contralor, informar los expedientes sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.”

Inciso 1° del artículo 99 del Decreto N° 935 de 1932: “Sólo la Contraloría tendrá competencia para informar en derecho sobre las materias indicadas en el inciso final del artículo 7° de la Ley Orgánica, y en especial, sobre los asuntos que se relacionen con la aplicación del Estatuto Administrativo y con el funcionamiento de

Los años cincuenta también sirvieron de cultivo a la creatividad dictaminante. Los archivos contralores así lo demuestran; y muestran también la influencia en esta materia de Enrique Bahamonde Ruiz, quien fuera Jefe del departamento jurídico de la Contraloría y luego, sub contralor, en la gestión de Mewes a quien sucedería como Contralor.

**a) Con sentido práctico**

Ya en el año 46 llama la atención un oficio, en que respondiendo a una consulta interna, el entonces jefe jurídico observa negativamente un decreto que establecía las normas por las que se iba a regir la Corporación que el crea con el nombre de “Fundación Educacional y de Vivienda Obrera de O’higgins.

El oficio firmado por Bahamondes advierte primero que el Presidente no tiene facultades para fundar una corporación si ninguna ley se lo encomienda, ni crear un organismo o servicio por decreto supremo.

Y agrega:

“Las consideraciones del Decreto referido dejan constancia de que por aportes de la Brandon Copper Company y de Sindicatos se han juntado siete millones de pesos que esas organizaciones entregaron con el objeto preciso de que se emplearan en los objetivos que el Decreto señala. De lo anterior se deduce que el Gobierno no es dueño de dichos fondos, lo que se confirma a mayor abundamiento, con lo dispuesto en el art. 1396 del Código Civil.

Por consiguiente, no siendo el Gobierno dueño de esos fondos, no se ve cómo podría disponer unilateralmente de ellos ni dar normas para su administración (...)”.

Lo curioso es que no se limita a establecer la ilegalidad sino que además sugiere qué hacer, desde una perspectiva eminentemente práctica:

“En realidad, desde un punto de vista legal, los fondos acumulados son bienes de una comunidad de hecho; de los no podrían disponer sino todos los comuneros en conjunto.

Por consiguiente, procedería dar forma legal a la Fundación que se proyecta, con concurrencia para su establecimiento de todos los que aportaron los fondos acumulados; lo que puede hacerse con sólo breve pérdida de tiempo, ya que los

---

*los servicios públicos que constituyen la administración civil del Estado, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.*

Inciso 3° del artículo 99 del Decreto N° 935 de 1932: “(...) De acuerdo a lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos que se refiere el artículo 1° de la Ley Orgánica”.

interesados y el Gobierno está plenamente de acuerdo en el fondo como en los detalles del asunto.

Para ese efecto podrían tenerse en cuenta las normas que da el Decreto adjunto, incorporándolos a los estatutos de la Fundación”<sup>117</sup>.

## **b) Consulta de particulares**

Pese a la impronta activa del contralor Mewes, era cuidadoso frente a consultas en las que tuviera que adjudicar derechos a particulares, aun cuando aquellos estuvieran vinculados con la Administración.

Así, por ejemplo en abril de 1946, rechaza intervenir en un conflicto municipal, por estimar que ello competía a los Tribunales de Justicia:

“(…) a la Contraloría General no le corresponde intervenir en la dificultades que puedan suscitarse entre las Municipalidades y los concesionarios de servicios municipales y que derivan del hecho de que se impugna la legalidad de la concesión. A falta de avenimiento entre las partes, tales dificultades deben ser sometidas al fallo de los Tribunales de Justicia”<sup>118</sup>.

Pero la tentación estaba; incluso sin mediar órgano administrativo. Se aprecia en la respuesta que da a una consulta de un particular respecto de si su título de ingeniero le era válido para acogerse a los beneficios que las leyes conceden al personal con título profesional. Mewes responde que en vista que se trataba de un consulta meramente informativa, “(…) y no de que se haya negado algún derecho al peticionario en su calidad de empleado público o semifiscal, o de alguna institución del Estado, no se trata de un caso concreto administrativo en el cual deba intervenir esta Contraloría General”. Pero, añade:

“En todo caso, si el solicitante ha querido referirse a la bonificación por título profesional, este beneficio se concede, por ahora, a los ingenieros que desempeñan cargos de tales en la Dirección General de Obras Pública y a los que tengan ese título y desempeñen un cargo en la Contraloría General”<sup>119</sup>.

La Contraloría intentaba ayudar con su gestión. Y esta se fue haciendo cada vez más fuerte. Colaboró en ello la autonomía financiera que obtuvo el Contralor Mewes y que llegó a alcanzar el 0,39% del Presupuesto de la Nación.

Presupuesto que la institución se encargaba de cuidar vigilando el gasto y la función pública, entre otros. La institucionalidad Chilena no se entiende sin esta realidad y tal vez en ello

---

<sup>117</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 3259 de 23 de enero de 1946.

<sup>118</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 12844 de 6 de abril de 1946.

<sup>119</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 42934 de 13 de diciembre de 1950.

también radique –por ejemplo– el fracaso de la misión Klein-Saks en Chile. A diferencia de lo que antes había ocurrido con los *money doctors* de la Misión Kemmerer.

En efecto, en 1955 el Presidente Carlos Ibáñez del Campo en su segundo período, de corte populista, contrató a una empresa consultora estadounidense para buscar soluciones frente a los altos y persistentes niveles de inflación que alcanzaba el país. La misión Klein-Saks propuso un paquete general de ajustes que fue rechazado por la sociedad. Solo algunas de sus propuestas se implementaron y entre éstas, muy pocas se asentaron realmente. Una de las que no fructificó fue la relativa a la Contraloría.

“(…) La duplicidad de funciones y las funciones innecesarias deben eliminarse, y, al mismo tiempo, modernizarse las funciones administrativas indispensables. En especial debe definirse nuevamente el papel de la Contraloría General para dar mayor relieve a la función auditora que le es propia, y dejar en manos de los Ministros y reparticiones la responsabilidad por el correcto manejo de sus respectivas contabilidades y funciones administrativas. De este modo pueden evitarse las demoras y complicaciones causada por la excesiva intervención de la Contraloría en actividades administrativas de rutina”<sup>120</sup>.

Algo semejante observó, casi sesenta años más tarde, la OCDE en un informe sobre la Contraloría Chilena<sup>121</sup>, tanto respecto de la función auditora y, más claramente, respecto de las críticas que se hicieron a la toma de razón<sup>122</sup>, una herramienta que les costó mucho entender y que, posiblemente, no entendieron del todo. Tal vez por las razones que Couyoumdjian y Larroulet expresan respecto del fracaso de la misión Klein-Saks:

“Esta Misión de expertos representaría, entonces, la quintaesencia del «síndrome del economista visitante»; del proceder de expertos extranjeros que actúan como asesores en un país determinado y proponen soluciones de tipo globales a partir de un conocimiento más bien básico de la realidad de estas naciones. (...) [E]xiste una sensación de que éstos vienen a imponer una visión externa que puede ser incluso ajena a la realidad local”<sup>123</sup>.

En efecto, la institucionalidad chilena funcionaba; al menos, en lo que se refiere al Control de la actuación del Ejecutivo, especialmente por la vía de la toma de razón cada vez más fortalecida, aunque con algunos retrocesos puntuales, como el que recuerda Fiamma en que el Contralor Bahamondes limita significativamente sus facultades de control frente a los

---

<sup>120</sup>Anexo: Las ideas de la Misión Klein & Saks sobre el futuro económico de Chile. P 264 en IBÁÑEZ, A., EDWARDS, S., GARAY VERA, C., LÜDERS, R., y LARROULET, C. 2011. *Reformas Económicas e Instituciones Políticas: La experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*. (J. P. Couyoumdjian, Ed.) (Primera). Universidad del Desarrollo.

<sup>121</sup> OCDE. 2015. *Entidad Fiscalizadora Superior de Chile. Mejorando la agilidad estratégica y la confianza pública*. (OCDE, Ed.) (Primera en). Santiago: Contraloría General de la República.

<sup>122</sup> Aunque no todas fueron críticas.

<sup>123</sup> COUYOUMDJIAN y LAOURRLET. 2011. Epílogo: La importancia del capital humano y de las instituciones en un proceso de reforma económica: Dos programas comparados. En IBÁÑEZ, A., EDWARDS, S., GARAY VERA, C., LÜDERS, R., y LARROULET, C. 2011., Ob. cit. p. 243.

decretos de emergencia, advirtiendo, “En otras palabras, la calificación de los hechos que justifican la dictación de decretos con cargo al 2º constitucional corresponde privativamente al Poder Ejecutivo”<sup>124</sup>, actitud bien distinta a la que había mostrado Mewes solo dos años antes<sup>125</sup>. Valga, en todo caso advertir, que esta materia se discute hasta ahora.

Como se vio, el Ejecutivo contaba con amplios poderes debido al reforzamiento del presidencialismo y el Congreso estaba dispuesto a darle más, aunque controlados por la Contraloría a la que había reforzado por la vía legal y política cuando destituye a un contralor por no ejercer sus potestades limitativas del poder. De allí la fuerza de la toma de razón, pese a la ausencia de imperio del órgano contralor. Faúndez lo explica por dos factores políticos: “primero, los gobiernos, a fin de cuentas, no abusaban de su poder, porque siempre podían contar con el Congreso para obtener poderes reguladores, y, segundo, los gobiernos tomaban en serio la toma de razón, porque tras la acusación constitucional se dieron cuenta de que la Contraloría tenía el apoyo del Congreso”<sup>126</sup>.

Y otro tanto ocurriría con la potestad dictaminante.

Se había consolidado un nuevo poder: históricamente, a partir de la concentración de potestades de órganos preexistentes y por la inexistencia de Tribunales del Contencioso Administrativo; normativamente, cuando se elevó a rango constitucional; políticamente cuando el congreso destituye al primer contralor constitucionalmente erigido; y en los hechos, con la fuerte actuación del Contralor Mewes<sup>127</sup> que supo leer las señales de su tiempo fortaleciéndose frente al poderoso Presidente chileno.

---

<sup>124</sup> Contraloría General de la República. Oficio N° 30.692 del 8 de agosto de 1952. Citado por FIAMMA OLIVARES, G. 2012. ¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho? (Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa). In *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)* (Segunda, pp. 207–219). Santiago: Contraloría General de la República.

<sup>125</sup> Ver supra I.B.4 a) (2).

<sup>126</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011, Ob. cit. p 147.

<sup>127</sup> *Biografía*.-Humberto Mewes Bruna: “Nació en Taltal el 1º de septiembre de 1889. Obtuvo el título de abogado el 9 de mayo de 1913. Su vocación jurídica lo condujo a la carrera judicial, a la cual ingresó en el año 1914, como Juez de Subdelegación en Valparaíso. Sus condiciones de jurista y la integridad con que ejerció su magisterio, le valieron una destacada carrera en el Poder Judicial, que culminó en el cargo de Ministro de la Corte de Apelaciones de Valdivia, después de haber ejercido con gran acierto las funciones de Juez de Menor Cuantía, Relator, Juez del Crimen y Fiscal de la Corte de Apelaciones de Iquique.

Al mismo tiempo, su inquietud por el estudio lo movía a consagrarse a la docencia en las materias jurídicas de su especialidad, desde los cargos de profesor en la Escuela de Leyes de los Sagrados Corazones y en la Escuela de Derecho de Valparaíso de la Universidad de Chile, entre los años 1932 y 1935. También ejerció el cargo de profesor en la Escuela de Derecho de Santiago de la misma Universidad, en los años 1948 y 1949.

En febrero de 1946 fue designado Contralor General de la República, funciones desde las cuales le cupo activa participación en la dictación de la Ley N° 9.687 de 1950, que reorganizó la Contraloría General, introduciendo modificaciones fundamentales en su estructura y funcionamiento.

En el orden material, le correspondió propiciar la construcción del actual edificio de este organismo e inaugurarlos, lo que importó un gran adelanto para el mejor cumplimiento de las funciones fiscalizadoras.

Durante su período como Contralor General de la República, la institución alcanzó un alto prestigio por la forma en que se ejercieron las facultades contempladas en la Ley Orgánica, en beneficio del mejor funcionamiento de la administración del Estado.

Falleció el 19 de marzo de 1972”. Contraloría General de la República de Chile. 1977. *Contraloría General de la República. Cincuentenario. Edición cincuentenario*. Santiago: Contraloría General de la República.

### **3.5. Los años sesentas**

#### **3.5.1. Enrique Silva Cimma**

Así como en la década de los cincuenta la Contraloría llevó el apellido Mewes; la de los sesenta se suscribe bajo la rúbrica de Silva Cimma. Sin resoluciones abiertamente transgresoras o vistosas, el Contralor que asumiera en mayo de 1959, pavimentó el camino por el que se desarrolló el Derecho Administrativo chileno y, en esa ruta, definió en un sentido amplio las potestades de la propia Contraloría General. La suya fue una gestión más normativa que jurisdiccional que sentó las bases de la hiperactividad contralora que tantas veces se ha criticado y otras tantas, alabado. La Contraloría, a través de sus dictámenes fue definiendo el contenido y contornos del derecho administrativo como los tribunales pueden establecer estándares a partir de sus sentencias. Pero, a diferencia de los fallos judiciales, la jurisprudencia administrativa es estable y vinculante en el tiempo y en todo el territorio por lo que norma; y sólo por razones fundadas puede cambiar el sentido de lo decidido.

Vale la pena ver algunos ejemplos de esta gestión.

##### **3.5.1.1. Invalidación y revisión de los hechos**

No había ley de procedimiento ni norma que regulara la invalidación, sin embargo, la Contraloría ya había recogido la doctrina en virtud de la cual se establecía que ésta procedía frente a actos contrarios a Derecho. El alcance de la misma y sus límites, sin embargo, no estaban tan claros. La Contraloría tomó razón de una resolución que establecía la destitución de un funcionario que pidió se dejara sin efecto la resolución pese a su total tramitación.

El dictamen en cuestión admite la invalidación tanto de los actos terminales como de los actos trámite. Concluye:

“(…) 2º.- Pueden atacarse mediante este recurso tanto los actos terminales, decretos o resoluciones, cuanto los actos trámites, visto o toma razón, en este caso; 3º.- La impugnación debe dirigirse en contra del acto definitivo, sin perjuicio de que en aquellos casos en que se ataca dicho acto por vicio de un anterior acto trámite, la autoridad que lo dictó remita los antecedentes al órgano que lo ha emitido a fin de que éste se pronuncie acerca de su validez (...)”<sup>128</sup>.

Aclaraba materias que sólo el 2003, con la dictación de la Ley N° 19.880, se iban a regular y de paso, en sus consideraciones, resuelve en otra materia que, años después –en los setentas

---

<sup>128</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.604 de 29 de marzo de 1960.

y hasta hoy- iba a causar polémica: La procedencia o no de revisar los hechos en la toma de razón. Silva Cimma lo establece en términos amplios al referirse al oficio en que se tomó razón de la sanción refiriéndose a la misma como:

“(…) acto que constituye un examen de legalidad, y por ende, al cursar o devolver un decreto o resolución ella [la CGR] examina la concordancia formal y substancial del ato con el ordenamiento que lo rige. Así, en cuanto al contenido y causa de este pronunciamiento, vela por la debida observancia de los hechos y del derecho ya que los presupuestos materiales son los que originan la sanción o castigo y ellos, a su vez, llevan a la aplicación de la norma. Si los hechos están mal apreciados, la norma está mal aplicada”<sup>129</sup>.

En marzo del 62 reiteraría su postura en su doctrina al indicar que la CGR, “puede revisar la calificación por la autoridad administrativa de las circunstancias que hacen procedente la contratación de personal a honorarios (...)”<sup>130</sup>.

Sin embargo, la posibilidad de impugnación de un acto –por amplia que se plantease– no resta la eficacia del mismo, advirtió frente a la negativa del Servicio del Seguro Social que se negaba a pagar una pensión ordenada por un decreto supremo que no había considerado una modificación en la ley en que se fundaba. El Contralor recordó la presunción de legalidad que la CGR reconocía a la toma de razón, concluyendo:

“1.- Por encontrarse totalmente tramitado el decreto 6.178, de 24 de junio de 1960, del Ministerio de Hacienda, debe ser cumplido por los sujetos jurídicos a quienes afecta. 2.- Si el Servicio de Seguro Social estima que dicho decreto no se ajusta la ley, debe recabar del Ministerio de Hacienda la dictación de un nuevo decreto que lo deje sin efecto en la parte objetada por ese organismo”<sup>131</sup>.

### **3.5.1.2. Efectos imperativos del dictamen, definiciones jurídico-administrativas y adjudicación**

El Contralor Silva Cimma se preocupó de consolidar el poder de la Contraloría dictaminando en sentido amplio respecto de sus propias potestades. Ante todo, remarcado la imperatividad de sus determinaciones aun cuando no fueran notificadas a los abogados fiscales o asesores jurídicos, en los términos de la Ley 10.336 (Art.19).

---

<sup>129</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.604 de 29 de marzo de 1960.

<sup>130</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.024 de marzo de 1962.

<sup>131</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.190 de 20 de abril de 1961.

“Las decisiones y dictámenes de la Contraloría General son obligatorios para los abogados de los Servicios Públicos, aun cuando no hayan sido transcritos a la repartición donde desempeñan sus funciones”<sup>132</sup>.

Sin embargo, junto con recordar que la CGR suele “(...) dar instrucciones o normas de carácter general para los Servicios cuando la trascendencia del problema, materia del dictamen, así lo aconseja”, advierte de la obligatoriedad de sus sugerencias, sin limitarla a los abogados o a “los funcionarios correspondientes” (en los términos del artículo 9 de la Ley 10.336)<sup>133</sup>.

“Las recomendaciones o sugerencias que pueden desprenderse de los dictámenes de esta Contraloría General tienen la fuerza obligatoria que emana de los pronunciamientos de un Órgano Fiscalizador, cuya misión es la de velar porque la acción de los servicios se ajuste a la ley”<sup>134</sup>.

De lo dictaminado se debe entender que cuando, en 1960, “aconsejaba”<sup>135</sup> al alcalde (de Pichilemu), comunicar la determinación de ausentarse, aunque por breve tiempo, al secretario municipal; estaba estableciendo una regla general para los ediles y, en el mismo sentido, no resulta extraño, entonces, que se haya llegado hoy a sostener hasta ahora –por la propia Contraloría<sup>136</sup>– la imperatividad absoluta de los dictámenes más allá del tenor literal de las normas que se refieren a ella<sup>137</sup>.

Pero Silva Cimma establecía también sus propios límites, especialmente frente a un cambio de jurisprudencia:

“Los dictámenes que modifican una doctrina anterior sólo rigen para el futuro, pero no pueden afectar las situaciones jurídicas completamente constituidas bajo la vigencia de la anterior interpretación. Como excepción, y en los casos en que la modificación incide en un derecho fundamental del personal pasivo, la nueva doctrina rige sólo para las personas que no alcanzaron a presentar sus solicitudes en tiempo oportuno”<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.738 de 11 de abril de 1963.

<sup>133</sup> Ley N° 10.336. Artículo 9° inciso 6° “(...) *Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran*”.

<sup>134</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.738 de 11 de abril de 1963.

<sup>135</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 55216 de 23 de septiembre de 1960. Dictaminó: “1° *El simple alejamiento del Alcalde de una Municipalidad del lugar asiento de sus funciones, por períodos de escasa duración, no constituye ausencia ni da lugar a la subrogación del titular; 2° La subrogación opera por el solo ministerio de la ley, cuando ocurren los hechos que la hacen procedente, como sucede en el caso de un alejamiento más prolongado. No obstante, para el debido resguardo de los intereses comunales, es aconsejable que el Alcalde titular comunique su determinación de ausentarse al Secretario Municipal*”.

<sup>136</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.208 de 2 de febrero de 1990.

<sup>137</sup> En contra: ALDUNATE, Eduardo. 2005. La evolución de la función de control de la contraloría general de la república. *Revista de Derecho de La PUCV, XXVI*, 19–30.

<sup>138</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.927 de 22 de octubre de 1963: “(...) *las decisiones y dictámenes de Contraloría, en materias de su competencia, son los medios constitutivos de la jurisprudencia administrativa y su cumplimiento es obligatorio para los servicios y sus funcionarios*”.

A través de la potestad dictaminante el Contralor siguió estableciendo los contornos de importantes instituciones del Derecho Administrativo como el procedimiento general<sup>139</sup> o – por ejemplo– las distinciones entre comisión y cometido<sup>140</sup> o los alcances de la desafectación de un bien público<sup>141</sup>.

En lo que al ejercicio jurisdiccional se refiere, tampoco dejó de adjudicar, como cuando, en 1961, a petición de un contratista dictamina:

“(…) el abono por reajuste de jornales que debe efectuar el Fisco a la Sociedad Tagle Tocornal y Cía Ltda. Respecto del contrato para la construcción del Puente del Maipo en Lo Gallardo, debe calcularse sobre los porcentajes legales de reajuste de los jornales ordenados por las leyes 12.432, 12.861 y 13.305 y no en la forma señalada en las bases administrativas del contrato; la firma contratista tiene derecho a que el Fisco le reembolse las mayores sumas que compruebe haber pagado con motivo del aumento de las tasas de leyes sociales”<sup>142</sup>.

### **3.5.1.3. Llega el Contralor Humeres**

Con la llegada del Contralor Héctor Humeres, el año 67, se continuó en la misma línea, muchas veces por la vía de los límites o competencias negativa. Sólo en el año 68, en los boletines de la Contraloría se consignan más de 50 dictámenes en los que la Contraloría restringe su competencia. Pero también se encargó de precisar aspectos que luego servirían para enardecer una polémica histórica entre el gobierno de la Unidad Popular y el Contralor. Así ocurrió respecto de los actos de urgencia o “de vigencia inmediata” que pueden entrar a regir antes de la toma de razón, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan recaer en sus autores si estos resultan ilegales. Entre estos, figuraban los de reanudación de faenas conforme a la Ley 16.640. Al respecto Humeres dejó en claro que:

“Si una medida de urgencia es ejecutada antes de su total tramitación, es declarada ilegal deberá suspenderse su aplicación, a margen de la responsabilidad que del hecho de haberse ejecutado pudiere desprenderse en contra de la autoridad administrativa que la dispuso, de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 10 de la Ley N° 10.336, y sin perjuicio también de la facultad de insistir en su tramitación por parte de la autoridad o de

---

<sup>139</sup> Ver. JARA SCHNETTLER, Jaime. 2013. La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del procedimiento administrativo en Chile. *Revista de Derecho Público*, 78, 63–77.

<sup>140</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 10.587 de 1961; Contraloría General de la República. Dictamen N° 63.920 de 17 de noviembre de 1962.

<sup>141</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 51.206 de 21 de septiembre de 1962.

<sup>142</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 60.326 de 7 de octubre de 1961.

enviar el documento pertinente a la Contraloría general, una vez subsanadas las objeciones que formulara ésta”<sup>143</sup>.

### **3.6. Los setentas: Tomando partido; desde el enfrentamiento hasta la captura**

#### **3.6.1. El enfrentamiento**

Qué duda cabe, los setentas fueron años tremendamente convulsionados en la historia de Chile, y la Contraloría no estuvo ajena de las polémicas desatadas en el ámbito del control; primero, durante el gobierno de la Unidad Popular y, luego, tras el golpe militar.

Nuevamente, los decretos de reanudación de faenas, los de requisiciones y las expropiaciones, adquirieron notoriedad cuando se transformaron en la vía a través de la cual el Contralor, en medio de una convulsionada y enfrentada sociedad, tomó partido discutiendo el fondo de las decisiones adoptadas por el Ejecutivo, a veces, incluso, en contradicción con su propia división jurídica. Se daba entonces la curiosidad de que, estando el Contralor, muchos de esos actos se representaban; pero, no estándolo primaba la visión de su jefe jurídico, tomándose razón de dichos actos. La insistencia fue otro protagonista ya que el gobierno no dudó en usarla profusamente, especialmente al comenzar su gestión pero, con el pasar de los años su empleo fue cada vez más impopular, especialmente ante los ojos de los militares integrados al gobierno hacia el fin de la experiencia socialista-marxista.

Hay que recordar, en todo caso, que –en la época–, la toma de razón estaba consagrada solo en la ley, en el artículo décimo de la Ley N° 10.336 y no en la Constitución como hoy.

#### **3.6.1.1. Los mecanismos para intervenir**

Los decretos de reanudación de faenas cambiaron su sentido. Si en los cincuentas se utilizaban para terminar con las huelgas, la Unidad Popular los empleó como una herramienta de aplicación de una política económica. Cuando una empresa entraba en crisis, se promovía una huelga; luego se dictaba el decreto acompañado del nombramiento de un interventor que se hacía cargo de la empresa. Pero no era fácil, se requería de un procedimiento complejo que se evitaba cambiando la actuación por la de requisición<sup>144</sup>.

Tras la estrategia, estaba un lúcido abogado, crítico de la legalidad imperante que, tras analizar la dispersa normativa pública existente, encontró los modos para sortear, primero la

---

<sup>143</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 55.041 de 1968, citado por ARÓSTICA, Iván. En: SOTO, E., y AROSTICA, I. 1993. La destrucción del Estado de Derecho 1970-1973. *Revista de Derecho Público*, 53–54, p. 111.

<sup>144</sup> Ver. FAÚNDEZ, Julio. 2011, Op. cit. pp. 233 y ss.

barrera contralora y luego la judicial; Eduardo Novoa Monreal<sup>145</sup>. No fue sencillo. De hecho, la tensión llegó a situaciones nunca antes vistas; superando cualquier cuestión legal tanto por la actitud represora de la Contraloría como por los resquicios del Ejecutivo<sup>146</sup>.

### 3.6.1.2. La revisión de los hechos

Aunque existe una cierta percepción de que en la toma de razón los hechos comenzaron a valorarse en su mérito y oportunidad sólo a partir de los setentas<sup>147</sup>, lo cierto es que –tal como se ha visto en este estudio- dicha apreciación partió en los cincuentas (aunque no en forma sostenida<sup>148</sup>) y en los sesentas se configuró como una instrucción del Contralor Silva. Sin embargo, no por eso, el tema dejó de ser polémico incluso hasta hoy. Señal de ello fue la inclusión, el 2002<sup>149</sup>, del artículo 21b de la Ley 10.336 que impide a la Contraloría evaluar mérito o conveniencia con motivo del control de legalidad o en las auditorias; cuestión que se traduce, en buena medida, en la ponderación de los hechos.

Un importante estudio, publicado en 1977 por el profesor Fiamma, criticó la jurisprudencia contralora que se negaba a evaluar los hechos citando varios dictámenes en ese sentido, incluidos algunos en los años setentas<sup>150</sup>. Sin embargo, y no obstante recién iniciada la práctica de las requisiciones la Contraloría se negó a evaluar los hechos, avanzado el gobierno de la Unidad Popular no sólo los evaluó si no que se constituyó en una especie de tribunal al admitir las reclamaciones, dar traslado e incluso exigir prueba de los hechos que fundaban los actos interventores. Ejerció jurisdicción sin temor, no siempre dando la razón a la empresa privada pese a los reclamos del gobierno y de la doctrina cercana al mismo<sup>151</sup>. De hecho, el Contralor Humeres llegó a dar instrucciones señalando cómo debían abordarse los conflictivos decretos de reanudación de faenas:

“(…) en lo sucesivo, al examinar la legalidad de los decretos que ordenen la reanudación de faenas en las industrias vitales para la economía nacional, empresas de transportes, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías

---

<sup>145</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. 1971. Vías legales para avanzar hacia el socialismo. *Revista de Derecho Económico*, 33–34,

<sup>146</sup> Ver. GARCÉS, Joan. 1973. Vía insurreccional y vía política: Dos tácticas. *Revista de La Universidad Técnica Del Estado*, 13–14. p. 12-14. El autor explica como el Gobierno asignaba un contenido distinto a la norma que el año 1931 permitía intervenir transitoriamente una empresa privada.

<sup>147</sup> MILLAR SILVA, Javier. 2000. Alcance del control de legalidad: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. *Revista de Derecho*, XI, 83–94.

<sup>148</sup> En efecto, como se señaló supra, el Contralor Bahamonde limitó sus competencias en este aspecto.

<sup>149</sup> Por la Ley N° 19.817.

<sup>150</sup> Fiamma cita los Dictámenes: 17.785 de 19.3.1971; 43.315 de 29.6.1971; 58.643 de 25.7.1973 y 40.756 de 14.6.1976, en FIAMMA OLIVARES, Gustavo. 2012. Ob.cit.

<sup>151</sup> Ver. NOVOA MONREAL, Eduardo. 1977. *¿Vía legal al socialismo? Caso de Chile 1970-1973*. Editorial Jurídica Venezolana [en línea] <[www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com](http://www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com)> [consulta 18 mayo 2017]. Véase también en NOVOA MONREAL, E. 1971. Ob.cit.

ESPINOZA, Raúl. 1972. La contraloría general y el proceso de cambios. *Revista Universidad Técnica del Estado*, N° 8 mayo, 15–35.

esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población, o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública...no podrá aceptar, como fundamento de la paralización de faenas y del consiguiente decreto de reanudación de las mismas, la sola circunstancia de existir una ocupación o toma de la industria”<sup>152</sup>.

Se exigía entonces una prueba más acuciosa ya que, advertía el Contralor, la ocupación constituía un ilícito penal y la Contraloría no era un tribunal. Así lo dejó claro a un particular que solicitaba la invalidación de un decreto ya tomado de razón que permitió la intervención de una empresa.

“(...) en ausencia de tribunales administrativos dotados de atribuciones para resolver en la materia, y careciendo, a su turno, esta Contraloría, de potestades para conocerla, jurisprudencia de este organismo ha concluido que compete justamente a autoridad administrativa disponer invalidación de decretos o resoluciones que, a pesar de haber cumplido trámite de toma de razón, adolecen de vicios de ilegalidad, porque en régimen de estado de derecho, la Administración se halla en deber de encuadrar sus decisiones a dictados de la ley, y dejar sin efecto, por tanto, sus resoluciones ilegítimas para sancionar la infracción producida y restablecer plena aplicación de ley vulnerada...Por lo expresado debe concluirse que Contraloría no puede dejar sin efecto toma de razón de resolución DIRINCO que requiso la empresa textil, porque carece de competencia para ello (...). Los antecedentes e informes invocados para desvirtuar veracidad de los informes y hechos, deben ser ponderados por la misma autoridad administrativa que dictara la resolución requisitoria impugnada ya que a ella, y no a Contraloría, corresponde la invalidación de la medida”<sup>153</sup>.

En general, los críticos con el actuar de la Contraloría en ese período coincidían con enrostrarle el que estaba actuando como tribunal. “Si los hechos en que se funda un decreto estuvieren supuestamente falseados, existen otras autoridades –las judiciales– para sancionar el delito de falsificación”, reclamaba Espinosa, desde la esquina del gobierno enfatizando que la CGR no era Tribunal Administrativo. Años después, uno de los críticos más implacables de la Unidad Popular, Iván Aróstica –citando a Espinosa–, recordaba que no existían tales tribunales y que, en la época, “(...) los juzgados ordinarios se negaban genéricamente a conocer de los conflictos contencioso administrativos porque carecían de jurisdicción para ello”<sup>154</sup>. Parecía justificar, entonces, la actuación de la Contraloría como

---

<sup>152</sup>Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.089 de 1971 citado por ARÓSTICA en SOTO, E., y AROSTICA, I. 1993. La destrucción del Estado de Derecho 1970-1973. *Revista de Derecho Público*, 53–54, p. 108.

<sup>153</sup> Contraloría General de la República. Dictamen 9208 de 24 de diciembre de 1971.

<sup>154</sup> AROSTICA, Iván. En: SOTO, E., y AROSTICA, I. 1993. Ob.cit. p. 107.

Tribunal del Contencioso Administrativo; al menos ante la negativa de los tribunales ordinarios de ver esos asuntos<sup>155</sup>.

Novoa Monreal no se quedaba atrás en sus críticas a la Contraloría en sus actuaciones frente a la UP, especialmente en el trámite de Toma de Razón calificándolas de desviaciones, que enumeraba:

“1º No limitarse al examen jurídico del decreto sometido a toma de razón, sino criticarlo y repararlo con argumentos que miran a sus aspectos de política administrativa, como son el juicio sobre mérito, conveniencia u oportunidad de la medida tomada, siendo que éstos están entregados por nuestro sistema legal al juicio soberano del Poder Ejecutivo y de sus órganos. 2º Abrir verdaderas instancias de prueba para investigar y discutir la efectividad de los hechos, o sus calificaciones, invocados por la autoridad como fundamento de su decisión, desentendiéndose del criterio de ésta, que es la encargada de apreciar la existencia y carácter de la situación real que justifica su actuación (...). Es inadmisibles jurídicamente que el Contralor, en grado de toma de razón, practique investigaciones, reciba probanzas y evalúe medios de prueba, incluso entrando a la ponderación de declaraciones testimoniales privadas, que él busca y recibe para esgrimir las en contra de informes oficiales responsables, como inexplicablemente ha ocurrido.(...) 3º Operar en trámite de toma de razón como si tuviera atribuciones de tribunal administrativo, puesto que recibe reclamaciones emanadas de particulares en contra de las resoluciones de la autoridad pendientes de su examen, exige a la autoridad que se haga cargo de ellas, respondiéndolas, y dirime finalmente las discrepancias, después de proceder mediante una instancia de prueba como la prevista en el punto precedente. Nada más grotesco que la muy alta función de toma de razón de una orden del Poder Ejecutivo, sea convertida en una controversia entre la autoridad y los particulares afectados, antes de que ella adquiera vigor. Esto barrena las bases mismas del derecho público y sirve para exhibir una tendencia a poner en la misma balanza al interés particular y al interés público, que, como vimos, es característico de la más añeja tradición jurídica burguesa (...)”<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> De hecho Soto Kloss ve en aquí el origen del recurso de protección: “(...)frente a esa denegación de justicia de los tribunales para conocer de las arbitrariedades y agravios de la actividad administrativa del Estado es que surgió de modo principal esa acción de amparo que imaginara en 1972 el legislador planteando al efecto una reforma constitucional” en SOTO KLOSS, Eduardo. 1982. *El recurso de protección (orígenes, doctrina y jurisprudencia)* (Primera). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 401. En todo caso, la admisión de competencia en la resolución de materias contencioso administrativo por parte de los tribunales ordinarios cambió el giro de la polémica. Ahora, el enfrentamiento sería entre la Contraloría y la Corte Suprema, como se verá más adelante.

<sup>156</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. 1971. Ob.cit, p 15.

### 3.6.1.3. Las insistencias

La toma de razón busca impedir que un acto que vulnera el ordenamiento jurídico nazca a la vida del derecho por lo que su negativa a través de la representación fundada, obstaculiza o definitivamente frustra la futura existencia del acto. La obstaculizará si, devuelto sin tramitar, el ejecutivo corrige y vuelve a someterse al trámite o si el Presidente insiste con la firma de todos sus ministros, en caso de vicio de ilegalidad. Se frustrará, si el Ejecutivo nada hace. Más discutible, como se verá, es si en caso de representación pueden accionar ante los tribunales de justicia particulares interesados en el nacimiento del acto.

La insistencia no es nueva, ya se conocía desde la función contenciosa retenida que se reconocía al Consejo Real español. Pero, fue durante el gobierno del Presidente Salvador Allende que dichos decretos se hicieron polémicamente populares, al punto que fueron abiertamente criticados en el acuerdo que tomó la Cámara de diputados de 23 de agosto de 1973:

“7º. Que, en lo concerniente a las atribuciones del Congreso Nacional, depositario del Poder Legislativo, el Gobierno ha incurrido en los siguientes atropellos: a) Ha usurpado al Congreso su principal función, que es la de legislar, al adoptar una serie de medidas de gran importancia para la vida económica y social del país, que son indiscutiblemente materia de ley, por decretos de insistencia dictados abusivamente o por simples resoluciones administrativas fundadas en «resquicios legales», siendo de notar que todo ellos se ha hecho con el propósito deliberado y confeso de cambiar las estructuras del país, reconocidas por la legislación vigente, por la sola voluntad del Ejecutivo y con prescindencia absoluta de la voluntad del legislador”<sup>157</sup>.

Conforme a Soto K, solo en los primeros 30 meses del gobierno de Allende se habían dictado 32 decretos de insistencia<sup>158</sup>. No quiere decir que antes no se hubiesen usado, empero, ciertamente, su empleo era indicativo de la relación con la Contraloría y la legalidad<sup>159</sup>. Y es que, como señalaba Silva Cimma, el decreto de insistencia tenía sentido frente una discrepancia interpretativa de una ley y no como un recurso “(...) del cual pueda echarse mano indiscriminadamente para realizar o ejecutar un acto de administración fuera de la ley (...)”<sup>160</sup>.

En la época, de hecho, se llegó a hacer común que a través de un decreto se insistiera en varias resoluciones representadas. Aróstica consigna:

---

<sup>157</sup> Ver [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13377/1/mj\\_00061](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13377/1/mj_00061).

<sup>158</sup> SOTO, Eduardo. 1974. “El Decreto de Insistencia ¿Es conforme al ordenamiento constitucional?” Santiago: Revista de Derecho Público N° 15.

<sup>159</sup> Ibáñez (1952-1958) dictó 355 decretos de insistencia; Jorge Alessandri (1958-1964) dictó 3; Eduardo Frei (1964) dictó 63. CARRASCO DELGADO, Sergio. 1987. *Alessandri. Su pensamiento constitucional. Reseña de su vida pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

<sup>160</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1969. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Tomo II*, Ob.cit. p 250.

“Así, mediante el D.S 871, de Economía, (...) se insistían de una vez *diez* resoluciones requisatorias dictadas por Dirinco. Con el DS. 443, (...) se insistieron *ocho* resoluciones del mismo tipo. Al colmo se llegó con el D.S 206 de Economía (...) por cuyo intermedio se insistieron *¡cuarenta y dos!* Resoluciones de Dirinco: (...)”<sup>161</sup>.

La cuestión no era extraña, considerando que también se habían hecho populares las “requisiciones genéricas”<sup>162</sup>.

Las cosas no terminaron bien. Un golpe de estado puso fin a esta época de conflicto con el ejecutivo dando paso a una suerte de captura del Contralor por parte de la autoridad impuesta por las armas.

#### **4. Se consolida un poder**

Así como su nacimiento vino de la mano de un autócrata, la consolidación del poder de la Contraloría llegaría de la mano de un dictador, Augusto Pinochet, en cuyo mandato fue reforzada constitucionalmente entregándosele un capítulo en la nueva Constitución de 1980, con lo que reforzó el sitio que ya venía escalando. Lo que por cierto, no fue simple.

##### **4.1. La captura vestida de legalidad**

###### **4.1.1. Antes de la Constitución**

Recién se había instalado la Junta de Gobierno, tras el golpe militar del 11 de septiembre de 1973 cuando el 13 de ese mes el Contralor fue a presentar sus respetos y “adhesión”.

El acta levantada en esa sesión matutina consigna lo siguiente:

“En Santiago, a trece días del mes de Septiembre de 1973, siendo las 10,45 horas, se reunió la Junta en Sesión Secreta para tratar los siguientes temas: (...) 19.- Se recibió la visita del Sr. Contralor General de la República, quien, acompañado de dos funcionarios de dicho Alto Organismo, presentó su saludo y adhesión al nuevo Gobierno, junto con ofrecer su cooperación más decidida en todos los aspectos de su especialidad.

Al mismo tiempo manifiesta que la Contraloría elaborará un balance económico general del país, a fin de que la ciudadanía se imponga del caótico estado

---

<sup>161</sup> AROSTICA. 1993, Ob. cit. p. 102.

<sup>162</sup> AROSTICA 1993, Ob. cit. p. 104.

financiero en que se recibe la Junta. Ofreció además proporcionar interventores para que los nuevos Jefes de Servicios cuenten con su asesoría técnica cuando se reciban de sus puestos el lunes 17 del presente.

Indicó asimismo que en cuanto a la tramitación de Decretos Leyes se puede seguir dos caminos:

Tomar razón, lo que es más lento y, dado las circunstancias actuales, podría obligar a su organismo en determinados casos a devolverlos por tener vicios legales producto de la rapidez con que deberán elaborarse, y sólo registrarlos, para la historia, sin pronunciarse, lo que se da una gran libertad de acción a la Junta para desenvolverse.

Por las razones aducidas se le manifiesta que se optará –por ahora- por este último procedimiento”<sup>163</sup>.

No hubo discusión respecto de si se evaluarían los hechos o si se admitiría la oposición de los afectados. No hubo siquiera discusión respecto de la naturaleza de la norma que iría a toma de razón o la fuente de la misma<sup>164</sup>. De cualquiera forma la legalidad quedó francamente cuestionada cuando, por algunos meses, se suspendió la toma de razón como condición para el nacimiento a la vida jurídica de los actos sometidos a ese trámite. Y, con todo, al poco andar se decidió por tomar razón de los decretos, aunque sin cuestionarlos mayormente. Sin embargo, y a pesar de la naturaleza dictatorial del régimen, se ampliaron las potestades de fiscalización de la Contraloría a los órganos descentralizados<sup>165</sup> (antes solo fiscalizaba los centralizados) y el propio Contralor redujo las exenciones de toma de razón, ampliando así el número de actos que revisaría. A semanas Golpe de Estado, el Contralor resolvió que “(...) todos los decretos y resoluciones emanados de la Junta o de su presidente -incluidas todas las modificaciones a los mismos- debían ser entregados para su revisión”<sup>166</sup>. Sin embargo “...por resolución de enero de 1978 las órdenes de detención, de exilio y la prohibición de ingresar al país quedaron exentas de revisión por parte de la Contraloría”<sup>167</sup>.

“En general, la Contraloría funcionó normalmente bajo el gobierno militar, en ninguna ocasión empleó Pinochet el decreto de insistencia para forzar la implementación de actos inconstitucionales y/o ilegales”<sup>168</sup>. Con todo, la relación no estuvo exenta de conflictos. Humeres no estaba dispuesto a tomar razón del decreto que llamaba a la consulta nacional del 4 de enero de 1978 para preguntar a los ciudadanos por el apoyo o rechazo a la

---

<sup>163</sup> Acta N° 2 de la Junta de Gobierno de Chile (13 septiembre 1973). Además, el 2 de octubre de 1973 la Junta de Gobierno dicta el Decreto Ley 38 reemplazando el artículo 16 de la Ley N° 10.336 ampliando las potestades fiscalizadoras de la Contraloría, tal como están establecidas hoy.

<sup>164</sup> Grande fue la discusión, incluso al interior del gobierno militar respecto de si los Decretos Ley tenían o no naturaleza de ley simple o si, eventualmente, emanaban de la potestad constituyente; entre otras dudas que generaba la herramienta. Ver. BARROS, Robert. 2005. *La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980. Historia*. Santiago: Editorial Sudamericana.

<sup>165</sup> Acta N° 195-A de la Junta de Gobierno de Chile (25 de abril de 1975).

<sup>166</sup> (Contraloría de la República, Resolución N° 1.100, D.O., 10 de noviembre de 1973. BARROS, Robert, 2005, Ob. cit. p. 139.

<sup>167</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2008. Una Contraloría General de la República que sirva a todos los chilenos. *Revista de Derecho Público*, 70, p. 245.

<sup>168</sup> BARROS, Robert, 2005, Ob. cit. p. 139.

legitimidad del gobierno. Pinochet aceleró el retiro del Contralor nombrando uno de su confianza –Sergio Fernández– quien permaneció en el cargo sólo tres meses. En realidad habría bastado con un par de días ya que el objetivo se cumplió: tomar razón del decreto que llamaba a la consulta. Y fue premiado: a los pocos días de dejar el cargo de Contralor, Pinochet lo nombró Ministro del Interior.

#### **4.1.2. En la elaboración de la Constitución de 1980**

Dos meses demoró a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Comisión Ortuzar) llegar al texto que se iba a incluir en un Acta Constitucional primero, para luego incluirse en la Constitución de 1980.

La primera cuestión en las discusiones fue el asunto de los alcances del control de la Contraloría. La entonces ministra de Justicia presentaba una propuesta bastante amplia que trascendía a los aspectos meramente formales, “(...) sin que, naturalmente, ello signifique llegar al extremo (...) de transformar a la Contraloría en una especie de poder coadministrador o por encima incluso del Poder Administrador”<sup>169</sup>. En el mismo sentido se pronunció el Presidente de la comisión, Enrique Ortuzar, apuntando a que, la interpretación de la ley administrativa de forma generalmente obligatoria –dijo–, era una facultad que la Contraloría se había arrogado a sí misma en los hechos, “(...) pues sin duda, en materia administrativa, si ello fuera así, impediría la posibilidad de que la administración, dentro del marco de la ley, escogiera otras alternativas para dar cumplimiento a la finalidad de ésta”<sup>170</sup>. Claro que la Comisión consideraba entonces a futura creación de los Tribunales del Contencioso Administrativo general.

En la misma sesión se discutió si la insistencia debía consignarse a nivel constitucional o si solo debía incluirse el control jurídico. Recién el 18 de octubre<sup>171</sup> se retoma derechamente el tema de la Contraloría presentándose un proyecto para su discusión contenido en dos disposiciones. El comisionado Bertelsen extrañó en la propuesta la delimitación del accionar contralor, una mención al contencioso administrativo y la prohibición de interpretación de la ley administrativa con alcance general. Ortuzar le replica que no hace falta especificar lo contencioso ya que el “(...) control jurisdiccional, que es el que corresponde a los tribunales administrativos o a los tribunales ordinarios, es distinto del que corresponde a la Contraloría”<sup>172</sup>. Cuestión curiosa cuando en enero de 1975, la misma comisión había reconocido la actividad jurisdiccional de la Contraloría<sup>173</sup>. Es cierto que, para entonces, el comisionado Evans (uno de los que sostuvo que el concepto de “órganos que ejercen

---

<sup>169</sup> Sesión 319, celebrada en martes 4 de octubre de 1977.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> En la sesión anterior, del miércoles 5 de octubre de 1977 se discutió más bien sobre el tipo de legislación que debería abordarse, con énfasis en una posible legislación delegada.

<sup>172</sup> Sesión 321ª, celebrada en martes 18 de octubre de 1977.

<sup>173</sup> Sesiones 102ª y 103ª celebradas en 14 y 16 de enero de 1975, respectivamente.

jurisdicción” es más amplio que los tribunales) habían renunciado a la Comisión, pero los demás seguían allí.

En la sesión 322ª de octubre del mismo año discuten si se deben excluir de la fiscalización contralora las cuentas del Congreso y tribunales y la función que le podía caer al Consejo de Estado en el nombramiento del Contralor, entre otros temas<sup>174</sup>.

En noviembre se discute sobre la responsabilidad del Contralor y su remoción y Bertelsen vuelve a destacar la necesidad de establecer límites, esta vez apuntando al control jurídico que –estima– debe destacarse, es preventivo para evitar que se interprete que este control pudiera ser a posteriori. La advertencia era para evitar cualquier duda respecto de los decretos que entran en vigencia antes de la toma de razón por lo que estimó dejarlo plasmado en el inciso segundo del artículo en cuestión, “(...) de modo que no pudiera quedar duda alguna de que no hay ninguna otra función de control jurídico en manos de la Contraloría”.

La sesión 326ª de noviembre, se dedicó en buena parte a analizar la forma de plantear la insistencia en caso de la representación por inconstitucionalidad y si ésta podía darse en el caso de los decretos promulgatorios, del envío de los antecedentes a la Cámara frente a una insistencia y de la toma de razón de los DFL y decretos de emergencia.

En seguida la comisión se abocó a la inamovilidad del Contralor o fórmulas de remoción con opiniones varias que pendulaban entre la necesaria independencia del contralor, hasta la posibilidad de que éste, imprudentemente, pudiera detener la actividad de la Administración.

Los acuerdos para el acta correspondiente se toman el martes 22 noviembre en la sesión 329ª. De la lectura de las actas se aprecia la preocupación de los comisionados por la relación Ejecutivo-Contraloría; alguna mención a los vínculos con el parlamento pero no a los conflictos –que llegarían– con el Poder Judicial.

#### **4.2. Se definen los límites constitucionales**

Aunque la Contraloría, al igual que la Corte Suprema, recibió con beneplácito la llegada del régimen militar, sus relaciones no siempre fueron fáciles. En efecto, en las áreas reguladas por ley tanto la corte como la Contraloría representaron un límite formal a las prerrogativas del régimen<sup>175</sup>. De hecho, por influencia de la Contraloría, se abandonó la costumbre de la Junta de Gobierno de realizar modificaciones tácitas a la Constitución; mostrando la importancia que le otorgaba a –lo que entendía– era su papel como custodia de la primacía constitucional al no existir un órgano específico para hacerlo, el que sólo vendría a re

---

<sup>174</sup> Interesante resulta el tópico que levantó el comisionado Bertelsen extrañando una mayor definición en las relaciones entre la Contraloría y la Cámara de Diputados. El asunto se retomaría 37 años después a raíz del informe que presentó la OCDE respecto de la Contraloría, cuestión que fue recogida por el Contralor Ramiro Mendoza que reguló un informe anual a la Cámara.

<sup>175</sup> BARROS, Robert, 2005, Ob. cit. p. 118.

constituirse con la Constitución del 80. Y la opinión contralora era escuchada; de hecho, la Corte Suprema llegó a declarar la inaplicabilidad de Decretos Ley que lo hacían<sup>176</sup>.

En realidad, salvo por el breve período en que se suspendió la toma de razón, la Contraloría ejerció sus poderes, incluso –como ya se dijo- ampliados hacia los órganos descentralizados, durante todo el régimen militar<sup>177</sup>. En la Constitución la Contraloría no sufrió mayores cambios, aunque se le otorgó un capítulo completo que consideraba, con rango constitucional, la toma de razón y donde se regulaba la insistencia. Se intentaba evitar que el Ejecutivo pudiera intentar gobernar por Decreto.

El asunto es que la revisión de la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos se radicó en un órgano no judicial como la Contraloría. Barros lo atribuye a la noción constitucional que existía en Chile de la separación de poderes que habría impedido al Poder Judicial, revisar los actos de la Administración<sup>178</sup>.

Siguiendo la tendencia de la época, la Constitución de 1980 reforzó al Presidente, pero le puso barreras, especialmente las de la Contraloría y Tribunal Constitucional. A partir de marzo de 1981, “(...) la Constitución pasó a complementar las restricciones internas producto de la regla de la unanimidad y la separación de poderes, estableciendo límites legales para el régimen militar como un todo”<sup>179</sup>.

La Junta se puso los derechos como límites e invistió de potestades a autoridades que debían velar por este cumplimiento. Pero, al igual que la regla de la unanimidad, esto no acarreó legitimidad ni confianza. Todo se hizo en secreto.

Como se aprecia hasta aquí, la Contraloría se instaló en un sitio de poder por diversos factores que –con matices– los contralores supieron aquilatar. No existiendo contencioso del administrativo general, la Contraloría no se quedó de manos cruzadas frente a los requerimientos de particulares y decidió resolver en derecho. Porque no hay duda que resuelve controversias.

## **5. Solución de controversias: Lo obvio**

Cuando dos o más partes discrepan, la solución del conflicto puede darse por la fuerza, por la convención, la costumbre o la ley. Pero, si se quiere evitar la violencia y el resto de las

---

<sup>176</sup> *Ibidem*. Vg. Art. 6° del D.L N° 472 de octubre de 1974. De hecho, se dictó el D.L. No 788, D.O., 4 de diciembre de 1974 que reconocía tanto la conveniencia de indicar expresamente el rango constitucional de cualquier modificación, como la vigencia de los poderes de control de la Corte por sobre los decretos leyes ordinarios. Lo que no impidió la confusión frente a las interpretaciones de qué era o no reforma constitucional.

<sup>177</sup> Con las autolimitaciones que ella misma se impuso y con episodios como el del Contralor Fernández, ya relatados.

<sup>178</sup> BARROS, Robert, 2005, *Ob. cit.* p. 144.

<sup>179</sup> BARROS, Robert, 2005, *Ob. cit.* p. 371.

herramientas son insuficientes, se hace necesario recurrir a quien, con autoridad, pueda ayudar a remover el o los obstáculos para el acuerdo, manteniendo la armonía en la convivencia social. Ejerce jurisdicción, o adjudica para el mundo anglosajón<sup>180</sup>, quien dice cómo solucionar la controversia y se le obedece, operando como una forma de orden social<sup>181</sup>. Normalmente, entendemos que será un tribunal quien decida e interprete las soluciones aplicables al caso, pero podría ser otro que, sin ser tribunal, cumpla esa función. Y, si una de las partes es el Estado-Administración, hablamos de jurisdicción contencioso-administrativa.

En términos generales podemos decir que un conflicto puede terminar por autotutela (por propia mano), autocomposición (acuerdo entre las partes) o a través del proceso (recurriendo a quien pueda ejercer jurisdicción). En la medida que las sociedades se van organizando en torno al derecho, se desplaza la solución del conflicto desde la autotutela hasta la jurisdicción ejercida por un tribunal; entendiéndose por tribunal aquel que pueda establecer la Constitución y la ley.

Pero la jurisdicción es la función y no quien la ejerce. De hecho, Duguit planteaba que cuando el Estado ejerce jurisdicción, lo hace *como* tribunal aunque no lo sea<sup>182</sup>. Claro, el autor explicaba la realidad francesa que había optado por un modelo en que la propia administración ejercía el contencioso administrativo. En Chile no se diseñó un modelo, sólo se dio una realidad cuya explicación no es sencilla; especialmente porque no se consideró una fórmula de Contencioso Administrativo General, no obstante, sí se resolvían las controversias.

En lo que aquí importa lo que hay que preguntarse es si la Administración y más específicamente, si la Contraloría General de la República de Chile que, con amplia autonomía constitucional, interpreta y dice el derecho con autoridad, aunque sin imperio, ejerce o no Jurisdicción contencioso-administrativa.

---

<sup>180</sup> En el sentido de adjudicar derechos ya que en el derecho anglosajón todo acto decisorio es adjudicatorio.

<sup>181</sup> FULLER, Lon Luvois. 1979. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92, 353–409 [en línea] <<http://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>> [consulta: 3 mayo 2017]. El mundo anglosajón no recibe la influencia de la codificación y evoluciona esencialmente a partir de la costumbre, manteniendo estructuras que venían desde la Edad Media sin la fuerte influencia de la separación de poderes francesa.

<sup>182</sup> DUGÜIT, L. (1926). *Manual de Derecho Constitucional* (Segunda edición española). Madrid: Francisco Beltrán. P 112: “El Estado se encuentra ligado por la decisión jurisdiccional que dicta como juez”.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LAS COMPLEJA NATURALEZA DE LA SOLUCION DE CONTROVERCIAS QUE REALIZA LA CONTRALORÍA

#### 1. Ideas preliminares

La Contraloría General de la República resuelve controversias con particulares a través de su potestad dictaminante (interpretación jurídica) y de la representación en la toma de razón (juicio de juridicidad). Lo hace adjudicando derechos a través de lo que algunos llaman actividad administrativa cuasi jurisdiccional, mientras otros se refieren a ella simplemente como actividad administrativa, evadiendo el término jurisdicción junto con la cuestión de fondo y las consecuencias que pueden derivar de resolverse el asunto: Esta adjudicación ¿es jurisdicción? Y si lo es, ¿Corresponde que la Contraloría la ejerza? O, ¿La jurisdicción está reservada solo a los tribunales? ¿Judicial es sinónimo de jurisdiccional?

#### 2. Consideraciones normativas

El tema no ha estado exento de polémica.

Si nos remitiéramos solamente al Derecho Público positivo la materia que nos ocupa no debiera causar ninguna controversia ya que la Constitución Política de la República (Constitución o CPR) habla de órganos que ejercen jurisdicción, sin precisar que éstos deban ser tribunales<sup>183</sup>. Además, el Tribunal Constitucional (TC) se ha decantado en la tesis más

---

<sup>183</sup> 19 N° 3 i V: “Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

evidente: la Administración puede ejercer jurisdicción<sup>184</sup> siguiendo la doctrina del ex ministro Juan Colombo que calificaba de tribunal al que ejercía jurisdicción<sup>185</sup>.

Sin embargo, la materia genera polémica y, de hecho, buena parte de la doctrina nacional insiste en que sólo los tribunales pueden ejercer jurisdicción<sup>186</sup>. Sin ir más lejos, el propio Tribunal Constitucional, al asociar el concepto de jurisdicción al de cosa juzgada<sup>187</sup>, tiende a confundir su propia definición amplia ya que, aunque actúe “como tribunal”, la administración no decide con efecto de cosa juzgada.

Un argumento insistentemente esgrimido para plantear que la jurisdicción es solo judicial se encuentra en el artículo 76 de la Constitución: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. Sin embargo, la jurisdicción no se limita a la resolución de controversias en causas civiles y criminales.

Parte de la doctrina<sup>188</sup>, ve en este artículo la consagración de la separación de poderes en la CPR; pero se reconoce también que el asunto no es tan claro cuando uno se remite al artículo

---

<sup>184</sup> Lo dijo en el Rol N° 176 de 1993 en relación con la Ley de Telecomunicaciones: “TERCERO: Que la síntesis hecha precedentemente de los incisos que conforman el nuevo artículo 13 A del proyecto, conduce inexorablemente a concluir que la actividad y actitud que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones, es la de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación **pasará a ejercer funciones jurisdiccionales**, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición le señala; (...) que, al ejercerlas, actúa como un tribunal de primera instancia cuyas resoluciones son revisadas en segunda instancia por otro tribunal (...)”. Lo reiteró luego en el Rol N° 472 de 2006 en la Inaplicabilidad del Art. 116 del Código Tributario: “DÉCIMO QUINTO: Que de los preceptos transcritos se aprecia **que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, en el territorio que les corresponde, ejercen funciones de carácter jurisdiccional** entendida la jurisdicción, al decir de este Tribunal, como “el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.” (Sentencia Rol N° 346, de 8 de abril de 2002, considerando 43°) Así, los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, al conocer y resolver, en primera o en única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, actúan como tribunales en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado. Asimismo, cabe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 120 del Código Tributario, las Cortes de Apelaciones conocen en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones de los Directores Regionales, en los casos en que ellos sean procedentes. (...) y lo reiteró en el Rol N° 616/ 2016. (Destacado nuestro)

<sup>185</sup> COLOMBO CAMPBELL, Juan. 2004. *La Competencia* (Segunda actualizada). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 23 y ss.

<sup>186</sup> Se verá con más detalle más adelante.

<sup>187</sup> Sentencia Rol N° 346, de 8 de abril de 2002, considerando 43: “*Que, este Tribunal Constitucional ha invocado, y lo hace una vez más, el concepto de jurisdicción en los siguientes términos: el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir (Colombo Campbell, Juan, ‘La Jurisdicción en el Derecho Chileno’, Ed. Jurídica de Chile, 1991, pág. 41)’.*”

<sup>188</sup> Vg. BORDLÍ Salamanca, Andrés. 2008. La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX, p. 209.

19 N° 3 inciso 5° de la misma carta que habla de los órganos que ejercen jurisdicción, no de tribunales.

Conforme a Bordalí<sup>189</sup> la mayor parte de la doctrina chilena entendería que la Constitución no reserva la jurisdicción únicamente a los tribunales de justicia, lo que no parece del todo preciso a la luz de lo que se ha podido constatar en este estudio en que se aprecia que la doctrina nacional, en general, reserva la jurisdicción sólo al Poder Judicial, invocando la separación de poderes. Y, la verdad, es extraño porque la tesis de una jurisdicción en sentido amplio está avalada en la historia fidedigna del artículo 19 N° 3, tal como se consigna en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante “CENC”). En efecto, en la sesión N° 103 se pretendió utilizar la fórmula de “órgano jurisdiccional” que el comisionado Evans criticó por estimarla limitativa “(...) porque hay órganos que no son jurisdiccionales y que, sin embargo, ejercen jurisdicción en casos específicos y para situaciones determinadas. Propone decir, en cambio, que “Toda sentencia de órgano que ejerza jurisdicción necesita fundarse en un juicio previo legalmente tramitado”. El comisionado Diez propone aclarar que “...por «órgano que ejerce jurisdicción» se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea, todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte a la situación de una persona”<sup>190</sup>.

Podría bastar con esta explicación, pero sabemos que la historia fidedigna no necesariamente se ajusta a la interpretación que se le pueda dar a un precepto en un marco doctrinario dado. Por lo demás, como destaca también Bordalí, resulta un tanto incongruente que el artículo 76 limite al Presidente y Congreso y no a sus subordinados<sup>191</sup>, a lo que agrega una serie de fallos del Tribunal Constitucional y Corte Suprema<sup>192</sup> que “aunque no lo digan de modo expreso (...) sostienen que la única función que reconoce la *Constitución* de 1980 es la judicial o jurisdiccional y ésta la desarrollan los tribunales de justicia.” Una conclusión que puede parecer apresurada.

Aldunate, en cambio, enfrentado los mismos dos preceptos concluye que la excepción dispuesta en el artículo 19 N° 3 inciso 5°, que dispone: “por lo dispuesto en el art. 73 [hoy 76], para ser admisible debe encontrarse contemplada en la misma Constitución”<sup>193</sup>. Desde esta perspectiva, sin un mayor desarrollo, se podría concluir que, entre los órganos que ejercen jurisdicción está la Contraloría General de la República ya que se encuentra consagrada en la Constitución, aunque la Carta no dice que ejerce jurisdicción ni siquiera que resuelve controversias.

---

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> Actas de la CENC. Sesión 103.

<sup>191</sup> BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2008, Ob. cit. p. 211.

<sup>192</sup> Tribunal Constitucional rol N° 176 / 1993 (caso Ministro de Transportes y Telecomunicaciones) y rol N° 247/ 1996 (caso Junta General de Aduanas). De la Corte Suprema remito al fallo rol N° 2536/ 2003 (caso director regional del Servicio de Impuestos Internos).

<sup>193</sup> ALDUNATE, Eduardo. 1995. “La Independencia Judicial. Aproximación Teórica Consagración Constitucional Y Crítica.” *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*. Nota al pie N° 14.

También se puede llegar a un concepto de jurisdicción amplio si se sigue a Cea que estima que la función judicial es una especie dentro de la Jurisdiccional<sup>194</sup>, por lo que podría ser ejercida por órganos que no son tribunales. “Sin embargo –precisa– es ya una cuestión pacífica sostener que, en el Estado democrático, la función jurisdiccional tiene que ser autónoma con respecto a la homónima ejecutiva”<sup>195</sup>. Bordalí ve en esta afirmación de Cea la igualdad entre jueces y órganos jurisdiccionales<sup>196</sup>. Esa podría ser una lectura. Pero también podría leerse un reconocimiento a la Administración como poder, o más posiblemente, al reconocimiento de la necesaria autonomía del órgano que ejerce jurisdicción. Es lo que parece entenderse cuando Cea afirma: “De allí que la autonomía de la función jurisdiccional se haya afirmado definitivamente y lo sea cada día más. Ella se ha erigido en una de las bases del Estado de Derecho, más que nada por el control que ejerce respecto del Poder Ejecutivo en la jurisdicción llamada contencioso-administrativa y por la revisión judicial –concentrada o difusa– de la constitucionalidad de los preceptos legales”<sup>197</sup>.

No hay acuerdo.

### 3. Consideraciones metodológicas

Lo cierto es que se trata de visiones distintas, sobre conceptos diversos que, además, en la historia han evolucionado de manera diferente hasta llegar a las fórmulas que hoy podemos identificar en lo que –genéricamente– llamamos contencioso administrativo y que, en la actualidad se presenta en las siguientes fórmulas:<sup>198</sup>

- a) Control jurisdiccional por un órgano diferenciado del judicial y de la Administración.
- b) Control jurisdiccional por un órgano incluido en las estructuras de la Administración.
- c) Control jurisdiccional a través de tribunales especializados del Poder Judicial.
- d) Controles por tribunales ordinarios del Poder Judicial.
- e) Control jurisdiccional administrativo y judicial Sistemas mixtos.

Sin embargo, para entender el concepto de jurisdicción y la confusión que este provoca hace falta comprender, antes, la distinción entre jurisdicción (en su sentido original como límite

---

<sup>194</sup> CEA EGAÑA, José Luis. 2000. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y Comparado* (Primera). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 173.

<sup>195</sup> CEA EGAÑA, José Luis. 2000, Ob. cit. p. 176.

<sup>196</sup> BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2008, Ob. cit. p. 212.

<sup>197</sup> CEA EGAÑA, José Luis, 2000, Ob.cit. p 176.

<sup>198</sup> Seguimos aquí la calificación de GARCÍA PULLÉS, Fernando. 2004. *Tratado de lo contencioso administrativo. I.* (J. L. Depalma, Ed.) (Primera). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi. Estas no difieren demasiado de las planteadas por Asimow aun cuando éste provenga de la doctrina del *Common Law*. Ver. ASIMOW, Morris. (2015, June). Five Models of Administrative Adjudication. *American Journal of Comparative Law*, 63, 10–33.

al poder), Administración (Burocracia) y Derecho Administrativo; todas, materias que se reúnen en lo contencioso administrativo pero que no se confunden sino que se complementan y cuyo nacimiento y evolución tienen tiempos y caminos distintos.

En efecto, el concepto de jurisdicción se desarrolla en el orden medieval<sup>199</sup>, la Administración surge al alero del absolutismo y el Derecho Administrativo evoluciona especialmente a partir de la Revolución Francesa, principalmente en la Europa continental. Con la inclusión de otros conceptos como el de soberanía, Estado o separación de poderes y, luego, con la influencia del individualismo, el panorama comienza a perder sus fronteras pero, siempre hay una suerte de persistencia en algunas instituciones.

Sin esa mirada integral que considera la historia vertical en la línea del tiempo con la complejidad horizontal de la evolución de las culturas no es posible comprender el o los sentidos que puede adquirir un concepto.

Como dice Cassese las instituciones no solo responden a la voluntad de quienes legislan. “También son el fruto de un pasado (o, mejor, de muchos pasados, constantemente reinterpretados) y el resultado de mezcolanzas entre ordenamientos diversos, entre los cuales son frecuentes las importaciones y exportaciones”<sup>200</sup>. Las instituciones se influyen entre ellas y se intentan fórmulas como verdaderos “trasplantes”<sup>201</sup> que no siempre prenden, aunque a veces sí; de allí la necesidad de mirar su evolución. Es lo que ha desarrollado la Escuela Italiana del Derecho Comparado<sup>202</sup> que Vespaziani explica con gran armonía y acierto:

“El Derecho comparado puede ser visto como un puente que conecta una realidad legal con otra alternativa existente en algún lugar. Es así que se forja una conexión entre dos estados de cosas, cuya significación normativa solo puede ser expresada a través de un relato. Mientras la narración se despliega atribuyendo fuerza normativa a situaciones reales o imaginarias, el relato requiere de códigos que conecten nuestro sistema normativo con nuestra realidad

---

<sup>199</sup> Aunque, como explica Bocksang, hay quienes estiman que el concepto habría comenzado a formarse en la época clásica, con el desarrollo de la *polis* y *res publica*; y luego en la Edad media con el Estado jurisdiccional de equilibrios estamentales. Reconoce que hay otras que sitúan el nacimiento del derecho Administrativo en la Revolución Francesa. El adhiere a la primera visión por estimar que debemos hablar de un proceso. BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015. *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile* (Primera). Santiago: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 53-54. Coincidimos en la visión de proceso, pero estimamos que hay que distinguir a la hora de comprender a cabalidad los conceptos.

<sup>200</sup> CASSESE, Sabino. 2014. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro* (Primera en español). Sevilla: INAP y Global Law Press, p. 24.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> Hablo de Escuela Italiana de Derecho Comparado, sin adjetivos porque, no obstante comenzar su aporte en el derecho privado (Vg. Vergottini, Gorla y Betti entre otros), esta se ha hecho realmente conocida por el aporte al Derecho Comparado constitucional (Biscaretti di Ruffia, Bignetti, Lombardi, Cappelletti, Sacco, Monateri y Lombardi entre otros; a los que habría que agregar a Fioravanti, Matteucci y Grossi; y la lista continúa).

social. La capacidad de relato comparado tiende a vincular lo que es y debe ser, con lo que es o ha sido en algún lugar (sea o no aquí)”<sup>203</sup>.

Ya advertía Fioravanti en el prólogo la primera edición italiana de *Los Derechos Fundamentales*:

“Conviene (...) que quien se acerca al estudio del derecho público, y no sólo al público, sepa desde el comienzo que este es fruto de elecciones que la historia de una determinada sociedad ha impuesto; que este derecho vive en la realidad asumiendo determinados significados, y no otros, porque los que lo usan, desde los simples ciudadanos hasta los mismos juristas, lo interpretan partiendo de una determinada cultura, de un modo de entender las relaciones sociales y políticas que, con frecuencia, tienen una base histórica amplia y profunda”<sup>204</sup>.

Desde la perspectiva señalada hay que entender que la jurisdicción no se puede comprender sin considerar primero la inexistencia en Chile de tribunales del contencioso administrativo general; y sin entender que el concepto de jurisdicción -tal como evoluciona desde sus orígenes- apunta a limitar el poder con miras a un orden institucional a través de la resolución de controversias y eventuales adjudicaciones de derechos. Un imperativo que, a través de diversos mecanismos, siempre ha estado presente desde que el hombre aprendió a vivir en sociedad; antes incluso que se acuñara el concepto de Estado (territorio/soberanía), mucho antes de hablar de Estado de Derecho, o de división de poderes.

En Chile –sin tribunales del contencioso administrativo general– alguien tenía que hacer el trabajo y, de hecho, lo viene haciendo desde hace tiempo: La Contraloría General de la República. El asunto es cuál es la naturaleza jurídica de esa tarea que hasta ahora cumple con más o menos críticas y si ella entra o no en conflicto con la que ejercen los tribunales de justicia.

El presente capítulo aborda primero las críticas que ha recibido la Contraloría por lo que constituiría un ejercicio jurisdiccional impropio ya que este estaría reservado solo a los tribunales. No se aborda el que podríamos llamar ejercicio jurisdiccional propio que es el que ejerce el Tribunal de Cuentas ya que respecto de él –y más allá de las críticas que pueda provocar<sup>205</sup>– nadie duda que la Contraloría ejerza jurisdicción. Tampoco se profundizará en el reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo <sup>206</sup> ya que éste se entiende se ejercita –finalmente- a través de dictámenes.

---

<sup>203</sup> VESPAZIANI, Alberto. 2008. Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture. *German Law Journal*, 9(5), 547–574.P 573. Traducción nuestra.

<sup>204</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de Las Constituciones*. (Séptima). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

<sup>205</sup> Especialmente por ser juez y parte en el Juicio de Cuentas ya que es la CGR la que levanta el reparo que luego se juzgará en primera instancia por el Sub Contralor y en segunda, por un Tribunal presidido por el Contralor.

<sup>206</sup> Ley N° 18.834. Artículo 160. “*Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde*

Con el objeto de clarificar conceptos se presentan las diversas apreciaciones que diferentes disciplinas del Derecho tienen de la jurisdicción y frente al disenso, se aborda el concepto desde sus inicios, con la evolución que ha tenido a lo largo de la historia y su recepción en la formación republicana chilena, hasta hoy.

#### **4. Las críticas a la solución de controversias contralora ¿Jurisdicción o activismos contralor?**

Desde su creación como Contraloría General de la República de Chile, y aún antes como Tribunal de Cuentas, esta institución ha llamado la atención para bien o para mal; variando la intensidad de las críticas o halagos, conforme a los momentos políticos que vivía el país y al sector de origen de las mismas. Sin embargo, las apreciaciones positivas o negativas respecto de su actuar no son prolíferas en la doctrina, aunque a veces ácidas; especialmente cuando se le reclama una suerte de activismo intervencionista e imperativo, acusándosele de invadir campos reservados a los tribunales de justicia. No obstante ello, otra parte de la doctrina le ha observado –en algún período- debilidad al momento de decir acusándosele de evadir respuestas utilizando como excusa el carácter litigioso o de mérito de la materia disculpándose de resolver, argumentando que ello correspondería a los tribunales.

Cabe hacer presente primero que la voz “activismo” se ha asociado más bien a la actividad judicial, principalmente desde la doctrina estadounidense, especialmente a partir de la llamada “Corte Warren” en que se calificaba como activista al juez “(...) que creía que la Corte Suprema podía jugar un rol positivo promoviendo reformas sociales de tipo progresista”<sup>207</sup>. Hoy en cambio, dicho activismo, se entiende puede tener diversos signos o tendencias. No hay acuerdo en una definición exacta del término, pero, en general, se refiere a la actuación exacerbada, sin someterse suficientemente a las normas dictadas democráticamente o, derechamente, contradiciéndolas<sup>208</sup>.

Algo semejante se puede replicar respecto del “activismo contralor”, especialmente cuando actúa más allá del objetivo para el que fue creado, invadiendo el campo de otros órganos

---

*que tuvieran conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.*

*Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.*

*La Contraloría General de la República deberá resolver el reclamo, previo informe del jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. El informe deberá ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud que le formule la Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles”.*

<sup>207</sup> GARCÍA G., José Francisco y VERGURDO A., Sergio. 2013. *Activismo Judicial En Chile. ¿Hacia El Gobierno de Los Jueces?* Primera. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, p. 27.

<sup>208</sup> GARCÍA Y VERDUGO, 2013, Ob. cit. p. 24.

administrativos o políticos y, principalmente, el de los tribunales de justicia cuando suple el contencioso administrativo.

La solución de controversias entre el Estado y particulares se fue dando en forma natural para la Contraloría en la medida que aumentaban sus funciones y competencias. En un principio nadie dijo nada, pero –como ya se vio– las críticas subieron de tono en los años setentas cuando asume el gobierno de la Unidad Popular encabezado por el socialista, Salvador Allende. Entonces, los partidarios del gobierno de turno criticaron al ente contralor por ejercer jurisdicción sin ser titular de la misma, cuando –a través de representar actos sometidos a toma de razón– impedía que ingresaran a la vida jurídica disposiciones que permitían intervenir empresas privadas). A su turno, los detractores del régimen acusaban a la Contraloría de debilidad cuando dejaba de representar o cuestionar actos del Ejecutivo especialmente vinculados a la actividad productiva privada. Años más tarde la crítica fue retomando fuerzas frente al activismo contralor en materia urbanística y medio ambiental, hasta llegar a una suerte de *peak* en que, a raíz de una jurisprudencia contralora constante en materia impositiva municipal, la Corte Suprema intervino llamándola al orden, advirtiéndole que debía inclinarse frente a la jurisprudencia judicial. Pero lo cierto es que, en ese sonado fallo, conocido como “Zapallar”<sup>209</sup>, la Corte tampoco fue tan enfática como para retener toda la jurisdicción o poder de decisión para sí misma; aunque llamó la atención a la Contraloría respecto de la jerarquía de las decisiones de cada uno de los órganos advirtiéndole que la suya primaba.

La doctrina se ha referido a la materia, básicamente, insistiendo que la Contraloría no puede ejercer jurisdicción, pero sin profundizar demasiado en la materia. De hecho, no siempre se refiere a un eventual ejercicio de jurisdicción o invasión de campos judiciales; otras veces habla de revisión de hechos, invalidación y, necesario procedimiento. Siempre, eso sí, se aprecia el cuestionamiento que, por la complejidad del concepto de jurisdicción, es difícil de abordar derechamente.

#### **4.1. Valoración de los hechos**

Hay que recordar que la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría le impide entrar al mérito<sup>210</sup> y la inhibirse frente a asuntos que por su naturaleza sean naturalmente litigiosos o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia<sup>211</sup>. Se trata de disposiciones que marcan la frontera contralora y que se argumentan, muchas veces, para evadir el verdadero conflicto, el del eventual ejercicio de jurisdicción. De hecho, el mérito,

---

<sup>209</sup> Sentencia CS Rol N° 2791/2012. Cons. 7°. “(...) *debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (...)*”.

<sup>210</sup> Artículo 21 B, Ley N° 10.336.

<sup>211</sup> Artículo 6° inciso 3°, Ley N° 10.336.

oportunidad o conveniencia es una forma sacramental que se ha venido invocando con fuerza mucho antes de la reforma que el 2002 estableció la prohibición positiva en el artículo 21 B.

Sin ir más lejos, en 1972, treinta años antes de se dictara la norma limitante, un joven José Antonio Viera Gallo, entonces subsecretario de justicia y que luego ejercería como parlamentario, Ministro de Estado y Ministro del Tribunal Constitucional, entre otros pergaminos, se quejaba por el peligro que observaba cuando el Contralor no se limitaba a controlar la legalidad, sino que analizaba los hechos que motivaron la actuación:

“En ciertas oportunidades la Contraloría ha entendido sus funciones en términos excesivamente amplios, limitando y entorpeciendo en la práctica la gestión del Gobierno. Tal extensión de facultades ocurrió, por ejemplo, cuando la Contraloría se negó a dar curso a ciertos decretos o resoluciones de la Dirección de Industria y Comercio sobre intervención o requisición de las grandes industrias textiles. En esa ocasión el organismo contralor sostuvo una tesis que de llevarse hasta sus últimas consecuencias, es extremadamente peligrosa para la buena marcha de la Administración Pública. El Contralor se atribuyó la facultad de determinar si había o no desabastecimiento de telas, es decir, de juzgar sobre los hechos que constituyen los antecedentes del acto administrativo. No le bastó verificar la legalidad de la actuación del Gobierno, sino que quiso entrar a conocer y determinar en definitiva los hechos que motivaron esa actuación (...)”<sup>212</sup>.

Años después, como Senador, discutió y aprobó la norma que reformó la LOC de la Contraloría agregando el 21B. Pero, advirtió en la sala que: “...no resultará fácil, cuando se aplique la fiscalización de la Contraloría, determinar el límite exacto entre el control de legalidad y el no control del mérito u oportunidad de las decisiones del Poder Político y Administrativo (...)”<sup>213</sup>.

Es que la valoración de los hechos por parte de la Contraloría no ha sido tema pacífico. El profesor Fiamma, por ejemplo, les otorgaba gran valor, en los siguientes términos:

“(...) se deberá constatar si los hechos que sirven de base al acto existen, y si existen, determinar si corresponden o no a la atribución, o sea, que en el control se verifican tres procesos intelectuales, uno hacia el hecho, que es la aprehensión de esa realidad, proceso por el cual no se trata de ‘apreciar’ los hechos, pues la realidad no es susceptible de interpretación, es una sola, es indivisible: existe o

---

<sup>212</sup>VIERA-GALLO, José Antonio. 1972. “Problemática institucional en la experiencia Chilena” en VVAA (1972) *Transición al Socialismo y experiencia chilena*, Santiago, Centro de Estudios Socio Económicos de la Universidad de Chile (CESO), p. 93. Años después, como Senador, Viera-Gallo discutió y aprobó la norma que reformó la LOC de la Contraloría agregando el 21b. Pero, advirtió en la sala que: “(...) no resultará fácil, cuando se aplique la fiscalización de la Contraloría, determinar el límite exacto entre el control de legalidad y el no control del mérito u oportunidad de las decisiones del Poder Político y Administrativo (...)”.

<sup>213</sup> Historia de la Ley N° 19.817 de reforma de la LOC N°10.336. Discusión en sala del Senado, 15 de mayo de 2002. El contenido de la norma no estaba considerado en el mensaje del Presidente de la República. Fue introducida a sugerencia del Senador Stangue en la discusión en comisión, originalmente integrando la disposición del 21 bis, en discusión. Luego, la propia comisión decidió incluir un 21 b.

no –como ha sostenido Contraloría-, sino que simplemente se reduce a una mera constatación de su ocurrencia. Otro, hacia el Derecho, hacia la norma, con el objeto de determinar su alcance, y en último término su finalidad. Y por último, una vez probada la existencia del hecho, e interpretada la norma, otro con el objeto de comprobar si ese hecho es de aquellos que el legislador ha cubierto con la normatividad (...)”<sup>214</sup>.

Fiamma criticaba entonces la autolimitación que, a veces, esgrimía la Contraloría y especialmente las oportunidades en que, en los setentas, se tomó razón de algunos decretos de requisiciones de industrias argumentando factores como la calamidad pública o conmoción interior.

Lo cierto es que, tras la discusión sobre la valoración de los hechos se esconde la polémica respecto de la naturaleza de dicha actividad; si es o no jurisdiccional. Algo que, en 1972, el ex funcionario de la Contraloría, Raúl Espinosa<sup>215</sup>, enfrentaba directamente: “(...) Ninguna ley le otorga la calidad y facultades de Tribunal pero, no obstante, en todas las decisiones del gobierno que han afectado a los intereses de las empresas, la Contraloría se ha erigido ilegalmente en Tribunal, oyendo a las supuestas ‘partes en litigio’, dando traslados, exigiendo respuestas y pruebas y dictando, por último, su ‘fallo’ de rechazo a esos decretos (...)”<sup>216</sup>. Curioso. Parece plantear que el debido proceso correspondería al procedimiento judicial y no al administrativo que es, precisamente, uno de los fundamentos más fuertes para que se critique la supuesta actividad “jurisdiccional” de la Contraloría ya que, como afirma Cordero Vega, actúa –entre otros roles- como juez, “(...) sin las reglas del juego que debemos consensuar para este tipo de instituciones”<sup>217</sup>.

Pero las eventuales críticas no afectan el actuar contralor que sigue valorando los hechos a la hora de decidir, como cuando representó unas resoluciones del ministerio del interior que buscaban distribuir agua por la sequía porque “llovió”.

“En efecto, de los oficios ordinarios N°s. 925 y 984 , de 19 y 27 de junio de 2014, respectivamente, ambos de la Oficina Nacional de Emergencia, aparece que las resoluciones en análisis se han fundado en el "Informe Consolidado N° 1 de Déficit Hídrico del 12 de febrero de 2014", siendo un hecho público y

---

<sup>214</sup> FIAMMA O, Gustavo. 2012. Ob.cit. p. 216. En el mismo sentido SOTO K. 2012, Ob.cit.

<sup>215</sup> ESPINOSA F, Raúl. 1972. “La Contraloría General y el Proceso de Cambios” en *Revista Universidad Técnica del Estado N°8, mayo-junio*, p. 21.

<sup>216</sup> Sobre las polémicas surgidas respecto de los decretos requisitorios, ver entre otros: Ver, entre otros, SOTO K, EDUARDO. 1972. “Sobre la legalidad de las “requisiciones” de industrias” en *Revista de Derecho Público*, N°13.Pp 61-80; NOVOA M, Eduardo. 1978. *¿Vía legal al socialismo? El caso de Chile 1970-1973*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 137 p; ESPINOSA F, Raúl. 1972. “La Contraloría General y el Proceso de Cambios” en *Revista Universidad Técnica del Estado N°8, mayo-junio*, pp. 15-35; BRUNA, Susana. 1976. *Chile: La legalidad vencida*, México, Serie Popular Era, pp. 126 y ss.; MILLAR S, Javier Eduardo. 2000. “Alcance del control de legalidad: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973” en *Revista de Derecho (Valdivia) V.11*, pp. 83-94; MECKLENBURG, Alvaro. 1974. “La Contraloría General de la República y los decretos de urgencia” en *Revista de Derecho Público*, N° 16, pp. 67-76.

<sup>217</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2009. “Jueces y Democracia” en IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional, agosto 2009, p. 16, Trabajo no publicado.

notorio que dicha circunstancia se ha modificado luego de esa fecha y sin que se hayan acompañado otros antecedentes técnicos distintos al referido informe en que se señale que la situación deficitaria persiste en el tiempo”<sup>218</sup>.

#### 4.2. Garantías procedimentales

Vergara extraña también procedimientos ágiles y transparentes. Para él, incluso, la toma de razón debiera ser motivada, como lo es la representación<sup>219</sup>; reglas como la bilateralidad de la audiencia siempre, como reclama Aguerrea<sup>220</sup>. En fin, garantías procesales como las que proponen Aldunate, Cordero y Letelier que, en un informe sin publicar, advierten de la necesidad de legislar en detalle el procedimiento de emisión de dictámenes, sugiriendo medidas concretas al respecto<sup>221</sup>.

En todo caso, incluso quienes defienden el accionar de la Contraloría, aún en sus episodios más activistas, o bien no se pronuncian o, derechamente, estiman que el ente contralor no ejerce jurisdicción o, al menos, no debiera hacerlo.

Es el caso del profesor Eduardo Soto Kloss quien, no obstante estimar que la Contraloría no ejerce jurisdicción, destaca con admiración la actitud asumida en 1950 por el entonces Contralor Humberto Mewes al devolver sin tramitar un Decreto Supremo de Insistencia por estimar que el decreto que insistía -luego de ser representado- era nulo de pleno derecho en razón de la materia que, a juicio del Contralor correspondía al legislativo<sup>222</sup> y no al Jefe del Estado. Al parecer esa declaración de cuasi inexistencia del acto presidencial no constituyó una actuación jurisdiccional, conforme a Soto Kloss. Para él, solo se trató de apreciación de hechos.

Para Soto K la Contraloría, de ninguna manera ejerce jurisdicción. “Sin ser jurisdicción, a ella le toca interpretar el Derecho y decir cómo debe ser aplicado en lo que concierne a la Administración; sin ser administrador, a ella le toca, sin embargo, decir lo conveniente a la

---

<sup>218</sup> Contraloría General de la República, Oficio de representación N° N° 60.956 Fecha: 08-VIII-2014.

<sup>219</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. 2008. “Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35. N°2, pp. 371-398.

<sup>220</sup> AGUERREA MELLA, Pedro. 2007. La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística. *Revista de Derecho Administrativo*, N°1, 119–140. EVANS ESPÍNEIRA, E., y POBLETE ORTUZAR, D. 2014. Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República. In *Contraloría General de la República* (Ed.), *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Primera, pp. 123–147). Santiago.

<sup>221</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y LETELIER WARTENBERG, Raúl. 2007. *Hacia la modernización de la Contraloría para mejorar los niveles de transparencia en Chile*, sin publicar, pp. 35 y 38.

<sup>222</sup> Ver supra I, 2. a), (2) y nota 30 En SOTO KLOSS, Eduardo. 2014. “La Toma de Razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República” en *Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*. Santiago, Contraloría General de la República, pp. 181-206.

solución a adoptar; sin dictar actos administrativos toca a ella no obstante que estos nazcan el Derecho; sin ser legislador, en fin, ella crea día a día Derecho”<sup>223</sup>.

Luis Cordero es más crítico al concluir que la Contraloría, dentro de su autonomía,

“(…) tiene la atribución no solo para interpretar la ley, sino que también la constitución, que sus dictámenes al ser obligatorios para casos semejantes van más allá del precedente y se transforma en un legislador positivo, y que al permitir la posibilidad de que cualquiera concurra a solicitar un pronunciamiento ha transformado sus atribuciones en contenciosas, las que se traduce en el poder para adjudicar de un modo permanente circunstancias activas o pasivas en las personas, lo que lo transforma en un órgano jurisdiccional. Si a esto agregamos que buena parte de los temas de interés público pasan por esta institución, las consecuencias para el sistema institucional resultan abrumadoras. Un órgano diseñado para un control externo de la Administración, se ha transformado en legislador positivo, en un órgano de carácter jurisdiccional, interprete de la Constitución y con capacidad para adjudicar derechos, transformándose evidente en organismo contramayoritario regulado y jurisdiccional, sin las reglas del juego que debemos consensuar para este tipo de instituciones”<sup>224</sup>.

La preocupación expresada por el profesor Cordero explica que el trabajo más completo sobre la materia, hasta ahora realizado, lo concretaran dos de sus discípulos, tesis de magister, analizando la evolución sufrida por la potestad dictaminante, desde la mera interpretación hasta la asignación de derechos subjetivos<sup>225</sup>. Un asunto que Pantoja ya destacaba el 2005, responsabilizando de ello, en parte, a la propia Contraloría porque, “(…) en lugar de instar por la creación de una Justicia Administrativa o completar inteligentemente el vacío institucional creado por su ausencia, con proposiciones efectivas de modernización, buscó reorientar el ejercicio de sus atribuciones en una dirección trazada unilateralmente, basada en su autonomía constitucional, para resolver conflictos jurídico-administrativos a través del trámite de toma de razón o de sus dictámenes, los que impone como obligatorios para la Administración del Estado”<sup>226</sup>.

No se trata aquí de la discusión que enfrenta la doctrina respecto de las potestades sancionatorias de la Administración y de si a ellas se aplica o no la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 n° 3 i V de la Constitución. Sin ir más lejos autores como Evans Espiñeira, partidario de aplicar la garantía en el proceso sancionatorio, pone en

---

<sup>223</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, 2014., Ob. cit. p. 181.

<sup>224</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2009., Ob. cit. p. 16. En el mismo sentido, el autor se refiere al tema en: CORDERO VEGA, L. 2010. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. *Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales, N° 1*, 165–188. CORDERO VEGA, Luis. 2013. Nulidad y dictaminación de Contraloría: Nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC. *Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales, 2013*, 256–272.

<sup>225</sup> TOGNARELLI, G., y NAVARRETE, J. 2013. *El Devenir de la Facultad Dictaminante de la Contraloría General de la República en un mecanismo de solución de controversias jurídicas, ante las carencias del diseño institucional chileno*. No publicada, Santiago. 179 p.

<sup>226</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado*, 13, p. 70.

duda que se aplique para la potestad dictaminante el 19 n° 3 respecto de la necesidad de un proceso racional y justo ya que dicha exigencia se aplica a “los pronunciamientos de órganos que ejercen jurisdicción, y la Contraloría no ejerce dicha función al controlar represivamente los actos administrativos”<sup>227</sup>.

### 4.3. Decisiones cuasi anulatorias

A lo anteriormente dicho hay que agregar, en el mismo sentido, la crítica que se formula a la Contraloría por sus decisiones cuasi anulatorias por considerarse que esta potestad debe ser ejercida por los Tribunales. En efecto, como señala Luis Cordero, comentando una sentencia de la Corte Suprema que confirma la posibilidad de que un dictamen de la Contraloría declare la ilegalidad de un acto, esto “(...) implica de paso sincerar el rol cuasi jurisdiccional que está cumpliendo la Contraloría en la solución de los problemas entre la Administración y los particulares”<sup>228</sup>. Se apunta aquí a la potestad dictaminante como control a *posteriori* de actos administrativos a instancias de particulares con intereses distintos a aquellos que pudieron beneficiarse con el acto impugnado. Así, “(...) se aprueba o tacha el acto una vez ejercitado y, por lo tanto, en este último evento se procurará o su anulación o la reparación de los daños que el acto causó tanto a la Administración como a terceros, según corresponda”<sup>229</sup>, explicaba el ex Contralor, Enrique Silva Cimma.

La Contraloría no tiene potestades para anular un acto, pero si puede sugerir y –se discute– ordenar su invalidación, obteniendo el mismo resultado; incluso si habiendo pasado los dos años de plazo para invalidar que establece la ley 19.880<sup>230</sup> (de Bases de los Procedimientos Administrativos), se recurre de nulidad de derecho público ante la justicia, ya que habría quedado establecida la calificación jurídica en el dictamen; cuestión difícil de derrotar para un juez no especialista.<sup>231</sup> Junto con la incertidumbre que puede provocar la situación descrita, se produce un conflicto con el beneficiario de un acto favorable que, sin tener noticia alguna, puede verse afectado por una invalidación ordenada por la Contraloría. “Se aprecia así el estado de indefensión en que queda el beneficiado por un acto administrativo que es declarado contrario a derecho y las dudas que esta situación plantea ante la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, advierten Evans y Poblete<sup>232</sup>. Nuevamente el conflicto jurisdiccional planteado, en este caso, a partir de dictámenes que el

---

<sup>227</sup>EVANS ESPIÑEIRA, E., y POBLETE ORTUZAR, D. 2014. Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República, p. 134.

<sup>228</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2013. Nulidad y dictaminación de Contraloría: Nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC. *Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales*, 2013, 256–272.

<sup>229</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1994. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 222 p.46

<sup>230</sup> Ley N° 19.880 Art. 53. *Invalidación*. La autoridad administrativa podrá de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto (...).

<sup>231</sup> Sobre este tema, véase en EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio y POBLETE ORTUZAR, Domingo. 2012. Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República, en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Contraloría General de la República, pp. 123-138.

<sup>232</sup> EVANS ESPIÑEIRA, E., y POBLETE ORTUZAR, D., 2012, Ob. cit. p. 134.

profesor Letelier llama “reclamantes” (en oposición a los normativos), los que critica, entre otros motivos, por considerar ineficiente esta suerte de primera instancia administrativa, ya que “...resulta mucho más eficiente dejar que sean las partes las que motiven la formación de un proceso contencioso-administrativo, que tiene una estructura y garantías mucho más completas que las que puede ofrecer la CGR”<sup>233</sup>.

La supuesta actividad jurisdiccional que realiza a través de la representación en la Toma de Razón y dictámenes, no es lo único que se critica la Contraloría General de la República de Chile. Y no es extraño ya que se trata de una Entidad de Fiscalización Superior anómala en el mundo, con más potestades y funciones que sus pares<sup>234</sup>, *sui-generis*, como la calificaba Enrique Silva Cimma en 1945<sup>235</sup>.

Pero el real conflicto, que no se ha abordado en plenitud por la doctrina, radica en si lo que hace la Contraloría es o no jurisdicción y de ser, si tiene legitimidad para hacerlo o si ella está sólo reservada para los jueces. Y, quienes se han pronunciado, se han inclinado por la segunda hipótesis. Incluso, desde la doctrina extranjera. Ya lo decía el destacado profesor argentino, Miguel Marienhoff, “(...) el control *jurídico* sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos no afecta la prohibición constitucional, existente en todo Estado de Derecho, de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones “*judiciales*”, pues la mencionada atribución de la Contraloría General de la República no es “*jurisdiccional*”, y menos aún “*judicial*”: es meramente de control de legalidad a la Administración Pública, dentro mismo de la Administración Pública, actividad ésta de administración “*activa*” y no jurisdiccional”<sup>236</sup>.

La cita de Marienhoff pone de manifiesto interrogantes fuertemente ligadas entre sí y que constituyen el punto previo para responder nuestra pregunta inicial: esto es, si la jurisdicción necesariamente es ejercida por los jueces, si puede ejercerla otro tipo de órgano; o si lo que se requiere es la intervención de un ente independiente o imparcial; y antes aún o consecuencia de lo mismo, cuál es el origen y alcance del concepto de jurisdicción.

No es una definición clara, especialmente cuando se trata de distinguir si la Administración puede o no ejercer jurisdicción; o si algún órgano en particular puede hacerlo.

---

<sup>233</sup> LETELIER, Raúl. 2015. “Contraloría General de La República.” In *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a Su Práctica Política*, edited by J Basa, JC Ferrada, and C Viera, Primera, 285–315. Santiago: LOM. p 306. Letelier estima que la ley debe decidir si se establece un procedimiento judicial al interior de la Contraloría o bien se deja la potestad dictaminante para resolver materias específicas no conflictivas.

<sup>234</sup> Ver supra I, 1.

<sup>235</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1945. *La Contraloría General de la República*, Santiago, Nacimiento, p 81.

<sup>236</sup> MARIENHOFF, Miguel. 2012. “EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LEGITIMIDAD EN CHILE. LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.” In *La Contraloría General de La República. 50 Años de Vida Institucional. (1927-1977)*, Segunda, 169–72. Santiago: Contraloría General de la República de Chile, p. 72.

## 5. Jurisdicción: un concepto complejo

El tema de la jurisdicción no es objeto de una única disciplina jurídica. De hecho, es tratada por el Derecho Político, la Historia del Derecho, el Derecho Constitucional, el Administrativo y, por cierto, el Derecho Procesal. Y, aunque la doctrina de todas estas disciplinas tiene algo que decir, no cabe duda que a la voz de Jurisdicción y de su pariente cercana: la competencia, la mirada se vuelve hacia los procesalistas. Primero a aquellos sin apellido o más cercanos a lo civil o penal, y enseguida los estudiosos de los procesos administrativos y constitucionales.

### 5.1. Los procesalistas

Entre los procesalistas no hay un acuerdo absoluto, aunque –en general–, tienden a decantarse por una posición semejante a la de los iuspublicistas locales, o estos últimos se basan en los primeros. En fin, esto es, que la jurisdicción está reservada a los jueces del poder judicial o tribunales especiales; aunque sin ponerse de acuerdo respecto del concepto y sus características. Como enfatiza Bordalí: “Los órganos públicos que deben conocer irrevocablemente de las contiendas jurídicas entre los ciudadanos y la Administración, son los tribunales de justicia”<sup>237</sup>, invocando a la Constitución y su regulación de la jurisdicción judicial. Porque, como señala Ferrada en la misma obra, debe precisarse lo siguiente:

“(...) la propia Constitución se encarga de señalar los principales órganos e instrumentos de control del ordenamiento, ya sea en el ámbito nacional (Gobierno, Congreso Nacional, Contraloría general de la República, Tribunal constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones) y local (Consejo Comunal), lo que debe entenderse sin perjuicio de los mecanismos jurisdiccionales de control radicados en los tribunales ordinarios y especiales en cada ámbito espacial”<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2009. Principios de una nueva justicia administrativa en Chile. In *Estudios de Justicia Administrativa* (Primera, pp. 159–186). Santiago: Legal Publishing, p.167. Bordalí aborda también este tema en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2008. La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX, 185–219. En este muy bien documentado artículo concluye que la jurisdicción solo puede recaer en los tribunales en virtud de la separación de poderes; doctrina que, sin embargo, cuestiona en el mismo artículo, especialmente en lo que se refiere a identificar a los tribunales como Poder Judicial. Retomaremos la materia.

<sup>238</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2009. La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial. En: *Estudios de Justicia Administrativa* (Primera, pp. 3–51). Santiago: Legal Publishing, p. 5. Ferrada agrega: “A ello se añaden algunos instrumentos o vía de control administrativo establecidas en el plano infraconstitucional, como el control jerárquico permanente realizado por los jefes superiores de servicio al interior del propio órgano administrativo (arts. 11 y 12 LOCBGAE) o el derivado de recursos administrativos interpuestos por los particulares, como los recursos de reposición, jerárquico y revisión (arts. 10 LOCBGAE y 59 y 60 LBPA). Junto a éstos, existen una serie de procedimientos y mecanismos de control en una abundante legislación sectorial, cuyos contenidos y efectos estará relacionado con los fines perseguidos por éstos.”

De lo que se desprende que, para el profesor Ferrada al igual que para el profesor Bordalí, sólo los tribunales de justicia ejercen jurisdicción. Sin entrar al fondo o características del concepto.

Bordalí y Ferrada, coinciden con una buena parte de la doctrina procesalista vinculando la jurisdicción a los tribunales. Colombo Campbell, recordando en algo a Duguít, estima que: “(...) tienen jurisdicción todos los tribunales establecidos por la ley cualquiera que sea la que los cree y no sólo los que se establecen en el Código Orgánico.”<sup>239</sup> Pero, su postura es algo más confusa porque para él, quien ejerce jurisdicción no solo actúa como juez, sino que “es” tribunal. Así, resta importancia a la discusión, “...ya que los órganos que desempeñan la labor jurisdiccional administrativa, ya sea que formen parte del Poder Judicial o administrativo, son tribunales de justicia, porque ejercen una función jurisdiccional (...)”<sup>240</sup>.

No pretende este estudio hacer un análisis intensivo sobre este tema, por apasionante que sea, ni adentrarse en cada una de las concepciones que se han identificado del concepto. Basta esbozar, siguiendo a Alcalá-Zamora y Castillo<sup>241</sup>, algunas precisiones respecto de la distinción de la jurisdicción judicial y la administrativa, partiendo por el hecho de que el análisis al ser post revolución francesa, se funda en la tradicional doctrina de la división de Poderes, más allá de los cuestionamientos que ella provoque. Desde la división de poderes clásica, jurisdicción y Poder Judicial deberían identificarse pero, “Basta una somera observación para comprobar en seguida que esa plena coincidencia falla y falta en un doble sentido: a) en el de la *existencia de actos no jurisdiccionales emanados del poder judicial*, y b) por el contrario, en el del *ejercicio de cometidos jurisdiccionales por el legislativo y por el ejecutivo*”<sup>242</sup>.

### **5.1.1. Jurisdicción/Administración. Diversas doctrinas**

#### **5.1.1.1. Subjetivas/objetivas**

Alcalá-Zamora y Castillo admite que es más difícil la delimitación frente a la administración, entendiendo por Jurisdicción la contenciosa. Distingue, ante todo, dos visiones: el de las doctrinas subjetivas u organicistas y el de las teorías objetivas. Las primeras se refieren al agente y al procedimiento. Las descarta ya que, en el caso del agente un mismo acto podría cambiar de naturaleza si la legislación cambia a quien interviene. Y respecto del criterio

---

<sup>239</sup> COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1968. La Jurisdicción en Derecho chileno [en línea] <[http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_completa/0,1363,SCID%253D2554%2526ISID%253D210,00.html#](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D2554%2526ISID%253D210,00.html#)> [consulta: 2 marzo 2016].

<sup>240</sup> COLOMBO CAMPBELL, Juan. 1968, Ob. cit. p. 24.

<sup>241</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972. Notas relativas al concepto de jurisdicción. *Revisa de Derecho Procesal Iberoamericana*, 477-509 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1049/5.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2016].

<sup>242</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. pp. 33-34.

procedimental, advierte que procedimientos iguales o muy semejantes pueden ser radicalmente distintos si se atiende a su naturaleza o finalidad.

Dentro de las teorías objetivas, distingue entre aquellas que se fijan en el desenvolvimiento, frente a las que lo hacen sobre la finalidad. Respecto del desenvolvimiento, indica que la actividad administrativa se basaría en el principio de discrecionalidad, mientras que la jurisdiccional en el de legalidad. Pero la descarta porque la discrecionalidad se encuadra en la legalidad (no es arbitrariedad) y “tampoco la jurisdicción está acotada por la legalidad a rajatabla.” Y enseguida se pregunta “¿Será la independencia el signo distintivo de la jurisdicción y, como contrapartida, la subordinación el rasgo peculiar de la administración?”<sup>243</sup>. Tampoco. De lo contrario, advierte, solo en muy pocas épocas y países habría existido actividad jurisdiccional y, a cambio, se puede observar una fuerte independencia en muchos órganos administrativos.

### 5.1.1.2. Ejecución

La más débil de las doctrinas, es para Alcalá Zamora, aquella que estima que en la jurisdicción sería prioritaria la decisión respecto de la ejecución mientras que en la administración sería lo contrario. Estima que es un tema meramente cronológico ya que ambas etapas son necesarias en cualquiera circunstancia. No está de acuerdo tampoco con quienes creen que la jurisdicción radica en *restaurar el orden jurídico perturbado* y, armónica con ésta, la que ve a la jurisdicción como *tutela del derecho subjetivo*. Advierte que, en este caso, habría que esperar hasta el final del proceso para saber si se satisfizo la jurisdicción y, en esta concepción, solo tendrían explicación las sentencias estimatorias. Tampoco parece tener asidero la doctrina que aprecia en la jurisdicción *la realización del derecho objetivo*, “como si la administración no aspirase a ese logro”<sup>244</sup>.

### 5.1.1.3 Garantías procedimentales

Alcalá-Zamora se refiere luego a la corriente que se centra en un *procedimiento preestablecido y que satisfaga las garantías mínimas del enjuiciamiento*. Pero, “...nada más sencillo que encontrar jurisdicciones sin procedimiento preestablecido, o que funcionan a base de uno esquemático, en fin, que se acomodan a una tramitación carente de las más elementales garantías para los justiciables. Además, junto a los procedimientos jurisdiccionales (judiciales o procesales) –eso sí, los más numerosos y mejor perfilados– tenemos los administrativos y los legislativos”<sup>245</sup>. El debido proceso no define a la

---

<sup>243</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. p. 38.

<sup>244</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. p. 46.

<sup>245</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. p. 41.

jurisdicción pero –hay que admitir– cada día con más énfasis se transforma en condición de la misma; especialmente desde que las constituciones lo establecen como garantía.

#### **5.1.1.4. Cosa juzgada**

Descarta también el criterio según el cual *la jurisdicción aspiraría a la comprobación de una situación jurídica con fuerza de verdad legal* o cosa juzgada, y da tres razones fundamentales: a) La cosa juzgada es una aspiración que no siempre se alcanza, b) la jurisdicción es anterior a la cosa juzgada e independiente de la misma, y c) aunque más discutible, hay quienes extienden el efecto de cosa juzgada al ámbito administrativo.

La cosa juzgada es importante también para Couture quien, advirtiendo el escollo que implica la imposibilidad de superar la doctrina de la división de poderes en las distintas comprensiones que se tiene de la jurisdicción, la define como: “(...) función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”<sup>246</sup>.

Una primera lectura de esta definición admite la posibilidad de que otros órganos, no judiciales, pudieran ejercer jurisdicción siempre que, como Couture destaca, se haga con un debido proceso<sup>247</sup>. Pero, ciertamente, la autoridad de cosa juzgada exigida por la definición, la limita a la sentencia judicial. Couture reconoce que en esta concepción, está presente la teoría de la división de poderes. “Si un acto del Poder Ejecutivo fuera declarado jurisdiccional, los ciudadanos quedarían privados de la garantía de su revisión por los jueces, que en último término es la máxima garantía que el orden jurídico brinda a los individuos frente al poder. No hay revisión jurisdiccional de actos jurisdiccionales ejecutoriados. Sólo hay, y necesariamente debe haber, revisión jurisdiccional de actos administrativos.”<sup>248</sup>. Como con Marienhoff, surge la duda de si se está haciendo sinónimo lo jurisdiccional con lo judicial.

#### **5.1.1.5. Controversia**

La controversia, en cambio, no aparece como un elemento necesario para la jurisdicción para Couture; cuestión que difiere de la justa composición de la Litis a la que alude Carnelutti cuando asocia la jurisdicción a la contenciosa, ya que con la voluntaria “se acostumbra a

---

<sup>246</sup> COUTURE, Eduardo Jean. 1958. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (R. Depalma, Ed.) (Tercera). Buenos Aires, Argentina [en línea] <<http://doi.org/10.3399/bjgp10X515539>> [consulta: 13 abril 2017], p. 40.

<sup>247</sup> COUTURE, Eduardo Jean. 1958, Ob. cit. p. 42. El insigne procesalista expresa: “*La idea de un debido proceso se halla de tal modo adscrita al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como sea dicho, de concebir como términos idénticos, jurisdicción y proceso*”.

<sup>248</sup> COUTURE, Eduardo Jean. 1958, Ob. cit. p. 31.

denotar la función del juez dirigida a fines distintos a la composición de la Litis<sup>249</sup>. Para Alcalá-Zamora se trata de una de las doctrinas con “mayor fuerza”: la resolución de controversias entre particulares o con organismos públicos, como fin de la jurisdicción, lo que Carnelutti llamaba la composición del litigio a través de paz con justicia. Aquello dio pie a críticas que apuntaban a una falta de certeza. Pero Carnelutti hablaba de una paz, justa y cierta<sup>250</sup>; “(...) la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados *no saben*, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer<sup>251</sup>. Alcalá Zamora recuerda que esa cualidad exterior o formal Carnelutti la ubicaba en la cosa juzgada<sup>252</sup>.

#### 5.1.1.6 Quién decide

Cruzando los Andes, Lascano, inspirado por Carnelutti define la jurisdicción como “(...) una función que ejerce el Estado, cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley”<sup>253</sup>. Alcalá Zamora recuerda que el Estado es reciente y que, incluso en la modernidad, los tribunales eclesiásticos eran reconocidos. “Así, pues, la definición de Lascano expresa más lo que la jurisdicción *debería ser*, conforme a la ideología de su autor, con quien en este punto coincidimos, que no lo que haya sido o continúe siendo en cualquier territorio o momento<sup>254</sup>.

Otra crítica a esta doctrina se funda, precisamente, en la preconcepción respecto del sujeto que ejerce la jurisdicción. Así, Serra Domínguez apunta a que la controversia puede ser anterior al proceso y, más importante, puede ser resuelta por “órgano distinto del jurisdiccional, con o sin proceso.”. Es más, destaca: “Si toda resolución de controversia fuera realmente acto jurisdiccional, deberían ser calificadas de jurisdiccionales tales medidas típicamente consideradas como administrativas, lo que demuestra claramente lo insostenible del argumento<sup>255</sup>. Pero Serra olvida que la resolución administrativa también exige procedimiento; el asunto es con qué garantías este debe ser llevado adelante.

Tanto Serra como Alcalá Zamora analizan otras tantas teorías relativas a la jurisdicción, como la de Chiovenda que veía en la jurisdicción la *sustitución de la actividad ajena por la*

---

<sup>249</sup> CARNELUTTI, Francesco. 1956. *Instituciones del Proceso Civil. Volumen I* (Quinta). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, p. 44. En todo caso, advierte que, aunque la denominación jurisdicción voluntaria “(...) no es muy expresiva, tampoco es incorrecta, y, aunque sólo sea por la dificultad de encontrar una mejor, merece ser conservada y hasta extendida por la jurisdicción al proceso (...)”, p. 50.

<sup>250</sup> COUTURE, Eduardo Jean, 1958 Ob. cit. p. 22.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, 1972., Ob. cit. p. 44.

<sup>253</sup> LASCANO, David. 1978. *Jurisdicción y competencia* (Primera). Veracruz, Mexico: Praxis Jurídica, pp. 29-30.

<sup>254</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1954. Los conceptos de jurisdicción y de competencia en el pensamiento de Lascano. *Revista de Derecho Procesal*, 299-344 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1049/6.pdf>> [consulta: 5 mayo 2017], p. 68.

<sup>255</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 2008. *Jurisdicción, acción y proceso* (Primera). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, p. 21.

*actividad pública*<sup>256</sup>, o la de Calamandrei que la ve como la forma de garantizar la *observancia práctica del derecho objetivo*<sup>257</sup>. Estas y otras tantas teorías analiza Serra en las primeras cincuenta páginas de su obra<sup>258</sup>. Alcalá Zamora se atreve también con una definición muy cercana a la identificación con el Poder Judicial.

“Y ahora, con todos los riesgos de las definiciones y el terror milenario que suelen inspirar, he aquí como remate de estas deshilvanadas notas un esbozo de lo que por jurisdicción podría entenderse: *función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado “supra partes”, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas*”<sup>259</sup>.

Todo apunta a los jueces y, sin embargo, en una *addenda* advierte, citando a Carnelutti, que “(...) no solo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer el litigio, sino también y más bien el legislador cuando forma una ley e incluso, por otra parte, los contratantes cuando, a tenor del artículo 1123 del civil [Italiano], hacen del contrato ley entre ellos en suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez, sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de *fuerza del derecho*”<sup>260</sup>. Desde esta perspectiva se apunta a que la resolución de controversias no es prerrogativa de los jueces únicamente aunque sea una característica esencial de la jurisdicción.

Todo se ve difuso o nada se ve claro. Posiblemente porque se analiza siempre desde las categorías del derecho privado, sin profundizar en una realidad que –en el derecho público– se dio desde la antigüedad. Basta ver la conclusión de Nieva Fenoll, en su *Derecho Procesal I*, en que luego de sintetizar en tres las doctrinas sobre la jurisdicción, concluye: “Teorías aparte, lo relevante de este apartado es que se comprenda que la jurisdicción es la misión principal del juez, ofreciendo una definición compatible con la etimología de la palabra. El juez «dice el Derecho» (*iuris dictio*), nadie lo pone en cuestión. Lo que se discute es el origen y cometido de ese Derecho.”<sup>261</sup>. Pero si lo que importa es sólo el origen y fin del derecho, daría igual quien “lo diga”. Más bien parece obviar el problema, que aquí nos ocupa: aclarar si un órgano del Estado-Administración, financieramente centralizado, como lo es la Contraloría General de la República, ejerce o no, jurisdicción.

---

<sup>256</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972., Ob. cit., p. 47. El autor agrega que, en el mismo sentido, Chiovenda deriva en una modalidad en que en la ejecución civil la voluntad sustituida es la del vencedor y no la del vencido. Ob. cit. p. 49.

<sup>257</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. p. 50.

<sup>258</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, 2008., Manuel., *Ibidem*.

<sup>259</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972., Ob. cit. pp. 57-58.

<sup>260</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1972, Ob. cit. p. 58.

<sup>261</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. 2014. *Derecho procesal I. Introducción* (Primera). Barcelona: Marcial Pons, p. 47.

## 5.2. Los procesalistas administrativistas

Las dificultades que plantean los procesalistas para distinguir entre jurisdicción judicial y resolución de controversias o jurisdicción administrativa no ayudan a clarificar la naturaleza de la jurisdicción propiamente tal, su distinción respecto de lo contencioso administrativo ni su titularidad, aunque no en todos los casos las posiciones son tan terminantes como las chilenas respecto de quién puede ejercerla.

Nos preguntamos ahora si acaso la jurisdicción administrativa es una especie dentro de la jurisdicción en general o si se trata de una jurisdicción completamente distinta. Y, nuevamente, habría que cuestionarse quienes pueden ejercerla o bien, con qué requisitos o características se podría ejercer.

### 5.2.1. Especialidad e imparcialidad, ¿o independencia?

Se trata de resolver si es el juez ordinario el que debería resolver respecto de las materias en que hay involucrado un órgano del Estado o que digan relación con temas netamente administrativos, o si debe hacerlo un juez especial u otro órgano.

La doctrina se inclina hacia la especialidad judicial aunque, en el derecho comparado, los procesalistas administrativistas se abren a algo más que la sola judicatura. Como afirma González Pérez, cuando se habla de la especialización del personal que conozca de las materias administrativas “(...) no quiere decir que sea necesario encuadrar la jurisdicción contencioso-administrativa en la organización administrativa. Bastará que los órganos de la misma estén integrados por personal idóneo para conocer de las cuestiones administrativas, esté o no encuadrado en la organización judicial”<sup>262</sup>.

Se trata de una posición doctrinal que tiene adherentes, como García Pullés quien, reconociendo que el concepto de “jurisdicción” se asocia en forma directa al de la *iurisdictio* que ejercen los tribunales del Poder Judicial, sostiene que esta no es condición de la misma. Recordando a Couture y González Pérez, considera a la función jurisdiccional como “(...) la potestad pública ejercida por órganos competentes del Estado calificados por sus independencia e imparcialidad (...)”<sup>263</sup>. Trata ambas características casi como como sinónimos o estrechamente relacionadas, como localmente lo hace también Aldunate:

“El principio de imparcialidad y de independencia del juez se encuentran relacionados, pero no se identifican. El principio de imparcialidad alude esencialmente a la relación equidistante en que debe ubicarse el juez frente a todas las partes concernidas en un caso bajo su conocimiento, y a un determinado

---

<sup>262</sup> GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. 1966. *Derecho Procesal Administrativo. Tomo segundo* (Segunda). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pp. 45-46.

<sup>263</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl. 2004. *Tratado de lo contencioso administrativo. I.* (J. L. Depalma, Ed.) (Primera). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, p. 108.

comportamiento objetivo derivado de esa relación, consistente, en esencia, en una cierta igualdad de trato: no favorecer ni perjudicar a ninguna de las partes, ni en el procedimiento ni en la motivación de su decisión (salvo en lo ordenado por el derecho se entiende). Ahora bien; para ser imparcial, el juez debe ser independiente de las partes”<sup>264</sup>.

La distinción, eso sí, radica en que para Aldunate la imparcialidad e independencia se le exigen al juez, mientras González Pérez habla de “órganos competentes”. Pero, difícil independencia la de aquel que ejerce jurisdicción contencioso-administrativa siendo un órgano de la Administración<sup>265</sup>. Lo que no impide, necesariamente, su imparcialidad.

Conforme a la Real Academia Española, imparcialidad significa: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. Independencia, en tanto, se asocia –conforme a la RAE– a libertad: “Libertad, especialmente la de un Estado que no es tributario ni depende de otro”.

No son sinónimos pero se asocian, como lo hace Aldunate y González Pérez cuando advierten que para que un órgano ejerza jurisdicción contenciosa administrativa sin que se le considere juez y parte, estas características deben estar presentes. “Lo esencial es que goce de independencia, que sea «realmente» un tercero imparcial respecto de aquel otro órgano del Estado, que, en nombre de éste, es parte en el proceso”<sup>266</sup>. Tal alcance parece acercarse más al concepto de independencia.

Posiblemente el problema radique, precisamente, en los conceptos. Como afirman Fernández Ramos y Pérez Monguió, se ha tendido a confundir imparcialidad con independencia. Para ellos el principio de objetividad de la actuación administrativa “(...) presenta diversas manifestaciones, como son la creación de entidades y órganos con autonomía orgánica y funcional (caso de las tan de moda *agencias independientes*), o el reconocimiento de autonomía funcional y técnica a determinados órganos (como las comisiones y tribunales de oposiciones y concursos) o cuerpos de funcionarios (como los Inspectores de trabajo y Seguridad Social)”<sup>267</sup>.

Esta forma de abordar los conceptos de especialidad, imparcialidad e independencia responde a los tiempos en que, como indican Tapia y Cordero, la creación de estas entidades se exacerbó con el fenómeno de la privatización y con la creación de una serie de órganos alejados de las tradicionales instituciones democráticas. Ellos se sustentan en la convicción de que su independencia, especialización y *expertise* beneficiarían las capacidades de la

---

<sup>264</sup> ALDUNATE, Eduardo. 1995. “La Independencia Judicial. Aproximación Teórica Consagración Constitucional Y Crítica.” *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*. Nota al pie nº 2.

<sup>265</sup> No es el único que los hace sinónimos. También es el caso de Velasco Caballero. Ver. VELASCO CABALLERO, Francisco. 2015. Los “Administrative Law Judges” norteamericanos: imparcialidad administrativa y control judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, 101, 129–162. En: CABALLERO, Francisco. 2014. Tribunales económico administrativos y justicia administrativa. *Lan Harremanak*, 30, 32–51 [en línea] <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14171](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14171)> [consulta: 3 junio 2017].

<sup>266</sup> GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. 1966, Ob. cit. p. 176.

<sup>267</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. 2012. *La imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación* (Primera). Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi, p. 25.

administración, permitiendo, “reemplazar el «clientelismo» y dependencia de otras instituciones (aumentando la autonomía en la definición de políticas públicas) y enfatizar objetivos de largo plazo”<sup>268</sup>. Esta especialización, precisan, se concibe como un concepto que contiene, al menos, dos elementos. “El primero es la «experticia»: un elevado nivel de conocimiento en un área sustantiva específica, en razón de su estudio pormenorizado; el segundo es la experiencia, esto es, la acumulación de un conocimiento o destreza”<sup>269</sup>.

Se trata de la *imparcialidad resolutoria (adjudicatory fairness)* a la que se refiere Edley, admitiendo que se identifica más con el poder judicial, aunque no es exclusiva del mismo. Reconoce en esta imparcialidad, elementos como la “(...) congruencia en su dimensión temporal-sucesiva (principio *stare decisis*), congruencia en la variedad de situaciones (tratar de forma igual casos iguales), elaboración razonada, neutralidad de quién ha de adoptar la decisión, así como ricas nociones de audiencia y contradicción”<sup>270</sup>.

Dicho de otro modo: conocimiento, respeto al precedente (como garantía de racionalidad<sup>271</sup>, de igualdad e interdicción de la arbitrariedad)<sup>272</sup>, procedimiento con garantías y transparencia<sup>273</sup>, y neutralidad<sup>274</sup>; todo en el marco de la imparcialidad que responde más a una forma de razonamiento, antes que a una orgánica determinada. Aunque esto último pueda influir en el resultado.

Es cierto que tanto en España –primera y principal influencia en nuestro Derecho– como en Chile parece establecerse una amplia independencia al Poder Judicial; literalmente en el artículo 117<sup>275</sup> de la Constitución española, y a través de impedir la interferencia del

---

<sup>268</sup> TAPIA, J., y CORDERO, L. 2015. La Revisión Judicial De Las Decisiones Regulatorias: *Estudios Públicos*, 139, p. 23.

<sup>269</sup> TAPIA, J., y CORDERO, L. 2015, Ob. cit. p. 24. Los autores expresan: “Un órgano será también especializado cuando deba lidiar con un alto número de decisiones en la misma materia, sobre todo si éstas se refieren generalmente a una misma área particular”. *Ibidem*.

<sup>270</sup> EDLEY, Christopher. 1994. *Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración Pública* (Primera en español). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 34.

<sup>271</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. 1993. *La Técnica Del Precedente Y La Argumentación Racional*. Primera. Madrid: Tecnos, p. 96.

<sup>272</sup> DÍEZ SASTRE, Silvia. 2008. *El Precedente Administrativo. Fundamentos Y Eficacia Vinculante*. Primera. Madrid: Marcial Pons, pp. 273 y ss.

<sup>273</sup> Transparencia en el procedimiento de cómo se decide y también de las consideraciones tenidas en cuenta respecto de qué se decide. Ver. EDLEY, Christopher. 1994. *Ibidem*.

<sup>274</sup> Como posición para decidir conforme a los antecedentes del expediente. Ver. PONCE SOLÉ, Juli. 2001. *Deber de Buena Administración Y Derecho a Procedimiento Administrativo debido. Las Bases Constitucionales Del Procedimiento Administrativo Y Del Ejercicio de La Discrecionalidad*. Primera. Valladolid: Lex Nova, pp. 245 y ss.

<sup>275</sup> Constitución Española. Artículo 117. “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 6. Se prohíben los Tribunales de excepción”.

Presidente de la República y el Congreso, en el artículo 76 de la Constitución chilena. La Administración, en cambio, en ambos casos se rige por el principio de Jerarquía no obstante exigírsele imparcialidad en los artículos 4º y 11º de la Ley N° 19.880, de bases de los procedimientos administrativos.

Sin embargo, para ser precisos, la independencia del llamado Poder Judicial chileno no es absoluta. No sólo porque los tribunales dependen financieramente del Poder Ejecutivo, sino además por el nombramiento del más alto tribunal, la Corte Suprema, cuyos ministros son nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado<sup>276</sup>. De hecho hay quienes, como Atria, que ni siquiera hablan de un Poder Judicial propiamente tal. “Hay jueces, y ellos tienen autoridad, pero no hay un poder judicial. (...) El poder judicial en tanto tal carece de unidad de agencia, no es un agente colectivo”<sup>277</sup>. Pero, incluso con esta concepción, la independencia no está garantizada, ya que como apunta Aldunate, el hecho de que sean los mismos tribunales que conocen de los recursos que imponen criterios interpretativos, los que “califican a los jueces y configuran las listas que en definitiva van a posibilitar su ascenso en la carrera judicial, produce en la práctica la ausencia de independencia personal del juez al interior del Poder Judicial (...)”<sup>278</sup>.

En teoría, siguiendo a Atria, la independencia sería más bien predicable de cada uno los tribunales de justicia y se traduciría en el apego a la ley, “*la sujeción del juez a la ley es correlato estricto de su independencia*”<sup>279</sup>; como garantía de imparcialidad, si seguimos a la RAE. Sin embargo, si se analiza la evolución de la jurisdicción, cuyo origen se encuentra en el seno del Poder Ejecutivo (el Rey), la independencia se predicaría en la separación de la función. Y, si ella es un requisito esencial, solo sería predicable respecto de los tribunales de justicia del Poder Judicial.

### **5.2.1.1. Independencia respecto de la especialidad**

Para comprender el alcance de los conceptos de imparcialidad e independencia es necesario distinguir nuevamente entre la doctrina española –en tanto principal influencia en la formación del Derecho chileno– y la francesa, tras la revolución. Hay que recordar que España responde a una tradición que venía desde el Antiguo Régimen en que el Monarca

---

<sup>276</sup> CPR Art. 78 inciso 3º: “*Los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado. Este adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento (...)*”. Así, el Presidente puede forzar el procedimiento hasta que el Congreso termine por aceptar su propuesta. No hay límite de intentos.

<sup>277</sup> ATRIA, Fernando. 2004. Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo. *Revista de Estudios de La Justicia*, 5 (proyecto 1010461), p. 134. Atria retoma el tema que, volveremos a abordar, en su reciente libro, véase en ATRIA, Fernando. 2016. *La Forma del Derecho* (Primera). Madrid: Marcial Pons.

<sup>278</sup> ALDUNATE, Eduardo. 1995. La independencia judicial. Aproximación teórica consagración constitucional y crítica. *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, p. 13. Aldunate profundiza en otros factores, especialmente disciplinarios, que ponen en cuestionamiento la independencia judicial.

<sup>279</sup> ATRIA, Fernando. 2016., Ob. cit. p. 190. El autor explica luego que esto no significa que el juez sea un mero aplicador de la ley. Precisa los casos en que la interpretación puede ser más amplia.

concentraba el poder de gobernar y de ejercer jurisdicción<sup>280</sup>, cuestión que mantuvo por larga data. De allí que, órganos administrativos podían desdoblarse decidiendo administrativamente o, en forma contenciosa, si había un derecho involucrado. Independiente de si luego, se podía recurrir al poder judicial, cuando este se creó.

En Francia, en cambio, la potestad jurisdiccional que se le otorga a un órgano de la Administración como es el Consejo de Estado responde más bien a la “cautela provocada por la hostilidad con que la Revolución Francesa contempló a los jueces y tribunales (...)”<sup>281</sup> prohibiéndoseles conocer o intervenir en los Actos de la Administración, bajo la conocida premisa de que juzgar a la Administración es también administrar.

La independencia francesa se fundaba, entonces, en una suerte de independencia absoluta entre poderes<sup>282</sup>. La española, en cambio, apunta a la que ofrece la especialidad respecto de la materia más que a la división de poderes. De hecho, desde esta perspectiva y salvando, notorias diferencias, el modelo inglés se asemeja más al español que al francés. En efecto, como explica Cane<sup>283</sup>, la discusión respecto de adoptar un modelo semejante al galés, se dio en Inglaterra en el siglo XX pero la crítica de Dicey<sup>284</sup> primó precisamente por el concepto de especialidad dado que el tribunal francés muestra una especialidad conceptual en el sentido que solo revisa materias de derecho público, pero generalista en un sentido funcional por la amplia gama de materias que aborda como por la amplitud de su competencia<sup>285</sup>.

Los argumentos esgrimidos eran diversos a la hora de decidir si la Administración también puede ejercer jurisdicción. Mientras en Francia primaba la desconfianza, en España se invocaban las garantías procesales y la eficacia. Como se aprecia en las lamentaciones de Manuel Ortiz de Zúñiga, quien –en 1842-1843 cuando se publica su obra *Elementos del Derecho Administrativo*- se quejaba por la inexistencia de tribunales que pudieran ver asuntos que participaban de lo jurídico (judicial) y lo administrativo.

“De aquí dinama que si en estos es la Administración quien toma á su cargo el conocimiento, el interés individual no tiene suficiente garantía en sus litigios con los intereses comunes, ni aun estos la tienen tampoco en sus cuestiones con los particulares; y por el contrario si son los tribunales los que entienden y deciden, escudados con su inamovilidad, con sus pausadas formas, con todas sus

---

<sup>280</sup> Volveremos sobre este punto.

<sup>281</sup> PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. 2012. *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo* (Segunda). Madrid: Marcial Pons, p. 20. Nos recuerda el autor el artículo 13 de la Ley francesa sobre Organización Judicial de 16 y 24 de agosto de 1790 de la asamblea Nacional: “*les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs, pour raison de leur fonctions*”.

<sup>282</sup> Aunque, como se verá más adelante, esa pareció ser la excusa para mantener la jurisdicción en la Administración y mantener lo existente con otras denominaciones.

<sup>283</sup> CANE, Peter. 2009. *Administrative Tribunals and Adjudication*. Portland, USA: Hart Publishing [en línea] <<http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>> [consulta: 2 abril 2017], p. 118.

<sup>284</sup> Vg. DICEY, Albert. 1915. *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, reimpresión 8ª edición, 1915.

<sup>285</sup> Hay que recordar que Dicey resaltaba con orgullo que en Inglaterra no existía Derecho Administrativo, ya que entendía a este como uno que otorgaba privilegios a la Administración que, en el derecho inglés era tratada igual que a cualquiera.

solemnidades, la Administración se ve á cada paso llena de trabas, sin poder usar de aquella libertad de acción que necesita para obrar con desembarazo y para llenar cumplidamente los objetos de su instituto”<sup>286</sup>.

### 5.2.1.2. Objeto o materia

Lo que se buscaba, entonces, era la especialidad. Pero esa sola definición no es suficiente para establecer las fronteras entre lo jurisdiccional-judicial y lo administrativo; o, de lo jurisdiccional especializado en lo administrativo, sea o no judicial. La cuestión, entonces, se traslada al objeto o materia. “Si los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa conocen de cuestiones distintas a aquellas que específicamente le están atribuidas, incurrirán en defecto de jurisdicción. De aquí la importancia del estudio de lo que tradicionalmente se ha llamado «materia contencioso-administrativa»<sup>287</sup> en forma genérica, a diferencia del Antiguo Régimen en que se definían una enorme pluralidad de materias vinculadas al poder<sup>288</sup>.

Simplificando podríamos decir que aquello que se funda en el Derecho Administrativo correspondería al contencioso administrativo, en tanto decisiones en que se involucra el poder. Pero, de simple nada. Lo cierto es que definir cuando estamos en presencia de un contenido administrativo no es siempre cosa fácil. No entraremos en ello pero, admitiremos que la especialidad de la materia, es un factor que hay que tener en cuenta.

Otro factor importante, que ha llegado a despertar polémica, es el objeto. Y aquí nuevamente se produce una distorsión, a partir de la Revolución Francesa, de la visión que entonces se tuvo de la división de poderes y del papel que cumplió el Consejo de Estado francés como ejemplo a seguir, especialmente, en relación con el recurso de exceso de poder; separado del de plena jurisdicción. En efecto, el primero buscaba la anulación del acto, en términos objetivos. De allí la existencia de la llamada “decisión préalable” (previa) que legitimaba la habilitación al contencioso en tanto existiera un interés directo y personal. Pero aun cuando España, sumida en el caos político y en medio de una guerra civil, aceptó sin mucho análisis la influencia del Derecho francés, en este aspecto se separó, sin admitir la distinción de recursos.

A la muerte de Fernando VII se había terminado con los órganos especializados que venían del Antiguo Régimen, produciéndose un completo vacío<sup>289</sup> y, como ya se dijo, en España, a diferencia que en Francia, el monarca concentraba la jurisdicción civil y administrativa. Era

---

<sup>286</sup> ORTÍZ DE ZÚÑIGA, Manuel. 2002. *Elementos de Derecho Administrativo*. (C. Carrasco Canals y Estudio Preliminar, Eds.) (Primera). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 440-441.

<sup>287</sup> GONZÁLEZ PEREZ, J. 1966., Ob. cit. pp. 46-47.

<sup>288</sup> DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro. 1800. *Instituciones del Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado. Tomo II* (Primera). Madrid: En la oficina de don Benito García y compañía.

<sup>289</sup> Ver. NIETO GARCÍA, Alejandro. 1966. Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. *Revista de Administración Pública*, 50, 27-50.

el quien decidía a que jurisdicción se debía acudir. En definitiva, lo contencioso se alejaba de los tribunales y se entregaba a la «jurisdicción de la administración», lo que se solucionaba concibiendo a la “Administración como un poder gestor de funciones diversas y dotado también de varias potestades. Así entra en juego la tesis aceptada durante todo el siglo de las dos esferas administrativas: Administración directa o activa, que tiene una potestad de mando e imperio, y Administración pasiva, que tiene una potestad de jurisdicción de mixto imperio, dentro de la cual encaja con toda naturalidad esta jurisdicción contenciosa”<sup>290</sup>. Algo así como lo que Loughlin distingue como potestas (dogmática constitucional) y potencia (gestión administrativa)<sup>291</sup>.

Pese a este fundamento dogmático, tan diferente del francés, en 1845 en España se copia el sistema galo, entregando por breve tiempo la jurisdicción contenciosa administrativa al Consejo de Estado como tribunal. Pero la turbulencia política hispana continuó y con ello los cambios al sistema, como se verá más adelante con algo más de profundidad.

Luego, la reforma de 1904 a la ley de 1888 entrega la jurisdicción contencioso-administrativa a una sala que integra el Tribunal Supremo trasladando, definitivamente, lo contencioso a lo judicial, con los problemas que conlleva el desarrollo de un sistema creado sobre bases dogmáticas que no le eran armónicas<sup>292</sup>. En efecto, la huella genética del Antiguo Régimen siguió marcando con fuerza los hábitos contenciosos previos a 1845. A tal punto, que mucho tiempo Parada, replicando a Nieto, admite la confusión con que se entendió el sistema en 1845.

“Parece que los jefes políticos y otras autoridades gubernativas entendieron la división entre lo gubernativo y lo judicial de tal forma que se consideraban incapaces e incompetentes para resolver sobre cuestiones conflictivas ni siquiera con carácter previo y provisional, y por ello remitían los expedientes a la Administración contenciosa, es decir, a los Consejos Provinciales y al Consejo Real. En la época de este comportamiento estaba dentro de la lógica del sistema y respondía a los hábitos heredados del Antiguo Régimen en donde lo gubernativo no es necesariamente una fase previa de lo judicial, (...). En la actualidad, un comportamiento similar de las autoridades administrativas remitiendo expedientes sin resolver para su decisión por los Tribunales contenciosos sería inconcebible porque se parte de la premisa de que lo judicial es siempre una segunda instancia revisora que presupone necesariamente una fase gubernativa previa”<sup>293</sup>.

Acto previo, no hay duda. Pero, ello no significa, necesariamente, agotar previamente la vía administrativa, ni que el objeto del contencioso sea el acto, como lo entendió la doctrina francesa.

---

<sup>290</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. 1966, Ob. cit. p. 38.

<sup>291</sup> LOUGHLIN, Martín. 2010. *Foundations of Public Law* (First). London: Oxford University Press, p.12.

<sup>292</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. 1966, Ob. cit. p. 38.

<sup>293</sup> PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. 1969. Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, 59, p. 48.

Como sea, en lo relativo al objeto, la presión doctrinaria francesa en el sistema creado tuvo su efecto en la lectura de la legislación que regula la materia como se aprecia en la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa española<sup>294</sup>.

Así, por ejemplo, el título V «Objeto del Recurso» de la Exposición de Motivos, deja claro que se debe terminar con la lectura gala respecto del recurso al acto: “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

Como afirma García Pérez, esta concepción no es nueva. Ya la venían sosteniendo los tribunales. “Pero para llegar a ello se han tenido que hacer ímprobos esfuerzos por reconducir el llamado carácter revisor de la jurisdicción a lo que realmente es: un mero requisito de procedibilidad o presupuesto procesal (...)”<sup>295</sup>.

En definitiva, como en el Antiguo Régimen, la jurisdicción contencioso-administrativa estaría llamada a resolver conflictos o discrepancias, más que una mera revisión del acto. “Lo que ha de ventilarse, por tanto, con carácter primario ante la jurisdicción contencioso-administrativa es si el ejercicio de los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos ha sido o no, impedido o limitado por la actuación de la Administración Pública. Esto es lo primordial y lo secundario es la revisión del acto. Lo primordial es si se acepta o no la pretensión del recurrente, que pide esencialmente la protección o reconocimiento de un interés o un derecho”, sentencia Melián Gil<sup>296</sup>.

Como ya se ha venido apreciando, la jurisdicción no es un concepto nuevo, es uno que ha tendido una larga trayectoria en el Derecho Público. Cuestión que es necesario revisar dado que la doctrina vigente no parece dar una respuesta adecuada a la definición de jurisdicción y sus alcances.

## **6. Jurisdicción: poder y límites desde la antigüedad**

En un sentido amplio podríamos decir que quien ejerce poder, ejerce jurisdicción. Sin embargo, hurgando en los orígenes del concepto, se aprecia que la jurisdicción o *iurisdictio* es una de las manifestaciones del poder –separable– vinculada a los límites que establece el derecho.

En efecto, ni la división de poderes ni el monopolio del ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces constituyen una realidad incuestionable. Por el contrario, la arquitectura que

---

<sup>294</sup> MELIÁN GIL, José Luis. 1997. La jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978. In M. C. García Pérez (Ed.), *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa* (Primera, pp. 11–31). La Coruña: Universidad de La Coruña, p. 21.

<sup>295</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. 1997. El objeto del proceso contencioso-administrativo. In M. C. García Pérez (Ed.), *Jornadas de Estudio sobre la jurisdicción contencioso administrativa* (Primera, pp. 47–80). La Coruña: Universidad de La Coruña. p. 49.

<sup>296</sup> MELIÁN GIL, José Luis. 1997., Ob. cit. p. 24.

hoy nos parece tan natural, responde a un cambio de paradigma, que podemos situar a partir de la Revolución Francesa, que eclipsó una estructura cuyas bases venían desde Roma y que –a partir de una relectura– puede permitir comprender instituciones que mantienen parte de la genética pre revolucionaria y que, incluso, puede ayudar a enfrentar nuevas realidades que deben equilibrarse más que imponerse; al viejo estilo del Estado Estamental<sup>297</sup>.

## 6.1. Confusión en la doctrina

### 6.1.1. La señal de los tiempos

En los albores del siglo XX, decía Caballero<sup>298</sup> que si bien no existe duda de que el Estado ha existido, con matices, como indispensable para la vida social, no hay consenso cuando se trata de determinar sus funciones o las ramas del poder. En efecto, esta discusión no se terminó nunca y, sin embargo, las escuelas –casi sin distinción– enseñan, como un dogma indiscutido, la clásica separación de poderes o ramas como punto de partida de la organización del Estado, de sus instituciones y límites; como una especie de realidad universal que sentaría las bases del Derecho Público en aquellos territorios en que se puede identificar un Estado de Derecho.

No corresponde entrar de lleno en las diversas discusiones doctrinarias sobre la materia pero, tampoco es posible evadir la cuestión cuando debemos definir qué significa ejercer jurisdicción para, a partir de ello, intentar constatar quien o quienes la ejercen. Más allá de otra conocida discusión, vinculada a la primera, relativa a la competencia<sup>299</sup>.

Y son varias las visiones al respecto, incluso en nuestros tiempos, como advierte Gallego Anabitarte al distinguir dos visiones o concepciones respecto de principio de separación de poderes (o funciones): “una *concepción eminentemente política*: acciones e interacciones entre los poderes, y 2º: *concepción teórico-jurídica*: que es legislar, que es ejecutar, que es, también, la jurisdicción”<sup>300</sup>.

Pero, en fin, para emprender nuestra tarea es necesario remitirnos a la fuente del poder del Estado en los sistemas que sirvieron de inspiración y antecedente para la arquitectura jurídico

---

<sup>297</sup> Así, discrepamos con Alejandro Nieto quien, poco valor otorgaba a la mirada desde la Edad Media, no obstante estudiar y admitir las categorías que allí se manejaron. NIETO GARCÍA, Alejandro. 1966. Op. cit. pp. 27–50, quien expresa: “*Cierto es que sería fácil remontar el estudio al antiguo régimen, la Edad Media, e incluso a los visigodos y romanos; pero el resultado sería pura erudición histórica, que en nada ayudaría a la inteligencia de la situación actual (...)*”, Ob. cit. p. 27.

<sup>298</sup> CABALLERO Y MONTES, José María. 1902. *Lo contencioso -administrativo. Naturaleza y condiciones generales. Tomo I* (tip.Marian). Zaragoza, 680 p.

<sup>299</sup> Aun cuando en Francia se haga sinónimo competencia y jurisdicción. Sin embargo, cuando se habla de competencia se la entiende “(...) como las reglas que determinan el tribunal dentro de varios en un país dado, al cual del demandante debe presentar su acción”. NAVARRETE B, Jaime. 1977. “La jurisdicción judicial de los Estados en derecho comparado romanista”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 4, N° 1/6, Publicado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 140.

<sup>300</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. 1971. *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*. (I. de E. Administrativos, Ed.) *Instituto de Estudios Administrativos* (Primera). Madrid, pp. 96-97.

pública chilena, sin olvidar que el legado recibido no se adopta sacramentalmente sino que se adapta y enriquece conforme a la idiosincrasia singular del país.

Caballero –por ejemplo– discrepaba de la clásica división de Ejecutivo, Legislativa y Judicial atribuida a Montesquieu. “Dos únicamente son los Poderes para los que considerar que la función de todo gobierno, es dictar leyes y hacerlas ejecutar: Poder Legislativo, expresión de la unidad de la vida social rigiéndose á sí propia, y Poder político encargado de llevar a la práctica la unidad por medio de la Administración y de la justicia”<sup>301</sup>, decía refiriéndose, aunque sin decirlo textualmente, a la jurisdicción en general y, específicamente, a la contencioso administrativa. Admite que esta última nace con el Estado pero, no le reconoce verdadera definición<sup>302</sup> sino hasta 1945, como buena parte de la doctrina europea en general y española en particular; se queja Gallego<sup>303</sup>.

La doctrina española, sin duda, miró con admiración a la francesa lo que, sumado a los conflictos internos vividos en España durante su formación institucional<sup>304</sup>, redundó en una baja apreciación por lo propio. De hecho, como relata Alejandro Nieto<sup>305</sup>, los dos primeros difusores de Derecho Administrativo en España, tuvieron influencia gala<sup>306</sup>. Es más, quien fuera su profesor y destacadísimo administrativista, Eduardo García de Enterría contaba que él logró romper el cerco de aislamiento en que se encontraba España al tiempo de sus estudios en Derecho, accediendo –a través de influencias- a doctrinas extranjeras. Las primeras: las obras de Hauriou y Jéze<sup>307</sup>. El Derecho público español contemporáneo se construyó mirando el francés y luego el alemán. A tal punto que “Ningún profesor alemán, francés o inglés sabía más sobre otros países que un profesor español, pero ¡qué paradoja, ningún profesor había en el mundo que supiese tan poco sobre la historia de su propio Derecho como un profesor español!”<sup>308</sup>.

---

<sup>301</sup> CABALLERO Y DE MONTES, José María. 1902, Ob. cit. p 2.

<sup>302</sup> *Ibíd.* “*Que ha debido existir siempre, parécenos indudable. Regulador de las relaciones entre la Administración y los Administrados, desde que surge el Estado, surge lo Contencioso Administrativo, pero surge éste sin sus privativos caracteres, sin el necesario deslinde de lo que le es exclusivo y propio; no metodizado su procedimiento, ni señalada su esfera de acción. En estas condiciones, lo Contencioso-administrativo no disfruta de la vida del derecho sino la que le concede el poder público*”. Ob. cit. p. 13.

<sup>303</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. 2009. *Poder y Derecho. Del antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*. (Primera). Madrid: Marcial Pons.

<sup>304</sup> Desde la guerra de independencia (1808-1814) hasta constantes luchas fratricidas entre liberales y monárquicos.

<sup>305</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. 2001. Un artículo de historia del pensamiento-jurídico administrativo español. *En: Estudios de Derecho y ciencia de la Administración* (Primera, pp. 437–480). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>306</sup> *Ibíd.* Se refiere, primero, al libro titulado *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, de 1839 escrita por Agustín Silvela, “(...) un español de pura cepa, pero –aquí empieza a jugar el destino- nacido y educado en París y casado con una francesa (...)”, p. 443. Luego se refiere a quien es considerado el primer maestro de Derecho Administrativo, Javier de Burgos, cuya trayectoria vital y científica, Nieto califica de ‘afrancesado’ en el riguroso sentido político del término”, p. 444.

<sup>307</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2007. Sobre la formación Del Derecho Administrativo Español Contemporáneo. *Revista de Administración Pública*, 174, 23–29.

<sup>308</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. 2009., Ob. cit. p. 39.

Y la influencia gala lleva consigo la Revolución Francesa como hito inicial del Derecho Administrativo europeo continental. Sin embargo, el Derecho Administrativo español se encargó de persistir, especialmente en las colonias.

Se aprecia, por ejemplo, en la ya mencionada polémica que Alejandro Nieto<sup>309</sup> y Parada Vásquez<sup>310</sup> sostuvieron sobre el objeto y evolución del contencioso administrativo hacia los setentas y la que continuara la doctrina representada por Gallego y García de Enterría<sup>311</sup>; los primeros centrándose más bien en la ejecutoriedad del acto administrativo en el origen del contencioso español; en tanto los segundos apuntando al momento de su surgimiento y el hito que supone la Revolución Francesa en ello. Mientras Gallego insiste en que el contencioso español es anterior al evento galo para la doctrina contraria este se ubica, más bien, a partir de 1845 cuando el Consejo Real español pasa a constituirse con Consejo de Estado; tribunal superior en materia contencioso administrativa<sup>312</sup>.

Lo cierto es que tras esta discusión hay un conflicto respecto de los conceptos o categorías necesarias para explicar la formación de un fenómeno que hoy nadie desconoce cómo es la existencia de un Derecho Administrativo con su dogmática particular, al servicio de la ciudadanía y de los derechos fundamentales reconocidos por el constitucionalismo contemporáneo y con una fuerte influencia del liberalismo. Pero, estas son las categorías que hoy manejamos; categorías que – por lo demás- pueden variar en el tiempo con fenómenos como los migratorios, separatistas, indigenistas o terroristas (inseguridad), entre otros.

No es fácil explicar con las categorías (y errores cometidos) de hoy, realidades tan diversas en la historia. Tal vez, como sintetiza Pendás: “Desde un punto de vista metodológico, el problema reside seguramente en que las clasificaciones académicas, pierden su sentido al entrar en contacto con la vida real”<sup>313</sup>

O, como explica Troper al justificar el cruce del análisis del derecho positivo y el histórico,

El derecho “(...) no tiene por objeto más que discursos. No puede investigar si el Estado es realmente soberano o si la soberanía es realmente indivisible, sino solamente si el sistema jurídico necesita o no para funcionar correctamente el

---

<sup>309</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. 1968. Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo RAP Núm. 57. *Revista de Administración Pública*, 57, 9–33.

<sup>310</sup> PARADA VÁSQUEZ, José Ramón., Ob. cit. pp. 65–112. Véase también en PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. 1969., Op. cit. pp. 41–70.

<sup>311</sup> Ver. NAVAS CASTILLO, Florentina. 2012. El control de la actividad administrativa en la Constitución de Cádiz de 1812. *UNED. Revista de Derecho Político*, 83, 360–380 y MALAGÓN PINZÓN, Miguel. 2004. “La ciencia de la policía y del Derecho Administrativo” en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol 6, n° 1, Bogotá, pp. 174-210.

<sup>312</sup> Aunque para García de Enterría el verdadero cambio de paradigma se da después. “Creo firmemente –y hago uso ya de mi propia experiencia personal como letrado– que en la Ley de 1956 ha de situarse, simplemente, el acta de nacimiento verdadero de nuestro Derecho Administrativo”, dice en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2007. *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Pamplona, Editorial Aranzadi, Primera Edición, p. 68.

<sup>313</sup> PENDÁS GARCÍA, Benigno. 2009. División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Junta General del Principado de Asturias, *La División de Poderes*, coord. Ramón Punset, p. 207.

presuponer que el Estado es soberano o que la soberanía es indivisible. Es preciso, pues, comprender las condiciones de aparición de estos discursos. Ahora bien, estas condiciones están evidentemente ligadas a la historia”<sup>314</sup>.

### 6.1.2. Limitación sin separación de poderes

La Administración en el mundo contemporáneo, sea que se adscriba a la tradición continental o a la anglosajona, hoy es considerada un poder en sí<sup>315</sup>, aún para quienes puedan adherir a la vieja separación de poderes como fundamento de control interórganos. Pero la categorización atribuida a Montesquieu, que aún hoy provoca polémica<sup>316</sup> originalmente no existió. Había, eso sí, un poder constituido y, por lo tanto, Constitución<sup>317</sup> aunque no

---

<sup>314</sup> TROPER, Michel. 2015. La dimensión histórica del constitucionalismo en Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. Edit (2015): *Historia e historiografía constitucionales. Entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenförde, Michel Troper, Maurice J.C.Vile y Mauricio Fiorvanti*. Primera edición, Editorial Trotta, Madrid, p. 46.

<sup>315</sup> Vg. MEIER, Kenneth J. y BOHTE, J. 2007. *Politics and the bureaucracy. Policymaking in the Fourth Branch of Government*. (E. Thomson, Ed.) (1° ed.). Canadá, 284 p. Los autores plantean los factores por lo que estiman que la Administración es un poder en sí. MANNORI, L., & SORDI, B. (2004). Justicia y Administración. En M. Fioravanti (Ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (1° Español, pp. 65–103). Madrid: Editorial Trotta. MELIÁN GIL, José Luis. (1997)., Op. cit. pp. 11-31.

<sup>316</sup> Vg. PENDÁS GARCÍA, Benigno. 2009., Op. cit.; ZUÑIGA URBINA. Francisco. 1992. Separación de poderes y estado de derecho. *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*, XIV, pp. 191–199. VILE, Maurice. 2007. *Constitucionalismo y separación de poderes*. (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ed.) (Segunda, P). Madrid. ATRIA, Fernando. 2016. *La Forma del Derecho* (Primera). Madrid: Marcial Pons. Entre otros. Por lo demás Montesquieu escribía inserto en un orden estamental y no hay que olvidar sus palabras: “*El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad requiera. De esta manera, el poder juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados*”, MONTESQUIEU, Charles. 2004. *Del Espíritu de las leyes* (Primera edición Buenos Aires). Buenos Aires: Ediciones Libertador. Título XI capítulo VI, p 133. Atria comenta este pasaje convencido de que lo invisible y nulo indica “(...) *que el Poder Judicial no existe. Si no entendemos qué el poder judicial, en tanto poder del estado, debe ser nulo e invisible no entenderemos muchas de las características más sobresalientes de su configuración institucional*”. ATRIA, Fernando. 2004. Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo. *Revista de Estudios de La Justicia*, 5(proyecto 1010461), p. 134.

<sup>317</sup> Más adelante se tocará parcialmente el tema. Por ahora, vale la pena destacar lo que dice el profesor Fioravanti: “*Es un asunto muy complejo. Desde un primer punto de vista, me parece difícil negar la dignidad de las doctrinas y las experiencias constitucionales en la polis y la res publica de los antiguos; y lo mismo debe decirse de la Edad Media, de las doctrinas y las prácticas del derecho de resistencia, de las leyes fundamentales o de la misma representación de los territorios. En este sentido, existe un ‘constitucionalismo’ antiguo y medieval, porque hay ‘constitucionalismo’ allí donde existe construcción del principio de unidad política, de los modos de participación en la comunidad política, de los modos de resistencia al ejercicio del poder que se ejerce en nombre de dicha comunidad, allí donde tiene lugar la búsqueda de una lex fundamentalis. Pero desde otro punto de vista, es cierto que la Edad moderna tiene una especificidad constitucional propia, ligada al extraordinario acontecimiento que supone el “Estado moderno” en Europa. Un acontecimiento, sin embargo, de extraordinaria complejidad, que se inició en el siglo XV y que precisamente contiene a su vez en su interior diversas ‘Formas de Estado’, que he intentado individualizar y categorizar en mi trabajo en el volumen colectivo ‘Lo Stato moderno in Europa’. Entre estas formas se encuentran, obviamente, las que nos resultan más conocidas y cercanas: el “Estado de derecho” y el ‘Estado constitucional’. Pero considero restrictivo limitar el campo de la historia constitucional exclusivamente a éstas en el marco de una historia constitucional europea hecha de múltiples intersecciones, de discontinuidades claras pero también de persistencias notables, y que en todo caso es una historia en la que nadie posee el monopolio de la ‘Constitución’ y del ‘constitucionalism’. Con otras palabras, la mía es una posición no*

constitucionalismo, tal como lo entiende la doctrina contemporánea; y –en ese contexto– el poder se ejercía con sus particulares límites.

*“Aliis legibus, quae ex aequo ad omnes pertinet, principes et legumlatores, quamvis summi, obligatur in conciencia”*, decía Fray Luis de León en *De Legibus* en 1571.

“Aunque supremos (*¡summi!*), los príncipes y legisladores están obligados en conciencia por sus propias leyes”<sup>318</sup>.

Y Fray Luis de León iba más allá: “El Príncipe ‘que no reconoce superior’ está sin embargo sometido al Derecho del Estado, a las obligaciones contraídas con sus propios súbditos, a las leyes y constituciones de su Estado, a los pactos con otras naciones aunque sean enemigas y a los fines mismos del poder como el bien común, la paz y la justicia”<sup>319</sup>.

Es bien difícil distinguir el Estado de Derecho de uno que no lo es tanto, como difícil es desconocer la existencia de un Estado allí donde el poder se ha organizado y tiene límites. Cuando el profesor García de Enterría hace coincidir el nacimiento del contencioso administrativo con la Revolución Francesa<sup>320</sup>, apunta a las categorías que manejamos hoy cuando hablamos de Derecho Administrativo (fin de los privilegios, libertad, igualdad y derechos individuales)<sup>321</sup>. De lo contrario, no se entendería. El Derecho, administrativo, comercial o “cibernético”, nunca nace de la nada; como el poder nunca existe ilimitadamente; al menos, no en forma permanente. Decir, lo contrario, sería negar la característica ontológica esencial del ser humano: su libertad; incluida su libertad para limitarse.

---

*dogmática, abierta al reconocimiento de la sustancial pluralidad de formas y modos de emersión del problema de la ‘Constitución’ en la historia”*. En FIORAVANTI, Maurizio. 2015. Constitucionalismo e historia del pensamiento jurídico. En: VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. Edit. 2015. *Historia e historiografía constitucionales. Entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenförde, Michel Troper, Maurice J.C.Vile y Mauricio Fiorvanti*. Primera edición, Editorial Trotta, Madrid, pp. 83-103. Hay que reconocer eso sí, que su propio entrevistador no duda en ubicar el constitucionalismo y la Constitución de la mano del liberalismo democrático, tanto en lo normativo como en lo doctrinal, como explica en el mismo libro en que recoge las opiniones de Fioravanti. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2015): La historia constitucional: Algunas reflexiones metodológicas. En: VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. Edit., Ob. cit., pp. 13-29.

<sup>318</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo., Ob. cit. p. 56.

<sup>319</sup> CASTILLO VEGAS, Juan. 1998. El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el tratado “De legibus” [en línea] <<http://www.tesisred.net/handle/10803/14258#.V1b0oA8ant5.mendeley>> [consulta: 17 mayo 2017].

<sup>320</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2007. *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma? (Thomson-Civitas, Ed.) (Primera)*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 148 p. Al comenzar su libro, dice el autor: “La justicia administrativa fue una creación jurídica enteramente nueva, que carecía de raíces en los grandes fundamentos históricos en que se arraiga todo el Derecho occidental (Derecho Romano, Derecho germánico, *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes –salvo, como veremos, en las construcciones de ROUSSEAU y de LOCKE–). Surge súbitamente con la Revolución Francesa, en el mismo año 1789, se afirma en el siglo XIX, conocerá ya un espectacular despliegue a lo largo del XX, y se nos aparece ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo en buena parte de los países europeos, entre los cuales el nuestro, virtualmente cerrada, apenas precisada ya de algún retoque técnico, como pieza central del orden democrático sustantivo y de lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho”.

<sup>321</sup> Ver. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2009. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. (Civitas, Ed), Madrid: Graficas Rogar S.A., 224 p.

Estudiar el período anterior a las revoluciones inglesa y francesa –especialmente en España, donde encontramos los orígenes del Derecho chileno- es una tarea pendiente que reconoce parte importante de la doctrina. Como afirma Fioravanti:

“Aquí el mundo español, e hispánico, es víctima de la dominación cultural de los “grandes modelos” constitucionales, invariablemente construidos sobre los países considerados líderes, en primer lugar Francia e Inglaterra. Esta es una laguna que debe ser absolutamente colmada. De hecho, sin esta apertura no solo tenemos una historia constitucional incompleta, sino también –y sobre todo– deformada, al estar reconstruida por completo a partir de las características de los países considerados líderes”<sup>322</sup>.

Y no se trata únicamente, del problema que nos ocupa –la jurisdicción- sino de todos los ámbitos que se han distorsionado cuando se intenta explicar con las categorías actuales las realidades de otro tiempo. Otto Brunner –por ejemplo- se refería a las distorsiones provocadas por los historiadores del siglo XIX que, a su juicio, dieron lugar a una visión disyuntiva entre Política y sociedad, entre lo político y lo social afectando la comprensión de la realidad pre-moderna en las que las distinciones no eran tan claras<sup>323</sup>.

Lo cierto es que no es necesario adentrarse en la filosofía, economía o antropología para encontrar las huellas del pasado; basta con observar algunas de las instituciones que inspiraron el Derecho que cruzó el Océano Pacífico manifestándose en la más curiosa de las Entidades de Fiscalización Superior, la Contraloría General de la República de Chile; ejemplo de una expresión de la historia que se materializa en una institución republicana muy posterior a la revolución francesa.

## 6.2. Público/Privado. Desde Roma

No se trata de desmerecer la importancia que la Revolución Francesa y, luego, el Imperio napoleónico tuvieron en la conformación de la dogmática *ius publicista* y administrativista

---

<sup>322</sup> En FIORAVANTI, Maurizio. 2015., Ob. cit. p. 581. Para él, “No puede haber una historia de la monarquía europea sin la monarquía hispánica, pese a que, por desgracia, la historia que conocemos, a la que estamos acostumbrados, está basada por completo en el eje Francia-Inglaterra. De la misma manera, no puede haber historia del liberalismo del siglo diecinueve sin los acontecimientos españoles e hispánicos, incluso desde la perspectiva de la ‘revolución liberal’”.

<sup>323</sup> SANJURJO DE DRIOLLET, Inés. 2011. La pionera obra de Otto Brunner a través de sus comentaristas. *Revista de Historia Del Derecho*, 42, p. 164. “La preocupación central de los primeros trabajos de Brunner fue la manera en que el pasado social y político había sido distorsionado por historiadores de fines del siglo XIX; cómo la estructura liberal, burguesa y nacional que se fue constituyendo entre los siglos XVII y XVIII fue la negación de la Europa antigua, una formación histórica cuyos lineamientos básicos habrían cristalizado en el siglo XI. Los supuestos individualistas de la teoría de los derechos naturales y la autonomía concedida al intercambio de mercaderías por la emergente ciencia política económica, dieron lugar en el siglo XVIII a la elaboración de un concepto de sociedad civil que distingue entre un espacio público monopolizado por el Estado y un espacio privado el que los individuos son libres para perseguir sus intereses. Este pensamiento disyuntivo (*Trennungsdenken*) dio lugar a otras distinciones: Estado y sociedad, lo político y lo social, cuya aplicación a la vida económica pre-moderna ha distorsionado la comprensión de la misma”.

en particular<sup>324</sup> pero, no se puede negar el origen romano del derecho que nos rige, también al francés, aun cuando se le suela limitar simplemente a lo privado; cometiéndose – posiblemente– el primer gran error, ya que ninguna solución de controversias privada tendría efecto sin una legitimidad pública que la ampare y sostenga en su imperatividad.

Ya en 1862, el francés Serrigny, lo decía en los primeros párrafos de su Derecho Público y Administrativo Romano; “*L’origine principale de toutes nos institutions sur le droit public, administratif, économique et social, c’est le droit romain, tel qu’il est déposé dans les Codes Théodosien et Justienien*”<sup>325</sup>.

Pero, la distinción de lo público y privado, a partir del ordenamiento romano, no es tema pacífico. Ha provocado graves perjuicios, apunta Shulz en sus *Principios*, puesto que se aíslan grupos de normas que, en la vida real, están estrechamente unidas<sup>326</sup>. Así se desprende también de la propia definición que da el autor, citando al Digesto: (1,1) 1,2 «*Publicum iusest quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*». Y explica: “El derecho público es aquel que regula las relaciones jurídicas del *populus romanus*: cada vez que el Estado romano es sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, ésta se sustrae al derecho privado y se somete al derecho público.”<sup>327</sup> No había una distinción respecto del sujeto de derecho, como explica MacIlwain: “El ‘sujeto’ es siempre exactamente el mismo para unos y otros [Público o privado]; la persona natural. La única diferencia entre ellos estriba en el hecho de que los derechos privados afectan exclusivamente a individuos privados, mientras que todos los ciudadanos individuales participan por igual en los públicos. Una prueba concreta de que esa tesis es correcta, puede hallarse en la *actio popularis* romana, que se reconocía a todo ciudadano privado en el caso de que se infringieran los derechos comunes de todos”<sup>328</sup>. De hecho, la mayor garantía de un derecho individual radicaba en la fórmula que el pueblo había aceptado como garantía, como puede ser el registro. Al principio, se trataba de derechos específicos pero, con el tiempo se aprecia en abstracto una protección del Estado de los derechos<sup>329</sup>. Es decir, se parte de las soluciones particulares para luego llegar al principio.

De allí también el vínculo con la *lex* como una obligación para todo el pueblo. “Así, se dice que los patricios se negaron a considerarse obligados por disposiciones tomadas por la plebe, hasta que éstas fueron ‘equiparadas’ a *leges* aprobada por todo el *populus*”<sup>330</sup>.

Los ciudadanos se obligan a observar ciertos procederes; son los ciudadanos los que deciden hacerlo, no hay un ente superior que se los imponga. La *lex* no era distinta a un convenio

---

<sup>324</sup> Claramente, es a partir de la Revolución Francesa que se desarrolló la codificación y la teorización del Derecho Administrativo.

<sup>325</sup>SERRIGNY, Denis. 1862. *Droit public et administratif romain. Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l’Empire romain du IVe au VIe siècle. Tomo Primero.* (L. E. Aug. Durand, Ed.) (Primera). Paris, p. 2.

<sup>326</sup> SCHULZ, Fritz. 2000. *Principios del derecho romano.* (Civitas Ediciones, Ed.) (Segunda, corregida). Madrid: Graficas Rogar S.A., p. 47.

<sup>327</sup> *Ibidem*.

<sup>328</sup> McILWAIN, Charles Howard. 1947. *Constitucionalismo antiguo y Moderno.* (Cornell University Press, Ed.) (Primera). Buenos Aires, Argentina: Editorial Nova, p. 63.

<sup>329</sup> *Ibidem*

<sup>330</sup> McILWAIN, Charles Howard. 1947, Ob. cit. pp. 59-60.

privado, pero vinculaba a todos y no sólo a los contratantes. Ese vínculo era el *jus*. “La *lex publica* constituye el *jus* en el sentido objetivo, las reglas del derecho. La *lex privata* es el contrato, el *jus* en el sentido subjetivo, la razón de ser del derecho. Así como la ley y el contrato, hoy tan distintos, fueron idénticos en su origen, así el derecho en el sentido objetivo fue idéntico al derecho en el sentido subjetivo”<sup>331</sup>, explica Von Ihering.

Es decir, no es que lo público no fuera importante; es otra la realidad y son otras las categorías.

La ciudad romana estaba organizada y existía regulación de competencias y funciones de parte de quienes ejercían potestades. En efecto, como dice Betti<sup>332</sup>, el derecho público romano es el complejo de normas que regulan los intereses superiores del Estado como normas y principios que se refieren a la organización interna y repartición de competencias entre órganos; y aquellas que regulan la relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos o súbditos y del Estado Romano con otro Estado extranjero<sup>333</sup>. Es decir, con una perspectiva más orgánica.

En todo caso, tal como apunta Fernández Bujan, aun cuando Roma no desarrolló la ciencia del derecho administrativo, existen hoy instituciones administrativas que constituyen una continuidad de las que eran propias del Derecho Romano<sup>334</sup>. Por ejemplo: “Las líneas básicas de una jurisdicción que bien podría denominarse Administrativa, en atención a la naturaleza de sus litigios, así: las disputas sobre la consideración de propiedad pública o privada, la ocupación por parte de particulares de campos de cultivo o pastos demaniales, las construcciones ilícitas sobre suelo público, la apropiación indebida del agua pública y, en

---

<sup>331</sup> VON IHERING, Rudolf. 2011. *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. (Colmares, Ed.) (Segunda ed). Granada, p. 141.

<sup>332</sup> BETTI, Emilio. 1947. *Istituzioni di Diritto Romano. Volume Primo*. (Padova, Ed.) (Segunda). Bologne, 517 p.

<sup>333</sup> BETTI, Emilio. 1947, Ob. cit. p. 29.

<sup>334</sup> “La noción de dominio público; la distinción romana entre cosas públicas de uso público y cosas públicas patrimonio del estado, que se corresponde con las actuales nociones de bienes demaniales y bienes patrimonio del Estado; la regulación de las cosas comunes; la noción de *publicatio* como acto administrativo por el que una cosa quedaba afectada al uso público; las ideas de concesión y autorización administrativa; la prestación de servicios públicos por entidades privadas o semipúblicas; el régimen de uso y explotación de vías, minas o aguas públicas; la contratación de obras públicas con una sociedad privada; la organización administrativa de las provincias y los municipios; la progresiva concepción de la función pública y del estatuto de los empleados públicos; la idea del interés público o común ínsita en las nociones de *utilitas publica*, *utilitas omnium* y *utilitas universorum*; los interdictos destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público; la exigencia de responsabilidades a los empleados públicos por infracciones administrativas; el orden público y el régimen de policía central, local, funeraria y edilicia; la opción pública por la restauración de edificios antiguos, frente a su demolición; la construcción de nuevas edificaciones, en atención a razones de contención del gasto público y de estética urbana; las singulares disposiciones arbitradas para remediar la carencia de recursos para construir y mantener en perfecto estado de conservación los edificios públicos; la implantación de un sistema administrativo creado, en parte, *ex novo*, para enfrentarse a la nueva realidad que supone el sistema provincial y su expansión por territorio no itálico; las relaciones de la administración local con la administración central; los supuestos concretos de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, en los que el magistrado competente podía incurrir en responsabilidad frente al ciudadano expropiado si el importe de la expropiación era inferior, de forma manifiesta, al valor real de la cosa expropiada y en responsabilidad ante la propia Administración pública, si otorgaba al *civis* una indemnización notablemente superior al valor de la cosa expropiada (...)”. Ob. cit. p. 209-210.

general, cualquier tipo de litigio nacido de las concesiones administrativas de cosas públicas o de la adjudicación de obras o servicios públicos”<sup>335</sup>.

Pero va más allá. De allí surgen las bases que darán sustento a un concepto de jurisdicción; germen de la globalidad del concepto contencioso. Hay que insistir; es otra la realidad histórica, pero su estudio ayuda comprender instituciones existentes y permite rectificar errores de comprensión que no han considerado la evolución de los conceptos. Y no es que no se hubiese hablado antes de ellos, es sólo que –al parecer– fueron eclipsados por la Revolución Francesa, como tantas otras cosas.

### 6.2.1. Iurisdictio e Imperium

El concepto romano de *iurisdictio* no tiene que ver con el actual, pero decía relación con la supervisión sobre los litigios<sup>336</sup>. En un sentido legal amplio, puede ser entendida como el derecho a ejercer la autoridad del Estado<sup>337</sup>. O, como define Fernández Bujan: “En el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder”<sup>338</sup>. Se sabe que la *iurisdictio* quedó en manos del pretor urbano y se discute si antes estaba radicada en los magistrados militares o en los pontífices. Betti la sitúa desde el Rey, fundado en el imperio del monarca.<sup>339</sup> Se trata de un poder discrecional que ejerce el magistrado no por delegación de la ley (en todo caso, limitada por la ley) sino por la naturaleza de su potestad de comando y decisión; es decir, de su *imperium*. “Así se explica, a nuestro entender, la *iurisdictio* en la que el pretor ejerce una actividad discrecional creativa de normas jurídicas: ella debe ser entendida como una función de la prerrogativa de un magistrado dotado de la plenitud de poderes soberanos, en los que sobrevive una parte de las atribuciones propias del rey”<sup>340</sup>.

---

<sup>335</sup> *Ibidem*.

<sup>336</sup> TELLEGEN-COUPERUS, Olga. 2006. Pontiff, Praetor, and *iurisdictio* in the Roman Republic. *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire Du Droit / The Legal History Review*, 74 (February 2005), p. 31.

<sup>337</sup> GRAFTON WILSON, George. 1911. Aerial Jurisdiction. *The American Political Science Review*, V(2), 171–180. En un sentido restringido, Navarrete resume: “Muchos autores de Europa continental tratan el problema sin dar una clara idea de él. Dirán que jurisdicción es el poder de los tribunales de conocer de un caso, o el poder de aplicar el derecho en un caso dado por los tribunales a solicitud de parte.” NAVARRETE, Jaime. 1977. La jurisdicción judicial de los Estados en derecho comparado romanista. *Revista Chilena de Derecho*, 4(1), p. 139.

<sup>338</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. 2008. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Undécima edición, Thomson Civitas, Pamplona, p. 371.

<sup>339</sup> Hay autores que sostienen que es solo un aspecto del imperium. Otros, que se funda en el mismo. Se critica la primera tesis porque había magistrados con *iurisdictio* pero sin *imperium*, como los cuestores. *Ibidem*.

<sup>340</sup> BETTI, Emilio. 1947., *Ob. cit.* p. 21. La traducción es nuestra.

El *Rex* era la autoridad suprema, jefe del ejército, magistrado judicial y alto sacerdote. Su *imperium* y *iurisdictio* pasa a diversos magistrados. Primero a los cónsules y, avanzada la República, se constituyen los pretores<sup>341</sup> que ejercerán la *iurisdictio*<sup>342</sup>.

### 6.2.2. Una revolución pacífica

Se produjo una de las más importantes revoluciones sociales, de manera pacífica y silenciosa, encabezada por quienes podían interpretar el derecho; juristas y magistrados. Las rígidas formas del derecho civil podían llevar a invalidar una convención por cualquier motivo; cuestión inmodificable por el magistrado que, a cambio, podía decidir en otros aspectos acudiendo –por ejemplo– a la equidad<sup>343</sup>.

Se trató de una revolución en las fuentes del derecho romano y más específicamente en la interpretación de la costumbre, en la labor de la jurisprudencia y en el derecho pretorio. La costumbre constituía la base que era interpretada por los juristas que, aprovechando los instrumentos del derecho positivo, conciliaban la exigencia de certeza con la de justicia. Lo que Betti llama “el arte técnico jurídico”<sup>344</sup>. Pero, además, el Pretor, frente al derecho objetivo civil, tenía las siguientes facultades:

“(…) cuando lo estimase necesario, por motivos de interés general, negarle las acciones incluso a quien hiciera valer razones basadas en el derecho civil; y viceversa, podía conceder acciones u otro medio de defensa jurisdiccional aún a quien hiciera valer razones que el derecho civil no reconoce. La denegación u otorgamiento de acciones son entregadas a su apreciación discrecional: la *iurisdictio* confiere un poder discrecional de aplicar o desaplicar el derecho civil en el caso concreto”<sup>345</sup>.

Y es que aún en el Principado, era más importante lo que la comunidad aceptaba que aquello escrito en la ley. “La *mos maiorum* prohíbe a un romano muchas cosas que no eran castigadas por la ley. La convención, como la ficción desempeñó un gran papel en el desarrollo del constitucionalismo romano”<sup>346</sup>. Cuestión que, a juicio de McIlwain, lleva a concluir, primeramente, que el constitucionalismo romano se funda en el *populus*, como la más importante de las fuentes de autoridad jurídica<sup>347</sup>.

---

<sup>341</sup> Las *leges liciniae*, atribuyen a los pretores la *iurisdictio*. BETTI, Emilio. 1974. Op. cit. FERNANDEZ BUJAN, Antonio., Ob. cit.

<sup>342</sup> Existía el *Praetor urbanus* (para los conflictos con ciudadanos) y el *Praetor peregrinus*, para los que no lo eran. Ver. GUERRA, Valeria Susana. 2011. Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, 21, 59–86.

<sup>343</sup> McILWAIN, Charles Howard. 1947, Ob. cit. pp. 67-68.

<sup>344</sup> BETTI, Emilio. 1947, Ob. cit. p. 19.

<sup>345</sup> *Ibidem*.

<sup>346</sup> BETTI, Emilio. 1947, Ob. cit. p. 71.

<sup>347</sup> BETTI, Emilio. 1947, Ob. cit. p. 72.

Este principio, luego, fue recogido en el constitucionalismo de la Edad Media a partir de las compilaciones de Justiniano. Vale la pena recordar a Salvio Juliano en el Digesto:

“En aquellas causas que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde aquello que está introducido por uso y costumbre, y si este faltase en algún caso se ha de guardar lo que más próximo á la costumbre, y si aún esto no hubiese, conviene observar el derecho que se usa en Roma.

§1. La costumbre inmemorial con razón se guarda como ley, y este es el derecho que se dice introducido por costumbre: porque como las mismas leyes por ninguna otra cosa nos obligan sino porque fueron recibidas por el consentimiento del Pueblo: también obligará con razón á todos, aquello que sin constar por escrito aprobó el Pueblo: porque ¿qué más tiene que conste por escrito la voluntad del Pueblo, declarada por votos, que el que la declare con hechos y costumbres? Por lo qual también está legítimamente recibido, que se deroguen las leyes no solo por la voluntad del Legislador, sino también por el no uso por tácito consentimiento de todos”. Digesto I 3 32.

### 6.3. Redescubriendo y revalorando la Edad Media

McIlwain recoge un relato que expresa en toda su magnitud la máxima planteada en el digesto, en relación con el valor de los derechos rescatados por la costumbre. Se trata de una anécdota en la Inglaterra absolutista de la Edad Media, que vale la pena reproducir:

“El cronista de la Abadía de Abingdon nos dice que en 1185, a la muerte del Abad, Enrique II confió la abadía a un tal Thomas de Esseburn, quién en seguida propuso ceder al Rey todas las posesiones de la abadía, incluso las del prior y convento. El prior y los frailes apelaron a Glanvill, el juez mayor, insistiendo en que las posesiones del prior y el convento, debían ser exceptuadas; y –dice el cronista–:

‘La gracia de dios prevaleció finalmente hasta el punto que Rannulphus de Glanvilla, el juez mayor, dirigiéndose a los demás jueces, dijo que nuestros derechos consuetudinarios habían sido establecidos razonable y sabiamente, que (81) nada excesivo podría hallarse en ellos, y *que el señor rey no desea ni se atreve* a ir en contra las costumbres hasta cierto punto tan antiguas y tan justas o a cambiar nada respecto de ellas’.

Y todos los jueces ‘que estaban reunidos’ asintieron después de una conferencia, y la *curia* decidió unánimemente a favor del prior y los frailes. El rey ‘¡no desea ni se atreve!’ *¡Y todos los jueces asintieron!*”<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> McILWAIN, Charles Howard.1947, Ob. cit. p. 81.

Y no se trata sólo de Inglaterra, pese a que a ella se la caracterice hasta hoy por la pervivencia del *common law* sustentado en la costumbre y jurisprudencia de los jueces ingleses que, al modo romano clásico y con su inspiración, formaron un derecho tan sólido que impidió el ingreso de la codificación de Justiniano. Pero, las bases del sistema responden a una realidad más amplia; a una etapa del constitucionalismo europeo, previo a la modernidad, con aportes tan singulares y poco abordados que hoy se redescubren permitiendo una nueva mirada frente a las nuevas realidades que, en una dimensión universal, nos recuerdan –muchas veces– la estructura de la Edad Media. Y que, estimamos, colaboran también en el propósito inicial de este estudio en relación a la naturaleza que reviste la resolución de conflictos que realiza la Contraloría General de la República de Chile, por lejana que ella se vea del Antiguo Régimen.

### 6.3.1. La Constitución estamental: En la defensa de un orden jurídico dado

Mientras la división de poderes en el Estado moderno responde a una institucionalización racional, en la Edad Media el fraccionamiento del poder –horizontal y verticalmente– obedece a una ordenación empírica, a una situación dada, sin perseguir un fin en especial<sup>349</sup>, aunque tras dicha organización se encontrará siempre presente, como ideal, el de paz y justicia.

Era un Estado jurisdiccional.

La unidad y lealtad de los súbditos dependía del buen manejo del “señor”. El príncipe es la referencia de unidad capaz de garantizar el mantenimiento del orden y la armonía entre los grupos interrelacionados. De hecho, el desarrollo de la monarquía no se produjo desintegrando los cuerpos intermedios, sino valiéndose de ellos<sup>350</sup>. De allí que, desde la Alta Edad Media, desde el siglo XI en adelante se reconocieran derechos a los diferentes órdenes sociales, no todos iguales, ni todos generales<sup>351</sup> pero, que constituían un límite al poder del señor.

No se puede olvidar que, como afirman Mannori y Sordi, dentro de los valores medievales “(...) resultaba obvio que el derecho de mandar sólo podía concebirse como instrumento para la defensa de un orden *dado*”<sup>352</sup>. Un orden dado, que como se indicó, respondía a la costumbre.

---

<sup>349</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. 2000. *El Feudalismo*, Primera edición, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 40 p.

<sup>350</sup> MORELLI, Federica. 2008. “Pueblos, alcaldes y municipios: la justicia local en el mundo hispánico entre Antiguo Régimen y Liberalismo”. *Historia Crítica*, 8(36), p. 40.

<sup>351</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. 1975. *Manual de historia del Derecho Español. Tomo I. El origen y la evolución del derecho*, sexta edición, Madrid, pp. 622 y ss. §1126, 27, 28, 29, 30 y 31.

<sup>352</sup> MANNORI, L., y SORDI, B. 2004. Justicia y Administración. En: FIORAVANTI, Maurizio (Ed.). 2004. *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (1º Español, pp. 65–103. Madrid: Editorial Trotta, p. 68.

Es lo que se conoce como la Constitución estamental<sup>353</sup>.

El estado, estatus o estamento, designa la condición jurídica de una persona, el modo o manera de vivir (u oficio) y, además, identifica al grupo o “conjunto de personas que tienen el mismo estado”<sup>354</sup>. Así, se podía ser casado, letrado y noble; y, cada una de esas categorías calificaba como estado o estamento. Conforme a García Gallo, la gente se sentía orgullosa en cada estamento y se comportaba conforme el respectivo estatus lo exigía<sup>355</sup>. “La forma estamental conoce, además como una de sus características la tendencia al reclutamiento cerrado, es decir que se restringe, a veces en modo absoluto, el ingreso de nuevos elementos en sus filas. Aparece como expresión de “una economía agrícola estable”. La movilidad social es “difícil y limitada”<sup>356</sup>.

De esta forma, la idea de libertad medieval es la del cuerpo colectivo que se hace inmune en sus derechos, frente al imperio del señor, y así, la libertad del individuo existe en tanto forma parte de ese cuerpo colectivo<sup>357</sup>.

En España el Estado, como organización del poder, comienza a darse con los Reyes Católicos y Carlos V pero no como comunidad organizada o sentido de pertenencia o república (como la entendían los romanos, como el todo mayor que la parte), sino como sinónimo de monarquía. Así, se mantenían las estructuras de la Edad Media, hasta que evolucionó el concepto que vendría a cambiar completamente la situación: el de soberanía; en cuyo nombre se puede, incluso, desconocer los derechos consagrados por la costumbre. Cuestión que en el llamado Estado jurisdiccional –donde se da la constitución estamental– no podría entenderse en derecho, como se verá.

Fioravanti identifica como elementos que componen la constitución estamental: el *pueblo* (estamental, en su base) y el Señor o Rey, titular del *imperium*, “(...) pero que por fuerte y potente que sea está destinado a detenerse frente a la existencia de un pueblo que porta una serie de derechos y ordenamientos concatenados entre ellos que, como resultado final, dan

---

<sup>353</sup> García Pelayo plantea que el Estado estamental es la continuación de la ordenación feudal que se da a partir del siglo XIII advirtiendo que no en todos los reinos se dio con la estructura, señor-vasallo. Sin embargo, el mismo reconoce que el, en un sentido político polémico, “«feudalismo» cubre no solo la constitución feudal propiamente dicha, sino también la constitución estamental y el absolutismo”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. 2000. p. 33. Se debe, principalmente a que tras la Revolución Francesa lo que se plantea es terminar con el feudalismo. Pero también es cierto que el sistema social de privilegios que caracteriza a los estamentos, se dan tanto en las instituciones feudales como en las señoriales. Fioravanti, coincide al ubicar la Constitución estamental hasta el absolutismo que califica de estamental-absolutista. Ver. FIORAVANTI, M. 2004. Estado y Constitución. En: FIORAVANTI, Maurizio. Traductor (Ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho*. Madrid: Trotta, pp. 13-43.

<sup>354</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. 1975. *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I. El origen y la evolución del derecho*. (Sexta). Madrid, pp. 698-99.

<sup>355</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso. 1975., Ob. cit. p. 688.

<sup>356</sup> GUGLIEMI, Nilda. 1998. *Marginalidad en la Edad Media*, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Biblos, p. 476.

<sup>357</sup> COSTA, Pietro. 2004. Derechos. En: FIORAVANTI, Mauricio. Traductor (Ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (pp. 13-43). Madrid: Trotta, p. 48.

la *ley fundamental* de un territorio que el señor no puede cambiar arbitrariamente a su capricho”<sup>358</sup>. De lo contrario pueden ejercer su *derecho de resistencia*.

Se trata de una “*constitución mixta*, de la que se generan formas de gobierno *moderadas y equilibradas*: esencialmente monarquías moderadas, que sitúan junto a la misma monarquía, a través de las asambleas representativas, de los Consejos, del mismo cuerpo de los oficiales y de los magistrados, las componentes populares y aristocráticas”<sup>359</sup>. Siendo la más representativa, la inglesa del *King in Parliament*.

### 6.3.2. El Estado Jurisdiccional: Gubernaculum y Iurisdictio

Si la modernidad elevó a un primer plano el papel de la Administración, la evolución histórica del Estado parece mostrar algo distinto: “una tenaz *primacía de la jurisdicción*”<sup>360</sup> en el decir de Mannori y Sordi. Siendo así, el problema no habría radicado en el establecimiento de límites legales a un príncipe detentador de un poder incondicionado, sino que:

“(…) todo lo contrario: [En] el intento de crear y de hacer socialmente aceptable la idea de una gestión ejecutiva, y no meramente judicial, de autoridad.”<sup>361</sup> En efecto, tanto la justicia que impartía el Rey como la del regimiento (consejo comunal político y económico), se desenvuelven en una situación compleja ya que justicia y jurisdicción eran gobierno<sup>362</sup>. Desde otra perspectiva, lo que se da es un poder limitado precisamente por los imperativos de la jurisdicción que se ejerce, de los derechos que se deben proteger. De esta forma, el estudio de la *iurisdictio*, permite un análisis jurídico del poder político, más allá del filosófico o teológico al que estamos acostumbrados<sup>363</sup>.

El “Estado Jurisdiccional” es aquel que cobija la Constitución estamental. En efecto, el Estado se constituye en la Edad Media precisamente para armonizar la profusa creación de diversos estamentos. Así, “(…) en el plano funcional, este Estado-equilibrio no parece principalmente empeñado en formular o realizar programas, sino más bien en garantizar a cada uno el goce de sus derechos históricos contra las potenciales prevaricaciones de sus semejantes”<sup>364</sup> primando, así, el derecho respecto del poder, aunque –como ya se dijo– esta

<sup>358</sup> FIORAVANTI, Maurizio. 2004. Estado y Constitución. En: M. M. FIORAVANTI, Maurizio. Traductor (Ed.), *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (pp. 13–43). Madrid: Trotta, p. 30.

<sup>359</sup> FIORAVANTI, Maurizio. 2004., Ob. cit. p. 31.

<sup>360</sup> MANNORI, L., y SORDI, B. 2004., Ob. cit. p. 68.

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> MORELLI, Federica. 2008. Pueblos, alcaldes y municipios: la justicia local en el mundo hispánico entre Antiguo Régimen y Liberalismo. *Historia Crítica*, 8(36), p. 43. De hecho, la simbiosis gobierno y jurisdicción se mantuvo a nivel comunal bien avanzado el Estado moderno, durante la crisis de la Monarquía española. Ob. cit. p. 45.

<sup>363</sup> VALLEJO, Jesús. 1992. *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. (C. de E. Constitucionales, Ed.) (Primera). Madrid, p. 22.

<sup>364</sup> MORELLI, Federica. 2008., Ob. cit. p. 69.

jurisdicción no es más que una manifestación del mismo y aunque, conforme al ideario de la Edad Media, es el príncipe el que tiende a concentrar los poderes de *imperium*. Pero todavía no lo hace en forma monopólica ni excluyente como se dará luego, cuando se desarrolla el concepto de soberanía.

Como explican Mannori y Sordi, “*Iurisdictio*” no solo era la resolución frente a la discrepancia entre partes, sino también:

“(…) cualquier acto de poder en el que el príncipe o sus oficiales eran llamados a dar cuenta una utilidad pública- como, por ejemplo, convocar al parlamento, emitir una ley general, confirmar un estatuto local, garantizar privilegios, castigar un crimen, percibir un impuesto (...). En resumen, el poder civil de dar órdenes (lo que en la ley Romana se denominaba “*imperium*” y que, de acuerdo con el *Corpus Iuris Civilis*, constituía la más importante de las prerrogativas de los magistrados públicos) no tenía ninguna autonomía ante el poder de juzgar. De hecho, el *imperium* se garantizaba solo en vistas a defender la ley y “establecer la equidad” como se lee en la Glossa Magna”<sup>365</sup>.

Es decir, se trata de un orden social que trasciende la mera solución de controversias. Es una forma de ordenar racionalmente de acuerdo con el derecho; con racionalidad.

Es cierto que la sentencia del príncipe era inapelable pero aquello tenía sentido. Él no podía ser injusto ya que se convertía en tirano cuando perdía su calidad de supremo juez que sostenía los equilibrios manteniendo la paz<sup>366</sup>. En él se radicaban, conforme a Bracton<sup>367</sup>, las categorías de *guberanculum* y *iurisdictio*<sup>368</sup>. Y, si no tenía límites en la primera, los tenía en la segunda. Es “(…) el deber de administrar la justicia lo que convierte al rey en «soberano». En este campo el rey está limitado por el derecho y debe pronunciarse *secundum legem*”<sup>369</sup>.

Si se busca una definición de *iurisdictio* en los textos medievales –especialmente entre los de Acio Porcio de Bolonia y su *Summa Codicis*<sup>370</sup> por su profundización en el tema e influencia en Bracton– no se encontrará una precisa. Pero, sin duda, la *iurisdictio* pertenece al ámbito de lo público y, en lo subjetivo, se le vincula a la *legítima potestas*. Además, se le

---

<sup>365</sup> MANNORI, L., y SORDI, B. (2009). SCIENCE OF ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE LAW. In D. Canale, P. Grossi, y H. Hofmann (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, pp. 225–261. London & New York, p. 227. Traducción nuestra.

<sup>366</sup> FIORAVANTI, Maurizio. 2001. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. (E. Trotta, Ed.) (Primera). Madrid, p. 40. No hay que olvidar también su juramento como detaca McIlwain, C. H. (1947): “*De todos esos poderes discrecionales de la corona, el mantenimiento de la paz era prácticamente el más importante teniendo en cuenta los trastornos generales de la época. Una de las tres cosas a que el rey se obligaba en el juramento de la coronación, era a mantener la paz*”, p. 102.

<sup>367</sup> DE BRACON, Henry. 1235. *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (“On the Laws and Customs of England”).

<sup>368</sup> Mención de esta materia, aunque con otros énfasis, hace en Chile: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 17–36.

<sup>369</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, p. 39. Lo que tiene un carácter sagrado ya que es un poder que viene de Dios.

<sup>370</sup> Ver DE BOLONIA, Azo. s.a. [en línea] <<http://www.bibliotecaazarogaldiano.es/mss/i15315.html>> [consulta: 22 octubre 2015].

relaciona con “decir el derecho” y “establecer” la equidad; conceptos de suyo amplios como para llegar a una definición<sup>371</sup>. Pero, si la analizamos respecto de sus consecuencias, tendremos que concordar con Pietro Costa<sup>372</sup> que destaca la objetivación normativa del ordenamiento dado que implica la *iurisdictio*<sup>373</sup>, ya que al proteger los derechos estamentales, normalmente consagrados en la costumbre, eleva a una situación normativa aquello que no estaba escrito y cuyos márgenes no siempre eran claros. El ejemplo más paradigmático se encuentra en la Magna Carta suscrita con el Rey Juan con los estamentos ingleses que, por supuesto, a través de este *pseudo* contrato querían mantener sus privilegios. Pero, no es menos cierto que esas “fuerzas unidas, a través de la misma *Carta*, no hacen otra cosa que confirmar la existencia de un orden común, de una *lex terrae*, de una verdadera y cierta ley del país”<sup>374</sup>.

Como afirma Paolo Grossi:

“Se trataba de un perfecto contrapunto entre la complejidad social y la complejidad jurídica. Mientras el poder político emite sus normas —esto es, el Príncipe sus leyes y la ciudad libre sus estatutos y ordenanzas— la Iglesia produce su derecho canónico, el estamento mercantil su *lex mercatoira*, el feudal sus reglas feudales, a su lado, y actuando conjuntamente con ellos, discurre sin molestias una fuente con proyección universal: la ciencia jurídica. Una ciencia destinada a colmar lagunas, a integrar, a enriquecer y, también, a modificar. Es obvio que se trata de un orden jurídico muy complejo pero que, a su vez, respeta y armoniza la diversidad; en fin, que lleva a cabo una acción exquisitamente ordenadora”<sup>375</sup>.

Había que sistematizar ese derecho y, en Inglaterra, a esa tarea se aboca Henry Bracton (1216-1268) recopilando y ordenando las leyes y costumbres inglesas desarrollando una obra, sólo semejante a las Partidas españolas, en la que abordó el tema de esta dualidad *gubernaculum* y *iurisdictio*. Aunque hay que reconocer que Bracton fue citado indistintamente para defender posiciones de variadas interpretaciones, como cuando Edward Coke resaltaba el sometimiento del Rey a la ley, lo que ha sido interpretado como las bases de la independencia del poder judicial frente al ejecutivo. Sin embargo, más tarde, y citando al mismo Bracton, John Locke salva la vieja tradición de la *iurisdictio* asociándola al

---

<sup>371</sup> VALLEJO, Jesús. 1992., Ob. cit. pp. 40 y ss. La legitimidad de la *potestas* dependerá de si el *ius* atribuido es predeterminado. Si así es, la legitimidad de la *potestas* estaría pre determinada o limitada, por lo que cualquier vulneración voluntaria pondría al titular al margen del derecho.

<sup>372</sup> COSTA, Pietro. 1969. *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella plubblicistica medievale (1100-1433)*. (Giuffrè, Ed.). Milan.

<sup>373</sup> Citado por CORMACK, Bradin. 2007. *A power to do justice. Jurisdiction, English Literature, and the Rise of Common Law, 1509-1625* (The University of Chicago Press). Chicago, 406 pp. “*‘Iurisdictio’ non è altro che il luogo in cui un dato informale viene formalizzato: non mutato, ma espresso, non creato, ma rispecchiato*”, p. 334.

<sup>374</sup> FIORAVANTI, Maurizio. 2001. Ob. cit. p 48.

<sup>375</sup> GROSSI, Paolo. 2011. *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno* (Primera edición española). Madrid: Marcial Pons, pp. 89-90.

contractualismo, argumentando que la revolución sirve para restablecer la legalidad, de la antigua constitución de los Tudor<sup>376</sup>.

En todo caso quien rescato el concepto de esta dualidad *gubernaculum* y *iurisdictio* desde la Edad Media a la modernidad (y desde Roma incluso) fue el estadounidense McIlwain<sup>377</sup> basándose en los textos de Bracton, más allá incluso de algunas dudas que se han planteado respecto de la completa autoría del compilador británico<sup>378</sup>, cuestión que no viene al caso para el objetivo de este trabajo.

Destaca McIlwain que uno de los rasgos característicos del constitucionalismo de Bracton radica en la clara distinción entre gobierno (*gubernaculum*) y derecho (*Iurisdictio*). Mucho más clara que la que hoy podemos apreciar. Esta precisa separación permite al Rey ejercer una autoridad absoluta dentro del *gubernaculum* no más allá de él, no en los límites establecidos por la *iurisdictio*; allí donde podemos encontrar los derechos estamentales<sup>379</sup>.

De hecho, comentando la aparición del libro de McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Lowenstein graficaba esta tensión como la lucha entre la voluntad y la ley (*will and law*). “La voluntad en el poder sin las limitaciones constitucionales, mientras la ley es la conciencia y conocimiento de principios e instituciones como derechos”<sup>380</sup>. Y llegando más allá, extrapola la distinción hasta el acto administrativo v/s una definición de derechos<sup>381</sup>.

En un sentido lato, *gubernaculum* y *iurisdictio*, constituyen la totalidad de la corona, el gobierno; y, por lo tanto, parte integrante *del imperium*. Pero, no depende de su voluntad. No se trata de una recomendación o *vis directiva* (en el sentido planteado por Santo Tomás). El Rey podría desconocer límites pero solo en la esfera de la *gubernaculum*, no en la de la *iurisdictio*, so pena de que sus actos devengan en ultra vires. Para McIlwain, esta es la prueba de que en la Inglaterra medieval no hubo realmente absolutismo ya que tanto el Rey como los jueces por él nombrados, estaban obligados “(...) a determinar los derechos del súbdito, no de acuerdo a la voluntad real, sino de conformidad con el derecho (...)”<sup>382</sup>.

El problema, –que McIlwain aborda luego con más profundidad<sup>383</sup>– radicaba en que no había sanción para el Rey en caso de incumplimiento; aunque en Inglaterra se llegó a una guerra civil e incluso a cortar una cabeza real; notable revolución para asentar la máxima de

---

<sup>376</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, p. 89 y ss.

<sup>377</sup> McILWAIN, Charles Howard., 1947, Ob. cit. p. 81.

<sup>378</sup> Ver por todos. BARTON, J. L. 2009. The Authorship of *Bracton*: Again. *The Journal of Legal History*, 30(2), 117–174 [en línea] <<http://doi.org/10.1080/01440360903069742>> [consulta: 28 noviembre 2016].

<sup>379</sup> McILWAIN, Charles Howard., Ob. cit. p. 96.

<sup>380</sup> LOEWENSTEIN, Karl. 1940. Constitutionalism, Ancient and Modern. En: Charles Howard McIlwain. *The American Political Science Review*, 34. N° 5, 1000–1002.

<sup>381</sup> Op. cit. El mencionado autor señala: “*The struggle is mirrored throughout the book in terms of the medieval distinction between gubernaculum and iurisdictio, the former being the power to rule attributed as of right to the ruler, while the latter circumscribes the limitations of discretionary power by law. Seen under a more technical angle, the two spheres of state action are ‘the difference between administrative enactment and a definition of rights’*”.

<sup>382</sup> MCLLWAIN, Charles Howard., 1947, Ob. cit. p. 102.

<sup>383</sup> Apunta a la necesidad de un control judicial independiente.

que el Parlamento es la voz del pueblo y, en su momento, el protector de la costumbre ya que “...durante mucho tiempo era entendido como «Tribunal Supremo», como la última instancia en el ámbito de la *iuristictio*, con funciones judiciales y declarativas del derecho”<sup>384</sup>.

### 6.3.3. El paradigma comienza a cambiar

El enfrentamiento entre la Monarquía que leía en la costumbre libertades otorgadas sólo por gracia; y el Consejo (o parlamento) representante de los grupos para el que dichas libertades constituían derechos, llevo a las revoluciones y al cambio de paradigma. Y el Estado Jurisdiccional no es solo una realidad inglesa, es medieval; replicable en los diversos reinos que comenzaron a dar forma a los Estados modernos. De hecho, y sin ir más lejos, Mannori y Sordi estiman que “sería un error pensar que el Renacimiento marca un momento de radical discontinuidad en la forma de concebir y empuñar el poder. Los estados de la temprana era moderna eran todavía, en su esencia, Estados jurisdiccionales”<sup>385</sup>.

Pero, lo cierto es que con el tiempo el antiguo orden se comenzó a apreciar como desorden y surgió la necesidad de tener una sola ley que reconociera derechos a todos por igual. Sobre la base del principio de igualdad y del concepto de soberanía -excluyente en el territorio en que se ejerce- fue posible terminar con los derechos latamente reconocidos a los diversos estamentos y con el equilibrio logrado a través de la negociación más que con el derecho impuesto coercitivamente.

Como dice Matteucci:

“Esta compleja construcción constitucional, o este complejo equilibrio social, comienza a entrar en crisis por distintos factores: el crecimiento económico favorece el nacimiento de nuevas clases que rompen el estético equilibrio de la sociedad estamental: la nueva cultura humanista sitúa al individuo en el centro del mundo y lo hace insensible a un orden social natural que corresponde a un orden celeste: el Estado absoluto se afirma como una máquina construida racionalmente, que actúa desde el exterior sobre aquella soledad tradicionalmente concebida como un cuerpo natural”<sup>386</sup>.

En este panorama, se hace necesario organizar oficios que deben ser desempeñados en forma eficiente y técnica. Nace la Administración, la burguesía francesa. “Se amplía así el estamento de los «oficiales», presente sobre todo en la administración judicial, financiera y

---

<sup>384</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, p. 81.

<sup>385</sup> MANNORI, L., y SORDI, B. 2009. SCIENCE OF ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE LAW. In D. Canale, P. Grossi, y H. Hofmann (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, pp. 225–261. London y New York, p. 227.

<sup>386</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998., Ob. cit. p. 41.

provincial; pero en este estamento aparecen dos mentalidades distintas que corresponden a dos papeles distintos, aunque todos actúan y hablan en nombre del rey. Aparece la mentalidad moderna del «funcionario», que desarrolla una función pública, y que por ello está ligado y depende jerárquicamente de la Administración y de la voluntad del rey, del que recibe un sueldo; aparece la mentalidad medieval que ve en el oficio un «beneficio» o un «patrimonio» concedido por el rey, con el que obtiene una renta.”<sup>387</sup>. El oficio se hereda y comercia, al punto que en Francia se transformó en un freno al poder monárquico. Pero, la monarquía gala no tardó en debilitarse.

En Inglaterra, en tanto, muchos cargos eran por elección y en la época de los Tudor, Thomas Cromwell organiza una Administración en forma jerarquizada y al servicio de la nación más que del Rey<sup>388</sup>. Más difícil, por influencia de Dicey, fue el reconocimiento de un Derecho Administrativo, en buena parte como reacción a los privilegios que observaba en Francia, sobre la materia, tras la revolución gala<sup>389</sup>.

No es de extrañar que muchas cosas se mantuvieran en Inglaterra, mientras el continente sufría profundas variaciones, partiendo por el no ingreso de la codificación y por la persistencia del common law. En efecto, allí, “(...) los jueces itinerantes del rey «decían» en su nombre la justicia en los distintos tribunales, procediendo así a la unificación de las distintas costumbres y a la elaboración del *common law*;”<sup>390</sup>, llegándose a consagrar un modelo de *self-government*, de delegación de funciones, en los que figuraban los *justices of peace*, que sumaban funciones judiciales y administrativas, no obstante existía una sola jurisdicción para particulares como para el Estado en manos de jueces comunes<sup>391</sup>. Pero, con el tiempo, así como el Consejo de Estado francés se termina transformando en tribunal, en Inglaterra al Ejecutivo se le agregan cada vez más poderes judiciales o cuasi judiciales; siempre en un mismo sentido de utilidad pública y sin perder el “respeto de la «judicial fairness and equity» y el del sometimiento de toda violación de la ley al control de los jueces ordinarios”<sup>392</sup>. De hecho, hasta hoy se habla de adjudicación en un sentido amplio, como orden social, en el decir de Fuller<sup>393</sup>; un orden que se funda en los argumentos racionales, a diferencia de la negociación que caracteriza al orden por reciprocidad y a la votación que formaliza al orden por objetivos comunes<sup>394</sup>.

En fin, las cosas comenzaban a cambiar, lo que cambia también la forma de ver las cosas. En efecto, desde una visión historicista, se pasa a una individualista y a una estatista; las más

---

<sup>387</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998., Ob. cit. p. 32.

<sup>388</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998., Ob. cit. p. 33.

<sup>389</sup> CASSESE, Sabino. 2014. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro* (Primera en). Sevilla: INAP y Global Law Press.

<sup>390</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998. Ob. cit. p. 31.

<sup>391</sup> CASSESE, Sabino., 2014., Ob. cit. pp. 37-51.

<sup>392</sup> CASSESE, Sabino., 2014., Ob. cit. p. 151.

<sup>393</sup> FULLER, L. L. 1979. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92, 353–409 [en línea] <<http://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>> [consulta: 15 septiembre 2016].

<sup>394</sup> FULLER, L. L., 1979., Ob. cit. p. 363.

de las veces combinándose más de alguna de ellas<sup>395</sup>. Pero no se trata de negar lo ocurrido o lo observado. Siempre persiste una huella genética; “una herencia que hay que conservar”<sup>396</sup>.

Durante el imperio de la *iurisdictio* ésta constituía un límite al monarca, ejercida a través de magistrados y consejos que constituyeron el germen de lo que luego se desarrolla como una fuerte y poderosa Administración, separada del gobierno. Que llega a constituirse en un poder en sí misma.

Pero el objetivo no había cambiado. Había que limitar al poder, solo que se comienzan a utilizar nuevas técnicas; lo que no implica que las reminiscencias del origen del concepto no persistieran porfiadamente en algunos órganos pese a los múltiples cambios que se dan en el camino. Incluso cruzando el Océano.

La *iurisdictio*, desde su origen, estaba radicada en órganos que ejercían funciones delegadas del príncipe que podían duplicarse ejerciendo gobierno y jurisdicción. Y la fórmula también se dio en España y en sus colonias.

#### **6.4. La expresión española: contencioso y gubernativo**

Es Gallego Anabitarte quien, con entusiasmo, destaca que España es el país en que el dualismo *gubernaculum* y *iurisdictio* domina el Derecho Público. “Los correspondientes términos aquí son: *contencioso* y *gubernativo*, lo que es «contencioso» frente a lo que es «meramente gubernativo» o «político» o «administrativo»<sup>397</sup>. El mismo cita la obra de Ramón Lázaro de Dou<sup>398</sup>, comentando los 15 años que le llevó entregar una amplia visión del Derecho del Antiguo Régimen. Publicada en 1800, toda su descripción relativa a los magistrados y sus funciones, se basa en la distinción de lo contencioso y lo gubernativo.

Así, en la sección tercera del tomo II de esa obra, cuando comienza a hablar de los magistrados, Dou precisa que “jurisdicción es facultad de conocer y decidir. Esta puede ser contenciosa, ó meramente gubernativa”<sup>399</sup> y más adelante explica:

“Jurisdicción contenciosa es la que procede con citación, o audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprendiendo también en sí por lo común á la gubernativa dentro de la misma esfera de la contenciosa, ó con facultades para obrar en las cosas o negocios, que deben despacharse gubernativamente, iguales a las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura,

---

<sup>395</sup> FIORAVANTI, Maurizio. 216AD. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. (Séptima). Madrid: Editorial Trotta, pp. 19 y ss.

<sup>396</sup> MATTEUCCI, Nicola. 1998., Ob. cit. p. 37.

<sup>397</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo., 2009., Ob. cit. p. 34.

<sup>398</sup> DE DOU Y DE BASSOLS, Raúl Lázaro. 1800. *Instituciones del Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado. Tomo II* (Primera). Madrid: En la oficina de don Benito García y compañía. 547 p.

<sup>399</sup> DE DOU Y DE BASSOLS, Raúl Lázaro. 1800., Ob. cit. p. 47.

ni estrépito, ó trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía”<sup>400</sup>.

Pero advierte: “El ser la jurisdicción gubernativa no excluye la audiencia de partes: antes suele ser arriesgada qualquiera providencia, que se tome, sin oír á los interesados, ó á las personas, que pueden informar, y tener de qualquiera manera derecho: solo excluye los trámites judiciales”<sup>401</sup>. Es decir, exigía mínimas garantías procedimentales.

De hecho, como destaca Gallego Anabitarte, “lo gubernativo era, *mutatis mutandi*, el procedimiento administrativo actual”<sup>402</sup>, con sus propios «recursos gubernativos y económicos» y sus propias autoridades «jerárquicamente ordenadas»<sup>403</sup> y en el pináculo de ellas, el Consejo. En efecto, el Consejo de Castilla, era el principal magistrado del reino<sup>404</sup> y el doble papel que cumplía queda claramente expresado en la obra de Martínez Salazar que en 1764 parte valorando la tarea de este magistrado colectivo: “La administración de justicia es el principal fundamento en que consiste la conservación de las Repúblicas, y que los Hombres vivan en paz, por lo que son felices los Monarcas, que consiguen alivio en el grave peso de la Corona por medio de Ministros, y Consejos Doctos, Sabios, y experimentados, que con rectitud, integridad y prudencia gobiernan, aconsejan, y hacen entender, y observar las Leyes establecidas”<sup>405</sup>. Se trataba de una institución importante, tanto a nivel central como local, cuyas decisiones causaban ejecutoria<sup>406</sup>, tal como dispuso Juan II en 1435 en la Ley VI que se consagra en el Libro Séptimo, título primero, *De los Ayuntamientos de los Concejos, Justicias, i Regidores, i de sus Ordenanzas*: “Mandamos que lo que fuere acordado por el Concejo, i Regimiento de qualquier Ciudad, Villa, ó Lugar que (a) vala, i sea firme; i si algunos contrixeren lo que assi fuere acordado, i ordenado por el dicho Concejo, que las nuestras Justicias los oyan, y fagan sobre ello lo que fuere de derecho”<sup>407</sup>.

Como ya se dijo, el más importante entre los consejos era el de Castilla que luego sería simplemente Consejo Real y luego Consejo de Estado. Surge como la clásica institución del Estado Jurisdiccional; ajeno a la separación de poderes característica de la modernidad post

---

<sup>400</sup> *Ibidem*.

<sup>401</sup> DE DOU Y DE BASSOLS, Raúl Lázaro. 1800., Ob. cit. p. 49.

<sup>402</sup> Entendemos que Gallego se refiere al procedimiento administrativo en un sentido amplio y no sólo en aquel que lleva a la formación del Acto Administrativo.

<sup>403</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo., 2009., Ob. cit. p. 97.

<sup>404</sup> Los magistrados ordinarios con ambas jurisdicciones eran: “...los magistrados ordinarios con jurisdicción contenciosa y gubernativa, que resultan por nuestro derecho real en España son los alcaldes ordinarios, los alcaldes mayores, los corregidores, los ministros del crimen de las (102) audiencias, y chancillerías en su quartel y resto, las audiencias, y chancillerías del reyno, y el cnsejo de Castilla distribuidos en salas.” DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro. 1800., Ob. cit. p. 103.

<sup>405</sup> MARTÍNEZ SALAZAR, Antonio. 2002. *Colección de Memorias, y noticias del gobierno general, y político del Consejo. año 1764*. (Boletín Oficial del Estado, Ed.) (Edición especial). Madrid: Imprenta nacional del Boletín oficial del Estado, p 1.

<sup>406</sup> Bien dura fue la polémica que, sobre este punto, sostuvieron Parada y Nieto y de la que ya se ha hecho referencia en esta obra. Coincidimos con Nieto en cuanto a que la ejecutoria que se reconoce a los actos administrativos venía de bastante antes de 1845.

<sup>407</sup> Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno. 1776. Tomo segundo de las leyes de recopilacion, que contiene los libros sexto, septimo, octavo. I Nono. Madrid: En la Imprenta Real de la Gazeta [en línea] <[https://play.google.com/store/books/details/Espa%C3%B1a\\_Tomo\\_segundo\\_de\\_las\\_Leyes\\_de\\_Recopilacion\\_q?id=Zq8PLvgC6LMC](https://play.google.com/store/books/details/Espa%C3%B1a_Tomo_segundo_de_las_Leyes_de_Recopilacion_q?id=Zq8PLvgC6LMC)> [consulta: 13 marzo 2017], pp. 164-165.

revolucionaria; en el marco de una Constitución Estamental en la que el Rey debe respetar los derechos; debe respetar la ley<sup>408</sup>. Así queda de manifiesto de la obra de uno de los más importantes juristas españoles de la antigua era<sup>409</sup>, Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569). Fue juez de cuadra, catedrático de la Universidad de Salamanca y asesor de Felipe II en el Consejo de Castilla; y su obra ha llegado a ser calificada como el germen del republicanismo clásico: “libertad como no-dominación, imperio de la ley, gobierno mixto y derecho de resistencia (llegando en último extremo al tiranicidio)”<sup>410</sup>. Claro, no era el republicanismo que se entiende hoy ni la ley vista desde la perspectiva del positivismo contemporáneo. Pero con un principio claro, como precisaba Vázquez Menchaca: “que todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos, y no de los que gobiernan”<sup>411</sup>. Es decir con los límites del Antiguo Régimen.

En definitiva, existía el gobierno, en el amplio sentido de la palabra y dentro de él lo estrictamente gubernativo (Político-administrativo) y lo contencioso (Cuando intervenían derechos de terceros). Pero, además, siempre quedaba a salvo lo judicial. Lo importante es que una institución se podía desdoblarse para actuar como gubernativo y como contencioso. (Por ejemplo, los Concejos en salas especializadas o el corregidor con la asesoría del teniente). No siempre en forma de juicio pero, siempre con un debido proceso. Eso permitía que fluyera la actuación gubernativa-administrativa sin mayores entorpecimientos pero, respetando los derechos de las personas, congregadas como estamentos.

Gallego se atreve a formular una hipótesis: “La jurisdicción del Consejo, por ejemplo, y, en general, toda la gubernativa-política y contenciosa en sede administrativa ofrecen tanta garantía como la jurisdicción de las Audiencias y Chancillerías, con una seria ventaja: más rapidez y más barato”<sup>412</sup>.

No cabe, duda que una apreciación como la descrita evoca a una institución muy posterior y geográficamente muy lejana al Consejo de Castilla, pero con importantes semejanzas: la Contraloría General de la República de Chile.

---

<sup>408</sup> Entendido como *ius* que considera la costumbre y la ley.

<sup>409</sup> Gallego lo compara en prestigio sólo con Cervantes. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo., 2009., Ob. cit. p. 60.

<sup>410</sup> EGIO GARCÍA, Víctor. 2014. *El pensamiento republicano de Fernando Vázquez de Menchaca*. Murcia: Universidad de Murcia. Departamento de Filosofía y Lógica [en línea] <<http://hdl.handle.net/10803/287164.491>> [consulta: 18 abril 2017], p. 6.

<sup>411</sup> En CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. 1973-74. La función del Derecho en Fernando Vázquez de Menchaca. *Anuario de Filosofía Del Derecho*, N 17, 9-14 [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2064825>> [consulta: 22 marzo 2017], p. 11.

<sup>412</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo., 2009., Ob. cit. p. 92.

## 6.5. El Consejo como antecedente genético

### 6.5.1. Orígenes

Tal como se ha venido expresando, de entre los órganos que –en España– se desdoblaban entre lo gubernativo y lo contencioso, el más importante es el Consejo. Hoy Consejo de Estado. Y, si apreciamos, en sus orígenes, una huella genética que habría marcado a la Contraloría General chilena, bien vale la pena revisar someramente su historia; aunque la tarea no sea fácil, ya que la doctrina no está bien de acuerdo con el tema.

En efecto y tal como plantea Sánchez Navarro<sup>413</sup>, uno de los motivos por los que, seguramente, no hay acuerdo certero ni estudios profundos sobre el Consejo de Estado español es –y ya lo criticaba Gallego Anabitarte<sup>414</sup>– por la fuerte influencia francesa en el estudio del Derecho Administrativo en España. Sánchez cita para estos efectos a García de Enterría cuando afirma que “el Derecho Administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado francés”<sup>415</sup>. Explicándose así, “la escasa visibilidad” del Consejo de Estado español; cuestión notable considerando la relevancia de este órgano cuyo reconocimiento constitucional data desde 1808<sup>416</sup> y cuya trascendencia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español en Sentencia 56/1990 al señalar que:

“En efecto, el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, (...) un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (...).

El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la C.E., que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece (...).”

El propio Consejo de Estado dictaminó su origen en 1943 señalando que su fundador fue Carlos V, I de España en 1526, como indica el cartel del retrato del Emperador con su perro pintado por Tiziano y que se encuentra en el salón de plenos del Consejo.<sup>417</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de noviembre de 1917 señaló que éste era sucesor del de Castilla<sup>418</sup>. Y, positivamente, surge en la Constitución de 1812, como: “Art. 236. *El*

---

<sup>413</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007. *Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional* (Primera). Madrid: REUS S.A., pp. 9 y ss.

<sup>414</sup> Ver Supra. Acápíte: Hay que estudiar los hechos.

<sup>415</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2009. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. (Editorial Civitas, Ed.). Madrid: Graficas Rogar S.A.

<sup>416</sup> Actualmente, la Constitución de 1978 establece en su artículo 107: “*El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia*”.

<sup>417</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005. *Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*. (C. de Estado, Ed.) (Primera). Madrid: Boletín oficial del Estado, p.11.

<sup>418</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007. Ob. cit., p. 17.

*Consejo de Estado es el único Consejo del Rey que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados.”*

Los consejos son, ciertamente, de antigua data. Acompañaron a Augusto y a Adriano, entre otros. Luego surgen los *collegia* y ya en la edad media, las audiencias del rey. Pero fueron los Consejos los que primaron por el poder que fueron adquiriendo. “Lo cierto es que la falta de fijeza que caracteriza a las instituciones medievales ofrece el espectáculo de una mezcla de actividades distintas en iguales organismos. La mayoría de los Consejos, legislan, cogobiernan y cojuzgan. Son muy raras las excepciones”<sup>419</sup>.

Lo que hay que reconocer, siguiendo a Cordero Torres, es que:

“El reinado de Don Juan I, ofrece singular interés para el nacimiento del Consejo. En el testamento de Cellerico afirma el Rey su propósito de gobernar siempre con consejo de sus vasallos y pecheros. Pero su acto más importante es la Ordenación hecha en las Cortes de Valladolid de 1º de diciembre de 1365, perfeccionada en 1387 y 1406. En ella establece un Consejo formado por doce personas (...)”<sup>420</sup>.

La función consultiva ha existido siempre al lado del poder. De allí que, “...si el actual Consejo de Estado no tiene unos padres muy longevos, sus antepasados sí que lo son. Existieron desde que hubo Estado, porque la función consultiva es irremplazable; y al buscar un entronque con ellos, el Consejo acusa un acertado criterio tradicionalista que significa *continuidad* en el orden administrativo y sirve de *garantía* al Estado al que sirve y a los ciudadanos que dependen de sus pareceres”<sup>421</sup>.

Surgieron numerosos órganos consultivos, siendo importantes, por ejemplo, los de Navarra o Aragón. Sin embargo, no hay duda que fue el Consejo de Castilla, fundado en el reinado de los Reyes Católicos, el que marca las bases de la actual institución.

### **6.5.2. El Consejo de Castilla**

La doctrina reconoce como su inmediato antecesor, al Consejo Real creado por Juan I en 1385, sin potestades para administrar justicia, aunque organizaba y vigilaba la misma. Funcionó bien hasta que se vio envuelto en los conflictos nobiliarios de la época que provocaron el debilitamiento de la corona y, consecuentemente, del consejo, aunque este último había ido sumando competencias, entre ellas las jurisdiccionales.

A partir del reinado de los Reyes Católicos, en 1492 se crea el Consejo de Aragón y el anterior Consejo Real pasa a ser el Consejo de Castilla, ya con facultades jurisdiccionales, aunque alguna doctrina lo niegue. “Lo cierto es que la Corona otorgaba concesiones, derechos o formalizaba declaraciones en interés de particulares y corporaciones, y que éstos,

---

<sup>419</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 11.

<sup>420</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 24.

<sup>421</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 21.

o bien terceros agraviados, recurrían contra aquellas decisiones, yendo el asunto a parar al Consejo. Este procuró regularizar el curso de tales procedimientos y rodearle de garantías; encontrándose en ellos las líneas generales de todo curso jurisdiccional, o sea defensa, pruebas y vista”<sup>422</sup>.

Es lo que Cordero Torres llama *sinodiarquía*, “(...) porque salvando la persona del Monarca, en la que se reúnen las supremas potestades, los verdaderos rectores de la vida nacional son los Consejos creados o desenvueltos entonces”<sup>423</sup>. Estos, destaca el ex letrado del Consejo de Estado, “...moderaron con inteligencia y habilidad el ejercicio del Poder real, frenando el temperamento y las inclinaciones de los monarcas”<sup>424</sup>. Y fueron los verdaderos creadores de la Administración.

Claro que, el de Castilla estaba en el centro de la Monarquía española y su prestigio fue creciendo, al punto que le llegan consultas de otros Consejos para que el rey solicitara su parecer al Consejo de Castilla- también llamado Consejo Real- que, consciente de su papel defiende sus potestades, ante cualquier amenaza de cambio<sup>425</sup>. Incluso, resolvía conflictos por propia iniciativa, actuando con rapidez, sin consultar al monarca.

Hacia fines del reinado de Carlos V y durante el de Felipe II se manifestó la necesidad de reestructurar el consejo debido a la acumulación de competencias, pero no fue sino hasta el reinado de Felipe III que, en 1608, se modifica ordenándose en cuatro salas: una de gobierno y tres de justicia. Expresándose nuevamente la dualidad gubernativo y contencioso. A tal punto que, como recuerda Pérez-Tenessa, ya “(...) en 1528, el rey expresaba su temor al Obispo Covarrubias de que «el Consejo se entretuviera más en lo accesorio (los pleitos) que en lo principal (los negocios de Estado)»”<sup>426</sup>.

### 6.5.3. El Consejo de Estado

En general, hay acuerdo que lo crea Carlos I en 1526 y que sería una evolución del llamado Consejo Privado o “secreto” del rey. Como explica Sánchez Navarro, surge como una necesidad de unificación frente a una estructura orgánica que unía diversos reinos vinculados sólo por un monarca común<sup>427</sup>. Sin embargo, en un principio, no funcionaba en forma permanente ni ejercía jurisdicción alguna. Esta permanecía en manos del Consejo de Castilla. Sin embargo, durante el reinado de Carlos II, el último de los Austrias, se regula un solo consejo sumándosele, entonces, la actividad jurisdiccional.

Con altos y bajos, el Consejo de Estado resurge en plenitud con la sucesión en 1700, cuando da a conocer el Testamento de Carlos II en favor de Felipe de Anjou, Felipe V. Este, sin

---

<sup>422</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 36.

<sup>423</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 37.

<sup>424</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 38.

<sup>425</sup> DE CASTRO, Concepción. 2015. *El Consejo de Castilla en la historia de España* (Primera). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 21 y ss.

<sup>426</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005., Ob. cit. p. 13.

<sup>427</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 19.

embargo, reduce al consejo a un papel honorífico hasta el advenimiento de Carlos IV que lo restablece como órgano supremo de gobierno.

#### 6.5.4. La etapa constitucional

Tras la invasión napoleónica en 1808 se unifican todos los consejos en el “De España e Indias” y será en la Constitución de Cádiz de 1812 que se instaura el Consejo de Estado como único Consejo del Rey mirando a su homónimo francés. Pero no dura; como tampoco duró la Constitución gaditana, haciéndose revivir el de 1808 hasta 1845 en que se crea el “Consejo Real «como cuerpo supremo consultivo para la mejor administración del Estado», al que se encomienda por primera vez, junto a la función consultiva, el despacho de los asuntos contencioso-administrativos;”<sup>428</sup> y que, en 1858 pasará a llamarse nuevamente y, hasta ahora, Consejo de Estado. Hasta 1868 su prestigio fue enorme, considerándosele como uno de los artífices del derecho administrativo español a través de sus dictámenes. “La Edad de Oro” del Consejo, conforme a Cordero Torres<sup>429</sup>, hasta la caída de la monarquía isabelina que “(...) implicó la recuperación del principio de separación de poderes y en lo que aquí importa, la consiguiente atribución a los Tribunales del monopolio en el ejercicio de la función jurisdiccional (...)”<sup>430</sup>.

El cambio significativo se había dado en 1845 cuando se le reconoce positivamente la función contenciosa, aunque retenida, y como una forma de liberarse del juicio de los Tribunales de Justicia.

En efecto como explica Colmeiro:

“(...) El Consejo Real refleja, pues, la autoridad del Monarca, de suerte que aquel alto cuerpo de la administración jamás pierde el carácter de consultivo de gobierno, ni aun cuando ejerce atribuciones contenciosas. Sus actos adquieren fuerza obligatoria, si el Rey los acepta y el ministro los escuda con su responsabilidad, que no crece ni mengua por seguir ó no seguir el dictamen elevado a la aprobación de la Corona”<sup>431</sup>.

El Consejo dependía entonces de su prestigio, de su *auctoritas*:

---

<sup>428</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005., Ob. cit. p. 17.

<sup>429</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Ob. cit. p. 100.

<sup>430</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 52.

<sup>431</sup> COLMEIRO, Manuel. 1850. *Derecho Administrativo español*. (A. Calleja, Ed.) (Primera). Madrid y Santiago: Casa de los señores Calleja, ojea y compañía [en línea] <<https://books.google.es/books?id=krRzPgAACAAJ&dq=colores+historia+de+su+significado+y+fabricacion+anne+varichon&hl=es&sa=X&ei=LbknVcyQK6bY7Aaf2oG4DA&ved=0CCAQ6AEwAA>> [consulta: 13 febrero 2017], p. 253. Vale la pena destacar aquí lo que mi querido colega doctorando, Francisco Agüero, me llamara la atención. En efecto, cuando dice Santiago no explicita si es de Compostela o de Chile. El libro se imprimió en Lima en unos talleres que también tienen dirección en Valparaíso, según consta en otras obras. Por lo tanto, ese Santiago parece ser el nuestro. Lo que, por lo demás, explicaría la tremenda influencia de Colmeiro en la doctrina e historia de las instituciones en nuestro país.

“(…) es constante la adhesión del gobierno a la consulta del Consejo Real, ya porque el saber de sus miembros y su práctica en los negocios inspiran una perfecta confianza en sus decisiones, y ya porque así conviene para mantener la unidad de doctrinas y fundar una jurisprudencia uniforme. Las veleidades de la política y la continua mudanza de los ministros quebrantarían el hilo de las tradiciones administrativas, que solo puede guardar en depósito un cuerpo permanente, extraño a las vivas contiendas de los partidos y compuesto de personas que si no son inamovibles según la ley, deben serlo por voluntad del gobierno”<sup>432</sup>.

La jurisdicción siempre fue retenida porque era el monarca el que conservaba el poder. Así, desde la alta edad media en adelante, los órganos que se duplicaban entre lo gubernativo y lo contencioso –muy especialmente los consejos- imponían su parecer por su prestigio, permanencia e imparcialidad<sup>433</sup> y no por *potestas*. No cabe duda que se puede observar una gran semejanza con la Contraloría General de la República, respecto de la cual la Constitución chilena consagra la “insistencia”, un recurso presidencial, que sin duda recuerda a la antigua potestad real que permitía al monarca retener jurisdicción.

Colmeiro nos recuerda: “Las decisiones definitivas del Consejo Real se publican en forma de reales decretos refrenados por el ministro de la Gobernación; y si el Rey no tuviere a bien aprobar la resolución propuesta, dicta en Consejo de ministro el decreto motivado que estime justo, porque no son verdaderas sentencias, sino proyectos de resoluciones que el Monarca acepta ó no, como juez supremo en el orden contencioso-administrativo”<sup>434</sup>.

Lo cierto es que la jurisdicción retenida funcionó bastante bien, ya que lo normal era que se mantuviera la opinión del Consejo. De hecho, Colmeiro explicaba: “(…) el Consejo Real ejerce una cuasi-jurisdicción, porque en el hecho decide sin ulterior recurso las materias contenciosas, aunque en derecho sea el Monarca quien pronuncia las sentencias y por su autoridad solamente causen ejecutoria”<sup>435</sup>.

Sin ir más lejos, los conservadores eran partidarios de mantener parte de la jurisdicción retenida a la hora de analizar las reformas que redujeron al Consejo a un órgano consultivo y fue precisamente la promesa de terminar con la jurisdicción retenida la que impulsó a los liberales a la reforma de 1888. Una cuestión más bien de equiparación comparada, según explica García Álvarez, a la que se sumaba la voluntad de establecer principios generales para el Contencioso-administrativo y la necesidad de solucionar la acumulación de asuntos pendientes en el Consejo Real. “Es decir, una «exigencia doctrinal y de compromiso» del Gobierno liberal y, concretamente, la supresión de la «jurisdicción retenida». No obstante, el origen de esta posición no habría sido sólo la ideología liberal, sino también un cierto

---

<sup>432</sup> *Ibidem*.

<sup>433</sup> Ver supra acápite: *Especialidad e imparcialidad, más que independencia*.

<sup>434</sup> COLMEIRO, Manuel. 1850., Ob. cit. pp. 289-290.

<sup>435</sup> COLMEIRO, Manuel. 1850., Ob. cit. p. 337.

prurito dogmático y el deseo de equiparar la legislación española a la de otros países europeos”<sup>436</sup>.

La jurisdicción contencioso-administrativa se entregó finalmente a los Tribunales de Justicia (que habían sido, originalmente, creados en la Constitución de Cádiz) pero las reminiscencias de la jurisdicción retenida existente desde los primeros consejos, marcaron su huella en la ley y el reglamento que regulan al actual del Consejo de Estado, aunque con potestades disminuidas:

“Art. 2. 1. En el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

2. La consulta del consejo será preceptiva cuando en ésta o en otras Leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos.

3. Los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la Ley disponga lo contrario. (...)

5. *Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo.*

6. Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado»; en el segundo, la de «oído el Consejo de Estado»<sup>437</sup>.

No cabe duda que el actual Consejo de Estado español, requiere de muchísima *auctoritas*. Y, cuenta con ella, aunque con matices, ya que “(...) ante la evidente imposibilidad de fundar su legitimidad o su *auctoritas* en una trayectoria histórica inexistente, parecen optar por una legitimación que no procede de su método de elección<sup>438</sup>, sino fundamentalmente de su

---

<sup>436</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. 1996. El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-904). *Documentación Administrativa*, 244-245, p. 115.

<sup>437</sup> Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril, del Consejo de Estado. Título Primero, disposiciones generales. **Art.2.** *Cursivas nuestras.*

<sup>438</sup> Ley Orgánica 3/1980 de 22 de Abril, del Consejo de Estado. Título Primero, disposiciones generales. Título II Composición. **Art. 6.** 1. El Presidente del Consejo de Estado será nombrado libremente por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrenado por su Presidente entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado.

2. En las vacantes, ausencias y enfermedades del Presidente le sustituirá el Consejero permanente a quien corresponda según el orden de las Secciones.

**Art. 7.** 1. Los Consejeros permanentes, en número igual al de las Secciones del Consejo, son nombrados, sin límite de tiempo, por Real Decreto entre personas que estén o hayan estado comprendidas en alguna de las categorías siguientes: 1ª Ministro. 2ª Presidente o miembro de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas. 3ª Consejero de Estado. 5ª Académico de número de las Reales Academias en el Instituto de España. 6ª Profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en Facultad universitaria con quince años de ejercicio. 7ª Oficial general de los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas. 8ª Funcionarios

competencia y, por tanto, de la objetividad que puede esperarse de sus opiniones, la cual se refuerza mediante mecanismos que pretenden asegurar una cierta independencia orgánica (vinculación con el Consejo de Gobierno, separación respecto de la Administración activa) y funcional. Otra cosa es que, según se desprende de las numerosas críticas suscitadas en la doctrina, estos objetivos puedan considerarse cumplidos en mayor o menor grado”<sup>439</sup>.

No es el único órgano al que se le consulta, pero su función la cumple sin dependencia jerárquica y, como afirma Pérez-Tenessa, uniformando criterios a través de decisiones prudentes que infunden respeto.

“A parte de (...) su relevante papel en la adecuación del ordenamiento interno al derecho comunitario europeo, el Consejo de Estado elabora una doctrina armónica, unifica criterios e impone cierto respeto a la Administración activa; por su prestigio y modo de proceder inspira confianza a los ciudadanos y respalda las decisiones del gobierno – si éste se conforma con el dictamen- con un aura de imparcialidad y de buen hacer. Además es una gran escuela de juristas y una cantera de hombres públicos”<sup>440</sup>.

Si el Consejo de Estado mantiene este papel que le otorga *auctoritas* será difícil que el Ejecutivo desoiga su dictamen.

Es como oír hablar de la Contraloría General de la República de Chile en relación con la “insistencia”. Si leemos, por ejemplo, al profesor Atria, bien podríamos pensar que se refiere a la *auctoritas* del Consejo, pero habla del Contralor que “(...) tiene un incentivo para

---

del Estado con quince años de servicio al menos en Cuerpos o Escalas para cuyo ingreso se exija título universitario.

**Art.8.** Serán Consejeros natos de Estado: a) El Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y Jurisprudencia y Legislación. b) El Presidente del Consejo a que se refiere el artículo 131.2 de la Constitución española. c) El Fiscal General del Estado. d) El Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor. e) El Presidente del Consejo General de la Abogacía. f) El Presidente de la Comisión General de Codificación. g) El Director general de lo Contencioso del Estado. h) El Director del Centro de Estudios Constitucionales.

**Art.9.** Los Consejeros electivos de Estado, en número de diez, serán nombrados por Real Decreto, por un período de cuatro años, entre quienes hayan desempeñado cualquiera de los siguientes cargos: a) Diputado o Senador de las Cortes Generales. b) Magistrado del Tribunal Constitucional. c) Defensor del Pueblo. d) Presidente o Vocal del Consejo General del Poder Judicial. e) Ministro o Secretario de Estado. f) Presidente del Tribunal de Cuentas. g) Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor. h) Presidente o miembro del Consejo ejecutivo de Comunidad Autónoma. i) Embajador, procedente de la carrera diplomática. j) alcalde de capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular. k) Rector de Universidad.

**Art.10.** 1. Los Consejeros permanentes son inamovibles en sus cargos.

2. Los Consejeros natos conservarán su condición mientras ostenten el cargo que haya determinado su nombramiento.

3. Los Consejeros permanentes, y los electivos durante el período de su mandato, sólo podrán cesar en su condición por renuncia o por causa del delito, incapacidad permanente o incumplimiento de su función, apreciada en Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del interesado e informe favorable del Consejo de Estado en Pleno.

4. El Gobierno, previo dictamen favorable de la Comisión Permanente, podrá designar individualmente a los Consejeros de Estado para el desempeño de cometidos especiales y participación en comisiones de estudio para cuestiones de singular relevancia o interés público.

<sup>439</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 190.

<sup>440</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005., Ob. cit. p. 92.

interpretar la ley de modo riguroso y no idiosincrásico, porque si su opinión es frecuentemente ignorada por el Presidente sin sufrir costos políticos graves su posición resultaría severamente dañada; el Presidente tiene un incentivo para acoger la posición del Contralor dado que actuar abiertamente contra la legalidad implica un costo político que no siempre será prudente pagar”<sup>441</sup>. Atria se refiere a la figura de la Toma de Razón (juicio de juridicidad) que lleva a aparejada la insistencia. Pero, algo semejante se puede predicar de la potestad dictaminante<sup>442</sup> que responde a lo que, la doctrina califica como función consultiva y que, en España, se reconoce –especialmente– al Consejo de Estado.

### 6.5.5. Función consultiva/función de control

En España, hablar de función consultiva es hablar del Consejo de Estado. Pero, no es tan simple.

No lo es, primero, por la proliferación de órganos consultivos, aunque no revistan las características que se reconocen a un órgano consultivo en sentido estricto<sup>443</sup>. Es difícil, en segundo lugar, por las fronteras –y alcances– de las diversas manifestaciones funcionales que se identifican, tradicionalmente, en órganos activos, deliberantes, consultivos y de control<sup>444</sup>.

Como bien dice García-Trevijano, la definición contenida en el artículo 107 de la Constitución española (El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno) responde más bien a una tradición histórica que ha sido superada en los hechos, “(...) ya se tome «Gobierno» en sentido subjetivo (pues no sólo el Gobierno consulta al Consejo de Estado), ya objetivo (no sólo se solicita el dictamen del Consejo de Estado en asuntos de gobierno, sino que interviene en relación con la actividad administrativa en general)”<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> ATRIA, Fernando. 2012. Legalismo y reflexividad: La Contraloría como modelo. In *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional (1927-2002)* (Segunda, pp. 317–344). Santiago: Contraloría General de la República, p. 332.

<sup>442</sup> Tanto la Toma Razón como la potestad dictaminante son objeto de un análisis más acabado en infra I.A

<sup>443</sup> En general, se estima que un órgano consultivo en sentido estricto debe separarse de la Administración activa que consulta, tiene competencias generales, normalmente tiene una estructura colegiada donde los integrantes mantienen una importante neutralidad, y emiten dictámenes antes de la emisión del acto.

<sup>444</sup> “En efecto, tradicionalmente se ha señalado que los órganos activos son aquellos que deciden o resuelven. Los deliberantes (que no hay que confundir con los consultivos) hacen posible la toma de decisión por parte del órgano activo, pero no resuelven directamente. Así, se ha puesto el ejemplo clásico del Consejo de Ministros, que, salvo raras excepciones, constituye un «órgano colegiado imperfecto», en el sentido de que las decisiones no las adopta por mayoría, sino que existe una preeminencia del Presidente del Gobierno. Junto a ellos están los órganos de control, que fiscalizan la actividad de los demás órganos. Finalmente, nos encontramos con los órganos consultivos, cuya finalidad consiste en ilustrar a los órganos que han de adoptar las decisiones. No emiten declaraciones de voluntad (aunque los actos que adopten, normalmente informes o dictámenes, sean voluntarios, como cualquier acto jurídico), sino que se trata de declaraciones de juicio”. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. 1994. La función consultiva de las administraciones públicas con especial referencia al consejo de Estado y las Comunidades Autónomas. *Revista de Administración Pública*, 133, p. 130.

<sup>445</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. 1994., Ob. cit. p. 143.

Se trata entonces de un órgano consultivo en sentido amplio que, como se verá, a diferencia de sus homólogos en Europa, perdió las competencias jurisdiccionales, aunque sus antecedentes genéticos, de alguna manera, lo persigan tanto en sus maneras de actuar como en las aspiraciones que se tienen del mismo.

La doctrina insiste en que no está para resolver pleitos, con todo, resulta fundamental la siguiente prevención:

“Tal vez, por considerarse continuador del Consejo de Castilla (que era un tribunal, cuando la administración consistía sobre todo en administrar justicia) ha heredado modos de proceder o competencias cuasi-judiciales que no le van; entre otras razones, porque la mentalidad del Consejo de Estado debe ser distinta de la judicial: a un juez le interesa lo que pasó el día de autos y nada más; a un Consejero de Estado debe interesarle lo que va a pasar al día siguiente de publicarse el Boletín oficial la disposición consultada”<sup>446</sup>.

Precisamente por lo indicado, los temores que rondan al Consejo de Estado español, no dicen precisamente relación con su actividad jurisdiccional-judicial reservada a los Tribunales, sino con el activismo político que podría emprender, especialmente por la posibilidad que se le reconoce de juzgar la oportunidad y conveniencia; y la potestad que ostenta para pronunciarse sobre proyectos de ley. Baste apreciar un comentario publicado por el Diario El País (el de mayor venta en España) respecto del dictamen del consejo frente al anteproyecto de Ley Orgánica Constitucional de Educación a la que consideró legal en su tramitación, pero, a la que introdujo importantes observaciones. El periódico reconociendo aspectos válidos del dictamen, advirtió que este tenía

“(…) claros ecos políticos. Se trata de valoraciones más propias de un órgano legislativo, que difícilmente casan con el papel del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno y cuya función principal radica en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Es cierto que en el caso de los proyectos de ley el Consejo de Estado debe dictaminar también sobre la oportunidad de la legislación, pero este dictamen parece desbordar incluso este juicio de oportunidad jurídica para entrar en el juicio político e ideológico”<sup>447</sup>.

Los límites son complejos cuando se habla de oportunidad o conveniencia. Son complejos con lo político, en el caso de competencias frente a proyectos legislativos como lo son con el ámbito jurisdiccional o judicial, cuando –como en el caso chileno- no se cuenta con Tribunales del Contencioso administrativo general y cuando las potestades implican la posibilidad de pronunciarse tanto preventivamente, a través de la Toma de Razón, como a posteriori, en virtud de la potestad dictaminante, resolviendo consultas que, las más de las veces, dan la razón a uno para negársele a otro.

---

<sup>446</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005., Ob. cit. p. 93.

<sup>447</sup> «Dictamen Polémico», 17 de julio de 2005, página 12, citado por: SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 167.

Decía Pères Tenessa que la mentalidad del Consejo de Estado no es de juez, no obstante utilizar modos cuasi-judiciales. Tal vez, tratando de dejar salir su herencia jurisdiccional más que judicial. Probablemente por eso, también, la doctrina aspira a nuevos papeles para el heredero del Consejo de Castilla; desde buscar soluciones proponiendo qué hacer al ejecutivo, pasando por establecer una suerte de control de calidad del ordenamiento jurídico administrativo, hasta asumir un papel de defensor de pueblo e incluso de árbitro.

“Se ha apuntado también la posibilidad de que los particulares, en asuntos litigiosos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa (o solamente en materia de contratos) pudieran someterse al arbitraje del Consejo de Estado y que esa elección obligara a la Administración pública. La Decisión del Consejo tendría la eficacia de un laudo arbitral. A nadie se le privaría de su derecho a acudir a los Tribunales, pero se le ofrecería la posibilidad de dirimir la contienda por otra vía más expeditiva y gratuita”<sup>448</sup>.

Recuerda a los órganos del Antiguo Régimen y ciertamente demuestra una clara semejanza con la actuación de la Contraloría General de la República de Chile, aunque, el Consejo sea calificado –principalmente– como órgano consultivo mientras que la Contraloría, sea –principalmente– uno de control. Pero esa frontera tampoco es tan clara.

En efecto, tal como plantea Ramón Parada, el Consejo sería un órgano bicéfalo, consultivo y de control. Es más, él se inclina por calificarlo más bien como de control, atendida su independencia funcional y su interpretación exclusiva, entre otros factores.

“En otras palabras, la intervención del Consejo de Estado no parece impuesta por la necesidad de asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad cuasi-fiscalizadora, orientada a que el gobierno y la Administración sigan en esas materias el parecer del Consejo de Estado, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización material –no formal porque la decisión contraria a la consulta es válida- si el gobierno o la respetiva Administración deciden en contra de la opinión de aquel. Además, cuando el informe del Consejo de Estado no sólo es perceptivo sino también vinculante, es obvio que se convierte en copartícipe de la competencia, ya que no cabe más decisión válida que la que es conforme con su opinión”<sup>449</sup>.

Por lo mismo, Pérez Tenessa proponía transformar al Consejo de Estado en un verdadero órgano consultivo porque a su juicio, “(...) no es en la actualidad un Cuerpo consultivo, no da consejos ni soluciones a nadie y menos al Gobierno, sino que es un organismo de control,

---

<sup>448</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 2005., Ob. cit. p. 94. El ex magistrado del Consejo no está del todo de acuerdo, a diferencia del ex presidente del órgano, Tomás de la Quadra-Salcedo quien lo planteaba como un nuevo tipo de actuación. Citado por SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 172.

<sup>449</sup> PARADA VÁSQUEZ, J. R. 2003. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público* (13th ed.). Madrid: Marcial Pons. Pp 356-357. En el mismo sentido, OLIVER ARAUJO, J. 1997. El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las comunidades autónomas. *Revista de Estudios Públicos*, 98, 25–58.

si bien no ejerce ese control más que cuando se lo piden<sup>450</sup>. A su juicio, las autoridades consultan como una especie de refuerzo para evitar críticas respecto de eventuales arbitrariedades. Además, recordaba que incluso su emblema aludía al control<sup>451</sup>.

Visto así, el Consejo aparece como un órgano constitucionalmente independiente que cumple funciones consultivas y de control, empleado métodos cuasi judiciales, con aspiraciones jurisdiccionales en sentido amplio. Es como si el Antiguo Régimen pugnara por resurgir con las características del Consejo Real. Claro que en España si se organizaron los tribunales del contencioso administrativo.

## 6.6. Otros consejos de estado

Aunque mucha doctrina ve a Francia, específicamente al “genio napoleónico”, en el decir de Parada<sup>452</sup>, como el gran exportador del modelo de Consejo de Estado; incluido el español, es bueno no “sobrevalorar”<sup>453</sup> la repercusión del mismo. Tal como se ha venido viendo, el Consejo de Estado español arrastraba ya una herencia fuerte desde el Antiguo Régimen, con esa duplicidad gubernativa y contenciosa. Su individualidad fue persistente porque, aunque, en efecto, en 1845 se lo reformó a semejanza de su homólogo francés, esta reforma no persistió; el modelo francés fracasó en España.

Salvando el sistema inglés, completamente diferenciado, en el resto de Europa dos son los paradigmas que han primado como modelos consultivos: el francés y el alemán. Al primero, centrado en el órgano con potestades consultivas y de enjuiciamiento, se adscriben Italia, los Países Bajos y Grecia. “Por su parte el modelo alemán, al que responden —con las naturales variantes y singularidades— los sistemas austríaco, sueco, finlandés y también portugués, descansa en el desarrollo de una jurisdicción administrativa especializada y, por tanto, separada del sistema judicial ordinario, pero enteramente judicial también y, por tanto, igualmente separada de la Administración pública”, explica Parejo<sup>454</sup> quien estima que el sistema español se acerca más a éste que al francés por la potestad jurisdiccional administrativa que concentra el Consejo galo.

Son, en todo caso, los Consejos francés e italiano, los que con más fuerza se han desarrollado en el viejo continente y por la influencia de los mismos en el derecho administrativo que, junto al español, han influenciado en americano y, puntualmente, el chileno; corresponde analizar brevemente sus características, entendiendo que no se intenta aquí profundizar en

---

<sup>450</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio. 1979. Perspectivas del Consejo de Estado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 22, p. 345.

<sup>451</sup> El artículo 91 del Reglamento del Consejo dice: “El Consejo tendrá como emblema, además del escudo de España, el «ojo» de la Administración, con el lema *Pravidet Pravidet* y la Corona Real”.

<sup>452</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón. 1991. El Consejo de Estado. *Documentación Administrativa*, pp. 113–128. Madrid, p. 113.

<sup>453</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 62.

<sup>454</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. 1991. La función consultiva en Europa: Los Consejos de Estado francés e italiano. *Documentación Administrativa*, 226, p. 34.

los Consejos de Estado sino en comprender de dónde proviene la influencia que recibió una institución tan singular como es la Contraloría General de la República de Chile.

### 6.6.1. El Consejo de Estado francés

No hay duda que el Consejo de Estado francés resalta en el panorama administrativo internacional como el supremo juez de la administración. Pero no nació como un órgano con potestades jurisdiccionales.

“Bonaparte diseñó su Consejo de Estado como un instrumento para acrecentar su poder personal. No quería un órgano que actuase como contra- poder dentro del Ejecutivo, sino que dependiese de él absolutamente, tanto por el modo de nominación y cese de sus miembros, como, sobre todo, por su carácter consultivo y su consecuente incapacidad para actuar por sí mismo. El modelo en que se inspiró parece haber sido el del Jefe apoyado por su Estado Mayor, un modelo propio de la organización militar”<sup>455</sup>.

Y, en todo caso, tras su evolución a lo jurisdiccional se aprecia la desconfianza de las instituciones revolucionarias hacia los jueces y la necesidad de rodear de garantías la acción del poder que requería sostener y ampliar su apoyo social.

Se trataba de un consejo eminentemente técnico que ayudaba a Napoleón en todo aquello que desconocía para poder poner en práctica su visión política. Su prestigio fue creciendo y no pasó mucho tiempo para que, sin fundamento legal alguno, comenzar a acoger recursos contra la Administración hasta que en 1806 se crea la Sección del contencioso y con ello, el recurso por exceso de poder<sup>456</sup>; el gran creador del Derecho Administrativo francés, ya que, a través de decisiones objetivas, “marca los límites legales en los que la Administración puede actuar válidamente”<sup>457</sup>. Sin embargo, la jurisdicción permanecía retenida y permaneció hasta 1872 en que se le entrega la jurisdicción delegada<sup>458</sup>. Pero no fue, sino hasta el año 2000 en que, conforme a García de Enterría se selló el cambio de paradigma, cuando se regulan las medidas cautelares en materia administrativa y el Código de Justicia

---

<sup>455</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. 1996. El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904). *Documentación Administrativa*, 244-245, p. 91.

<sup>456</sup> Primero surge el de plena jurisdicción en que se sustituía patrimonialmente al juez. Pero fue el recurso de exceso de poder el que configuró el Derecho Administrativo Francés. Por todos ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007). *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?* (Thomson-Civitas, Ed.) (Primera). Pamplona: Editorial Aranzadi. 148 p

<sup>457</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2007., Ob. cit. p. 51.

<sup>458</sup> Aunque, como afirma García Álvarez “(...) durante el Primer Imperio se asentó la costumbre, que se mantuvo durante los diferentes regímenes, de que el Jefe del Estado firmase sin excepción los acuerdos del Consejo tomados en sede contenciosa. Los autores contemporáneos coinciden en afirmar que ninguna decisión de un asunto contencioso fue tomada en contra del dictamen del Consejo de Estado, aunque sí se conocen dos casos —uno bajo la Monarquía orleanista y otro durante el Segundo Imperio— en que la firma de la decisión fue retrasada varios años. En consecuencia, la jurisdicción retenida era más una convención constitucional que una realidad práctica”. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. 1996., Ob. cit. p. 94.

Administrativa, consagrándose la subjetividad del recurso de exceso de poder; de defensa de derechos subjetivos y por tanto no meramente anulatorio<sup>459</sup>.

Qué duda cabe, en la institucionalidad descrita desaparece o no parece encontrarse rastro alguno de la mirada del Antiguo Régimen; del viejo equilibrio entre diversos derechos colectivos o estamentales; de los consejos como asesores técnico-político, configuradores y limitadores de la actividad del ejecutivo. Pese a los cambios que sufrió el Consejo Francés, otorgándosele o quitándole potestades o variando su dependencia directa, lo cierto es que su vocación fue siempre de Tribunal. Y, aunque su relación con la judicatura tuvo sus desencuentros, el Consejo de Estado francés pudo imponerse. “El juez administrativo francés, cuando obtuvo la justicia delegada, es decir después de 1872, estaba destinado a sentar su competencia y a extenderla, y supo utilizar para esto, con gran habilidad, ciertos conceptos particularmente poco nítidos, maleables, como el de servicio público”<sup>460</sup>. A ello, hay que agregar el privilegio que permite sólo a la Administración reclamar ante el Tribunal de Conflictos para determinar el juez competente frente a una discrepancia. No es cualquier juez; es uno poderoso.

### 6.6.2. El Consejo de Estado italiano

Profundamente ligado a las monarquías: francesa y española, el Consejo Italiano encuentra sus orígenes especialmente en el Reino de Aragón por el vínculo de las provincias de Sicilia y Nápoles, a las que se incorporaría luego Milán, ya al Imperio. Era la época de los letrados. “El triunfo del derecho romano y la concepción de la justicia y el gobierno como una unidad favorecieron su inclusión en los consejos. Este fenómeno se sumó la creciente complejidad de la potestad del rey, que en el caso aragonés debía ajustar su gobierno al cumplimiento de leyes y costumbres que había jurado. El rey debía hacer cumplir la ley y gobernar de acuerdo con ella. La cual, sin embargo, no estaba recogida de forma ordenada y sistemática, y generalmente estaba formulada en un sentido vago y contradictorio, por lo que para gobernar era necesario el asesoramiento de expertos que la interpretasen”<sup>461</sup>.

En un principio se vio a italianos en la corte del Emperador pero Felipe II quien funda el Consejo de Italia en un proceso que va entre 1556 y 1575. Pero, como afirma Sánchez Navarro, “(...) los orígenes del actual *Consiglio* han de buscarse en el Consejo del mismo nombre creado en 1831 por el Rey Carlos Alberto en el que, con el tiempo, habría de convertirse en el «núcleo de la unidad italiana»: el reino de Piamonte-Cerdeña; (...) el Consejo de Estado «en los Estados Regios de tierra Firme»”<sup>462</sup> Originalmente, el Consejo piamontés era meramente consultivo pero, con una reforma acaecida en 1859 se le reducen

---

<sup>459</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. 1996., Op. cit. 147.

<sup>460</sup> MODERNE, Franck. 1999. Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. *La Revue Administrative*, 9, 23–30 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/40773371>> [consulta: 17 febrero 2017], p. 29.

<sup>461</sup> RIVERO RODRÍGUEZ, Manuel. 1989. El Consejo de Aragón y la fundación del Consejo de Italia. *Revista D'història Moderna*, 9, p. 64.

<sup>462</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. pp. 85-86.

esas competencias pero se le atribuye con el contencioso-administrativo y es con esas competencias que, en 1861, con la proclamación del Reino de Italia, devino en italiano. Está considerado en la Constitución, pero, como afirma Parejo Alfonso, no está regulado en forma acabada “(...) porque no se trata de un órgano constitucional, sino meramente de «relevancia constitucional», según expresión generalizada en la doctrina italiana”<sup>463</sup>.

El consejo italiano está consagrado en el artículo 100.1 de la Carta lo define como «órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la Administración». Sánchez Navarro advierte, sin embargo, que la preeminencia que se le da a lo jurídico ha llegado a poner en duda la función consultiva que la Constitución le reconoce<sup>464</sup>. Sin ir más lejos, el año 1997 una comisión bicameral sobre el Consejo de Estado y justicia administrativa propuso separar las funciones jurisdiccionales y consultivas, privándole de las últimas<sup>465</sup>. En todo caso, la propuesta no ha prosperado y actualmente el Consejo desarrolla la función a través de dictámenes facultativos cuando su solicitud es potestativa para la Administración; y preceptivos cuando es obligatorio. En este último caso, los dictámenes pueden ser vinculantes o no. Los supuestos vinculantes son excepcionales relacionados a materias de nacionalidad y ciudadanía. Parejo habla también de un dictamen parcialmente vinculante (“en el sentido de determinar una alteración de la competencia decisoria en caso de discrepancia con el mismo”), cuando se recurre al Presidente para no seguir la opinión del Consejo. Se trata de Un caso de dictamen preceptivo, pero sólo parcialmente vinculan “(...) una vía de impugnación de actos administrativos de cualesquiera Administración, del Estado o territorial, matriz o instrumental autónoma, alternativa a la vía jurisdiccional. (...) [L]a decisión del recurso debe producirse mediante Decreto del Presidente de la República a propuesta del Ministro competente, el cual, cuando pretenda proponer una decisión disconforme con el dictamen del Consejo de Estado, ha de someter el asunto a la deliberación del Consejo de Ministros.”<sup>466</sup> Semejante a la figura del Consejo de Estado español y a la insistencia chilena, como se vio.

Ahora bien, algo que ha caracterizado al Consejo de Estado italiano es su estabilidad y prudencia. Ha sido cuidadoso al ejercer sus potestades consultivas en materia de proyectos de ley y ha ganado cada vez más terreno en aquellas que dicen relación con los reglamentos que ejecutan leyes<sup>467</sup>.

Lo cierto es que, los tres consejos analizados, de orígenes más o menos comunes, muestran resultados distintos. El Consejo de Estado español, heredero del Consejo de Castilla muestra los vestigios del Antiguo Régimen en que surgió y, persistentemente, sea por la vía de la interpretación o la voluntad de cambio, busca desdoblarse en lo gubernativo y contencioso sin la intención de involucrarse en las tareas de la judicatura ni confundirse con ella. A cambio, el Consejo de Estado francés, aun habiendo nacido como una suerte de estado mayor imperial, muestra su vocación judicial a muy poco andar y más allá de las dificultades que

---

<sup>463</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. 1991., Ob. cit. p. 64.

<sup>464</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 91.

<sup>465</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. p. 101.

<sup>466</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. 1991., Ob. cit. p. 84.

<sup>467</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. 2007., Ob. cit. pp. 94 y ss.

pudo enfrentar y de la jurisdicción delegada que ejerció por mucho tiempo, persistió en su labor jurisdiccional-judicial configurando, a través de sus decisiones, las bases del derecho administrativo francés de gran influencia en el derecho continental europeo. El más joven, aunque con los mismos antepasados remotos del español, es el Consejo de Estado italiano. Este surge en medio de una situación relativamente consolidada entre sus pares, enfatizando en su función jurisdiccional-judicial, incluso más allá de la consultiva aunque, reforzando estas competencias en materia de reglamentos ejecutivos; demostrando con ello, como lo consultivo está muy cerca del control.

## 6.7. La influencia en Chile

### 6.7.1. La Real Audiencia

Es la influencia del Consejo español, específicamente el de Indias –siguiendo la imagen del Consejo de Castilla o Real– el que primero marca el camino de la evolución que la función jurisdiccional tendría en Chile. No se puede negar la influencia francesa post revolucionaria en América, especialmente en lo relativo a la separación de poderes, empero, no fue ese el concepto que sentó las bases del derecho público en Chile, sino la dualidad gubernativo-contencioso. Así se desprende también de las conclusiones, sobre la materia, han llegado, entre otros, Soto Kloss en sus “Apuntes para la historia de la administración indiana”<sup>468</sup> o Bernardino Bravo en su estudio “Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado Indiano”<sup>469</sup> o en “El Estado de Derecho en la historia de Chile”<sup>470</sup>; y más recientemente, Gabriel Bocksang en “El Nacimiento del Derecho Administrativo Patrio de Chile (1810-1860)”<sup>471</sup>.

Recuerda Soto K que la organización del Estado hispánico se basó en el sistema sinodial que primaba en el Antiguo Régimen y específicamente en España, donde destacaba un sistema de competencias (oficios) más que de órganos (oficinas).

“Al estar estructurada la organización sobre la base de oficios (y oficiales no funcionarios), ésta se concibe fundamentada en competencia y no funciones, lo que trae consigo que el oficial o el cuerpo colegial en su seno tenga competencias tanto de gobierno como de administración, de jurisdicción, de legislación, como

---

<sup>468</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 1975. Apuntes para la historia de la administración indiana en Chile. *Anuario de Derecho Administrativo*, 105–121.

<sup>469</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1981. Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado Indiano. *Revista Chilena de Historia Del Derecho*, N° 8, 73–92.

<sup>470</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1996. *El Estado de Derecho en la historia de Chile*. (E. U. C. de Chile, Ed.). Santiago. Refiriéndose al Estado Jurisdiccional afirma que se lo “(...) encuentra en América, desde la fundación del Estado indiano. Su nota distintiva es la juridicidad, entendida como sujeción de gobernantes y gobernados a un derecho, que es supraestatal. Es decir, a un derecho más amplio y flexible, pero también más primario e impreciso que el legislado, que la mera legalidad”, Ob. cit. p. 24.

<sup>471</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015. *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile* (Primera). Santiago: Thomson Reuters Aranzadi.

sucedía con el estudiado C.I, donde se concentran competencias para proponer los cuerpos normativos generales; para proponer los cuerpos normativos generales, para proponer las decisiones singulares en materia de gobierno administrativo y para proponer las decisiones jurisdiccionales en asuntos controvertidos entre partes”<sup>472</sup>.

Lo cierto es que, incluso, bien avanzada la evolución del derecho administrativo chileno, éste persistió en lo que Bocksang<sup>473</sup> rescata como “derecho de tradición”, manteniendo una multiplicidad de fuentes, e instituciones indianas que se expresaban a través de órganos que mutaron persistiendo en la dualidad gubernativa y jurisdiccional, hasta llegar a la Contraloría General de la República. La profesora Luz María Méndez ya había hablado de “la presencia de la tradición”, situándola entre los siglos XVI, XVII y XVIII en que distintos organismos administrativos, de justicia y gobierno, se fiscalizaban mutuamente expresando una suerte de equilibrio de poderes<sup>474</sup>.

La expresión local del Consejo se dio, con gran énfasis, en la Real Audiencia que mantenía el orden del Antiguo Régimen. De hecho, como destaca la profesora Pinto, “Fueron fundamentalmente órganos corporativos de la administración de justicia. Pero ejercieron al propio tiempo funciones de gobierno muy importantes, que en España no llegaron a desempeñar nunca”<sup>475</sup>. Enfocado en lo local Muñoz describe:

“La Real Audiencia en Chile no era un organismo exclusivamente jurisdiccional; tenía un papel destacado en materia de gobierno, actuando sus integrantes como consejeros del gobernante en virtud de atribuciones legales que les fueron tempranamente reconocidas. Las atribuciones consultivas de esta Audiencia forman una de sus características más significativas, otorgándole una gran visibilidad a esta institución”<sup>476</sup>.

En Chile, la primera Real Audiencia se crea en Valparaíso en 1565, “(...) con funciones ejecutivas y militares, además de las propias de carácter judicial y fiscalizador”<sup>477</sup>. En 1609 se crea la Real Audiencia de Santiago, también con facultades administrativas, jurisdiccionales y fiscalizadoras, a cargo del juicio de residencia y “Particular mención requiere el papel moderador jugado por la Audiencia frente al poder del Gobernador y en

---

<sup>472</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 1975., Ob. cit. p. 121.

<sup>473</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015. *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile* (Primera). Santiago: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 63 y ss.

<sup>474</sup> MENDEZ BELTRAN, Luz María. 1977. “La presencia de la tradición. 1689-1768”. En: PINTO, S., MENDEZ, L. M., y VERGARA, S. 1977. *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República, pp. 99 y ss.

<sup>475</sup> PINTO VALLEJOS, Sonia. 1977. “Los Siglos XVI y XVII, Marco General.” En: PINTO, S., MENDEZ, L. M., y Vergara, S. 1977. *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República. La autora cita a Ots Capdequí, p. 34.

<sup>476</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2010., Ob. cit. p. 217.

<sup>477</sup> PINTO VALLEJOS, S (1977). “Los Siglos XVI y XVII. La Capitanía General de Chile”, en PINTO, S., MENDEZ, L. M., & VERGARA, S. (1977). *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República. P 79.

beneficio de las libertades ciudadanas, asumiendo en ocasiones, de hecho o de Derecho, facultades de Audiencia Gobernadora”<sup>478</sup>.

El monarca español quería replicar el sistema en las indias, resaltando el papel de la Audiencia exigiendo que los gobernadores pidieran dictamen a los letrados. “(...) porque esto se acierte mejor quiero y mando que en los casos y cosas que se ofrecieren de gobierno, que sean de importancia, dicho gobernador las haya de tratar con los oidores de la dicha Audiencia, para que le den su parecer consultivamente”<sup>479</sup>.

Significativa es la descripción que hace Bernardino Bravo de la distribución arquitectónica de la plaza de armas de Santiago, centro del quehacer político y cultural del país:

“Chileno era el que se sabía gobernado desde Santiago, como peruano es que dependía de Lima. De esta suerte, este conjunto arquitectónico de la capital se transformó en un trasunto de la antigua constitución de Chile. Tal es el significado de la instalación de la Real Audiencia en 1609, cuya sede, obra del arquitecto chileno Juan José Goycolea, se alzó al centro del costado norte de la Plaza. Dominando la misma con su torre se alzaba orgullosamente entre el Palacio de los Presidentes (actual Correo Central) a un lado y al otro el del Cabildo o Municipalidad, simbolizaba la constitución jurisdiccional del reino: a un lado el presidente, que representa al rey; al otro el Cabildo, que representa al pueblo, y en medio, la Real Audiencia, que representa la justicia que debe reinar entre uno y otro”<sup>480</sup>.

Lo cierto es que en Chile fue porfiada la dualidad gubernativa y jurisdiccional, aún después de creados los tribunales de justicia.

Esa porfía de mantener la herencia del Antiguo Régimen en la realidad chilena, se vislumbra hasta hoy –como Explica Bravo Lira– en uno de los más importantes símbolos patrios: El Escudo Nacional cuyo lema sorprende: *Por la razón o la fuerza*. Hay quienes lo ven como símbolo del autoritarismo pero más bien responde al espíritu del Estado Jurisdiccional.

“El lema, que no es sino una versión castellana del latino *aut consiliis aut ense –o por consejos o por espada–* remite a los orígenes mismo del Estado de derecho en la Europa medieval. Desde sus principios aparece armado. Su símbolo es la espada de la justicia y su representante por excelencia, el rey justiciero, que empuña la espada para sustentar el derecho en las tierras y agentes de su señorío. Con ella contiene al malhechor y sostiene al desvalido. (...) Su razón de ser no es otra que hacer prevalecer el derecho sobre la violencia”<sup>481</sup>.

---

<sup>478</sup> PINTO VALLEJOS, Sonia. 1977., Ob. cit. p. 93.

<sup>479</sup> Relata BRAVO LIRA, Bernardino. 1996. *El Estado de Derecho en la historia de Chile*. (E. U. C. de Chile, Ed.). Santiago, p. 87.

<sup>480</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2016. *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011. cómo salió dos veces adelante* (Primera). Santiago: Origo Ediciones, pp. 21-22.

<sup>481</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1996. *El Estado de Derecho en la historia de Chile*. (E. U. C. de Chile, Ed.). Santiago, p. 16.

Lo que llegó a Chile fue la herencia del Antiguo Régimen y especialmente importantes, este aspecto, fueron la Contaduría Mayor y el Consejo de Estado chileno. El primero, con una larga evolución y bastante más importancia de la que su antecesor español nunca tuvo; y el segundo, de más corta historia, pero continuadora de su antecesor hispano.

Sin embargo, no eran los únicos.

### **6.7.2. Otros órganos**

Algunos órganos con funciones duales, aunque no necesariamente colegiados, fueron los alcaldes (no la municipalidad) que cumplieron funciones jurisdiccionales y administrativas reconocidas incluso en la primera ley de municipalidades de 1854. Es más, en esta ley se les reconocían funciones jurisdiccionales judiciales, ya que, como relata Bocksang, “(...) se desempeñaban como jueces de policía local, a menos que en la localidad hubiera jueces especiales de policía”<sup>482</sup>.

“Por otra parte, la Constitución provisoria [1818] contemplaba una jurisdicción administrativa radicada generalmente en primera instancia en el Gobernador Intendente, pero cuya segunda instancia variaba tratándose de distintos tipos de causas: (...)”<sup>483</sup>. Algunas eran vistas por la Cámara de apelaciones y otras por la Junta Superior de Hacienda.<sup>484</sup> Incluso la Junta de Gobierno, ejerció funciones jurisdiccionales cuando en 1811 resolvió la nulidad de una elección municipal, ya que “...no sería hasta 1849 en que esta materia se radicaría en un órgano específico, el Consejo de Estado”<sup>485</sup>.

### **6.7.3. La Contaduría Mayor**

Hacia el siglo XVIII la hacienda pública chilena era un caos, se había superado la función de control de la Real Audiencia, sin embargo, como se trataba de una hacienda pequeña, la Corona opta por crear un tribunal unipersonal de cuentas, -descartando los más comunes pluripersonales-; a cargo de un Contador Mayor, sustrayendo potestades a la Audiencia<sup>486</sup>, no sin alguna resistencia. Aun así, la Corona respaldó la institución, dotándola de más

---

<sup>482</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015., Ob. cit. p. 243.

<sup>483</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015., Ob. cit. 264.

<sup>484</sup> *Ibidem*.

<sup>485</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015., Ob. cit. p. 241.

<sup>486</sup> La Audiencia, en todo caso, conservó algunas potestades fiscalizadoras como el Juicio de Residencia al Intendente y otros funcionarios. MENDEZ BELTRAN, Luz María. 1977., Ob. cit. p. 193.

personal y entregándole importantes potestades, transformándose en el ente contralor por esencia, con tan amplias potestades que alcanzaba incluso a los particulares<sup>487</sup>.

La Contaduría Mayor de Cuentas tenía atribuciones consultivas, normativas y fiscalizadoras. Entre estas últimas se daba la doble denominación con que se la conocía: Contaduría y Tribunal de Cuentas. “Actuaba como Contaduría en todo aquello que se relacionara directa o indirectamente con los recursos reales; como Tribunal de Cuentas, cuando conocía jurisdiccionalmente, por la vía del proceso, de conflictos relativos a la administración financiera.” El Contador mayor concentraba todas las potestades en estas materias, desde la toma de razón hasta acabado el proceso<sup>488</sup>.

Tan importante era, que siguió funcionando bien entrada la formación de la república. De hecho, el gran cambio hacia 1818 radicó en que “el Tribunal de Cuentas ya no se llamará tribunal de Cuentas de la Contaduría Mayor, sino Tribunal de Cuentas del Estado”<sup>489</sup>. Aun cuando continuaba con su dualidad de Contaduría Mayor y Tribunal, manteniendo sus potestades.

Hacia fines de la independencia, invocando –entre otros argumentos- la separación de poderes, se cambió el esquema hasta entonces existente, creándose nuevos organismos que asumieron las potestades existentes. Sin embargo, en 1839 y tras apreciarse una desorganización, se vuelve a una Contaduría Mayor y a un Tribunal Superior de Cuentas<sup>490</sup>. La Contaduría mayor, pasará a ser luego la Dirección de Contabilidad que, junto al Tribunal, en 1927 se integrarán en la Contraloría General de la República.

Cabe destacar, como lo hace Bocksang, “(...) que las sentencias emitidas por el Contador Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas eran consideradas como propiamente jurisdiccionales, y adquirirían fuerza y autoridad de cosa juzgada, frente a cualquier tribunal de la República, incluida la Corte Suprema”<sup>491</sup>. Grande, en este sentido fue también la influencia del Fiscal, Valentín Letelier que, entre 1891 y 1918 desempeñó un impecable papel en el Tribunal de Cuentas. Sus dictámenes hicieron historia, como aquel en que aclaró enfático que los funcionarios no se regían por el derecho civil, equiparando las garantías de los mismos, tanto en la remoción como en la suspensión<sup>492</sup>.

---

<sup>487</sup> MENDEZ BELTRAN, Luz María. 1977., Ob. cit. p. 145.

<sup>488</sup> MENDEZ BELTRAN, Luz María. 1977., Ob. cit. p. 165.

<sup>489</sup> VERGARA QUIROZ, Sergio. 1977. “De la Independencia a la República Autoritaria. 1810-1830”. En: PINTO, S., MENDEZ, L. M., y VERGARA, S. 1977. *Antecedentes Históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República, p. 201.

<sup>490</sup> Ob. cit. pp. 217 y ss.

<sup>491</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015. *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile* (Primera). Santiago: Thomson Reuters Aranzadi, p. 308.

<sup>492</sup> En HEISE GONZÁLEZ, Julio. 1974. *Historia de Chile. El período parlamentario 1861-1925* (Primera). Santiago: Editorial Andrés Bello, p. 312.

#### 6.7.4. El Consejo de Estado chileno

La primera expresión del Consejo de Estado chileno, se da en el *Plan de Hacienda y de Administración Pública* de O'Higgins en 1817 con el nombre de Supremo Consejo de Estado. Es curioso:

“El Supremo Consejo de Estado y de Justicia creado por este documento es particularmente interesante en cuanto institución de «transición histórica», por cuanto en él se confunden de manera extrema las funciones consultivas, gubernativas y jurisdiccionales. Si bien la técnica legislativa empleada distingue nítidamente la existencia de aquellas funciones, ella ignora la ya conocida a esas alturas de la división de poderes, depositando todas aquellas funciones en un mismo órgano”<sup>493</sup>.

Sin embargo, el propio *Plan de Hacienda* recogía en su artículo 138 una disposición, claramente antecesora del actual artículo 76 de la Constitución, invocada como mandato de separación de poderes. Señalaba la norma de 1817: “El Gobierno se desprende del poder judicial. Ningún ciudadano podrá ser juzgado sino por los Tribunales de Justicia, legalmente establecidos. Las providencias del Gobierno en estas materias podrán ser económicas o precautorias Pero una sentencia definitiva en que se decida de la vida, hacienda o libertad del ciudadano en particular, sólo corresponde a los Tribunales de Justicia”<sup>494</sup>. A cambio, el mismo documento, junto con otorgar la amplitud de potestades al Consejo, incluso establecía que una vez a la semana fuera presidido por el Jefe de Gobierno<sup>495</sup>.

Sin embargo, esta iniciativa no prosperó. La Consagración de este órgano se dará solo en la Constitución de 1823, básicamente con funciones consultivas<sup>496</sup>.

Poco se ha escrito respecto de este consejo<sup>497</sup>. Se suele creer que Egaña habría tenido en mente a su homónimo francés cuando lo incluyó en la Constitución moralista de 1823. Coincidimos con Muñoz<sup>498</sup> en que este más bien vino a llenar el vacío que dejó la Real

---

<sup>493</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2010., Ob. cit. p. 218.

<sup>494</sup> “Plan de Hacienda y de Administración Pública (1817)”, *Revista de Derecho Público* N° 23, 1978, pp. 43-62.

<sup>495</sup> *Ibidem*. Art. 128.

<sup>496</sup> El artículo 28 de la Constitución de 1823 disponía: “Habrá un Consejo de Estado compuesto de dos Ministros de la Suprema Corte de Justicia, una dignidad eclesiástica, un jefe militar, un Inspector de rentas fiscales y los dos Directores sedentarios de economía nacional; todos sin más gratificación que las rentas de sus destinos. Los ex – Directores son miembros natos de este Consejo.”. Constitución Política del Estado de Chile, Promulgada en 29 de diciembre de 1823 [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202>> [consulta: 28 marzo 2017].

<sup>497</sup> Fernando Muñoz y Rodrigo Escobar, han tratado con bastante profundidad el tema. Este último, eso sí, advierte en su trabajo que solo existen textos de MONTT, Manuel, Personal del Consejo de Estado 1833-1874, en *RChHG*. 123 (1955) y GUZMÁN, Alejandro, *Portales y el derecho* (Editorial Universitaria, 1988), pp. 109 ss. Del año 1904 se encuentran en la Biblioteca Nacional de Santiago de Chile dos trabajos de Manuel Oyarzún: El Consejo de Estado (memoria de prueba) y El Consejo de Estado: su marcha a través de la historia, ¿es necesaria su existencia?, que desgraciadamente no se encuentran a disposición del público.

<sup>498</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2010., Ob. cit. p. 216.

Audiencia en materia consultiva general, ya que lo jurisdiccional pasó a la Corte Suprema, y lo consultivo especial en materia de hacienda, lo tenía la Contaduría Mayor.

Pero, al igual que la Constitución de 1823, no duró mucho<sup>499</sup> y la Constitución de 1828 no consideró la institución que sólo viene a revivir en 1833.

Escobar Rodríguez concluye que fueron tres las funciones principales para las que se creó el Consejo en la Constitución del 33, marcando su peculiaridad. Estas habrían sido:

“I) (...) coartar la libre acción del ejecutivo, obligándole a proceder con su acuerdo o aprobación para adoptar ciertas medidas o para poner en ejercicio determinadas atribuciones; II)...[Ser] instrumento conciliador de intereses políticos y jurídicos entre el grupo dominante en su seno, y el Poder Ejecutivo; III)...[Ser] un ente servidor del Presidente de la República, más específicamente de un instrumento de gobierno, desde el momento en que sus integrantes son designados por él mismo, y en el cual asume su presidencia, lo que le permitió invadir el campo de acción de los otros poderes públicos”<sup>500</sup>.

Sin ir más lejos, para Bernardino Bravo, la existencia del Consejo fue clave en la preeminencia presidencial en la institucionalidad chilena. “Se trata de un cuerpo permanente de personas entendidas que asiste al Presidente, al igual que al emperador del Brasil, en el ejercicio de sus poderes: desde el nombramiento de los servidores del Estado y la presentación de las dignidades eclesiásticas hasta la resolución de los asuntos de Estado. (...)”<sup>501</sup>.

Y es un antecedente del contencioso, o de la Contraloría<sup>502</sup> –según se mire– ya que, como apuntaba Lastarria en 1848, “También debe tener intervención en aquellas reclamaciones o demandas que se promuevan sobre los actos de la administración, i cuya decisión corresponde al gobierno i no al poder judicial (...)”<sup>503</sup>.

Bocksang, sin embargo, citando una expresión utilizada por el profesor Soto Kloss, lo llega a denominar como una especie de “injerto extranjerizante” ya que intentaría imitar de alguna forma a su homónimo francés; aunque reconoce que las atribuciones jurisdiccionales que tenía el Consejo eran bien específicas, las que –en todo caso– debían ventilarse en “juicio formal”<sup>504</sup>. Lo cierto es que, vista la evolución institucional chilena, más bien parece una insistencia más de la porfía dual en la generación de las instituciones chilenas que, más bien

---

<sup>499</sup> Fue derogada en 1825 sin haber entrado nunca en vigencia.

<sup>500</sup> ESCOBAR RODRÍGUEZ, Rodrigo. 2004. El Consejo de Estado y la declaración de Estado de Sitio en la Constitución de 1833 (1833-1837). *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 157–178, p. 160.

<sup>501</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1996. Ob. cit. p. 98.

<sup>502</sup> La discusión sobre si fue o no un antecedente del contencioso, se verá con más profundidad cuando se aborde la inexistencia de tribunales del contencioso administrativo general.

<sup>503</sup> LASTARRIA, José Victorino. 1982. Elementos de Derecho Público Constitucional, Segunda edición, Imprenta chilena, 1848. In *Los Tribunales Contencioso Administrativos*, pp. 17–18.

<sup>504</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015., Op. cit. pp. 291 y ss.

parecen haber preferido la herencia española que la modernidad francesa especialmente expresada en la división de poderes.

De hecho, su composición, regulada en el artículo 102 de la Constitución de 1833, mostraba ya una cierta indiferencia con el principio de división de poderes: “Habrá un Consejo de Estado presidido por el Presidente de la República. Se compondrá: de los Ministros del Despacho; de dos miembros de las Cortes Superiores de Justicia; de un Eclesiástico constituido en dignidad; de un general de ejército o de armada; de un jefe de alguna oficina de hacienda; de dos individuos que hayan servido los destinos de Ministros del Despacho, o ministros diplomáticos; de dos individuos que hayan desempeñado los cargos de Intendentes, Gobernadores o miembros de las municipalidades”. Y pese a que no estaba escrito, el Jefe de Gobierno entrante nombraba en el Consejo a su antecesor, además ejercía jurisdicción en materia de contratos con el Estado y entendía de materias litigiosas de patronato<sup>505</sup>.

Sin embargo, las reformas constitucionales de 1874 –como admitir el nombramiento de consejeros por el Senado y la Cámara de Diputados– alejaron al Consejo del Presidente<sup>506</sup>. En efecto, hasta la reforma, el Consejo –integrado por autoridades de diverso orden– asesoraban al Jefe del Estado en Forma independiente de los partidos y del congreso.

“Ahora en cambio el Presidente pasa a estar a merced de las presiones de los partidos políticos a través de los representantes del congreso en el Consejo de Estado. De este modo los partidos adquieren un instrumento para mediatizar el poder presidencial. Ahora pueden presionar al Presidente, impulsándolo a ejercer de una determinada manera sus prerrogativas y, en especial, las de nombramiento no sólo de todos los cargos de la administración, sino también de la intervención que tiene el presidente en la designación de los magistrados de los Tribunales de Justicia y en la presentación de las dignidades eclesiásticas. Todo empieza a quedar mediatizado por los partidos mayoritarios del congreso (...)”<sup>507</sup>.

El Consejo de Estado fue consultado en la redacción de la Constitución de 1925 pero no fue considerado en su contenido; lo que no es de extrañar al haber perdido su sentido. Muñoz cita al comisionado Juan Guillermo Guerra que, interviniendo en la subcomisión de reforma constitucional en 1925, afirmaba “(...) que uno de los hitos en el proceso de confusión de poderes que caracterizara al parlamentarismo chileno fue que «(s)e empezó por darles entrada (a los Parlamentarios) en el Consejo de Estado, corporación esencialmente administrativa, destinada por la Constitución del 33 a asesorar al Presidente de la República, independientemente de toda función o influencia legislativas»”<sup>508</sup>.

---

<sup>505</sup> CORDERO TORRES, José María. 1944., Op. cit. p. 160.

<sup>506</sup> Reforma de 1874.

<sup>507</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1986. Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica, Editorial Jurídica de Chile, p. 208.

<sup>508</sup> MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2010., Ob. cit. p. 226.

Así, la institución se había alejado completamente de sus orígenes más remotos y aunque acumulaba potestades, éstas tenían más bien que ver con el espíritu de orden que inspiró a la Constitución del 33 con disposiciones cuestionadas y criticadas por su dudosa legitimidad; como la que permitía al Presidente declarar el Estado de Sitio, con acuerdo del Consejo de Estado.

Hubo un par de intentos más por revivir al Consejo, sin éxito, hasta 1975 cuando en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución creada en el marco de la dictadura militar instalada a partir del Golpe de Estado de 1973, se comienza a discutir la creación de un nuevo Consejo de Estado. Pero, se trataba de un enclave autoritario que debía estar destinado al apoyo del General Augusto Pinochet en una situación irregular, en que sólo el Poder Judicial no se había disuelto. En efecto, tal como se dejó constancia en las actas de la CENC, “(...) se estimó que era necesaria la creación de un Consejo de Estado en esta etapa de la evolución institucional, porque, dada la complejidad de los problemas de la hora actual y no existiendo un Senado de la República al cual pudiera solicitarse dictamen, sería conveniente que el Presidente de la República pudiera recurrir a un organismo consultivo, de la más alta jerarquía y de la más amplia representatividad”<sup>509</sup>. El proyecto se concretó en el Acta N° 1 de 1976<sup>510</sup> y cumplió funciones hasta el 11 de marzo de 1990, cuando comenzó a funcionar el nuevo Senado.

La Constitución de 1980 no lo incluyó pero, tampoco hacía falta. Se consideraba un Senado, un Poder Judicial y a la Contraloría General de la República.

El propio Consejo de Estado creado por el Acta N° 1 de 1976 resuelve en 1979, la no inclusión en la nueva Carta Fundamental del Consejo. En acta de la sesión 73, se analizó la materia citándose nuevamente a José Guillermo Guerra explicando los motivos por los que desprestigiaron al antiguo consejo cuando se politizó y comenzó a intervenir en los nombramientos judiciales. En la sesión fue importante la opinión expresada por Julio Philippi quien, examina “(...) las funciones del Consejo de Estado, tal como las establecía la Constitución de 1833, y llega a la conclusión de que de (sic.) todas ellas están obsoletas, afirmación que acota el señor Presidente, recordando que precisamente por esa razón el Presidente Arturo Alessandri suprimió el mencionado organismo, aparte de que, además, solo servía para estorbar gravemente el ejercicio de las funciones presidenciales”. Y añade el acta: “El señor Presidente informa enseguida que ha conversado largamente con el Presidente de la República, a quien le ha representado la situación poco airosa en que se coloca el Consejo de Estado, habida cuenta de que, pese a ser, según el Acta Constitucional que lo creó, el máximo organismo consultivo del Primer Mandatario y en consecuencia la

---

<sup>509</sup> Sesión 165ª, 11 noviembre de 1975, p. 4.

<sup>510</sup> Estaba integrado por Jorge Alessandri y Gabriel González Videla en calidad de ex Presidentes de la República (Eduardo Frei Montalva se negó a formar parte de dicho órgano), y contaba además con un ex Presidente de la Corte Suprema, un ex Contralor General de la República, un ex Comandante en Jefe del Ejército, un ex Comandante en Jefe de la Armada, un ex Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, un ex General Director de Carabineros, un ex Ministro de Estado, y un ex diplomático. Este Consejo de Estado cumplió un importante papel en la elaboración de la Constitución informando las propuestas de la CENC.

última instancia revisora e informativa previa a una decisión de aquél, en el hecho sus dictámenes han ido a parar a otras comisiones o simplemente han sido archivados”<sup>511</sup>.

Los dos últimos Consejos de Estado decaen cuando pierden el sentido y espíritu que les había dado forma a partir de los órganos que los habían antecedido. En efecto, como dice Muñoz, la evolución desde la Real Audiencia hasta el Consejo de Estado no sugiere que una se haya creado para reemplazar a otra. Muñoz atribuye esta evolución a un discurso constitucional autoritario. No entraremos en ello, empero, coincidimos con la existencia de un camino que parece insistir en mantener ciertas instituciones o parte de ellas. Aquí se habla de huella genética, no de una genética directa.

Si revisamos los antecedentes de los Consejos desde el Antiguo Régimen, no es difícil identificar las características de estos cuerpos consultivos y jurisdiccionales (aunque no judiciales) en el órgano Contralor, que en Chile no se llama Consejo ni Contaduría porque la Contraloría no sólo expresa la huella genética de los consejos y del Contador Mayor, sino que además cuenta con aún más potestades. Así, no resulta tan extraño que la Contraloría comenzara a resolver controversias con toda naturalidad porque la jurisdicción, tal como se trajo desde la vieja España, también era ejercida por la Administración; no la activa, la consultiva o de control; sin interferir en la función de los tribunales a menos que, como en Francia o Italia, derivaran en tribunal. Más bien, en “el tribunal de lo contencioso-administrativo”. En Chile, en cambio nunca se crearon los tribunales del contencioso administrativo general pese a que las constituciones de 1925 y 1980 convocaban a su creación. En 1989 la promesa salió de la Carta y se entendió que los Tribunales ordinarios tenían competencia para ver los asuntos contenciosos. Pero, para entonces ya había una institución que los estaba resolviendo y sigue haciéndolo.

---

<sup>511</sup> Acta de la septuagésima tercera (73a.) Sesión celebrada el 15 de mayo de 1979. Consejo de Estado.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **ESTALLAN LOS CONFLICTOS DE PODER**

#### **1. Ideas preliminares**

Como se aprecia hasta ahora, el concepto de Jurisdicción se desarrolló en el seno del derecho público y evolucionó, en todo caso, de la mano del ejecutivo como límite al poder. Desde esa perspectiva tendríamos que admitir que en sus orígenes la jurisdicción fue administrativa. Pero, claro, la concepción del Ejecutivo era contencioso gubernativa y, como también se dijo, los conceptos e instituciones evolucionan en la línea del tiempo y de los acontecimientos.

En la línea del tiempo se puede apreciar la creciente importancia que se otorga a la independencia/imparcialidad y a las garantías procedimentales. En la de los acontecimientos hay que advertir tres hechos clave en la definición funcional de la resolución de conflictos con las autoridades:

1. La institucionalización de la judicatura
2. La promesa incumplida de crear Tribunales del Contencioso Administrativo
3. El papel que ha cumplido la Contraloría General de la República resolviendo controversias

El presente capítulo pretende abordar estos hitos fundamentales para comprender la evolución que el concepto de jurisdicción ha sufrido en nuestro país, así como la dimensión horizontal en su desarrollo apuntando al debido proceso, la independencia y certeza en el juzgamiento. Se advierte, eso sí, que no se pretende profundizar en la evolución que dio lugar al Poder Judicial que daría pie a otro estudio, especialmente debido a la poca bibliografía existente sobre la materia.

#### **2. La judicatura surge débilmente**

##### **2.1. Desde la fortaleza de la Audiencia hasta la Constitución**

Los diversos tribunales existentes en la colonia, buena parte de ellos duales contencioso administrativos, se encontraban bajo el alero de la Real Audiencia que, como explica Bernardino Bravo "(...) no se limita a administrar justicia entre partes en materia civil y

criminal, como los tribunales del Estado constitucional. Su primera razón de ser, es amparar a los gobernados frente a los gobernantes”<sup>512</sup>.

La Segunda Partida precisa que “(...) el emperador es vicario de Dios en el imperio para hacer justicia en lo temporal, bien así, como lo es el papa en lo espiritual” (Título 1, Ley 1) y agregan: “...debe tener hombres señalados y sabios y entendidos y leales y verdaderos que le ayuden y le sirvan de hecho en aquellas cosas que son menester para su consejo y para hacer justicia y derecho a la gente, pues él solo no podría ver ni librar todas las cosas” (Título 1, Ley 3).

La Real Audiencia en las indias, se erige como un cuerpo consultivo-gubernativo y jurisdiccional, mostrando –eso sí– una diferencia con la realidad europea en cuanto al comienzo de la independización de la función jurisdicción. Bernardino Bravo explica que “(...) si la audiencia, supremo tribunal en su distrito, representa la real persona para lo tocante a la justicia conmutativa, el virrey «gobernador de más alto porte», con mando político militar, la representa en lo tocante a la justicia distributiva”<sup>513</sup>. Se advertía así, en forma más precisa que en España, el gobierno del consejo, lo que permite entender la distinción que se haría luego al crearse, a partir de la Real Audiencia, el germen de lo que se organizaría como Poder Judicial.

Las decisiones de la Real Audiencia eran apelables ante el Consejo de Indias en España (que luego se transformaría en el Consejo de Estado) que, conforme a Carocca<sup>514</sup>, constituiría la inspiración de la Corte Suprema. Pero, lo cierto es que –como el mismo lo advierte– Chile estaba muy lejos y era muy pobre como para elevar en apelación al monarca sus asuntos. Lo cierto es que tanto la Real Audiencia como el Consejo de Indias y luego, el Consejo Real eran órganos administrativos-gubernamentales con facultades jurisdiccionales y no al revés.

La Real Audiencia representaba al Rey en las colonias pero, su mayor poder radicaba en la jurisdicción, sobresaliendo en Chile, más que en otras colonias, porque la guerra mantenía alejado al presidente militar:

“Los conflictos menudeaban y, casi infaliblemente, van a parar a la Audiencia. A ella acuden todos, no sólo dentro del reino, sino el propio rey. En medio de la pluralidad de poderes propia de la constitución jurisdiccional, cada una con su área de acción propia, compete a la Audiencia declarar, según derecho y parecer de letrados, hasta qué punto hay en cada uso o abuso de poder. En eso parece anticipar a los tribunales que hoy declaran la ilegalidad o inconstitucionalidad de determinadas actuaciones. Por esta vía se cautela el honor, la vida y hacienda de las personas, la órbita jurisdiccional de los distintos poderes (...). Además, en

---

<sup>512</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1938. *Por La Razón O La Fuerza. El Estado de Derecho En La Historia de Chile*. Primera. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 25.

<sup>513</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011. *Anales de La Judicatura Chilena. Volumen I*. Primera. Santiago: Poder Judicial. República de Chile, p. 19.

<sup>514</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex “La Corte Suprema Y Sus Competencias En Chile Reflexiones Sobre Las Funciones De La Corte Suprema.” *Ius Et Praxis Universidad De Talca*, 1998.

virtud de su papel consultivo le corresponde hacer ver al rey y al Presidente el acierto o desacierto de medidas de gobierno...”<sup>515</sup>.

Bernardino Bravo tiende a ver en la Audiencia más a un tribunal que a un órgano administrativo ejerciendo jurisdicción, no obstante, es así como surge tanto la institución como la función.

Sin ir más lejos, precisamente para reforzar lo jurisdiccional en manos de la Administración, en 1776 se nombra un regente de la audiencia que velaría por los recursos contra el gobierno. Permaneció vigente el cargo de presidente de la Audiencia ahora acompañado del regente.

En la misma línea, en 1778 se prohibió a las máximas autoridades (Virrey o gobernador) consultar a la Audiencia en materias que podían caer en apelación ante ella. Lo que —explica Bravo Lira— “(...) perjudicó el otro papel de la Audiencia como cuerpo consultivo. En consecuencia se dejó sin efecto en 1782”<sup>516</sup>.

Pero por muchos esfuerzos que se hicieran para separar lo contencioso de lo gubernativo, este seguía confundándose, al punto que en “1806 la cédula de 29 de agosto determinó que en adelante correspondía al Presidente decidir si una cosa era de gobierno o de justicia (...)”<sup>517</sup>. La audiencia se tomaba en serio su rol jurisdiccional en lo contencioso, al punto que llegó a reconocer responsabilidad objetiva del Estado frente a un daño injusto e incluso recomendó el alejamiento de un Presidente en ejercicio para evitar su destitución en un cabildo abierto<sup>518</sup>.

Con la ilustración, sin embargo, se enfatiza la atención en la Administración que buscaba más el bienestar que la justicia, relegando a un segundo plano el gobierno por consejo y los recursos contra el gobierno.

En efecto, con el tiempo, el gobierno de consejo se fue transformando en uno de ministerios, aunque eso no terminó con el binomio Presidente-Audiencia, sino más bien lo reforzó hasta la disolución de la Audiencia en 1817.

## **2.2. Los esfuerzos por lograr identidad**

Ya se vio<sup>519</sup> que fue el Consejo de Estado el que recogió parte de las potestades contenciosas gubernativas y consultivas que tenía la Real Audiencia, mientras que otra porción potestativa jurisdiccional continuó en la Cámara de Apelaciones, creada el 13 de mayo de 1817, cuando la Junta de Gobierno disolvió a su antecesora. Poco duró este tribunal que el mismo año se transforma en el Supremo Tribunal Judicial.

---

<sup>515</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011., Ob. cit. p. 25.

<sup>516</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011., Ob. cit. p. 39.

<sup>517</sup> *Ibíd.*

<sup>518</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011., Ob. cit. p. 40.

<sup>519</sup> II. E. 7.

Bravo Lira, observa en esta nueva configuración la disolución del vínculo Audiencia-Presidente pero éste –que se traduce en contencioso gubernativo- persistió en otros órganos como el Consejo de Estado, los gobernadores o el Juez de Indios. Sin embargo, hay que reconocer que se trató de un hito.

“En nombre de la separación de poderes se amputaron a la judicatura sus competencias en materia de gobierno. Desmantelando así el binomio Audiencia-Presidente se inauguró *de facto* en el mundo hispánico, la época monocrática que dura hasta el presente”<sup>520</sup>.

Lo cierto, es que con el constitucionalismo el asunto se da al revés, es al Ejecutivo-Administración al que se quitan algunas facultades jurisdiccionales que se radican en el Poder Judicial que, en Chile, comienza a estructurarse con la Constitución de Juan Egaña y que, precisamente, por desvincularse de lo gubernativo adquiere el principal atributo que – más tarde– pasara a definir a este poder: La independencia. Independencia del Ejecutivo y del Legislativo.

Como explica Becerra, el diseño apuntaba a que la decisión judicial se independice de la voluntad del Ejecutivo y Legislativo,

“(…) de modo tal que no resulta admisible el reenvío de un asunto pendiente al poder legislativo para que éste proporcione la interpretación «correcta» de un precepto legal aplicable a dicho asunto pendiente, al modo que ocurría en las primeras etapas del órgano casacional francés”<sup>521</sup>.

Nuevamente se observa la influencia gala en el planteamiento del diseño contencioso, especialmente en las elites intelectuales de la época.

De hecho, hay autores como Carocca que estiman que las alusiones a eventuales Consejos, como la referencia a un “Supremo Consejo de la Nación” en el Reglamento Provisional de la Junta Gubernativa de 1810, o la alusión a los Tribunales de Justicia en 1811; o la referencia al “Supremo Consejo de Estado” en el Plan de Hacienda y de Administración Pública, de 1817; serían antecedentes de un Poder Judicial encabezado por un Tribunal Supremo<sup>522</sup>. No obstante, agrega el autor:

“(…) la característica esencial de todas estas primeras menciones, sin perjuicio de que fueron progresivamente perfeccionándose, es que en el fondo, constituían fundamentalmente actos de connotación política, más que genuinas regulaciones destinadas a dar vida a tal tribunal [la Corte Suprema], lo que se comprueba porque de hecho no se instaló”<sup>523</sup>.

Lo cierto es que todos eran ensayos influenciados por la ilustración como se desprende al énfasis en la separación de poderes consagrada en el reglamento de 1811. Pero, la verdad,

---

<sup>520</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011., Ob. cit. p. 46.

<sup>521</sup> BECERRA POBLETE, Pablo. 2017. *El Rol de La Corte Suprema*. Primera. Santiago: Ediciones Der, p. 12.

<sup>522</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. 1998.; Ob.cit. pp. 191 y ss.

<sup>523</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. 1998., Ob. cit. p. 192.

las reales menciones expresas a los orígenes del Poder Judicial aparecen en la Constitución de 1818 y en 1822 donde se habla del Poder Judicial y los Tribunales de Justicia.

Fue la Carta de 1823 la que otorga la configuración que hoy tiene el Poder Judicial bajo la jerarquía de la Corte Suprema., pasando por la Corte de Apelaciones y, en la base, los tribunales ordinarios, cuestión que fue reforzada luego con la dictación de la Ley Orgánica de Tribunales en 1975.

Sin embargo, la instalación de la Corte Suprema fue con escasa publicidad y, lo cierto es que, la Corte de Apelaciones seguía apareciendo como máximo tribunal pese a la importancia que se otorgaba al supremo tribunal.

El título XII de la Constitución se refería al Poder Judicial con las respectivas garantías procedimentales y el título XIII se dedicaba a la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 148 describía la posición que este tribunal iba a mantener pese a la precariedad constitucional de la época. Decía: “Tiene la Suprema Corte la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial, sobre los tribunales y juzgados de la Nación. Tiene también la de la policía criminal conforme al reglamento que se formará sobre estas atribuciones”.

Las atribuciones de la Corte no eran pocas<sup>524</sup> y, entre ellas, destacaba el contencioso pese a la existencia, a la fecha, del Consejo de Estado que también ejercía potestades contencioso administrativas<sup>525</sup>.

Conforme al numeral primero del artículo 146, la Corte tenía como atribución “Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”. Luego, la Constitución de 1828 concentraría la estructura del Poder Judicial en el Capítulo IX, otorgándole una orgánica claramente definida en jerarquías, encabezada por la Corte Suprema. Pero, como sus antecesoras, esta Carta tampoco duro y la siguiente, la conservadora Constitución de 1833 iba a dejar fuera a este naciente poder, disminuyendolo pero, ciertamente, sin terminar con él. Y, con el tiempo, iba a retornar a su sitio aún con más fuerza.

---

<sup>524</sup> “Art. 146. *Sus atribuciones son:*

- 1.a *Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales*
- 2.a *Conocer de las nulidades de sentencias de las Cortes de Apelaciones, en el único caso y forma que señala la Constitución.*
- 3.a *Conocer en las materias judiciales que permite el derecho natural y de gentes, en los negocios de Embajadores y de otros Ministros diplomáticos*
- 4.a *En las materias de jurisdicción local, y otras de los diocesanos y altas dignidades eclesiásticas que, según las leyes, regalías, patronato e independencia nacional, pertenecen a la soberanía judicial de la Nación.*
- 5.a *En las causas civiles y criminales del Supremo Director, de los Senadores, de los Ministros y Consejeros de Estado, y de los Ministros de las Cortes de Apelaciones.*
- 6.a *En las residencias de todo jefe de administración general o gobierno departamental.*
- 7.a *En las causas de patronato nacional.*
- 8.a *En los recursos de fuerza en toda la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de la capital.*
- 9.a *En las competencias entre tribunales superiores”.*

<sup>525</sup> Ver supra II. B.

### 2.3. La Corte cae del pedestal constitucional y se debilita

La Suprema Corte y la estructura como Poder Judicial cayó desde el pedestal constitucional sin volver a retomarlos sino hasta 1925 debilitándose en su fundamento normativo. Además, como nos recuerda Bravo Lira, fue el propio constitucionalismo el que redujo su poder.

“La ley de tribunales redujo en 1876 su competencia a los asuntos civiles y criminales”. Le amputó de una plumada esa otra competencia para proteger a los gobernados frente a los gobernantes, que ejercía desde el siglo XVI y que, perfeccionada bajo el absolutismo ilustrado, subsistió hasta 1823”<sup>526</sup>.

#### 2.3.1. La Carta de 1833: una Constitución que conserva y confunde

La doctrina ha sido prolífica al calificar de conservadora a la Constitución de 1833. Eso sí, esa mirada generalmente tiene el tinte político que –lógicamente- acompaña a la mirada constitucionista.

No sorprende entonces que Alberdi catalogara a la Carta del 33 “un precipitado normativo fundamental de los intereses de las clases dominantes heredadas del viejo orden indiano colonial, frente a un raquíctico liberalismo.”<sup>527</sup> En efecto, por robusto que estuviera el liberalismo en Europa, en estas tierras era “raquíctico” y cuando la realidad no se ajusta a las ideas, nada bueno acontece, como explicaba Alberto Edwards, refiriéndose al desajuste de la Constitución del 28 con la realidad del país; cuestión que quedó clara en la solicitud de Cabildo para la reforma:

“Siempre que las instituciones (...) no están en armonía con las ideas, sucede uno de estos dos males necesarios: la anarquía o el despotismo, porque debilitada la acción del poder por la reacción continua, cede al desorden, o irritado por la resistencia, subroga las medidas arbitrarias a las disposiciones legales. O en otros términos, si la ley no arma al poder, o éste cede ante la anarquía, o para mantener el orden, atropella a la ley”<sup>528</sup>.

Y lo que hizo la Constitución del 33 fue, precisamente, intentar llevar a la norma fundamental la realidad chilena y en ella más bien persistía la existencia de órganos duales más que un Poder Judicial incipiente. En el texto, el asunto resultaba incluso confuso ya que

---

<sup>526</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1938. *Por La Razón O La Fuerza. El Estado de Derecho En La Historia de Chile*. Primera. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 34.

<sup>527</sup> ZUÑIGA, Francisco. “Constitución Conservadora Chilena De 1833 Y La Visión De Alberdi.” *Revista de Derecho Político* VI, no. 78 (2010): 377–397.

<sup>528</sup> CAMPOS HARRIET, Fernando. 1956. *Historia Constitucional de Chile*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0053243.pdf>> [consulta: 13 junio 2017], p. 461.

se consagraba la existencia de un Consejo de Estado que ejercía jurisdicción contenciosa administrativa y con potestades para decidir en contiendas entre las autoridades administrativas y los tribunales de justicia.

A su turno, desaparece el concepto de Poder Judicial y a cambio en el Capítulo VIII se habla de “De la administración de justicia”, dejando a la ley la creación de tribunales y la creación de un Tribunal Superior; es decir, de una Corte Suprema.

En el texto, resultaba bastante más imponente el Consejo de Estado que se regulaba en el Capítulo VII “Del Presidente de la República” lo que parecía dejar claro que era éste el legítimo heredero de la Real Audiencia.

De allí, también, que no resulte extraño que, en el año 1859, el profesor Santiago Puga explicara en el Instituto Nacional que:

“La autoridad judicial no es un poder distinto del ejecutivo, sino una parte de él; pero organizado de una manera diversa i conveniente para ofrecer firmes garantías al derecho de los particulares”<sup>529</sup>.

Así en los hechos porfiaba persistente la huella del Antiguo Régimen más que del joven liberalismo, lo que –ciertamente- debilitó notablemente al naciente Poder Judicial.

### 2.3.2. Una época oscura

Y el debilitamiento judicial continuó hacia el fin de la guerra civil de 1891, “(...) con la exoneración de más de 360 jueces y ministros entre 1891 y 1898 (...) Este desmantelamiento, obra de los partidos que triunfaron sobre el Presidente Balmaceda en la Guerra Civil, fue similar al que esos partidos realizaron en el ejército. A la hora de enfrentar esta acción demoledora, de poco sirvieron las que reconocían la inamovilidad de los jueces. Todo lo que se había recuperado de respetabilidad y respecto, desde 1818, se perdió.”<sup>530</sup>

La judicatura se había alejado del poder y por ende lo perdió (aunque fue eso lo que le dio independencia); como perdió su fortaleza y prestigio. Debilitado en su presupuesto, en la estabilidad de los jueces y por los nombramientos vinculados al gobierno de turno, se sumaban además serias acusaciones de corrupción, como relata Guerra:

“El desarrollo de los *negocios* aventurados y sospechosos, con expectativas de ganancia rápidas, especialmente de las medidas salitreras y de las especulaciones

---

<sup>529</sup> PRADO, Santiago. 1859. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno Adaptados a La Enseñanza Del Ramo En El Instituto Nacional*. Editado por: Tribunal Constitucional de Chile. Colección Obras de Derecho Público. Primera. Santiago: Imprenta Nacional, p. 309.

<sup>530</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 2011., Ob. cit. p. 47.

en Bolsa, en que algunos jueces fueron inducidos a tomar parte, directa o indirectamente, por incitación de negociantes inescrupulosos”<sup>531</sup>.

El Poder Judicial no repuntaba por muy en boga que estuviera el principio de separación de poderes. No colaboraba tampoco la actitud de los ministros que, reticentes al cambio, se negaron por mucho tiempo a resolver el recurso de casación y el *habeas corpus*.

De hecho, tal era su desprestigio que en 1910 se dictó un reglamento protocolar del Ministerio de Relaciones Exteriores relativo a la posición de los funcionarios públicos en los actos oficiales que desconocía el carácter de poder público de la judicatura, lo que provocó que la Corte se abstuviera de asistir a actos protocolares<sup>532</sup>.

En esta realidad, no resultaba extraño que la Corte se sintiera inhibida para el control de la autoridad o, incluso, de los órganos duales contencioso administrativos que persistían resolviendo conflictos con autoridad. Más aún cuando el alto tribunal subsistió solo con rango legal. Volvería a tener rango Constitucional tras una centuria en la Carta del 25.

Es indicativo de la debilidad y de la persistencia de la dualidad contenciosa gubernativa la propuesta original –de Vargas Fontecilla– del artículo primero de la ley de organización y atribución de los Tribunales de 1875.

“El primero decía testualmente: «La jurisdicción o la facultad de administrar justicia, reside esencial i orijinariamente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que, establece esta Lei». Contenia, ademas, el proyecto en su art. 4.º una prescripción análoga a la del artículo 3.º del Código Civil, que decía: Tampoco es permitido al poder judicial dictar disposiciones jenerales aplicables a otros casos que los que sean materia de sus fallos, ni impedir o suspender por motivo alguno la ejecución de la lei”<sup>533</sup>.

Ballesteros relata que esta propuesta no se aprobó por considerársela muy general, aunque se discutió el tema de los posibles conflictos de competencia que podrían surgir entre autoridades administrativas y judiciales. Pero la propia Corte se restringía como recoge el autor de la propia jurisprudencia del máximo tribunal.

“Jurisprudencia.-I. Los límites hasta donde llegan las atribuciones del poder judicial están perfectamente fijadas en los tres primeros artículos de la Lei, i conforme al art. 151 de la Constitución, no puede ejercer otras funciones que aquellas que le están espresamente encomendadas. No es licito, por lo tanto, a los tribunales de justicia ni siquiera resolver aquellas cuestiones suscitadas entre partes que no tienen por objeto la declaración de un derecho sino la solución en abstracto de una cuestión legal para amoldar a ella los actos posteriores de los interesados. A este respecto, podemos citar una resolución pronunciada por la

---

<sup>531</sup> GUERRA, José Guillermo. 1929. *La Constitución de 1925*. Primera. Santiago: Establecimientos Gráficos “Balcels & Co.”, p. 453.

<sup>532</sup> Op. cit. p. 431.

<sup>533</sup> BALLESTEROS, Manuel E. 1890. *La Lei de Organización I Atribuciones de Los Tribunales de Chile. Tomo I*. Primera. Santiago: Imprenta Nacional Moneda, p. 12.

Corte Suprema en que se declaró incompetente para fallar si debe o no pagarse alcabala en la adjudicación que se hace a un cónyuge de bienes aportados por el otro a la sociedad conyugal, para el efecto de aceptar o no la adjudicación, según fuere la resolución del tribunal.- (Gaceta de los Tribunales, de 1887, s. 429)”<sup>534</sup>.

A cambio, el Consejo de Estado que resolvía las contiendas de competencia entre autoridades administrativas y judiciales reforzaba, normalmente, el papel de los tribunales no obstante la Corte llegara a decir que

“(…) el Presidente, de la República, los intendentes i gobernadores no pueden ser demandados por sus actos oficiales, porque, si así sucediera, el tribunal que conoce de la causa quedaría investido de la facultad de rever los actos gubernativos, pudiendo, en consecuencia, revocarlos o anularlos”<sup>535</sup>.

### 2.3.3 La Corte comienza a repuntar

Pero la corte, aún con notable deferencia, y con el solo reconocimiento lega fue buscando su lugar en el ordenamiento jurídico. A veces, a través, de dispositivos “anómalos” como los califica Bocksang<sup>536</sup>. Como, por ejemplo, cuando “(…) en una sentencia de 1858, a un inspector que había puesto en el cepo y abofeteado a un sujeto insolente se le absolvió, mas “(…) encargándole que en lo sucesivo guarde más moderación en el uso de sus facultades, bajo apercibimiento de destitución y demás penas legales”<sup>537</sup>. O, como cuando:

“En 1851, en un expediente cuyo objeto era la determinación de si un predio era o no perteneciente al Fisco, una vez juzgado en primera instancia que él pertenecía a un particular, y confirmado lo anterior por la Corte Suprema, ésta emitió la siguiente orden complementaria: “y a efecto de que la fijación de los expresados linderos se haga de una manera prolija que en lo sucesivo evite cuestiones sobre tierras y bosques baldíos de propiedad fiscal, procédase la fijación de los linderos interviniendo en ello el señor Intendente de la provincia, a cuyo funcionario se encarga mande otorgar la respectiva escritura pública, para que en lo sucesivo se tenga noticia de los límites que se fijaren”<sup>538</sup>.

Lo cierto es que la Corte, con harta dificultad, fue sembrando en la ruta de su retorno constitucional. Especialmente importante fue la posición que adoptó frente a los decretos leyes, ampliamente usados en los momentos de caos institucional a los que reconoció vigentes. A través de la regularización de una herramienta de suyo ilegal, la Corte –con sentido práctico- aportó al orden institucional reforzando la fuerza de su jurisdicción ya que

---

<sup>534</sup> BALLESTEROS, Manuel E. 1890., Ob. cit. p. 13.

<sup>535</sup> BALLESTEROS, Manuel E. 1890., Ob. cit. p. 31.

<sup>536</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2015. “Política Jurisdiccional En Dispositivos Anómalos de Sentencias Referidas a La Administración Del Estado (1819-1858).” *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*.

<sup>537</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel., 2015., Ob. cit. p. 284.

<sup>538</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel., 2015., Ob. cit. p. 288.

su sentencia fue acatada sin discusión poniendo su decisión incluso sobre la ley. Resolviendo un recurso de queja por desconocimiento del DL 24 de 4 de octubre de 1924, la Corte Suprema dice:

“(…) es fuerza darse a la razón: si toda la estructura, jurídica, económica, financiera y política del Estado, si toda la legislación social que ha satisfecho las ansias de justicia de las clases populares reposa hoy en día sobre la base de los decretos leyes, ratificados, en gran parte, de una manera directa o indirecta, por el Poder Legislativo, es vano intento pretender de los actuales Ministros de la Corte Suprema que quieran afrontar la responsabilidad de sumir al país en el caos que significaría el desconocimiento de esa legislación sobre la cual descansan instituciones como el Banco Central, los bancos comerciales e hipotecarios, las Cajas de Previsión, etc. (...)”<sup>539</sup>.

Regresó entonces a la Constitución en gloria y majestad, pero no sin dificultades.

La carta le garantizaba independencia, pero también prometía la creación de Tribunales del Contencioso Administrativo general; dejando en una situación incómoda a la Corte que no se sentía competente para juzgar esas materias, no obstante, dichos tribunales podrían haber quedado bajo su tutela. Es indicativo de ello, el hecho de que el artículo que los prometía quedaba bajo el título Poder Judicial.

Sin embargo, el argumento más presente era contrario a la fortaleza de la judicatura. En efecto, como afirmaba Guerra, la incompetencia de los Tribunales de Justicia para juzgar actos gubernativos obedecía “(…) a la necesidad de mantener la independencia de los Poderes Públicos; y en realidad parece que la revisión de un decreto *gubernativo* del Presidente de la República por los Tribunales de Justicia, es tan impropia como lo sería la revisión de una sentencia de los Tribunales por el Presidente de la República o por el Congreso”<sup>540</sup>.

Se equiparaba así la independencia del Poder Judicial con la del Ejecutivo y Legislativo, dejando en la indefensión a los afectados por un acto administrativo y olvidando que en tanto revisor de la legalidad, él tiene la última palabra y por lo tanto total independencia para actuar.

No fue pacífico este tema. Bastante dio que hablar hasta la reforma constitucional de 1989, en que se borró la promesa de los Tribunales Contencioso y aun cuando –desde antes- los tribunales superiores ya venían asumiendo la competencia para juzgar los actos en que estaba involucrada la autoridad administrativa. Eso, sin contar –además- con el papel que ya estaba cumpliendo la Contraloría General de la República en esa materia.

---

<sup>539</sup> Sentencia CS 19 de agosto de 1925. Citada por Bravo Lira, Bernardino. 1978. *Régimen de Gobierno Y Partidos Políticos En Chile. 1924-1973*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Nota 270.

<sup>540</sup> GUERRA, José Guillermo. 1929., Ob. cit. p. 463.

### 3. El no Contencioso Administrativo en Chile

El año 2005 el Profesor de la Universidad de Chile, Rolando Pantoja se intentaba la “(...) ausencia de un justicia administrativa en el Estado de Chile”<sup>541</sup>, aunque más bien se refería a un contencioso administrativo general ya que, como él mismo reconocía el Poder Judicial ha absorbido con éxito los asuntos contencioso administrativos, en tanto que la ausencia de sedes jurisdiccionales especiales –decía- se han suplido por la Contraloría General de la República. “[A]unque ni uno ni otra con la eficiencia y eficacia que requiere la satisfacción real de esas necesidades de país”<sup>542</sup>. Es decir, no es que no haya justicia administrativa ni que se deje de ejercer jurisdicción administrativa. De hecho, existen numerosos procedimientos en sede administrativa y tribunales aislados que ejercen jurisdicción judicial administrativa en forma especializada; lo que no existe es un contencioso administrativo general. En cuanto a la eficiencia y eficacia del sistema versus aquellos que cuentan con un Contencioso general, sería digno de ser analizado a la luz de las numerosas críticas que los estudiosos de cada sistema esgrimen, lo que se comprueba –además– con la creciente proliferación de sustitutos del contencioso como la mediación. Pero, no es eso lo que nos ocupa. El asunto es cómo se fue dando este sistema híbrido que constituye la justicia administrativa en Chile; donde conviven diversos órganos y tribunales porque, como afirmaba Pantoja:

“El legislador ha rehuído, pues, componer los conflictos contencioso administrativos a través de sedes jurisdiccionales generales, privilegiando una casuística que ha abierto esfuerzos judiciales de generalización, surgidos de la necesidad antes que de un sentido de la institucionalidad, lo que dificulta, cuando no entrapa, su fluida aplicación”<sup>543</sup>.

#### 3.1. Desde el principio

Tal como se ha venido señalando a lo largo de este estudio, no es posible referirse a la evolución de una institución o concepto en forma aislada. Confluyen en el resultado, objeto de estudio, múltiples factores e influencias como instituciones y cargos que llegan desde España y que luego desaparecen, aunque no del todo ya que algunas de sus potestades son rescatadas nuevas instituciones. Entre ellas el Consejo de Estado, en cuyo seno muchos ubican la primar consagración republicana del contencioso administrativo en Chile.

En efecto, los artículos 96, N° 3 de la Constitución de 1828, y 104 N° 7 de la Constitución de 1833 entregaban al conocimiento del Consejo de Estado, las “disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el gobierno supremo y sus agentes”, en tanto que los juicios por contratos celebrados por el gobierno se le entregaban a la Corte Suprema.

---

<sup>541</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado*, 13, 27–71. El artículo, con algunas modificaciones fue publicado luego, el 2007 por la UNAM. También se cita en este trabajo.

<sup>542</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2007., Ob. cit. p. 387.

<sup>543</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Ob. cit. p. 30.

De hecho, ya en 1848, Lastarria destacaba el papel que, a su juicio, debía corresponder al Consejo de Estado en materia contencioso administrativa, más allá de los contratos: “(...) debe tener intervención en aquellas reclamaciones o demandas que se promuevan sobre los actos de la administración, i cuya decisión corresponde al gobierno i no al poder judicial (...)”<sup>544</sup>, decía. No extraña entonces que el ya citado texto de Prado, de 1859 -invocando la separación de poderes- atribuía a la Administración la jurisdicción administrativa cuando “(...) se reviste con el carácter de juez i decide soberanamente las reclamaciones contra sus propios actos”<sup>545</sup>. El documento dedicaba, además, un acápite a al “Consejo de Estado como Tribunal Administrativo”, listando las que, a su juicio, correspondían a materias contencioso administrativas cuyo conocimiento la Constitución o leyes atribuían al Consejo:

“Al Consejo de Estado, como tribunal administrativo, corresponde: 1. Conocer en todas las materias de patronato i protección que se dedujeren a contenciosas, oyendo el dictamen del tribunal superior de justicia que señala la lei; 2. Conocer igualmente en las competencias entre las autoridades administrativas, i en las que ocurrieren entre éstas i los tribunales de justicia; 3. Declarar si ha o no lugar a la formación de causa en materia criminal contra los intendentes, Gobernadores de plaza i departamento. (...); 4. Resolver las disputas que se suscitaren sobre los contratos o negociaciones celebradas por el gobierno Supremo i sus ajentes; 5. Declarar la legalidad de las exclusiones hechas por la Municipalidad al tiempo de calificar la elección de sus miembros; 6. Conocer en los reclamos interpuestos por una Municipalidad que se cree competente para resolver un asunto, cuando el Subdelegado o el Gobernador, o el Intendente la han declarado incompetente; 7. Conocer en los reclamos interpuestos por un ciudadano que ha reclamado ante la Municipalidad por acuerdos ilegales de la misma”<sup>546</sup>.

El tema no fue pacífico y, lo cierto es que nunca terminó de zanjarse en buena medida por la dificultad de la doctrina para abordar el alcance del concepto de jurisdicción y, a cambio, resaltar con ahínco la separación de poderes de raigambre gala por sobre la realidad local que recogía la tradición española que venía desde el Antiguo Régimen. Esto dio pie a una serie de desacuerdos que llevaron a verdaderos “diálogos de sordos” en relación con la efectiva naturaleza jurídica de los órganos que resuelven conflictos o limitan a la Administración; pasando por llamárseles tribunales, asemejarlos a los mismos o, simplemente otorgando potestades a la propia administración para resolver esas materias.

Es el enfrentamiento que se produce cuando no hay una definición armónica entre aquello que define a una institución formal, respecto de la informal<sup>547</sup>; es decir la que se da en los

---

<sup>544</sup> LASTARRIA, José Victorino. 1982. Elementos de Derecho Público Constitucional, Segunda edición, Imprenta chilena, 1848. En: *Los Tribunales Contencioso Administrativos*, pp. 17–18.

<sup>545</sup> PRADO, Santiago. 1859. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno Adaptados a La Enseñanza Del Ramo En El Instituto Nacional*. Edited por Tribunal Constitucional de Chile. Colección Obras de Derecho Público. Primera. Santiago: Imprenta Nacional, p. 311.

<sup>546</sup> PRADO, Santiago. 1859., Ob. cit. p. 317.

<sup>547</sup> Sobre instituciones formales e informales ver. BURKI, J. S., & PERRY, G. (1998). *Más allá del Consenso de Washington: La hora de la reforma institucional* (Primera). Washington: Banco Mundial [en línea]<<http://documents.worldbank.org/curated/en/800471468010841357/pdf/184280PUB0SPANISH0Box3537658B01PUBLIC1.pdf>> [consulta: 19 abril 2017].

hechos más que en el derecho y que normalmente responde a costumbres o apreciaciones arraigadas que impiden o retardan enormemente una reforma que las contradiga. Ya lo decía Mariano Egaña en carta dirigida a su padre en 1828: “(...) nada valen las instituciones si no están apoyadas sobre el carácter nacional; o lo que es lo mismo, que las leyes nada son sin las costumbres, aunque aquéllas sean el producto del mayor saber y civilización”<sup>548</sup>.

### 3.1.1. La separación de poderes como argumento en sentidos opuestos

Las potestades que la Constitución otorgaba en materia contractual pública al Consejo de Estado, lo hicieron aparecer como el contencioso administrativo original, aunque –como muchos años después afirmarían Pantoja- esa doctrina no reparó en que “...los conflictos derivados de las contrataciones o negociaciones a que ellos se 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 de primera instancia que debía conocerlos(...)”<sup>549</sup>.

Pero el asunto de los tribunales era importante; mucho más que la especialidad del derecho aplicable. Y no por la orgánica de las instituciones, sino por un principio superior que no parece haber sido comprendido a cabalidad, de tal suerte que sirvió para sostener una posición; y su contraria: La separación de poderes.

#### 3.1.1.1. Separación para evitar la concentración

La Constitución de 1833 buscó adecuar la realidad nacional a las instituciones informales. En efecto, como afirma Cea: “Fue una Constitución bastante ajena a las teorías y centrada en las necesidades de la realidad política chilena de la época; cuyo órgano o resorte principal era el Presidente de la República”<sup>550</sup>, una suerte de “monarca constitucional”<sup>551</sup>. Consultaba la carta el Consejo de Estado que venía de la Constitución de 1828; principalmente como órgano consultivo pero también con funciones contenciosas administrativas, según se vio.

---

<sup>548</sup> EGAÑA, Mariano. Cartas a Juan Egaña. 1824-1829 [en línea] <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/0,1389,SCID%253D18680%2526ISID%253D405%2526PRT%253D18594%2526JNID%253D12,00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCID%253D18680%2526ISID%253D405%2526PRT%253D18594%2526JNID%253D12,00.html)> [consulta: 1 julio 2017].

<sup>549</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2005., Ob. cit. p. 388.

<sup>550</sup> CEA EGAÑA, José Luis. 1991. Retrospectiva y perspectiva del constitucionalismo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2. N° 1-2, 7-18 [en línea] <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809501991000100001&lng=es&nrm=iso%3E](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501991000100001&lng=es&nrm=iso%3E)> [consulta: 13 julio 2017].

<sup>551</sup> HUNEEUS, Jorge. 1880. *La Constitución ante el Congreso, o sea comentario positivo de la Constitución chilena. Segunda i última parte, - Arts. 59 a164 i transitorios*. Santiago: Imprenta de “Los Tiempos.” [en línea] <<https://ia601409.us.archive.org/24/items/laconstitucion00conggoog/laconstitucion00conggoog.pdf>> [consulta: 24 marzo 2017], p. 228.

El Consejo tenía detractores, encabezados por el destacado profesor de derecho público, Jorge Huneeus quien no gustaba de la existencia de órganos administrativos “que traban la marcha de la administración”, a cargo de un presidente fuerte, aun cuando admitía que en algunos casos el Ejecutivo requiriera de alguna aprobación, pero no de cuerpos consultivos que a su juicio no armonizaban con países “libres i democráticos”. “Todo eso tiene un sabor mui pronunciado al réjimen *napoleónico*, que, debemos suponerlo, nadie querría sostener en Chile.”<sup>552</sup>, señalaba en 1880. Es decir, para él, constituía una concentración de poder.

Y más radical era su opinión respecto del Consejo como tribunal, especialmente cuando se le encomendaba resolver cuestiones de competencia.

“Ante la dificultad que se presentaba, se echó mano del arbitrio cómodo, inventado por los déspotas, de someterlo todo al Poder ejecutivo: creyéndose que era menester dictar una regla, se adoptó la que robustecía a la administración, sin preocuparse poco ni mucho de sí debilitaba o no al Poder Judicial”<sup>553</sup>.

Huneeus que, como muchos entonces y hasta hoy, estaba algo obsesionado con la supuesta influencia de la Revolución Francesa en nuestro ordenamiento jurídico, olvidaba que el Consejo de Estado que se replicaba en nuestro país ubicaba su huella genética en una época muy anterior su homónimo francés; venía desde España, desde el Consejo de Castilla y sus derivados; tal como lo venimos analizando en este estudio y en lo que coincide Pantoja, recordando que la herencia que llegó a Chile desde España no consideraba la separación de poderes.

Sin embargo, Huneeus atribuyó a la intención de quitar de las manos de la Administración la facultad e juzgar asuntos contenciosos la reforma constitucional que devolvió a los Tribunales ordinarios la competencia para fallar en materias de contratos públicos contenida en el numeral 7º del artículo 104; calificándola de “reacción saludable”. Y, para él no era suficiente:

“Suprímase cuanto antes las otras atribuciones judiciales que aun inviste el Consejo de Estado, i deróguese, por completo i con mano firme, todo aquello que aún se conserva en nuestras instituciones del sistema francés, que se ha bautizado con el curioso nombre de *administrativo-contencioso*, i no tendremos para qué preocuparnos de crear autoridades que nada tendrían que resolver”<sup>554</sup>.

De hecho, para él, el Consejo tenía que desaparecer.

Pero, si Huneeus quería proteger a la ciudadanía, frente a la concentración del poder en la Administración, falla puesto que, como argumenta Pantoja<sup>555</sup>, aplicando la legislación civil también se aceptaba como fuerza mayor el acto de autoridad; la razón de Estado. De allí también, que no resultara extraña la aplicación francesa de actos de autoridad y actos de

---

<sup>552</sup> HUNEEUS, Jorge. 1880., Ob. cit. p. 215.

<sup>553</sup> HUNEEUS, Jorge. 1880., Ob. cit. p. 225.

<sup>554</sup> Op. cit. p. 226.

<sup>555</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Op. cit. p. 395.

gestión, precisamente porque los tribunales siempre podrían juzgar los actos de gestión; no así los de autoridad.

Pero, hay que admitir que, en su confusión, Huneus percibía una distinción importante a la hora de juzgar el ejercicio de la jurisdicción tanto judicial como administrativa: la que llamaba independencia, aunque, más bien, se refería a imparcialidad:

“El sistema napoleónico, concentración audaz del más atroz despotismo, ha podido tener interés en asilarse en el falso argumento que sirve de apoyo a la jurisdicción administrativo-contenciosa. Es cierto, han dicho los publicistas franceses, defensores de ésta, que el poder ejecutivo i el judicial deben estar separados. Pero si la *separación* de los poderes públicos es un principio, también lo es el de la independencia de cada uno de ellos”<sup>556</sup>.

### 3.1.1.2. Separación para evitar la intervención

La independencia a la que hacía referencia Huneus aparece como un imperativo para el juzgamiento, aunque no se trate de tribunales ordinarios, como destacaba el profesor Domingo Amunátegui<sup>557</sup> en 1907, quien, sin embargo,— también invocando la separación de poderes— llamaba a la creación de tribunales administrativos (al parecer, en el seno de la Administración), aunque admitía que “El tribunal administrativo encargado de conocer de todos los reclamos entablados contra actos de agentes administrativos por abuso del poder o mal cumplimiento de las leyes, no proporcionaría jamás las garantías que siempre ofrece el Poder Judicial.”<sup>558</sup>

Tras esta aparente contradicción, lo que se observa nuevamente es la forma en que se enfrenta la separación de poderes. Amunátegui confiaba en los Tribunales de Justicia y no en la imparcialidad de un tribunal administrativo que, al parecer, no incluye dentro de los tribunales de justicia. Sin embargo, consideraba que la intervención del Poder Judicial en el juzgamiento de los actos del Ejecutivo podría vulnerar la separación de poderes. Eso sí, no aclaraba si quien debía ejercer la jurisdicción tenía que ser un tribunal judicial o un órgano que ejerciera jurisdicción, al estilo del Consejo de Estado francés; recordando —tal vez— esa vieja máxima heredada del sistema galo que afirmaba que juzgar a la Administración es administrar.

Pero, si para Huneus los tribunales ordinarios eran los llamados a juzgar en el orden temporal cualquier materia, interviniera o no el Estado —haciendo de la intervención de los tribunales la regla general—, la postura generalizada era más limitativa ya que, con el objeto

---

<sup>556</sup> HUNEEUS, Jorge. 1880., Op cit. p. 241.

<sup>557</sup> AMUNATEGUI RIVERA, J. Domingo. 1982. Tratado jeneral de Derecho Administrativo. Aplicado a la legislación de Chile. 1907. In *Los Tribunales contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio*. (Primera, pp. 35–36). Santiago: Armada de Chile.

<sup>558</sup> *Ibidem*.

de evitar la intervención entre poderes, se admitía la intervención de los mismos sólo de manera excepcional. O sea, la intervención de tribunales debía ser la excepción. Lo que se confirmó con la Ley de Organización y Atribuciones del Poder Judicial que, en 1875 (organización del Poder Judicial), prohibió a los tribunales ordinarios intervenir en asuntos propios del Poder Ejecutivo y cuando más tarde –en 1902–cuando se promulgó la ley de procedimiento civil, esto no se corrigiera.

El asunto se confundió más aún cuando la necesidad de contar con tribunales del contencioso administrativo se plasmó en el artículo 87 de la Constitución de 1925, sin que se implementara la norma que los constituía. Y lo cierto es que por años estuvo presente la esperanza en la promesa: *“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se 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.”*

Y frente a la omisión de los legisladores, lo que ocurrió fue la indefensión porque la competencia respectiva quedó en el aire. Más aún cuando destacadísima doctrina, como la de Enrique Silva Cimma, invocando la separación de poderes, afirmaba:

“En el Derecho chileno, especialmente, por la falta de los tribunales administrativos de plena jurisdicción que contempla el art. 87 de la Constitución Política del Estado, podemos sentar el principio de que los tribunales ordinarios tienen intervención en materia administrativa, pero sólo por excepción, es decir, cuando una ley expresamente se las otorga. Esto, como consecuencia de que según previene el Código Orgánico de Tribunales, es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos”<sup>559</sup>.

Silva Cimma admitía que también resolvían materias contenciosas y formaban jurisprudencia administrativa algunos tribunales especiales para ciertas materias y órganos que no siendo tribunales, estaban dotados de atribuciones jurisdiccionales como el Director General de Impuestos Internos. En cambio, para él, los dictámenes de la Contraloría, constituían jurisprudencia administrativa no contenciosa.

Sin embargo, la materia no era para nada pacífica ya que para algunos, como Egidio Ballesteros:

“(…) el principio capital que domina en esta materia es que todas las cuestiones que hayan de resolverse por reglas generales de interés común, ya se considere en ella la sociedad formando un todo capaz de derechos y obligaciones, ya con relación a la generalidad de los ciudadanos, deben ser decididas por la autoridad administrativa; y siempre que se trate de cuestiones entre particulares o entre la

---

<sup>559</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1962. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo I* (Segunda). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 297.

sociedad y un particular, pero que hayan de resolverse por los principios del Derecho civil, corresponde su conocimiento a los tribunales”<sup>560</sup>.

Ya ni siquiera habla de un tribunal, sino de la Administración resolviendo; es decir, ejerciendo jurisdicción.

Y no fueron los únicos desencuentros respecto de la materia. El factor común tras todas las discusiones era, como siempre, el intento de una parte importante de la doctrina de hacer primar la influencia francesa en una realidad que porfiaba por ser distinta. Y, el desencuentro que hasta hoy se aprecia, también estuvo presente en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, donde se volvería a tratar el tema.

Antes, sin embargo, la discusión decantó en la dependencia que deberían tener los órganos que resolvieran lo contencioso administrativo. Si integraban o no el Poder Judicial. Lo que no resulta extraño debido a la multiplicidad de órganos que venían resolviendo cuestiones que podrían clasificarse dentro del contencioso-administrativo, tanto tribunales ordinarios como especiales; órganos administrativos que actúan como tribunal y otros que simplemente resuelven sin procedimiento alguno.

Ahora bien, si seguimos a Pereira Anabalón, el contenido de lo contencioso administrativo, en los setentas y en buena medida hasta ahora, se determina –en general– por:

- i. “El conflicto surgido entre un particular y la administración, que trasciende al Derecho Administrativo;
- ii. El conflicto surgido entre un funcionario público y la Administración, con igual relevancia; y

El conflicto de competencia surgido con ocasión de la actividad de los órganos de la Administración”<sup>561</sup>.

### **3.1.2. Separación con o sin dependencia de la Corte**

Varios fueron los intentos por crear tribunales del contencioso administrativo después que la Constitución de 1925 los prometiera, y los proyectos –presentados o sugeridos– reflejaban las diversas posiciones doctrinales en discusión; que se resumen en: Contar con un tribunal administrativo que fuera parte de la Administración, contar con tribunales contencioso administrativos integrantes del Poder Judicial y contar con tribunales contencioso administrativos independientes tanto de la Administración como del Poder Judicial. Y, claro, sea que se la mencionara o no, estaba presente la función que cumplía la Contraloría General

---

<sup>560</sup> BALLESTEROS, Manuel E. 1890., Ob. cit. p. 25.

<sup>561</sup> PEREIRA ANABALON, Hugo. 1971. Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el Derecho chileno.” *Revista de Derecho Público*, N° 12, 37–61, p. 43.

de la República y la necesaria coordinación que se iba a requerir, cualquiera fuera la opción que se adoptara.

Bien resume estas posturas la obra que recogió un proyecto liderado por el profesor Pantoja, editado por la Junta de Gobierno en 1982<sup>562</sup>. Las cosas no han cambiado mucho desde entonces, salvo por la aparición de nuevos tribunales administrativos sobre materias especiales y la desaparición de otros tantos. Pero, el panorama general, sigue siendo el mismo, caracterizado por la ausencia de un contencioso administrativo general. Algo tangencial que si cambió es el reclamo de la doctrina al legislador para que los cree. A partir de la reforma constitucional de 1989 que hizo desaparecer la promesa de su creación, pareció acabar la necesidad. No solo porque los tribunales ordinarios asumieron a plenitud su competencia; que ya lo venían haciendo desde antes; sino –seguramente– porque los conflictos de fondo que impidieron el acuerdo doctrinal sobre la materia, no se han resuelto.

Ya prácticamente no se escribe sobre la necesidad de un contencioso administrativo general. En los últimos años la materia ha sido abordada únicamente por los periódicos. Por ejemplo, por el profesor Luis Cordero, en un artículo en que explica la forma en que evolucionó el contencioso administrativo en Chile tras el incumplimiento de la promesa de la Constitución de 1925 respecto de los tribunales del Contencioso Administrativo general<sup>563</sup>. Antes había sido materia de un intercambio epistolar, a través de *El Mercurio*, entre los profesores Letelier y Otero. Ambos aseguraban que hay absoluto acuerdo en la necesidad de contar con tribunales del contencioso administrativo. Sin embargo, sin que se vislumbre el establecimiento de los mismos, ya discrepaban respecto de si se deben aplicar los estándares judiciales al proceso sancionador administrativo; nuevamente surge la distinción entre juzgar y administrar<sup>564</sup>. Letelier, no profundiza en el tema (lo que es lógico al tratarse de una carta), pero argumenta respecto de la complejidad de no contar con un contencioso administrativo general: “(...) la proliferación en nuestro país de tribunales administrativos ultra especializados ha encarecido la justicia administrativa, la han alejado de la sociedad civil, transformando a dichas cortes en un ejemplo de la desigualdad en el acceso a la justicia. Solo queda entonces celebrar este intento por unificar todos estos "tribunales boutique" en una sola justicia contencioso-administrativa”<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> JUNTA DE GOBIERNO. PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA. 1982. *Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio* (Primera). Santiago.

<sup>563</sup> CORDERO, Luis. 2016. “La Corte Suprema Y La Naturaleza Del Contencioso Administrativo.” *El Mercurio* *Legal* [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=904852#.WWPpPoGKqJg.email>> [consulta: 13 enero 2017].

<sup>564</sup> Mientras Otero estima que la sanción administrativa debería justarse a los estándares que se exigen a la sanción penal, Letelier opina que homologar ambos procedimientos sería un error. OTERO L, M. (2016). Tribunales Administrativos. *El Mercurio*, 03 marzo, A 2. LETELIER, Raúl. 2016. Tribunales administrativos. *El Mercurio*, 02 marzo, A 2.

<sup>565</sup> LETELIER, Raúl. 2016., Ob. cit. A 2.

## 3.2. Buscando una regulación

### 3.2.1. Propuestas y proyectos legislativos

La promesa, que dio pie a las sugerencias y proyectos, comenzó a gestarse en seno de la sub comisión de reformas constitucionales en junio del 25 con un proyecto de artículo 105 b que planteaba que “En los lugares que indiquen las leyes habrá tribunales administrativos para amparar a las personas contra las ordenanzas o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas. Su organización y atribuciones son materia de ley”.<sup>566</sup> Tras una serie de discusiones respecto de la legitimidad activa que debía requerirse para accionar ante estos tribunales, se aprueba lo que constituyó el artículo 87 de la Constitución de 1925: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se 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”.

El tema se volvería a discutir a nivel constituyente en el seno de la comisión de estudios de la nueva constitución, comisión Ortúzar. Hasta entonces, hubo varios intentos por cumplir con la voluntad del constituyente de 1925.

El primero de estos proyectos, conocido como Proyecto Koch de 1927, mismo año en que se crea la Contraloría General de la República. No aclaraba éste, si el Tribunal Administrativo que creaba quedaría o no bajo la dependencia de la Corte Suprema aunque el artículo 5° precisaba que: “Las contiendas de competencia que se susciten en el Tribunal Administrativo y los Tribunales ordinarios de justicia serán resueltos por el Senado de la República”. El proyecto encomendaba al Tribunal Administrativo “...el conocimiento en única instancia de todos los recursos que se promuevan por actos ilegales emanados de la autoridad administrativa y que no sean susceptibles de enmienda por la gubernativa.” (Art. 2°), pero no anulaba, sino inaplicaba, conforme al artículo cuarto del proyecto<sup>567</sup>.

En el año 1945 el diputado Raúl Juliet Gómez presenta otro proyecto, esta vez planteando un tribunal ajeno a la jurisdicción judicial ordinaria, no obstante, como sintetiza la moción, los ministros que componen el Tribunal, “(...) en algunas materias, quedan dependientes de la Corte Suprema, no en el aspecto resolutivo de los asuntos que les son propios, sino en la organización y buen funcionamiento del Tribunal”<sup>568</sup>. El proyecto no se refería puntualmente

---

<sup>566</sup> PEREIRA ANABALON, Hugo. 1971., Ob. cit. pp. 37–61.

<sup>567</sup> “Artículo 4°.- El Tribunal Administrativo podrá, en los recursos de que conozca y a petición de parte, declarar inaplicables los preceptos ilegales que contengan los reglamentos dictados por el Presidente de la República. Para estos efectos no regirá el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 15. La declaración de ilegalidad que se dicte en conformidad al inciso anterior no tendrá efecto retroactivo”.

<sup>568</sup> El Artículo 13° del Proyecto Juliet, decía: “Serán aplicables a los miembros del Tribunal Administrativo todas las disposiciones que con relación a los Ministros de la Corte de Apelaciones establece la Ley N°7421, de 15 de junio de 1943, y gozarán de fuero, honores y prerrogativas que a aquellos corresponde. Para los efectos de este artículo, y cuando corresponda, la Corte Suprema tendrá las facultades correctivas, disciplinarias y económicas sobre los miembros del Tribunal Administrativo”.

a la Contraloría o el Contralor pero en la moción también, resultaba insinuante cuando afirmaba que “Hemos concedido a ciertos funcionarios –no ya a una autoridad considerada en su conjunto– la facultad de interpretar las leyes, los reglamentos y las ordenanzas de un modo generalmente obligatorio, dejando, en consecuencia, entregado al buen o mal criterio, a la mayor o menor preparación de un hombre, la tranquilidad de la colectividad.”

En 1958 el gobierno presenta un nuevo proyecto, conocido como Proyecto Zúñiga por el entonces Ministro de Justicia, Arturo Zúñiga Latorre, firmante también del proyecto. Se trataba de un documento bastante más completo. Consideraba tribunales de primera instancia y una Corte Administrativa, semejante a la Corte Suprema en su relación con la justicia ordinaria. El contencioso administrativo se distinguía claramente de la jurisdicción judicial ordinaria y precisaba la frontera que debía delimitarse con la Contraloría, creando un recurso que reemplazaba la potestad de esta última:

“El Gobierno cree conveniente que un Tribunal de Derecho, especializado, tenga jurisdicción para fijar la interpretación o sentido de los preceptos administrativos en los casos de discrepancias. Para ello se contempla el recurso de interpretación, por medio del cual se persigue la determinación del sentido o alcance de un reglamento, decreto, ordenanza u otra disposición administrativa. Se ha estimado conveniente hacerlo extensivo, para fines administrativos, a la interpretación de preceptos legales, porque son muy frecuentes los casos en que surgen dudas o diferencias en la apreciación del sentido de una ley, en el orden administrativos. Esta función está actualmente encomendada en cierto modo y en determinados aspectos por los arts. 10 y 11 de la ley N° 10.336 a la Contraloría General de la República, pero creados los tribunales administrativos no parece discutible que ella es propia de éstos y no de un organismo que fundamentalmente debe tener funciones contables y de fiscalización financiera”<sup>569</sup>.

El mensaje del proyecto Zúñiga precisaba también que sería la Corte Administrativa la que resolvería entre eventuales cuestiones de competencia surgidas entre la Contraloría y autoridades políticas y administrativas; o entre organismos y reparticiones de la Administración.

En 1961, una comisión designada por el Gobierno, alcanzó a esbozar algunas notas respecto de un nuevo proyecto que consideraba Tribunales Administrativos independientes de toda autoridad y que exigía, para la intervención de estos tribunales, el agotamiento previo de la vía administrativa. Armonizaba además las funciones de control preventivo y represivo de la Contraloría con la actuación de los tribunales, considerando una gran deferencia ya que exigía al recurrente volver a oír a la Contraloría<sup>570</sup>.

Se trataba de un tema que causaba preocupación. Frente al nulo avance de cualquiera de los proyectos, cuatro años después, en 1965 el Colegio de Abogados de Chile, a partir del V

---

<sup>569</sup> Mensaje Proyecto Zúñiga.

<sup>570</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2001. *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. Santiago: Fundación de Derecho Universidad de Chile, pp. 129-139.

congreso Nacional de la orden propone un proyecto dividido en varios títulos, el penúltimo de los cuales decía relación con la coordinación que se debía tener con la Contraloría. Se proponía una independencia privativa y excluyente de los tribunales administrativos. Reservaban a la CGR la competencia para conocer cuestiones derivadas de la aplicación del Estatuto Administrativo a los funcionarios activos pero, precisaban que “(...) los derechos o resoluciones que concedan o denieguen jubilaciones deben quedar dentro de la competencia de los Tribunales Administrativos”<sup>571</sup>.

En 1968 se presenta una nueva moción denominada Proyecto Lorca, por su autor, el diputado Gustavo Lorca. Este, más bien regulaba el contencioso administrativo, otorgando a los tribunales ordinarios la competencia para conocer y juzgar estas materias. Sin embargo, el proyecto no dejaba fuera a la Contraloría y la Administración activa. De hecho, consagraba una suerte de dependencia jerárquica con el ente contralor en materia procedimental ya que en caso de duda respecto de si un procedimiento específico se regía por esa ley, la Contraloría decidía sin ulterior recurso. Además, establecía el agotamiento previo de la vía administrativa.

Un año después, en 1969, el Senador José Foncea presentó una nueva moción en la que define como tribunales administrativos a todos los jueces de mayor cuantía y las correspondientes Cortes de Apelaciones, aplicando el procedimiento del juicio sumario.

Pero, sin duda, el más importante y completo de los proyectos fue el “(...) se envió a la Cámara de Diputados por mensaje del Presidente de la República de 6 de mayo de 1992 y que corresponde al elaborado originalmente el año 1976 por una subcomisión de la comisión de estudio de la Constitución Política, complementado por otra comisión de la Secretaría de la Presidencia que funcionó los años 1991 y 1992.”<sup>572</sup> El proyecto consultaba la existencia de tribunales especializados dentro del Poder Judicial y conciliaba el recurso de protección con la actuación de los mismos ya que permitía que la Corte de Apelaciones, tramitando un recurso de protección, pudiera disponer en cualquier momento que se continuara la tramitación conforme al procedimiento contencioso administrativo.

Ninguno de estos esfuerzos rindió frutos. Como bien dice Pantoja, desde 1874 y aún después de la promesa de la Constitución de 1925 y propuestas o proyectos posteriores, lo cierto es que los tribunales ordinarios se sintieron competentes para conocer de cualquier asunto patrimonial, no importando la naturaleza de las partes; pero no de las impugnaciones a las decisiones administrativas o nulidades de decretos, etc. “Ello significa, desde otro ángulo de observación, que la práctica constitucional y jurisprudencial chilena se desarrolló de una forma autónoma, como aspiraba Mariano Egaña que ocurriera, y su evolución no se vio influida por la poderosa construcción francesa de recursos contencioso-administrativos”<sup>573</sup>.

De hecho, el constituyente de 1925, al consagrar la posibilidad de tener tribunales del contencioso administrativo para mayor garantía de la ciudadanía, consiguió todo lo contrario

---

<sup>571</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2001., Op. cit. pp. 141-155.

<sup>572</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2000. Tribunales Contencioso-Administrativos. *Revista de Derecho - Consejo de Defensa Del Estado, Año 1 N° 2*, p. 99.

<sup>573</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2001., Ob. cit. p. 42.

ya que, los dejó –por mucho tiempo– en la indefensión. Para Pierry, “su error fue pretender trasplantar a Chile una institución jurídica extranjera que obedecía a circunstancias muy precisas, válidas sólo para Francia y que provenían de tiempos anteriores a la Revolución Francesa. Se quiso imponer en Chile el «regime administratif» francés, cuya base es la existencia de una jurisdicción separada del Poder Judicial”<sup>574</sup>. Aunque, hay que decirlo, la disposición del artículo 87 estaba bajo el título Poder Judicial, por lo que bien podría decirse –como ya se vio– que la dependencia que se esperaba era la de la Corte Suprema<sup>575</sup>.

De hecho, la doctrina nunca logró ni ha logrado ponerse del todo de acuerdo respecto de la materia, como lo resume muy bien Pantoja:

“Porque no puede sino llamara la atención que CRUZ VALDES y COLOMBO CAMPBELL –judicialitas–, el profesor SILVA CIMMA –administrativista– y ROJAS GONZALEZ –defensor de la tesis autonómica–, basándose en el principio de la separación de poderes y división de funciones, lleguen a conclusiones diversas. Resulta paradójal, además, que la ubicación del artículo 87 importe para los judicialita en general, encabezados por don JOSE GUILLERMO GUERRA, un postura judicial de la Carta Política, en tanto que para RODRIGUEZ ELIZONDO pueda llegar a significar una inclinación independiente del Poder Judicial. Tampoco parece claro el pensamiento de los señores BERNASCHINA GONZALEZ y ESTEVEZ GAZMURI, que sostienen la integración judicial de los tribunales de lo contencioso-administrativo, frente a la ponencia de ROJAS GONZÁLEZ, que basándose en la misma frase defiende la tesis autonómica, y ante el parecer de don PATRICIO AYLWIN, para quien, «lo que determinó al Constituyente a crear esta Jurisdicción administrativa, fue la idea de que al Poder Judicial no corresponde intervenir en este orden de materias», opinión ratificada por los señores JARA CRISTI y VARAS CONTRERAS”<sup>576</sup>.

### **3.2.2. La Constitución de 1980**

#### **3.2.2.1. En la Comisión Ortúzar**

La Constitución de 1980 no modificó mayormente la situación. Desde un principio en las discusiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Comisión Ortúzar) no se puso en duda que el contencioso administrativo, que se estimaba como necesario, debía

---

<sup>574</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2002., Ob. cit. p. 378.

<sup>575</sup> Sin ir más lejos era la tesis de José Guillermo Guerra, según relata Pantoja en PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 1970. Organización de los tribunales chilenos de lo contencioso-administrativo. Estudio de las diversas corrientes doctrinales que se dan en nuestro Derecho. *Revista de Derecho Público*, N°11, p. 224.

<sup>576</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 1970. Organización de los tribunales chilenos de lo contencioso - administrativo. Estudio de las diversas corrientes doctrinales que se dan en nuestro Derecho. *Revista de Derecho Público*, N°11, p. 257.

organizarse en el seno del Poder Judicial, el asunto era dónde ubicar la norma y cuales debían ser los tiempos para la dictación de la ley que creara estos tribunales.

Se pensó ubicar la disposición en el artículo 80 justo después de la regulación de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entonces competencia de la Corte Suprema. Se discutió también en el marco del análisis del orden público económico, vinculado con la inaplicabilidad en relación con la prohibición de discriminaciones arbitrarias tanto a la ley como la autoridad administrativa, reconociendo la inaplicabilidad para el primer caso y el recurso de protección para el segundo. El recurso de protección se perfilaba desde ya como un sustituto del contencioso, no obstante, todavía persistía la idea de crear una jurisdicción contencioso-administrativa.

Se discutió a propósito del control jurisdiccional, “(...) que, según la naturaleza del caso, estará a cargo de los Tribunales Ordinarios de Justicia en los asuntos que sean de su competencia o de los Tribunales Contencioso Administrativos” y que conforme al comisionado Bertelsen<sup>577</sup>, era necesario hablar, más bien, de jurisdicción o justicia administrativa, más que de tribunales, dejando algo abierto el concepto. Y, analizando el alcance de la jurisdicción de los Tribunales y si agregar “incluido lo contencioso administrativo”, en la sesión acordaron que para agregarlo era necesario dictar la ley previamente, de lo contrario “(...) se abriría una competencia ilimitada a los tribunales”<sup>578</sup>. Poco tiempo después, Bertelsen advertía que era mejor “(...) que la disposición constitucional permanente disponga que «la facultad de juzgar las causas civiles, criminales y contencioso-administrativas pertenece a los tribunales que señala la ley», ya que es la única oportunidad para establecer el principio en el texto, y que luego se decida si un artículo transitorio, en caso de que no se haya dictado la ley en el momento de la promulgación, contendrá alguna referencia al respecto”<sup>579</sup>.

En cuanto a la competencia, quedan claros los temores de los comisionados en la intervención del presidente de la comisión, sr. Ortuzar<sup>580</sup>:

“(...) aclara que se ha preferido dar competencia en esta materia a los Tribunales Ordinarios de Justicia, en vez de crear una judicatura especial. Menciona la posibilidad de que las Cortes de Apelaciones, como tribunales de segunda instancia, estén integradas para este efecto por algún técnico en asuntos administrativos, si fuere necesario. Advierte que, en el estudio particular del tema, deberá analizarse un punto delicado, como es el de la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos, puesto que, evidentemente, no se puede encomendar el conocimiento de los primeros a los tribunales contencioso-administrativos. Añade que también le merece dudas que estos tribunales puedan modificar los actos mismos, por cuanto ello significaría ejercer una función netamente administrativa. Esta consideración le lleva a pensar que, lisa y

---

<sup>577</sup> Actas CENC, sesión 408, celebrada en miércoles 9 de agosto de 1978

<sup>578</sup> Actas CENC, sesión 408.

<sup>579</sup> Actas CENC, sesión 410, celebrada en miércoles 30 de agosto de 1978.

<sup>580</sup> Actas CENC, sesión 384, celebrada en miércoles 14 de junio de 1978

llanamente, deberán limitarse a dejar sin efecto el acto o a reparar el daño causado”.

Y si podía haber dudas respecto del alcance de la competencia de estos tribunales, no la había respecto de su dependencia de la justicia ordinaria y no creando una jurisdicción especial, porque –afirmó el comisionado Bertelsen– “(...) se correría el riesgo de que tales tribunales quedaran dependiendo del Ejecutivo, lo que a su juicio, sería fatal”<sup>581</sup>.

### 3.2.2.2. La disposición y sus cambios

En definitiva, como ya se dijo, los cambios respecto de la Constitución de 1925 no fueron significativos. La promesa persistió sólo que se trasladó desde el artículo 87 al inciso segundo del 38 en el capítulo sobre Administración del Estado con mención a la dependencia de la Corte Suprema en el artículo 79. Como afirmó Pierry en su momento: “Quizás la única diferencia visible con la norma anterior es que el artículo 38 parece ser un poco más restrictivo, al señalar que el particular que reclame debe tener un derecho lesionado. El artículo 87, en cambio, establecía una posibilidad más amplia que podía incluir a acciones populares”<sup>582</sup>. Bueno, además, hay que recordar que antes (en la Constitución del 25), la disposición estaba en el capítulo sobre el Poder Judicial<sup>583</sup> lo que, en su momento, también se vio como significativo.

Las cosas comenzaron a cambiar a partir de la operatividad del recurso de protección y, muy significativo, con la reforma a la Constitución promulgada en 1989. Es verdad que esta modificación apareció como curiosa dado el objetivo general de las diversas reformas del 89. No hay registros de la discusión que dio pie a que, en definitiva, se borrarla la alusión a los tribunales contencioso administrativos dejando solo la referencia a los tribunales que establezca la ley y con ello, coincidió buena parte de la doctrina, quedó meridianamente claro que la competencia correspondía a los tribunales del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional<sup>584</sup>, en cambio, tuvo una reacción sutilmente diferente, al indicar –citando al profesor Carlos Andrade Geywitz–, que la supresión de la referencia a lo contencioso administrativo revelaba que “mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales

---

<sup>581</sup> Actas CENC, sesión 397, celebrada en martes 11 de julio de 1978.

<sup>582</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2000., Ob. cit. p. 99.

<sup>583</sup> Constitución 1925. “Art. 87.- *Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se 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*”.

Constitución de 1980. Art. 79. Inciso segundo: “*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 contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”.

Constitución de 1980.- “*La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares en tiempos de guerra. Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley*”.

<sup>584</sup> Sentencia Rol N° 176 de 1993, considerando sexto.

contencioso administrativos, corresponderá a los tribunales del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos.”. Cuestión que coincide con el informe del asesor del Ministro del Interior, Arturo Marín Vicuña quien en junio del 89 consignó en un informe que la eliminación de la referencia a los tribunales del contencioso administrativo del artículo 38 inciso segundo, buscaba aclarar que “(...) el constituyente no ha pretendido exigir que se creen tribunales especiales para lo contencioso administrativo. La Constitución ordena al legislador que establezca la jurisdicción en la materia, a fin de que los derechos ciudadanos queden debidamente resguardados. Para ese fin, la ley (...) podrá asignar competencia los tribunales ordinarios, en todo el país o sólo en algunos casos, y crear tribunales especiales, si así lo estima conveniente para la pronta y cumplida administración de justicia.”<sup>585</sup> Es decir, se entregaba la competencia residual a los tribunales ordinarios, sin descartar la posibilidad de crear tribunales especiales para la materia.

Lo cierto es que las reiteradas resoluciones de los tribunales negándose a sumir la competencia contenciosa administrativa, seguro tuvieron una importante influencia en la reforma del artículo 38 inciso segundo De hecho Pierry<sup>586</sup> lo atribuye especialmente al fallo “*Parra Acuña Carlos con Ilustre Municipalidad de Temuco*”, de 6 de marzo de 1989, “que disgustó a los académicos de distintos sectores, que formaban parte de los equipos técnicos que dieron la redacción a las reformas constitucionales. En dicho fallo ni siquiera se aceptó un cierto grado de evolución en materia de competencia de los tribunales ordinarios (...)”, pese a que algunos jueces, tímidamente, comenzaban a admitir algún grado de competencia.

### 3.2.2.3. La evolución

El desarrollo que se dio a partir de la reforma de 1989, nos ha llevado a un panorama complejo en el que conviven diversos sistemas y dónde –en todo caso– los tribunales de justicia cumplen un rol esencial, sea porque la ley los llama a cumplirlo o porque, no habiendo un tribunal especial o un órgano al que la legislación le haya encomendado una competencia específica, los tribunales del Poder Judicial, ejercen siempre la competencia residual.

Y todo partió con el contencioso anulatorio. En los años noventa se presentaron un importante número de demandas solicitando la nulidad los decretos confiscatorios de bienes de los partidos políticos, realizados durante la dictadura al amparo del Decreto Ley 77 de 1973. Y, prácticamente en todos los casos, los tribunales ordenaron la devolución de los bienes o las indemnizaciones correspondientes hasta el año 2000 en que las cortes comienzan a distinguir entre la nulidad y los efectos patrimoniales. A estos últimos, se les comenzó a aplicar la prescripción contenida en el artículo 2497 del Código Civil<sup>587</sup>. El contencioso

---

<sup>585</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2001., Ob. cit. p. 44.

<sup>586</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2000., Ob. cit. p. 99.

<sup>587</sup> En el año 2000, en la causa Aedo Con Fisco, la Corte suprema sentenció en el considerando octavo: “8º) Que, por el contrario, las acciones rei-vindicatoria y de indemnización de perjuicios que también se han deducido por la actora, como derivadas de la anterior de nulidad de Derecho público, y referidas en los

anulatorio se iba a modificar también con la dictación de la Ley N° 19.880 que "establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado" y con otra importación francesa que distingue entre las acciones de nulidad y las de plena jurisdicción.

Pero, como decía Pierry en el 2002, "El cambio más importante en materia de control jurisdiccional y quizás de todo el derecho administrativo ha provenido, sin embargo, del recurso de protección (...) Este recurso ha sustituido, en la práctica, al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración"<sup>588</sup>.

Sin embargo, en el último tiempo, especialmente tras la modificación del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección que el 2007 agregó requisitos para el examen de admisibilidad que, para parte de la doctrina, limita el papel que cumplía este recurso, como sustituto del contencioso administrativo general<sup>589</sup>.

#### **4. Por qué se incumplió la promesa. La Contraloría suplió la ausencia**

Si observamos el panorama actual y su historia, no puede dejar de sorprendernos el hecho de que Chile no cuente con una jurisdicción contenciosa administrativa general. No es que el tema no haya provocado interés. Muy por el contrario, fue fuente de vehementes discusiones; tal vez demasiadas.

El asunto es que nunca se llegó a acuerdo de cómo hacerlo y ningún gobierno tuvo la suficiente fuerza o convicción como para sacar adelante una iniciativa legal en este sentido. Luego, y hasta hoy, se comenzó a tejer una maraña de iniciativas que crearon jurisdicciones administrativas de todo tipo, al punto que sería complicado ordenarlas, aunque tal vez valdría la pena. Aunque, hay que reconocer que la materia ya no se discute<sup>590</sup>; la doctrina no ha vuelto a llamar la atención sobre la necesidad de este contencioso administrativo y las confusiones doctrinales que, en buena parte, bloquearon cualquier iniciativa para

---

*capítulos de casación primero y último, son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a los aspectos materiales y monetarios que pretende obtener la actora en virtud de la declaración de nulidad que busca. De lo anterior se deriva que su destino se condiciona de lleno a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil. En este sentido cabe hacer presente que la propia actora condiciona y ampara estas pretensiones en diversas normas de este cuerpo legal (...)*".

<sup>588</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2002. Las transformaciones del derecho administrativo en los siglos XIX a XXI. *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, p. 382.

<sup>589</sup> Ver. BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2010. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista derecho (Valdivia)*, XXIII (Julio 2010), 103–123 [en línea] < <http://doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005> > [consulta: 30 abril 2017].

<sup>590</sup> Salvo por las breves reflexiones, sin mayor profundización ya citadas. Ver supra III.B.1.b)

desarrollarlo, persisten en otros temas como los recursos o acciones de nulidad y de plena jurisdicción<sup>591</sup>.

Coincidimos con el profesor Pantoja en la sistematización de las causas que definió para la que mismo llamó “La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile”<sup>592</sup>.

#### **4.1. Las causas que no son**

##### **4.1.1. Aversión al control**

Tal como se ha venido expresando a lo largo de este estudio, Chile recibió la influencia española que se caracterizaba por una faceta gubernativa y una contenciosa, siendo esta última la que primaba la hora del ejercicio del poder. Desde muy temprana época, la naciente república chilena generó órganos de control tanto jurídicos como contables para limitar el poder del gobierno. De hecho, desde muy temprano, destacaron actuaciones con las de Valentín Letelier, que en su paso por la Contaduría Mayor y Tribunal Superior de Cuentas, emitió ilustrados dictámenes que servirían de guía y aporte al desarrollo del Derecho Administrativo chileno.

Chile, como destaca Pantoja, es el único país del mundo en que el gobierno y la administración que de él depende, somete sus actos más importantes a un control preventivo de juridicidad por parte de un órgano externo a la Administración, constitucionalmente autónomo que, si considera que el acto es inconstitucional o ilegal, éste no nacerá a la vida jurídica, a menos que se insista, con las consecuencias políticas y jurídicas que ello implica. Se trata del trámite de toma de razón que realiza la Contraloría general de la República, la que –además– atiende a los requerimientos de los órganos del estado, funcionarios y particulares solucionando controversias en torno a la interpretación y aplicación de la ley administrativa a situaciones dadas.

“Mal podría pensarse entonces que la sujeción al control individual ejercido por medio de demandas ciudadanas pudiera ser una causa tan poderosa como para fundar en él el desinterés del Gobierno por crear los tribunales de la Justicia Administrativa, si ya está sometido a ese control jurídico de oficio que ejerce la

---

<sup>591</sup>Ver. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2016. La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial. *En*: J. C. Ferrada Bórquez, J. Bermúdez Soto, & O. Urrutia Silva (Eds.), *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* 2016 (Primera, pp. 304–321). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

<sup>592</sup> Con el mismo título y contenido semejante, el profesor Pantoja publicó primero un artículo en la Revista del Consejo de Defensa del Estado, véase en PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Ob. cit. pp. 27-71. Luego en un libro, de varios autores, editado en México. (PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2007., Ob. cit. pp. 381–423.

Contraloría General de la República, en forma independiente, conforme a sus propias políticas y facultades de fiscalización, y que abarca todo su actuar”<sup>593</sup>.

#### 4.1.2. Problemas de financiamiento

Pantoja también refuta ese argumento que indica que lo que faltaría es financiamiento. La verdad es que grandes sumas de dinero se han gastado en la instalación de una nueva justicia penal, una nueva justicia de familia y otra laboral.

Recientemente se modificó la justicia tributaria y la ambiental. Antes ya había nacido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el de la Contratación pública. En fin, todas estas iniciativas implican amplias sumas de dinero que el Estado ha invertido gustoso en el entendimiento que una justicia adecuada es pacificadora. Por lo demás, como afirmaba Pierry el 2000, los costos se podrían haber aminorado, por ejemplo, estableciendo secretarías comunes, entre otros<sup>594</sup>.

“Siendo así, sostener que la inexistencia de una Justicia Administrativa en Chile se explica por una falta de recursos financieros, es una explicación que también carece de todo sustento, ya que los hechos demuestran fehacientemente que al no existir voluntad política pueden incorporarse innovaciones modernizadoras radicales en beneficio de la comunidad nacional”<sup>595</sup>.

#### 4.3. Las causas más plausibles

##### 4.3.1. Los desencuentros doctrinales

La insistencia en tratar de importar el sistema francés mirándolo con aguda admiración es una de las causas que aún hoy persisten. La separación de poderes y la fórmula en que la Administración juzga a la Administración respetando sus potestades exorbitantes, son temas no resueltos en nuestro país, no obstante hasta el sistema francés ha cambiado, y –como afirma Ferrada– “se han terminado aceptando las medidas suspensivas decretadas por los tribunales en contra de los actos administrativos, a través de los denominados *référés*”<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2013. La experiencia chilena en materia de justicia administrativa. En: U. N. A. de México (Ed.), *JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. CONGRESO INTERNACIONAL* (Primera, pp. 853–863). Ciudad de México [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3282>> [consulta: 15 mayo 2017].

<sup>594</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2000. Tribunales Contencioso-Administrativos. *Revista de Derecho - Consejo de Defensa Del Estado, Año 1 N° 2*, 97–116.

<sup>595</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2013., Ob. cit. pp. 853-863.

<sup>596</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2011. Justicia Administrativa y Principio de Separación de Poderes. In *Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes. Actas de las XI jornadas de Derecho Público. 2010*. (Primera, pp. 283–304). Santiago: Thomson Reuter Chile, p. 300.

Sin embargo, aún en estos tiempos, se sigue confundiendo en la materia. El propio Ferrada, refiriéndose a la promesa del artículo 87 de la Constitución de 1925, reconoces que haber intentado –a partir de ese texto– imitar el sistema galo, “(...) supone una trasposición al derecho chileno de opciones institucionales propias del derecho francés, pero que no tendrían sustento histórico ni doctrinario en nuestro ordenamiento.”<sup>597</sup> Sin embargo, a renglón seguido, coincidiendo con Silva Cimma<sup>598</sup> afirma que “(...) los principios de separación de poderes y legalidad que estaban contenidos en la Constitución de 1925, fundamentaban una exclusión general de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos administrativos, lo que constituye una vuelta a la interpretación estricta, a la francesa, del principio de separación de poderes”<sup>599</sup>. Pero, los tribunales nunca argumentaron la separación de poderes para negarse a conocer de las causas contenciosas administrativas, sino la incompetencia ya que ésta había sido otorgada por la Constitución a otro órgano, distinto aunque no creado aún.

Y la discusión de la doctrina no se dio en torno al concepto de jurisdicción, sino de dependencia o independencia, a partir de la separación de poderes. Así, nadie postuló siquiera la posibilidad de que la Contraloría asumiera el papel, seguramente porque nadie la veía como tribunal, que no lo es; lo que no significa –como hemos venido afirmando– que no resuelva controversias.

#### **4.3.2. Falta de consistencia en las decisiones judiciales**

Qué duda cabe, en la génesis de la Constitución de 1833 estaba el orden que suponía un Ejecutivo fuerte, a imagen de lo que fuera el poder real. Sin ir más lejos, la Carta del 33, se suponía, iba a ser una modificación de la de 1828 que con la influencia del súper ministro (Interior, Guerra y Marina, y Relaciones Exteriores), Diego Portales ya se perfilaba como la Constitución del orden con una cabeza fuerte. “(...) gracias a Portales el país había vuelto a sentir la presencia de un gobierno indiscutido, como lo fuera hasta veinte años antes la antigua monarquía.”<sup>600</sup>, afirma Bernardino Bravo, advirtiendo que fue una carta elaborada, como nunca, antes, en una situación de paz y tranquilidad interior. “Finalmente, el propósito primario de los constituyentes de 1833 era muy distinto del que habían tenido los anteriores. En lugar de establecer un gobierno ideal para el futuro, buscaron consolidar el gobierno establecido desde 1830”<sup>601</sup>. La nueva Constitución era pragmática y autoritaria, extremadamente presidencialista. Lo cierto, es que el constituyente de entonces no tuvo precisamente a la vista la doctrina de separación de poderes; ni siquiera consideró al Poder Judicial. Así, los tribunales podían juzgar los aspectos pecuniarios del acto administrativo,

---

<sup>597</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2011., Ob. cit. p. 295.

<sup>598</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1994. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*. Editorial Jurídica de Chile, p. 191.

<sup>599</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2011., Ob. cit. p. 296.

<sup>600</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1983. La Constitución de 1833. *Revista Chilena de Derecho*, 10, 317–329 [en línea] <<http://doi.org/10.2307/2141156>> [consulta: 22 octubre 2016], p. 318.

<sup>601</sup> BRAVO LIRA, Bernardino. 1983., Ob. cit. p. 319.

pero no su legalidad, una autolimitación inspirada no sólo en la separación de poderes sino en una historia que le restó prestigio<sup>602</sup>. Pero, lo cierto es que la cuestión siempre se radicó en la competencia, igual que años después, cuando el artículo 87 de la Constitución de 1925 otorgaba la competencia contenciosa a unos tribunales que el legislador debió crear.

Pero, los tribunales ordinarios sabían de la indefensión en la que se encontraban los ciudadanos y fueron muchos los llamados que hicieron al legislador para que los creara.

Bien conocido es el discurso que el Presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia Manzano pronunció en la inauguración del año judicial en 1973, dejando claro que:

“(...) cuando la Constitución expresó en su artículo 87 que habría tribunales administrativos (...) no dijo implícitamente que mientras no se crearan tales tribunales, los particulares quedaban en la más absoluta indefensión, puesto que como lo establece el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales [a ellos compete] el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República (...) con las solas excepciones que señala dicho precepto, entre las cuales no se encuentran los asuntos contencioso administrativos. Esto es indudable”<sup>603</sup>.

Esta doctrina tuvo influencia ya que los jueces, tímidamente al principio, comenzaron a fallar por la vía de la excepción. Así por ejemplo en la causa *Undurraga Fonck con Corporación de la Reforma Agraria* la Corte Suprema confirmó un fallo dictado por el Juez del Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Mayor cuantía que en su considerando sexto decía: “Que al haber excluido la ley sólo algunos juicios contenciosos administrativos de la competencia de los Tribunales Ordinarios, resulta claro que los dejó sujetos los restantes; y que, de consiguiente, ellos no pertenecerían a los Tribunales Administrativos establecidos por la Constitución, pues los mismos, como se ha dejado sentado precedentemente, sólo conocerían de los asuntos de ese orden no asignados por la ley a otros Tribunales”.

El Profesor Soto Kloss comentó este fallo que, reconoce no plantea una postura persistente de los tribunales en la materia que zigzagueaban en su declaratoria de incompetencia, hasta 1989.

Entonces Soto K. reflexionó: “(...) qué distinta hubiera sido la historia jurídica chilena, e incluso la historia misma de las instituciones políticas nuestras si hubiera primado en forma mayoritaria desde 1925 adelante la postura que consagra este fallo y la judicatura hubiera comprendido exactamente en toda su propiedad el papel esencial que en un Estado desempeña el juez”<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> Ver supra III. A

<sup>603</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Ob. cit. pp. 27-71.

<sup>604</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 1977. Lo contencioso administrativo y los Tribunales de Justicia. Excepción de incompetencia. *Revista de Derecho Público*, 21-22, p. 249.

Lo cierto es que lo mismo se podría decir de los legisladores que debieron cumplir el mandato constitucional; lo que, seguramente, también se vio influido por la actitud zigzagueante de los jueces.

### 4.3.3. La actuación de la Contraloría

No es necesario profundizar demasiado en este factor que se ha venido analizando a lo largo de este estudio. Baste recordar que, como bien dice el profesor Cordero Vega<sup>605</sup>, el entramado normativo que dotó a la Contraloría de todas sus potestades se dio en el marco de dos importantes restricciones: la ausencia de tribunales del contencioso administrativo general y la inexistencia de un tribunal constitucional que garantizara la supremacía de la Carta.

La Contraloría se transformó entonces en el guardián de la constitucionalidad y en el sustituto del contencioso, lo que se apreció claramente a partir de la década de los cincuentas, con la impronta del Contralor Humberto Mewes<sup>606</sup>. Lo hizo principalmente a través del control preventivo en la Toma de Razón y ejerciendo su función consultiva e interpretativa de la ley administrativa a través de la dictaminación.

“De los años 2000 en adelante, ese deambular permitirá consagrar un modelo que sobrepasa al control de legalidad objetivo, para ir transformándose progresivamente en un control subjetivo de tutela con consecuencias claramente adjudicativas”<sup>607</sup>.

Lo cierto es que la adjudicación venía desde hace bastante, lo que ocurre es que se comienzan a presentar problemas, especialmente con el Poder Judicial<sup>608</sup> quien reclama para sí el contencioso administrativo general.

Claro, es que como explica Pantoja, mientras se mantuvo la promesa de crear tribunales del contencioso administrativo y frente a la negativa de los tribunales ordinarios a abordar el tema, quien lo hizo fue la Contraloría, restando urgencia a la promesa.

“Ha contribuido, asimismo, a desplazar a la Justicia Administrativa del centro de la preocupación ciudadana y pública, una creación institucional que ha llegado a tener connotaciones autóctonas en Chile, surgida con abierta naturalidad del maduro Estado Social de mediados del siglo pasado y que en su

---

<sup>605</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2010. “La Jurisprudencia Administrativa En Perspectiva: Entre Legislador Positivo Y Juez Activista . Comentario Desde El Dictamen Sobre La Píldora Del Día Después.” *Anuario de Derecho Público* N° 1: 165–88.

<sup>606</sup> Ver supra I.B.2.

<sup>607</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2010., Ob. cit. p. 184.

<sup>608</sup> A partir del fallo “Zapallar” de la Corte Suprema, Rol N° 2791-2012

rol jurídico aparece como inédita en occidente: la Contraloría General de la República”<sup>609</sup>.

No hay que olvidar que la extrema autonomía que tiene la Contraloría la acerca mucho a la independencia del Poder Judicial. En efecto dicha autonomía, como la de los Tribunales Superiores se manifiesta primero en el mecanismo de nombramiento de sus autoridades y en las dificultades de remoción o estabilidad en el cargo. Y no se trata de independencia, esta dice relación de estar distanciada de otras funciones como el Poder Judicial lo está de las gubernativas/administrativa y judiciales. A cambio, como explica Aldunate<sup>610</sup>, estos mecanismos más bien buscan evitar lealtades con quien nombra y juzga, cuestión difícil a menos que se haga por sorteo. No hay que olvidar, además, que la Corte Suprema puede remover jueces inferiores y el Contralor puede remover a cualquiera de sus funcionarios, aquellos que estudian y proponen las decisiones que el Contralor firma.

En todo caso es, a partir de su extrema autonomía y del prestigio de sus decisiones –que la ubicaban, como ella misma dictaminó, como *garante del Estado de Derecho*<sup>611</sup>– que la Contraloría llenó el vacío de los tribunales que nunca se crearon. Sin embargo, el Poder Judicial, que lentamente se había ido poniendo de pie tras un largo período de desprestigio, comenzó a cuestionar el actuar contralor tanto respecto de la invasión que podía significar en sus competencias y, más importante quizá, por la carencia de algunos requisitos mínimos a la hora de decidir y adjudicar, no importa la sede en que se haga.

Y es que el activismo contralor, a veces, sorprende y no sólo en relación con el Poder Judicial.

## **5. El despertar de la competencia: CGR vs. CS**

### **5.1. 1952 da inicio a las contiendas**

Como se ha visto hasta aquí, los principales conflictos que enfrentó la Contraloría, desde su nacimiento, fueron con el Ejecutivo, cuestión bien lógica cuando se concibe precisamente para poner orden al desorden administrativo a cargo del Presidente; controlándolo.

#### **5.1.1. Amplia discrecionalidad del Ejecutivo**

Nadie pensó, al principio, en eventuales conflictos con los tribunales ordinarios; en buena medida porque por mucho tiempo se esperaba la creación de tribunales del contencioso

---

<sup>609</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Ob. cit. pp. 27–71.

<sup>610</sup> ALDUNATE, Eduardo. 1995. “La Independencia Judicial. Aproximación Teórica Consagración Constitucional Y Crítica.” *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 22 y ss.

<sup>611</sup> Dictamen de 26 de agosto de 1987. Citado por PANTOJA BAUZA, Rolando. 2005., Op. cit.

administrativo general y porque, en un convulsionado país, permanentemente en construcción, la Corte era cuidadosa en no interferir en la gestión de otros poderes; dejaba hacer al Ejecutivo-Administración. Esto queda meridianamente claro en una sentencia de la Corte de 1932 en que expresa la gran autolimitación que se imponía a la hora de juzgar al Ejecutivo.

“Dado que la jurisdicción de esta Corte para declarar inaplicables las leyes, alcanza únicamente a los casos que consulta el artículo 86 de la Carta fundamental, es obvio comprender que, en general, la arbitrariedad de los poderes atribuidos a los cuerpos superiores del Estado sólo se limita por simples doctrinas que inspiran la razón y el buen sentido público, ante la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos organismos constitucionales”<sup>612</sup>.

De allí también la clara concepción que, desde el día uno, se planteó respecto de los límites que debía tener la Contraloría. Al Contralor le correspondía vigilar la legalidad no la discrecionalidad. La cuestión quedó más que clara en un estudio que se elaboró –a solicitud del Contralor- a raíz de una serie de conferencias que dictó en Santiago el profesor de Finanzas de la Universidad de París, Gastón Geze, confrontándose sus postulados con los del inspirador de la creación de la Contraloría, Edwin Kemmerer<sup>613</sup>.

Geze, seguramente con el Consejo de Estado en la mente, era más flexible respecto de la amplitud de las potestades de la Contraloría que, a su juicio, incluían lo técnico. Sin embargo, para entonces –octubre de 1927– primaban los principios más restrictivos de Kemmerer, aun cuando –como se ha visto– la Contraloría fue adquiriendo cada vez más y más amplias potestades.

Además, no hay que olvidar que, tanto la Corte como los antecesores de la Contraloría surgen a partir de la Real Audiencia y que pasó mucho tiempo –de hecho hasta hoy– en que no hubo un concepto claro de jurisdicción ni una delimitación precisa respecto de autoridades administrativas que adjudicaban con sus determinaciones en una clara persistencia del concepto de jurisdicción, como límite al poder, que venía desarrollándose desde el Antiguo Régimen Media. Prueba de ello es el primer conflicto suscitado entre la Corte y la Contraloría: Un conflicto aislado; de hecho único por muchos años, pero que dejó ver cuál era la confusión y el real conflicto de jurisdicción.

---

<sup>612</sup> Corte Suprema, Sentencia 13 de septiembre 1932, considerandos 4 y5, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Ciencias Sociales* 30, Santiago 1933, 2ª parte sección 1ª, pp. 42 y ss. BRAVO LIRA, Bernardino. 1985. *De Portales a Pinochet. Gobierno Y Régimen de Gobierno En Chile*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Nota 18, p. 81.

<sup>613</sup> LILL, Thomas R. 1928. *Estudios Administrativos. Comparación de Las Opiniones Expresadas Por Monsieur Gaston Geze de La Universidad de Paris Y El Doctor Edwin Walter Kemmerer, Profesor de La Universidad de Princeton, E.U.A. Referentes a La Contraloria, Contabilidad Oficial Y El Presupuesto*. Primera. Santiago: Imprenta Y Lit. “La Ilustración.”, pp. 3-7.

### 5.1.2. El juez de indios de Victoria

No llama demasiado la atención que el Contralor de la fecha fuera Humberto Mewes. Tal como ya se vio, él se tomaba muy en serio su poder.

A raíz de la iniciativa de un grupo de diputados encabezados por Venancio Coñuepán, el Contralor ordenó investigar la responsabilidad que le pudiera caber a algún organismo del Estado en una inversión de dineros provenientes de la explotación de madera perteneciente a la comunidad indígena Bernardo Ñanco en Lonquimay. Tal como lo señalaba la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, la forma en que se planteó la orden de investigación del Contralor, “se refería al señor Juez de Indios de Victoria”<sup>614</sup>, bajo cuya jurisdicción estaba la comunidad y el que había autorizado la operación en 1950.

El Juez de Indios acude a la Corte Suprema alegando la incompetencia del Contralor y el Tribunal Supremo, deferente, deshecha la cuestión, pero oficia al Contralor para que se inhiba de seguir actuando en el asunto. Mewes, se sentía facultado para actuar pero ofrece hacerse a un lado si la Corte ordenaba, de inmediato, una investigación.

Hasta ahí llegó la deferencia de la Corte; sintiéndose afectada en sus facultades constitucionales y legales, promueve una contienda de competencia ante el Senado.

Ante la Comisión que informó al pleno de la Corporación, el Contralor defendió su competencia fundada en tres razones esenciales.

“a) Que los Jueces de Indios y sus actuaciones tienen un carácter dual administrativo-judicial; b) Que la resolución dictada por el señor Juez de Indios de Victoria, aprobatoria del contrato de exportación de bosques celebrado entre la Comunidad Bernardo Ñanco y la firma Fresad y Viñuela, no constituye propiamente una resolución judicial; y, c) Que la ejecución material de esta resolución se traduce en actos administrativos, cuya corrección debe fiscalizar la contraloría”<sup>615</sup>.

La comisión, sin embargo, reconociendo la naturaleza dual de los servicios del Juez de Indios, estimó que primaba la dependencia del mismo a la Corte Suprema. Igualmente, la comisión estimó que la resolución mencionada es de carácter judicial de jurisdicción voluntaria y, finalmente estimó que no es factible separar la fiscalización de la ejecución porque esta última es inherente a la jurisdicción.

---

<sup>614</sup> Senado. 1952. “Contienda de Competencia Entre La Corte Suprema y el Contralor General de La República. (Promovida En El Expediente Del Juzgado de Indios de Victoria Sobre Explotación Maderera de La Comunidad Bernardo Ñanco).” *Revista de Derecho Jurisprudencia Y Ciencias Sociales Y Gaceta de Los Tribunales*, p. 93.

<sup>615</sup> Senado. 1952. “Contienda de Competencia Entre La Corte Suprema y el Contralor General de La República, p. 94.

El Senado en pleno, aprobó el informe de la comisión el 5 de agosto de 1952; anotándose así la Corte su primer triunfo frente a la Contraloría. Pero no sería igual en futuras contiendas.

Como se puede observar, tanto los argumentos de Mewes, como los de la Comisión tenían fundamentos bastante plausibles precisamente por la naturaleza dual del Juez de Indios; una de las tantas autoridades que mantuvieron la naturaleza gubernativa y contenciosa que venía de la Antigua Era y que también se expresaba en el accionar de la propia Contraloría.

## **5.2. La toma de razón vs. el recurso de protección**

En once oportunidades se han promovido contiendas de competencia entre la Contraloría y el Poder Judicial, ocho de las cuales dijeron relación con el ejercicio del control preventivo de toma de razón regulado constitucionalmente. De estas últimas, seis fueron acogidas favoreciendo a la Contraloría, una no se resolvió y en otra, la Contraloría se desistió.

Todas las contiendas relativas a la toma de razón fueron promovidas por la Contraloría frente a recursos de protección acogidos a trámite –en un caso fallado– por no contentarse los interesados, sea con la toma de razón o con la representación de un acto administrativo afecto al trámite constitucionalmente regulado.

La distinción respecto de la toma de razón versus la representación no puede dejar de mencionarse. En efecto, hay que recordar que cuando el Contralor toma razón de un acto afecto, lo hace –tras un juicio de juridicidad– firmando sobre un timbre que certifica el juicio favorable. En cambio, cuando representa, emite un acto motivado explicando las razones para no dar curso al acto. Si alguien se ve perjudicado con la toma de razón puede igual recurrir el acto totalmente tramitado enfocándose en el servicio que lo dictó. En cambio, si se representa, el acto no habrá nacido a la vida jurídica por lo que no se podrá impugnar. Se planteó en alguna de estas contiendas, que se podría recurrir por omisión, pero, la verdad; no hay tal omisión. El servicio emitió el acto, lo que ocurre la Contraloría no lo dejó pasar. El Presidente podría insistir pero, el costo político de la insistencia puede ser muy alto.

En definitiva, el perjudicado que puede cuestionar la representación dependería de la temperatura política que esté midiendo el Jefe del Estado, sin posibilidad de recurrir a otro camino. Estos y otros argumentos fueron esgrimidos en las tres contiendas que, en materia de Toma de Razón, se resolvieron a favor de la Contraloría cuando esta había representado un acto por ilegalidad.

## CONTIENDAS DE COMPETENCIA CGR/TRIBUNALES

AÑO	ÓRGANO DECISOR	PROMOTOR	MOTIVO	RESULTADO
1952	Senado	Corte Suprema	Fiscalización Juez de Indios	Acogida
1988	Junta de Gobierno	Contraloría	Representación resolución DGA	No resuelta*
1993	Senado (Trámite Conjunto)	Contraloría	Representación resolución DGA	Acogidas
1994			T de Razón Dto. Tarifario	
1994	Senado	Contraloría	T de Razón Res. INDAP	Acogida
1998	Senado (Trámite conjunto)	Contraloría	Representación Res. SERVIU	Acogidas
1998			T de Razón Dto. Investigaciones	
1999	Senado	Contraloría	T de Razón concesión	Acogida
2000	Senado	Contraloría	CAS ordena T de Razón	Desistida
2016	T. Constitucional	Contraloría	Mera certeza/potestades	Acogida
2016	Senado	Contraloría	Casación/ Mera certeza	Pendiente

\*No se logró la unanimidad por la que se tomaban las decisiones en la Junta de Gobierno

### 5.2.1. Ante la Junta de Gobierno

Hasta 1988 era pacífico que el recurso de protección procedía sin distinción contra toda persona o institución, en tanto se viera amenazado un derecho fundamental. La toma de razón no estaba exenta y –desde 1976 en que comenzó a operar– siempre se admitió a trámite frente a eventuales vulneraciones de derechos. La Contraloría informaba y las cortes decidían.

En 1988<sup>616</sup>, sin embargo, frente a un recurso de protección acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago frente a la representación de una resolución de la Dirección General de Aguas, la Contraloría promovió una contienda de competencia ante el legislativo del momento, la Junta de Gobierno. La contienda no fue fallada porque no se logró la

<sup>616</sup> Siendo Contralor Osvaldo Iturriaga quien ejerció funciones entre el 12 de abril de 1978 al 31 de marzo 1997.

unanimidad con que se tomaban las decisiones en la Junta. Años después, durante la tramitación de otra de estas contiendas, el senador Enrique Zurita explicaba que quien bloqueó la decisión había sido el General Matthei fundándose en un informe que “(...) hacía hincapié en que la Contraloría estaba sosteniendo una opinión contraria a la que había manifestado antes, y al efecto invocaba la doctrina de los actos propios, de acuerdo con la cual una autoridad no puede, en un momento dado, cambiar su criterio y sustentar una interpretación distinta de la que ha venido defendiendo. Y la verdad es que la Contraloría, que no había objetado los aspectos de la inadmisibilidad, de pronto apareció cuestionándolos”<sup>617</sup>.

### 5.2.2. 1993/94

Ya en democracia, en los años 1993 y 1994, la Contraloría vuelve a promover dos contiendas de competencia las que fueron tramitadas y resueltas por el Senado, acumuladas. Ambas promovidas por la Contraloría luego que la corte acogió a trámite sendos recursos de protección por la representación de una resolución de la Dirección General de Aguas (DGA) y por la toma de razón de un decreto tarifario. Eso sí, en la primera causa, el recurrente se desistió y en el segundo, la Corte de Apelaciones había fallado en favor de la Contraloría General. Sin embargo, la contienda persistió con un informe favorable a la CGR por parte de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, confirmada mayoritariamente en el pleno, no sin polémica en la discusión en la sala.

Especialmente vehementes fueron las intervenciones de los senadores Hamilton y Otero, el primero resaltando la que llamó “elefantiasis” del recurso de protección estimando que los recursos no debieron pasar el examen de admisibilidad llevando a calificar como “(...) excesos y los absurdos a que pueden llevar los Altos Tribunales de Justicia”<sup>618</sup>. Y nuevamente surgió una de las versiones de la separación de poderes que hemos analizado: “Si los Tribunales Superiores de Justicia pretenden jugar ese papel de tutelaje sobre todos los Poderes y órganos del Estado, violan flagrantemente el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales que prohíbe al Poder Judicial «mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos»”<sup>619</sup>.

El Senador Otero, en cambio, desde otra perspectiva de la división de poderes, mostró su preocupación de que la decisión del Senado podía transformarse en una interpretación de una norma de carácter general, modificando la Constitución. Apuntó también a que nadie impidió la toma de razón o representación de la Contraloría y se preguntó si esta última ¿no puede cometer errores? Respecto de la posibilidad de recurrir al acto más que al trámite

---

<sup>617</sup> Senado. 1998. “REPÚBLICA DE CHILE. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO PUBLICACIÓN OFICIAL LEGISLATURA 337ª, EXTRAORDINARIA Sesión 11ª, En Martes 5 de Mayo de 1998”.

<sup>618</sup> Senado. 1994. “REPÚBLICA DE CHILE. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO PUBLICACIÓN OFICIAL LEGISLATURA 330ª, EXTRAORDINARIA Sesión 14ª, En miércoles 9 de noviembre de 1994”.

<sup>619</sup> *Ibidem*.

constitucional Otero recordó que por los plazos planteados en el auto acordado para recurrir de protección (entonces era de 15 días), nunca se podría recurrir un acto tomado de razón ya que ésta demora más menos 30 días. La autonomía de la CGR no es equivalente a la soberanía, recordó el Senador.

Respecto del mismo tema (la autonomía) la Corte Suprema, en su defensa, argumentó citando a quien 14 años después se convertiría en Contralor General, Ramiro Mendoza: “Las autonomías que la Constitución concede a ciertos organismos estatales, como a la Contraloría General, al Banco Central y a todas las municipalidades del país, no derogan el Estado de Derecho, cuyos pilares esenciales se asientan en el reconocimiento y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. El control judicial y la autonomía entonces, a juicio de la Corte, no son conceptos antinómicos sino, complementarios”<sup>620</sup>.

En julio de 1994, la Contraloría vuelve a promover una contienda cuando la Corte acoge a trámite un recurso de protección ante la toma de razón de una resolución de INDAP que dejaba vacante un cargo. El Senado acoge la contienda, advirtiendo que eso no significaba que no se pudiera recurrir contra el Contralor especialmente en el caso que éste cumpliera mal o tardíamente su misión.

La reacción de la doctrina no se hizo esperar. La gran mayoría criticó estos resultados destacando que nadie, ni siquiera el Contralor podía quedar ajeno de la revisión de los tribunales, especialmente ante un recurso tan amplio como el de protección. Como resumió Aróstica en ese momento, no se podía aceptar a una “persona privilegiada” y, en cambio, “(...) la denegación de justicia por los tribunales, rehusar el fallo bajo la disculpa de que el agravante, el autor del atropello, es una autoridad que detenta «poderes privativos» o «autonomías» en el orden administrativo, sería abrir el portillo para la irrupción de las peores arbitrariedades y poner en peligro los cimientos del Estado de Derecho”<sup>621</sup>.

### **5.2.3. 1998/99. Con pretensión de generalizar <sup>622</sup>**

A través de un oficio fechado en noviembre de 1987 la Contraloría solicita al Senado que dictaminara que los efectos de los acuerdos adoptados para zanjar contiendas de competencia ya resueltas eran de carácter general y permanente, de manera que ante futuras situaciones análogas no fuera necesario recurrir nuevamente a la Cámara alta. El Senado se negó por estimar que los acuerdos en esta materia sólo tenían efectos particulares en los casos que se analizaban. Posiblemente previendo esa respuesta, la Contraloría planteó en el mismo oficio

---

<sup>620</sup> OLGUÍN RICHTER, Álvaro. 2000. “Estudio de Las Contendas de Competencia Promovidas Por La Contraloría General Ante El Senado de La República.” Universidad de Chile. Facultad de Derecho [en línea] <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107201>> [consulta: 2 marzo 2017].

<sup>621</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1993. “Sobre El Recurso de Protección Y La Representación Del Contralor. Reflexiones Acerca de Una Contienda de Competencia.” *Revista Chilena de Derecho*, p. 754.

<sup>622</sup> Senado. 1998. “REPÚBLICA DE CHILE DIARIO DE SESIONES DEL SENADO PUBLICACIÓN OFICIAL LEGISLATURA 337<sup>a</sup>, EXTRAORDINARIA Sesión 11<sup>a</sup>, En Martes 5 de Mayo de 1998.”

que, en subsidio, resolvieran otras dos contiendas, nuevamente por acogerse a trámite sendos recursos de protección frente a la función preventiva constitucional de la CGR.

En el primero de ellos, la acción tutelar se ejerció frente a la representación de una resolución del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano que otorgaba aumento de plazo y aprobaba el acta de recepción y la liquidación contable del contrato de construcción de obra pública celebrado entre ese Servicio y la empresa recurrente (Constructora Yelcho), alegando vulneración a su derecho de propiedad.

La segunda respondía a un recurso de protección frente a la toma de razón de una resolución de la Policía de Investigaciones que declaró vacante el cargo de Comisario que investía la recurrente, tras un sumario que ahora solicitaba se anulara

La discusión no fue muy distinta a la que se produjo el 94 aunque quizás con más énfasis, especialmente en la postura que se negaba a limitar el recurso de protección frente a la toma de razón por considerar que dicha postura lo que escondía era una “inmunidad de jurisdicción”<sup>623</sup>.

El informe de la Comisión de Constitución, legislación y justicia, favorable a acoger las contiendas promovidas por la Contraloría, advirtió –en todo caso– que no implicaba la imposibilidad de recurrir frente a la toma de razón. “Ella se va a producir en la hipótesis de que el Contralor, aplicando esta norma sobre control preventivo, cometa arbitrariedades, como podría ser, por ejemplo, el que deje pasar arbitrariamente los plazos para la toma de razón -lo que ha sucedido-, o que disponga trámites de traslado que están al margen de lo que la norma constitucional establece”<sup>624</sup>. Ambos comportamientos, calificados de “arbitrarios” –mencionados sólo a modo de ejemplo– se han dado en más de una oportunidad en la historia de la Contraloría, como se ha visto en este estudio. Y son solo dos ejemplos porque, ciertamente, la voz arbitrariedad puede tener varias acepciones.

Como sea, la Comisión dejó abierta la oportunidad para que los tribunales pudieran –en las hipótesis correctas– revisar en sede de protección la toma de razón de un acto administrativo afecto. Y así ocurrió nuevamente al año siguiente cuando la Contraloría Regional de Magallanes representa una resolución que aprobaba una modificación al contrato de concesión y aprobaba condiciones del mismo en relación a la administración y explotación de la Zona Franca de Punta Arenas. La sociedad administradora recurre de protección ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que acoge a trámite la acción constitucional. La Contraloría nuevamente promueve una contienda que el Senado resuelve, nuevamente a su favor.

---

<sup>623</sup> Intervención del Senador Enrique Zurita. Senado. 1998. “REPÚBLICA DE CHILE DIARIO DE SESIONES DEL SENADO PUBLICACIÓN OFICIAL LEGISLATURA 337<sup>a</sup>, EXTRAORDINARIA Sesión 11<sup>a</sup>, En Martes 5 de Mayo de 1998”.

<sup>624</sup> “REPÚBLICA DE CHILE DIARIO DE SESIONES DEL SENADO PUBLICACIÓN OFICIAL LEGISLATURA 337<sup>a</sup>, EXTRAORDINARIA Sesión 11<sup>a</sup>, En Martes 5 de Mayo de 1998”.

Llama la atención que, salvo en un caso de los vistos, las cortes habían acogido a trámite acciones de protección contra la toma de razón y pendientes de resolución se promovió la contienda por lo que no hubo tiempo para que el tribunal de alzada cuestionara efectivamente el juicio preventivo contralor o que, eventualmente, se declarara incompetente. El único caso distinto fue el del año 1994 cuando la Corte alcanzó a pronunciarse pero para rechazar el recurso confirmando la toma de razón.

Una cuestión completamente distinta es la que se da el año 2000.

#### **5.3.4. El contralor ataca**

La Corte de Apelaciones de Santiago no sólo admitió a trámite sino que –el 11 de enero del 2000– falló acogiendo un recurso de protección interpuesto por las sociedades “Inmobiliaria La Laelina S.A”, “Establecimientos Químicos Oxquim S.A” y “Montajes Industriales Yungay S.A”, en contra de la Contraloría por haber representado la resolución del Gobierno Regional de la Región Metropolitana que modificaba el plan regulador. La Corte, en su sentencia, ordenaba al Contralor tomar razón de la resolución señalada, desestimando el argumento de falta de jurisdicción esgrimido en el proceso.

El 25 enero la CGR promueve una nueva contienda de competencia ante el Senado. Pero, ocurre un vuelco.

El 16 de marzo el contralor Arturo Aylwin se desiste de la contienda y tomar razón del acto<sup>625</sup>.

La explicación para esta situación no la conocemos a ciencia cierta. Es posible que el Contralor recapacitara y considerara que la representación había sido un error pero, como destaca Olgúin, lo más probable es que advirtiera la situación adversa que enfrentaba, básicamente por su responsabilidad procesal en relación con los plazos. “En efecto, así la sentencia fue dictada el día 11 de enero de 2000 y la contienda de competencia fue interpuesta ante el Senado el 25 de enero. El fallo estaba ejecutoriado”<sup>626</sup>.

### **5.3. Se rompe la tregua. La acción declarativa de mera certeza**

Tras los curiosos eventos del año 2000 se produjo, al parecer, una suerte de tregua con los tribunales de justicia en lo que a contiendas de competencia se refiere, porque en otros ámbitos vinculados a la potestad dictaminante no fue así, como se verá. En todo caso, para ser más exactos, hay que destacar que la Corte siguió acogiendo a trámite y fallando recursos de protección contra la toma de razón o la representación, aunque –internalizando las

---

<sup>625</sup> OLGUÍN RICHTER, Álvaro. 2000., Ob. cit. pp. 343 y ss.

<sup>626</sup> Ibidem.

decisiones del Senado- advirtiendo que lo que se estaba fallando era el efecto o amenaza del acto sometido a toma de razón<sup>627</sup>. La Contraloría, a su turno, ya no trababa la contienda como una reacción a la admisibilidad, sin que –en los hechos– la Corte se hubiese pronunciado.

Pasaron 16 años antes de que la Contraloría volviera a la carga para defender las que, en su opinión, son sus potestades exclusivas. Esta vez, eso sí, no respecto de la toma de razón sino de la potestad de interpretar la ley administrativa en los términos del inciso primero del artículo sexto de la Ley N° 10.336: "*Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen (...)*".

### 5.3.1. Cubriendo todos los flancos

La situación se dio porque la Corte de Apelaciones de Santiago (CAS), resolviendo en apelación de un fallo del 29 juzgado civil que había rechazado una acción de mera certeza impetrada por un grupo de funcionario de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) reclamando un derecho a cotizar en CAPREDENA<sup>628</sup>, decidió a favor de los funcionarios; pese a que la sostenida jurisprudencia contralora contradecía esa interpretación<sup>629</sup>. La Contraloría intentó hacerse parte para presentar argumentos, sin resultados positivos tanto por la oportunidad procesal en que lo solicitó como por la materia.

Entretanto, dado el éxito obtenido por el grupo de funcionario que accionó, otro grupo significativo inició una nueva acción de mera certeza ante el mismo 29 Juzgado Civil, con la misma pretensión. Esta vez, el Contralor Jorge Bermúdez decidió actuar con prontitud solicitando ser admitido como parte interesada –lo que se acogió– y promoviendo, de

---

<sup>627</sup> V.g SCS Rol 10499/2011. "*Quinto: Que la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la Contraloría General de la República. Al respecto necesario es señalar que en principio no puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador, sin perjuicio de formular algunas distinciones y precisiones en cuanto al control que en esta vía puede ejercerse (...). Séptimo: Que el tema de la toma de razón, ya sea para obligar a la Contraloría a efectuarla o para atacar la ya efectuada, también requiere de precisiones, partiendo de la base que no resulta posible obligar a que se tome o no razón, como por lo demás lo ha resuelto el Senado de la República en diversas contiendas de competencia suscitadas a este respecto. Lo procedente es que siendo la toma de razón un trámite dentro del acto administrativo, sea recurrible el acto administrativo mismo, tratándose de una toma de razón efectuada respecto a un acto; o en el caso de un acto que no haya quedado totalmente tramitado, y por consiguiente inexistente como tal por no haberse tomado razón del mismo, se reclame por la vía declarativa de los efectos que la omisión ilegal de dictarlo acarrea al particular*".

<sup>628</sup> Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

<sup>629</sup> De hecho, el fallo de primera instancia argumentó, precisamente, siguiendo la jurisprudencia de la Contraloría la que incluso citó.

inmediato, una contienda de competencia ante el Tribunal Constitucional<sup>630</sup>. Pero a Bermúdez no le bastaba este flanco. A menos de un mes de promovida la contienda ante el TC, promueve otra ante el Senado por el fallo favorable a los funcionarios de la DGAC, en ese momento en casación ante la Corte Suprema.

El procedimiento ante el TC fue fácil y expedito aunque no exento de polémica. El Contralor lo tomó muy en serio, al punto que personalmente asumió su representación y alegó la causa; cuestión de suyo discutible<sup>631</sup>, aunque materia de otro estudio. A cambio, la Corte –superior jerárquico de la jueza suplente del 29 juzgado civil– ni siquiera estuvo presente en la audiencia del TC y el Consejo de Defensa del Estado tampoco la defendió.

El Contralor resumió en su escrito el motivo de la contienda: “(...) corresponde a la Contraloría General informar acerca del sentido y alcance de las leyes y reglamentos que rigen a los órganos de la Administración y a sus funcionarios, sin que en nuestro ordenamiento exista una acción jurisdiccional de interpretación, en cuya virtud los juzgados de letras puedan, ante una pretensión general y abstracta, declarar cuál es la preceptiva aplicable a tales servidores públicos, sustituyendo a este Organismo Contralor en el ejercicio de sus atribuciones”. Y fue más vehemente en su alegato: “Como contralor tengo suficiente trabajo como para estar preocupándome sólo de esto, pero me parece suficientemente importante (...), aquí de lo que se está tratando es de la sustitución de los poderes públicos a través de un pretendido gobierno de los jueces”<sup>632</sup>, dijo.

En una polémica sentencia que demoró solo una hora tras los alegatos, el TC falló a favor de la Contraloría pero resolviendo el fondo del asunto más que la contienda propiamente tal, cuestión que meses después el Ministro Iván Aróstica (quien presidía la sala que resolvió) - en el marco de un seminario de Derecho Constitucional- explicaba indicando que el TC no le da una interpretación restrictiva a la contienda como si se da en el ámbito procesal. La

---

<sup>630</sup> Dado que se trataba de un conflicto entre un tribunal inferior y un órgano del Estado. CPR Art. 93 Son atribuciones del Tribunal Constitucional n° 12 .- *Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;*

<sup>631</sup> El propio Bermúdez escribió, en su Manual de Derecho Administrativo: “(...) la CGR, de acuerdo con la LOCGR, no tiene ni personalidad jurídica ni patrimonio, e incluso, no está definida como organismo descentralizado, sino como “organismo independiente” de todos los ministerios, autoridades y oficinas del Estado. Ello se ve confirmado en la falta de legitimación pasiva de la CGR, así, a modo meramente ejemplar, puede citarse la resolución de la CA de Santiago (RGJ N° 162, p 51) que en fallo de 22 de diciembre de 1993 señaló que, aunque constitucionalmente autónoma, la CGR carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio, sin que tampoco pueda ejercer su representación judicial el Contralor, toda vez que la ley orgánica constitucional de la Contraloría no le otorga esa función. Por lo tanto, el citado organismo no puede ser emplazado en juicio, debiendo demandarse en su lugar al Fisco”.

Sin embargo, como él mismo lo invocó en las respectivas contiendas, el inciso tercero del artículo 22 de la ley orgánica de la contraloría señala: “En los casos en que el Contralor General está facultado para proceder judicialmente o para hacerse parte en procesos judiciales, por intermedio de otros organismos, podrá hacerlo también directamente, representado por el Fiscal”. Aun así, él lo hizo personalmente no a través de su fiscal.

<sup>632</sup> El Mostrador, 5 de Enero de 2017 [en línea] <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/01/05/contralor-bermudez-acusa-ante-el-tc-una-intencion-de-sustituir-los-poderes-publicos-a-traves-de-un-gobierno-de-jueces/> [consulta: 17 febrero 2017].

Constitución, dijo, no define el conflicto de competencia y precisó que se entró al fondo porque era la única forma de resolver sin una ley interpretativa<sup>633</sup>.

El considerando cuarto de la sentencia del TC resuelve el asunto:

“**Cuarto.** Que, atinente al fondo de la cuestión debatida, cabe subrayar que sobre el estricto ámbito de aplicación personal que posee el régimen previsional de las fuerzas Armadas, reposa la vigencia de una normativa clara y precisa en la materia, que únicamente lo hace aplicable al personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Esta normativa puede ser modificada, con imperio por sobre todo el Estado, pero únicamente por decisión de los poderes co-legisladores y, eventualmente, del propio Tribunal Constitucional. Esta normativa previsional relativa a funcionarios públicos puede ser interpretada entretanto, con fuerza general y obligatoria para la Administración del Estado, pero solamente a través de dictámenes que toca pronunciar exclusivamente a la Contraloría General.

Por lo mismo, desborda las potestades judiciales pretender que un tribunal – eludiendo dichos órganos e instancias constitucionales- expida una sentencia donde se interpreten genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que rigen la materia, a fin de incorporar al sistema previsional castrense a funcionarios ajenos a las instituciones armadas”<sup>634</sup>.

### **5.3.2. Contiend de competencia ¿o de jurisdicción? Se suman protagonistas**

En los 17 considerandos siguientes el TC argumenta primero las razones por la cuales, a su entender, no procedía la petición de los funcionarios de la DGAC que impetraron la acción declarativa de mera certeza y luego a aboca a decidir a quien toca la interpretar la ley administrativa con autoridad.

El Tribunal Constitucional niega enfáticamente “(...) cualquier pretendida inmunidad jurisdiccional”<sup>635</sup> invocando para ello tanto la Constitución en lo que a la potestad jurisdiccional judicial se refiere (Arts. 19 N° 3 y 38), como a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575) que, en términos amplios consagra la posibilidad de recurrir o accionar frente a un acto administrativo (Arts.2, 3 y 9).

---

<sup>633</sup> Jueves 25 de mayo de 2017, 16.30 horas. SEMINARIO “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional los días 24 y 25 de mayo de 2017 en la Sala de Audiencias del Tribunal Constitucional. El Ministro Ivan Aróstica moderaba la mesa: “Contiendas de Competencias” en la que exponían los profesores, Francisco Zúñiga Urbina: Contiendas de competencia entre tribunales y CGR; Julio Pallavicini Magnere: Rol del Senado en contiendas de competencia; Tania Busch Venture: Tribunal Constitucional, mecanismos de control y contiendas de poder. Especialmente crítico con el fallo se mostró en la oportunidad el profesor Pallavicini, ex Jefe Jurídico de la Contraloría.

<sup>634</sup> STC Rol N° 3283.

<sup>635</sup> STC Rol N° 3283.Considerando décimoquinto

El conflicto suma, entonces, nuevos protagonistas. Ya no figuran sólo el 29 Juzgado Civil (Poder Judicial) y la Contraloría. Cumplen papeles destacados en el fondo de la trama, el propio TC y el legislador. Y, curiosamente, en el pináculo de la interpretación general queda instalado el Tribunal Constitucional ya que en el propio fallo no sólo decide cómo debe interpretarse la ley administrativa, resolviendo y sentenciando que la normativa en cuestión “es clara y precisa”; sino además jerarquiza quien puede o no interpretar dicha normativa con carácter vinculante.

Como primera cuestión, el TC limita la procedencia de una ley interpretativa emanada del legislador, invocando el artículo 9 del Código Civil en relación con la retroactividad de las leyes interpretativas. El tribunal parece temer que persista la interpretación que hizo la Corte en el primer juicio favoreciendo a un importante grupo de funcionarios de la DGAC, lo que no podría revertirse con la ley interpretativa. El asunto es que, pese a la claridad que aprecia el TC en la legislación en cuestión, esta no parece ser tal desde que el fallo de la CAS interpretó de manera distinta.

¿Quién debe interpretar entonces? Bueno, como se dijo, el propio TC lo hace. Luego, siguiendo al fallo de la corte constitucional, correspondería –al menos en materia previsional– a la Contraloría (Artículo 6º Ley 10.336); dejando fuera a los tribunales pese al tenor del artículo 9º de la LOCBAE: “(...) los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley (...) sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar” y pese a reconocer en el dictamen un acto administrativo. Y, como tal, siempre impugnable.

“Pero –añade el TC– si el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable, sólo el Poder Legislativo podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas”<sup>636</sup>. Entendemos que cuando dice “jurídicamente irreprochable” se refiere a un reproche en la argumentación jurídica y no a que no proceda recurso porque en el mismo considerando había aclarado que siempre eran impugnables. Si es así, habría que definir a quien tocaría establecer esta suerte de “pulcritud jurídica”. En este caso, la parece estar estableciendo el TC, pero –en general– este tribunal no tiene competencia para pronunciarse frente a dictámenes; por lo que sólo quedarían los tribunales de justicia.

Parece un acertijo difícil de resolver que se complica más aún cuando suma un nuevo factor a interpretar: la acción declarativa de mera certeza y sus efectos. El TC la reconoce como “un medio para impugnar determinados actos de la administración”<sup>637</sup> pero agrega: “Es evidente, por lo mismo, que dicha acción de creación jurisprudencial no alcanza a la modificación o exclusión de normas legales vigentes, cuestión que, como se ha señalado, excede las competencias jurisdiccionales y se inmiscuye derechamente en el ámbito

---

<sup>636</sup> STC Rol N° 3283. Considerando Decimoséptimo.

<sup>637</sup> STC Rol N° 3283. Considerando Decimosexto.

reservado al legislador, sin perjuicio de afectar también las facultades interpretativas de tales normas por parte de la Contraloría General de la República”<sup>638</sup>.

Eran 869 funcionarios que accionaron, cada uno de ellos identificados, sin embargo el TC teme que el eventual fallo tenga los efectos de una ley o de un precedente cuasi legislativo. La forma de razonar recuerda a la forma en que la Corte Suprema resolvía conflictos de competencia en los primeros años de operatividad del Código Orgánico de Tribunales, evitando siempre reconocer competencia a los tribunales para declarar un derecho abstracto frente a -por ejemplo- las actuaciones del Gobernador, como nos recuerda Ballesteros<sup>639</sup>. Pero, claro, entonces aún se confundía lo contencioso y gubernativo en algunas autoridades como el Gobernador.

No corresponde a este estudio especular con los motivos más profundos que pueden haber llevado a una decisión tan compleja, pero valga destacar el papel que el tribunal reconoce a las decisiones de la Contraloría General de la República, como si los efectos de sus resoluciones interpretando la ley administrativa fueran de efectos generalísimos, más allá de la administración y -en este caso- incluso más allá de los tribunales. Desde esa perspectiva pone a la Contraloría dictaminante a la altura de un tribunal pero sin distinguir entre jurisdicción administrativa o judicial o las jerarquías de las mismas.

### **5.3.3. El acertijo en escalada**

La ausencia de la Corte Suprema en la contienda promovida ante el TC dio la impresión de que no le había dado la suficiente importancia a la impugnación de sus competencias. No ocurrió lo mismo en la contienda promovida ante el Senado. El pleno designó a uno de sus más polémicos<sup>640</sup> integrantes y ex presidente de la corporación, Sergio Muñoz, para presentar ante el Senado los argumentos del máximo tribunal en orden a desechar la contienda promovida por la Contraloría.

En su presentación ante la cámara alta lo primero que advierte Muñoz a los integrantes de la Comisión de Constitución y Justicia es que la corporación, en esta materia, debe actuar como juez y por lo tanto debe hacerlo sin intereses comprometidos y que lo que deben fallar es la contienda. “El Senado de la República no está llamado a resolver la controversia sustancial planteada ante el vigésimo noveno juzgado civil”<sup>641</sup>, les advirtió.

Enseguida realizó una detallada exposición respecto de la evolución del contencioso, las acciones y la jurisdicción. Se refirió a las funciones de la Contraloría y, puntualmente, a la

---

<sup>638</sup> STC Rol N° 3283. Considerando Decimosexto.

<sup>639</sup> BALLESTEROS, Manuel E. 1890. *La Lei de Organización I Atribuciones de Los Tribunales de Chile. Tomo I*. Primera. Santiago: Imprenta Nacional Moneda.

<sup>640</sup> Por sus fallos.

<sup>641</sup> MUÑOZ, Sergio. 2016. “Presentación Corte Suprema. Contienda de Competencia con CGR”.

potestad dictaminante señalando que “Los jueces, en razón de la jurisdicción, tienen competencia general en lo contencioso administrativo y conforme a ella deben resolver los planteamientos que les hagan las partes en un proceso concreto. Es por ello que el ejercicio de la jurisdicción no puede mermar ni afectar la potestad dictaminante, pues ésta siempre está a disposición de la Contraloría, como también las herramientas que la ley le confiere para hacerla valer”<sup>642</sup>.

Muñoz advierte en la norma del artículo 54 de la Ley N° 19880, de Bases de los Procedimientos Administrativos<sup>643</sup>, la clave para definir las competencias entre los tribunales y la Contraloría por la inhibición que ella impone al órgano contralor si se encuentra ante un asunto de carácter litigioso o que esté sometido a los tribunales. “Conforme a tal disposición el legislador previene cualquier conflicto de competencia entre el Contralor y los tribunales”<sup>644</sup>, dijo.

El análisis no deja de llamar la atención ya que, si siempre procede la intervención judicial, no tendría por qué producirse un conflicto de competencia<sup>645</sup> ni con la toma de razón ni con la potestad dictaminante ya que cada competencia se ve en su propia sede, con sus propias características y con los efectos que corresponda. En el caso de las potestades contraloras, dirigidas a la Administración; en el caso de los tribunales para solucionar un conflicto concreto con imperio. La disposición del artículo 54 más bien parece prever un posible conflicto de oportunidad para evitar, al unísono, pronunciamientos que podrían ser contradictorios. Porque, eso no se pone en duda, tanto la Contraloría como los tribunales tienen competencias semejantes en la resolución de variados asuntos. En nuestro entender, en ambas sedes se ejerce jurisdicción solo que una es administrativa y la otra judicial; la última primando siempre sobre la primera. Por lo que, no podría la Contraloría impedir el acceso a tribunales<sup>646</sup>. Pero tampoco puede la actuación judicial impedir el ejercicio de la potestad dictaminante por tratarse de un asunto de naturaleza litigiosa. Se definirá esa

---

<sup>642</sup> MUÑOZ, Sergio. 2016. Op. cit.

<sup>643</sup> Ley N° 19880 art. 54: Artículo 54. *Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.*

<sup>644</sup> *Ibidem*

<sup>645</sup> De hecho, hacia el final de su escrito, el Ministro Muñoz lo dice: “No hay contienda de competencia dado que la Contraloría General y los Tribunales de Justicia se encuentran ejerciendo distintas funciones. Mientras la Contraloría ha ejercido su potestad dictaminadora (prevista en el artículo 6° de la Ley N°10.336), interpretando la ley sobre sistema de pensiones de los funcionarios de la DGAC con efectos generales y de forma obligatoria para la Administración del Estado (no sus funcionarios), los Tribunales de Justicia se encuentran ejerciendo su potestad jurisdiccional (prevista por el artículo 76 de la Constitución Política), resolviendo una contienda jurídica específica entre partes determinadas, a través de un procedimiento legalmente tramitado y una sentencia con efectos de cosa juzgada, que solo afecta a quienes tienen la calidad de parte en el juicio”.

<sup>646</sup> El Ministro Muñoz recuerda una jurisprudencia sostenida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “(...) compete al afectado decidir si le resulta más eficaz como solución instar por la vía administrativa frente a la judicial, en razón que la primera no puede ser concebida para impedir el acceso al juez”. *Ibidem*.

naturaleza, precisamente, en tanto se recurra a tribunales porque hasta entonces, cualquier asunto puede devenir en litigioso eventualmente; salvo casos muy específicos reservados solo a los tribunales. Nuevamente, el tema radica en la oportunidad.

En efecto, la propia Corte Suprema dijo ya en una oportunidad que la prohibición del inciso tercero del artículo 6º de la Ley Nº 10.336, “(...) debe entenderse necesariamente que se refiere sólo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado y aquellas en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales, como por ejemplo en materia de reclamo del monto provisional de una exportación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley Nº 2.186 que entrega a los tribunales la determinación definitiva del monto y en que la Contraloría no podría informar frente a un reclamo de un expropiado, por ser un asunto «propriadamente de carácter litigioso»<sup>647</sup>. La corte advierte enseguida que esto es sin perjuicio de la amplia jurisdicción contenciosa que se reconoce hoy a los tribunales, “(...) a diferencia de la situación al momento de establecerse la prohibición”<sup>648</sup>.

Hacia el fin de su exposición ante la Comisión de Constitución del Senado el Ministro Muñoz sorprende cuando afirma que la acción impetrada ante el 29 juzgado, pese a aparecer en el libelo como declarativa de mera certeza, es un acción constitutiva; recordando, en todo caso, la inexcusabilidad que obliga a los jueces a resolver aun cuando la acción invocada no correspondiera a lo pedido. Algo semejante debería decirse del Senado frente a la contienda incoada si entendemos que, para estos efectos, está actuando como tribunal<sup>649</sup>.

#### **5.3.4. Pendientes nuevos contradictores**

Los períodos de deferencia pacífica han ido quedando en el tiempo y nuevos conflictos se suscitan con el actuar de la Contraloría. Entre los últimos se encuentra una polémica con las empresas del estado y más específicamente con la Corporación del Cobre, CODELCO respecto de la cual la Contraloría reclama el ejercicio de sus potestades de control más intensas de las que, hasta ahora, había ejercido; limitadas por el papel fiscalizador que sobre la empresa tiene COCHILCO (Comisión Chilena del Cobre) y la estructura corporativa de CODELCO, diseñada para permitirle competir con sus pares internacionales.

El conflicto se ventiló en los medios de comunicación llegándose a especular sobre una posible contienda de competencia entre la Contraloría y COCHILCO<sup>650</sup>. Sin embargo, ni la

---

<sup>647</sup> SCS Rol Nº 2791/2012. Considerando Noveno.

<sup>648</sup> *Ibidem*.

<sup>649</sup> La Contienda promovida en el Senado dio pie a varios comentarios. De hecho, junto con las presentaciones del Contralor y del Ministro Muñoz, acudieron a informar al Senado los profesores, Alejandro Vergara, Francisco Zúñiga, Sebastián Soto, Cristián Maturana y Andrés Tavorari.

<sup>650</sup> CODELCO optó por recurrir de nulidad de derecho público solicitando al juez de primera instancia que anule parcialmente el informe de Contraloría que abordaba los temas en conflicto.

Constitución ni la ley, han definido una sede ante la cual podría promoverse ese procedimiento, pese a que en algún momento se discutió el tema.

En 1989 la Junta de Gobierno recurrió ante el Tribunal Constitucional para resolver una cuestión de constitucionalidad a raíz de un proyecto de ley que tramitaba y que regulaba el inciso primero del artículo 115 de la CPR relativo a contiendas. La Junta elaboró un artículo sustitutivo que, en lo que interesa a este estudio, establecía: "Artículo 5°.- Las cuestiones de competencia en que se vean involucradas la Contraloría General de la República, el Banco Central o las Municipalidades, serán conocidas y resueltas por los tribunales superiores de justicia (...)"<sup>651</sup> El TC consideró constitucional este inciso, empero el proyecto no prosperó. Hoy no existe una solución legal para las cuestiones de competencia que pudieran suscitarse entre órganos autónomos y organismos administrativos ya que la solución que otorga el artículo 39 de la Ley N° 18.575 de bases de la Administración del Estado solo regula la solución de las contiendas entre autoridades administrativas con jerarquías comunes, hasta llegar al Presidente de la República<sup>652</sup>.

Tampoco podrían dirimir competencia las superintendencias con las que la relación no ha sido pacífica. Aunque, hasta ahora, la Corte ha favorecido la posición Contralora. Así lo afirmó resolviendo en casación ante una acción declarativa de mera certeza en la que, fallando un requerimiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras (que reclamaba autonomía respecto de la CGR), dijo que ésta podía quedar exenta de la relación de dependencia jerárquica, "(...) pero en su esencia no es más que un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, motivo por el cual debe estarse a la interpretación que el ente contralor efectúa en el ejercicio de sus atribuciones"<sup>653</sup>. (Considerando 4°)

Pero los conflictos con estas entidades técnicas no se detuvieron ahí. Mayores decibeles alcanzo otro caso a partir de un dictamen que ordenó invalidar un procedimiento llevado adelante por la Superintendencia de Valores, como se verá<sup>654</sup>. Y es que, en efecto, la potestad dictaminante ha sido una fuente de polémicas precisamente por el ejercicio jurisdiccional y a veces cuasi legislativo que ejerce la Contraloría a través de esta herramienta.

---

<sup>651</sup> Chile, Junta de Gobierno de. 1989. "REQUERIMIENTO DE LA H. JUNTA DE GOBIERNO PARA QUE EL TRIBUNAL RESUELVA CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD SUSCITADO DURANTE LA TRAMITACION DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS."

<sup>652</sup> Ley N° 18.575. Artículo 39.- *Las contiendas de competencia que surjan entre diversas autoridades administrativas serán resueltas por el superior jerárquico del cual dependan o con el cual se relacionen. Tratándose de autoridades dependientes o vinculadas con distintos Ministerios, decidirán en conjunto los Ministros correspondientes, y si hubiere desacuerdo, resolverá el Presidente de la República*".

<sup>653</sup> CS Rol N°2433/2015 Dictada el 09 de abril de 2015.

<sup>654</sup> Ver. *Infra* Capítulo II, II, C) b. iii.

#### 5.4. La Potestad Dictaminante. Un conflicto más tardío

Aunque, como ya se ha visto, no fue la primera herramienta que la Contraloría utilizó para ejercer jurisdicción<sup>655</sup>, se transformó en una importante con el tiempo ya que aunque la función consultiva que heredó del Consejo de Estado<sup>656</sup> estaba destinada a servir al ejecutivo; desde muy temprano la CGR aceptó peticiones de particulares<sup>657</sup>, vinculando su respuesta al derecho de petición<sup>658</sup>.

En efecto, la facultad consultiva que venía desde el Consejo de Estado era asesora del Ejecutivo-Administración por lo que no procedía atender las consultas de particulares. Sin embargo, y como destaca Faúndez<sup>659</sup>, por muchos años los tribunales fueron reacios a entregar su opinión por lo que no tardó en ocupar ese espacio la Contraloría.

Así ampliando su potestad consultiva, invocando el derecho de petición, admitía intervención de afectados por actos que imponían sanciones o incidían en concursos, incluso en el proceso de toma de razón. No confunde la intervención con un recurso pero la admite. Tal como indica en un dictamen de 1967, “(...) las instrucciones contenidas en dictamen 57100/67, acerca de forma en que deben formularse consultas a Contraloría General no obstan ni pueden limitar ejercicio de derecho de postulantes a concursos abiertos por servicios públicos, para solicitar pronunciamiento sobre legalidad de decisiones adoptadas por autoridad administrativa puesto que ese reclamo tiene su origen en derecho de petición que reconoce y garantiza Constitución Política en su art/10 num/6 a todos los habitantes de la Republica.”<sup>660</sup> Y, argumentando respecto de las posibilidades de actuación de la CGR frente a una sanción de destitución tras un sumario, recordaba que “(...) este organismo contralor tomará razón o representará ese acto administrativo, sin perjuicio de observaciones que el afectado de observaciones que el afectado pueda plantear ante contraloría, en el trámite de toma de razón, en ejercicio del derecho de petición”<sup>661</sup>.

##### 5.4.1. Los límites

La propia Contraloría había establecido sus límites: “(...) este organismo solo debe emitir informe cuando ellos sean requeridos por jefes de servicios u otras autoridades, de funcionarios públicos o particulares que incidan en asuntos en que se haya producido una

---

<sup>655</sup> Como ya se vio, la primera herramienta jurídica que la Contraloría utilizó para ejercer jurisdicción fue el oficio de representación en el trámite de toma de razón. Ver supra Capítulo II, I, D), a., iii.

<sup>656</sup> Ver supra Capítulo I, I, G), d.

<sup>657</sup> Aunque limitadas. Ver supra Capítulo II, I, D), a. iii.

<sup>658</sup> CORDERO VEGA, LUIS. 2009. “NOTAS SOBRE JUECES Y DEMOCRACIA. Intervención en el IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional.” Santiago.

<sup>659</sup> FAÚNDEZ, Julio. 2011., Ob. cit. p. 183.

<sup>660</sup> Dictamen CGR 55276 de 1969.

<sup>661</sup> Dictamen CGR 007939 de 1980. Aplica dictámenes 46982/60; 50794/64.

resolución denegatoria por parte de la autoridad administrativa o ésta la haya omitido o dilatado indebidamente”<sup>662</sup>.

El citado dictamen aplicaba otro del mismo año que, a modo de circular, suscribió el Contralor Héctor Humeres, dando cuenta de las numerosas peticiones que la CGR recibía por parte de funcionarios y particulares; rayando la cancha para recurrir al ente contralor:

“(…) Efectivamente, existe un elevado número de consultas que se dirigen a la Contraloría General solicitando informes que ya han sido objeto de reiterados pronunciamientos y que se promueven en muchos casos sin ninguna intervención o conocimiento de las Fiscalías, Departamentos Legales o Asesorías Jurídicas de los Servicios que las formulan. Asimismo, esta Contraloría General recibe con frecuencia peticiones de dictámenes de Jefes subalternos o simples funcionarios que carecen de potestades decisorias para resolver sobre el asunto que motiva la consulta y que en algunas ocasiones se envían sin conocimiento de la Jefatura Superior del respectivo Servicio.

Por otra parte, esta Contraloría General recibe también presentaciones de empleados públicos o de particulares que reclaman de la falta de resolución de las peticiones que han elevado a las autoridades administrativas o de la demora en la tramitación de estas solicitudes, derivada de la necesidad de dilucidar algún problema de aplicación o interpretación de las normas que rigen esos asuntos.

Considerando estas circunstancias, que en la práctica importan un recargo en las labores que debe cumplir este Organismo y que determinan que sus pronunciamientos no puedan emitirse en algunos casos con la oportunidad que lo requieran las necesidades de los Servicios Públicos, es que el Contralor General ha estimado conveniente reiterar las instrucciones que siguen, en la certeza de que su aplicación redundará en una mayor eficiencia en el ejercicio de las funciones del Organismo a su cargo, y, por lo tanto, en una más expedita solución de los problemas que plantea a las autoridades y Servicios Públicos la interpretación de las normas jurídicas y reglamentarias que los rigen:

1° Toda consulta que se dirija a la Contraloría General deberá emanar del respectivo Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación o de la Jefatura Superior del Servicio. Por excepción, si la urgencia del problema lo demanda, las consultas podrán ser formuladas por los jefes de Departamento u otras dependencias, o por los Jefes Regionales o Zonales de los Servicios Públicos, siempre que por disposición de la ley o por delegación del jefe Superior, en su caso, tengan atribuciones para resolver en la materia a que se refiere la consulta.

2° Toda consulta que se formule a la Contraloría General deberá ser acompañada de un informe de la Fiscalía, Departamento Legal o Asesoría Jurídica del respectivo Servicio, a menos que la urgencia del problema planteado obligue a prescindir de ese antecedente, lo que deberá expresarse en la consulta.

---

<sup>662</sup> Dictamen CGR 89169 de 1974.

3° El Subdepartamento de Coordinación e Información Jurídica atenderá las consultas que le formulen los Abogados de los Servicios Públicos sobre la jurisprudencia de la Contraloría General y dará a esos funcionarios las facilidades necesarias para que se impongan de los dictámenes que la integran, sin perjuicio de las demás medidas que se adopten para propender a un amplio y experto conocimiento de esos informes.

4° La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado.

5° Los informes que este Organismo solicite a los Servicios Públicos en uso de sus facultades legales deberán enviarse a la mayor brevedad posible y ser preparados con intervención de las Asesorías Jurídicas de esas Reparticiones, a menos que el asunto planteado sea ajeno a la aplicación o interpretación de normas jurídicas o reglamentarias (...)”<sup>663</sup>.

#### **6.4.2. De a poco se precisa y mueve la frontera**

Más adelante la Contraloría precisó lo establecido pero con ello no limitó más su actuación sino que la amplió al establecer que: “(...) la Contraloría solo se pronuncia respecto de presentaciones deducidas por particulares cuando ellas se refieren a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria *de un derecho que personalmente les correspondería*, o se haya omitido o dilatado una decisión de la autoridad administrativa sobre igual materia, habiéndosele requerido (...)”<sup>664</sup> En efecto, al resguardar un derechos de manera abstracta, amplía más que limita sus competencias pese a que, en el mismo pronunciamiento se queja de sus recursos económicos para enfrentar tanta solicitud: “(...) finalmente, y dado que las funciones de control de la actividad de la Administración por Contraloría se atiene a planes y programas previamente elaborados cuya preparación y desarrollo requiere de significativos recursos humanos, financieros y materiales que, por su escasez, necesariamente deben aplicarse resguardando la eficiencia y eficacia, no corresponde emplear parte considerable de tales recursos y tiempo a contestar presentaciones que no cumplen los requisitos anotados. Lo anterior, sin desmedro que si en ellas se contienen denuncias sobre presuntas infracciones, puedan incluirse estas en los planes de fiscalización”<sup>665</sup>.

Con el tiempo, el derecho de petición ya no se invoca para fundar sus dictámenes pero sirve para exigir respuesta a los servicios porque la CGR le reconoce la obligación asociada: “(...) en relación al derecho de petición reclamado, consagrado en el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política del Estado, se debe hacer presente que el ejercicio de este derecho

---

<sup>663</sup> Dictamen CGR 024841 de 1974.

<sup>664</sup> Dictamen CGR 1896 de 1999. Destacado nuestro.

<sup>665</sup> *Ibidem*.

conlleva la obligación de los entes públicos de responder las solicitudes de los administrados según lo que en derecho proceda, debiendo por ello adoptar una determinación frente a lo pedido, sea acogiendo, denegando, o declarando de hecho la incompetencia cuando proceda, dándose debido conocimiento de la respuesta al solicitante, la que por razones de certeza y buena técnica administrativa debe constar por escrito”<sup>666</sup>.

Sirve también para no responder a los particulares que piden de mala manera: “(...) los recurrentes han incurrido nuevamente en formular una presentación, con vulneración a lo prescrito en el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política de la República, el que asegura a todas las personas el derecho de efectuar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de practicarlas en términos respetuosos y convenientes, razón por la cual procede abstenerse de emitir un pronunciamiento (...)”<sup>667</sup>. De hecho, en un dictamen anterior solicitado por los mismos peticionarios la Contraloría había advertido el problema: “(...) es preciso consignar que, en lo sucesivo –en razón del tenor de las expresiones utilizadas en su requerimiento–, cuando ejerzan el derecho de presentar peticiones ante la autoridad deberán proceder en términos respetuosos y convenientes, conforme con lo prescrito en el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política, puesto que de lo contrario, este Organismo Fiscalizador se abstendrá de responder sus solicitudes”<sup>668</sup>.

El dictamen 24841 de 1974 en el que Humeres había establecido las normas para recurrir a la Contraloría, refiriéndose tímidamente a los particulares, fue reconsiderado el 2015 por el Contralor Ramiro Mendoza. Esta vez, el instructivo tenía un título dedicado a las consultas particulares.

“II. CONSULTAS DE PARTICULARES -EN FORMA PERSONAL O BAJO CUALQUIER FORMA ASOCIATIVA QUE RECONOZCA EL DERECHO NACIONAL-, DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE ASOCIACIONES DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

1° Deben realizarse por escrito, en soporte papel o por los medios electrónicos dispuestos al efecto.

2° Deben contener el nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de su apoderado y el instrumento que dé lugar a esa representación. Asimismo, deberán ser firmadas por el solicitante o acreditar la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio habilitado.

3° Deben señalar el medio preferente o el lugar para ser notificado de los pronunciamientos que se emitan.

4° Deben referirse a asuntos en los cuales tengan derechos o intereses específicos, individuales o colectivos.

5° Deben indicar el Órgano de la Administración del Estado, autoridad o funcionario a que se refieren.

---

<sup>666</sup> Dictamen CGR 1422 de 2002.

<sup>667</sup> Dictamen CGR 61009 de 2016.

<sup>668</sup> Dictamen CGR 41826 de 2016.

6° Deben señalar los hechos y razones que motivan su solicitud y las peticiones concretas que se formulan, de manera clara y precisa.

7° Las formuladas por asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado relativas al recurso de reclamación establecido en el respectivo Estatuto Administrativo, deberán acompañar la solicitud de representación del asociado, en los términos previstos en la ley N° 19.296.

8° Las de funcionarios públicos que correspondan a reclamos regulados en la ley, deberán ajustarse a las disposiciones respectivas”<sup>669</sup>.

El oficio se dicta cuando ya estaba operando un sistema de denuncias anónimas a través de la página web de la Contraloría, implementado por el Contralor Mendoza, que incrementó sustancialmente el número de particulares que recurren a la CGR.

Pero los conflictos surgidos a partir de la actividad jurisdiccional ejercida a través de la potestad dictaminante comenzaron bastante antes. Algunos con el ejecutivo y otros tantos con el Poder Judicial. Y todavía no reaccionan ni el Congreso, ni el Tribunal Constitucional.

## **7. CGR: Varios órganos a la vez**

No se trata de profundizar en la relación que el activismo contralor ha tenido con los poderes detentados por el legislativo, el TC o las superintendencias pero no puede dejar de mencionarse; advirtiendo que, muchas veces, las decisiones contraloras fueron adoptadas porque eran la única salida posible. O así lo estimó el contralor, aunque incluso aquello pueda ser cuestionable a la luz de los objetivos.

### **7.1. CGR: Tribunal Constitucional**

No ha sido común que el Contralor se inmiscuya en las potestades del Tribunal Constitucional ya que ambos tienen bastante delimitadas sus competencias. Así, aunque ambos puedan revisar la constitucionalidad de un decreto será en tiempos distintos y, en el caso de una representación por inconstitucionalidad, incluso complementarios. Ya que si el Presidente decidiera insistir tendría que hacerlo ante el TC.

Lo que, ciertamente, no es común es que la Contraloría se arrogue una de las últimas potestades entregadas al TC que antes ejercía la Corte Suprema: La inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Y, sin embargo, el Contralor Mendoza lo hizo cuando aun reconociendo el tenor textual de la ley, decidió no aplicarla. “(...) en el caso concreto la

---

<sup>669</sup> Dictamen CGR 24143 de 2015.

aplicación de la inhabilidad consagrada en la letra b) del artículo 54 resultaría en una violación de los N°s. 16 y 17 del artículo 19 de la Carta Fundamental.”<sup>670</sup>, dijo.

Pero el Contralor tenía sus razones. En la austral y lejana Cabo de Hornos había un solo profesor que quería trabajar en la escuela municipal y un alcalde que necesitaba un profesor para esa escuela. Pero el profesor era pariente de una funcionaria municipal por lo que caía en la inhabilidad establecida en el artículo 54 de la Ley N° 18.575 de bases de la Administración del Estado.

Mendoza razonó:

“(…) la libertad de trabajo y la admisión a todas las funciones o empleos públicos, sin otros requisitos que los que imponen la Constitución y las leyes. En tal sentido, si bien los numerales citados reconocen que la ley puede imponer restricciones a las garantías que ellos contemplan, el N° 26 del mismo artículo 19 establece una limitación al legislador, consistente en que los “preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia”.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la corporación recurrente, el alcalde de Cabo de Hornos señala que el interesado es el único profesor que tiene efectivo domicilio y residencia en la ciudad de Puerto Williams. Sobre este punto debe anotarse que el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental establece que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, en tanto que el inciso primero del artículo 3° de la ley N° 18.575 materializa este principio de servicialidad en el orden administrativo, añadiendo que ella debe llevarse a cabo por la Administración del Estado -carácter que naturalmente tienen las municipalidades- atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

Por ello, la municipalidad tampoco puede dejar de prescindir de nombrar al señor Gómez Zárraga sin afectar los principios de derecho público de eficiencia, eficacia y continuidad del servicio público a que se refiere el artículo 3° de la ley N° 18.575, y que le imponen el deber de adoptar las acciones pertinentes tendientes a cumplir las obligaciones que le asigna el ordenamiento jurídico.

Finalmente, y frente a temores de invalidación frente a la ilegalidad el Contralor recordó que la Contraloría no invalida y que es el jefe del servicio el que, en definitiva y con audiencia de interesados, ponderará dicha medida en caso de solicitud en el plazo indicado en la Ley N° 19.880. Es decir, dos años.

Pero, claro, nada dijo respecto de la nulidad de derecho público.

---

<sup>670</sup> CGR, dictamen N° 024985 de 2012.

## 7.2. CGR: Legislador

### 7.2.1. EUNACOM

Bastante más interventora ha sido la Contraloría en materia legislativa a través de dictámenes. Desde los tiempos de Silva Cimma que, como se dijo, fue precisando sus propias competencias y los contornos de las leyes administrativas, hasta la solución de errores legislativos, sean de texto, por imprevisión de los alcances de la legislación y/o, tal vez, con el objeto de ampliar nuevamente el límite de sus potestades.

Las leyes no pueden abordar todas las posibles situaciones y las modificaciones legales son lentas. Es allí donde, a veces, aparece la Contraloría medio inaplicando, interpretando o, derechamente, modificando la ley.

Se dio, por ejemplo, y no una sola vez, en el caso de la Ley N° 20.261 que creó el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina (EUNACOM) que cuenta con una parte práctica y otra teórica y que constituye requisito de ingreso al sistema público de salud y el perfeccionamiento financiado por órganos del estado.

El año 2012 se detectó una filtración de preguntas del examen. La propia asociación de facultades de medicina que toma el examen recomendaba no utilizarlo ese año como requisito válido; un serio problema para los médicos y la salud pública.

Ahora bien, en virtud de la ley se había dictado un reglamento que establecía las ponderaciones para la aprobación de la prueba.

El Contralor encontró una solución estimando “(...) que, al no haberse previsto en el correspondiente reglamento aquellas normas atingentes a circunstancias extraordinarias o imprevistas —como las de la especie o como las que pudiesen ser necesarias en caso fortuito o fuerza mayor—, es posible que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Jefe de Estado modifique, de manera excepcional y transitoria, el mencionado decreto N° 8, de 2009, estableciendo una normativa que permita al Ministerio de Salud dar solución al problema que afectó al examen de que se trata en su versión 2012”<sup>671</sup>.

Y el ministerio tomó la solución agregando un nuevo artículo tercero transitorio al reglamento que dispuso que “En el examen tomado el año 2012, para todos los fines previstos en el artículo 1° de la ley N° 20.261, durante el año 2013, se asignará a todos los médicos que lo rindieron, y aprobaron la sección práctica, un 51% en la sección teórica, cualquiera haya sido o fuere la calificación que haya resultado o resultare a su respecto por

---

<sup>671</sup> CGR Dictamen 1262 de 2013.

efecto de la aplicación de las normas permanentes de este reglamento”. Todos aprobados en la parte teórica.

Los problemas no se detuvieron ahí. La cantidad de profesionales que requería el sistema no podía ser cubierta por médicos con el EUNACOM rendido. La prueba no se rinde con la debida frecuencia sobre todo para cubrir la escasez de médicos en las zonas extremas del país.

El Contralor intervino nuevamente:

“En estas condiciones y considerando el principio de servicialidad de la Administración contemplado en el artículo 1° de la Constitución Política, como asimismo que en concordancia con lo previsto en los artículos 3° y 28 de la ley N° 18.575, los órganos públicos por su propia naturaleza deben satisfacer las necesidades de la población de un modo regular, continuo y permanente, y que, además, conforme al artículo 5° del mismo texto legal, las autoridades respectivas deben organizar los medios de que disponen, para lograr la debida ejecución de sus funciones, y hacerlo de una manera eficiente y eficaz, ha sido admisible en las aludidas situaciones especiales, cuando haya sido imprescindible en orden a asegurar la entrega de las prestaciones de salud, haber recurrido a la contratación de médicos que no habían rendido y aprobado el EUNACOM, a través del régimen de honorarios, como, asimismo, a los que laboren en una sociedad de profesionales que preste servicios a los establecimientos materia de la consulta.

Sin embargo, cabe precisar que lo antes expresado no obsta a que ese Ministerio adopte las medidas tendientes a procurar que, en la oportunidad en que ello sea posible, se regularice la situación de dichos médicos”<sup>672</sup>.

Posteriormente el Contralor hizo extensiva esta autorización temporal por emergencia a las municipalidades<sup>673</sup>.

### **7.2.2. ¿Interpretación auténtica de la Ley de Presupuesto?**

El artículo tercero del Código Civil afirma que “Solo toca al legislador explicar la o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”. A su turno, el inciso primero del artículo 19 que se dirige a la jurisdicción (Judicial, constitucional o administrativa) señala que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

---

<sup>672</sup> CGR Dictamen 83299 de 2013.

<sup>673</sup> CGR Dictámenes 14925 de 2014 y 206912 de 2014.

Una cosa es llenar vacíos. Algo más complejo es otorgar el carácter permanente a una ley que se renueva año a año, como es el caso de la Ley de Presupuesto.

En efecto, el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (N° 10.336) señala que “La Contraloría General de la República fiscalizará la correcta inversión de los fondos públicos que cualesquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”.

Entretanto, el inciso tercero del artículo 85 que se refiere a la rendición de cuentas precisa que “No obstante, la fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En caso de que se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de poner los reparos en conocimiento del Presidente de la República, para los efectos que procedan”.

La ley de presupuestos es una ley que se dicta año a año y tiene vigencia únicamente para el año presupuestario que rige, por lo que se tendría que entender –y así lo entendió hasta el 2017 la jurisprudencia contralora– que no se trata de una ley permanente.

Sin embargo, el Contralor Jorge Bermudez admitiendo que la asignación 24.03.200 «Becas Educación Superior» del programa Educación Superior del presupuesto de la Subsecretaría de Educación se origina directamente en la ley de presupuesto concluye que:

“(…) en la medida que tal asignación ha sido prevista sucesivamente al menos durante los últimos diez años en las distintas leyes de presupuestos del sector público, pues en estos casos es posible sostener que respecto de ella la intención del legislador ha sido darle un carácter permanente.

De esta manera, esos caudales también están comprendidos entre los supuestos descritos en el aludido artículo 25 y, por tanto, esta Contraloría General tiene atribuciones para controlar que se cumpla con el fin previsto en las glosas o en los reglamentos que los rigen”<sup>674</sup>.

Y el supuesto carácter permanente que reconoce a la ley de presupuesto no solo la aprecia en asignaciones de larga data, sino también en las recientes que ejecutan una política pública: “Por otra parte, en lo referido a la asignación 24.03.201 «Financiamiento del Acceso Gratuito a las Instituciones de Educación Superior 2016», del programa Educación Superior del presupuesto de la Subsecretaría de Educación correspondiente a la presente anualidad, no puede obviarse que la gratuidad en esta materia se trata de una política pública dispuesta

---

<sup>674</sup> CGR Dictamen N° 14923 de 2017.

conjuntamente por el ejecutivo y el legislador, con vocación de permanencia en el tiempo”<sup>675</sup>.

“En consecuencia, cabe concluir que esta Contraloría General cuenta con atribuciones para fiscalizar la correcta inversión de los recursos públicos transferidos a las universidades privadas, a los institutos profesionales y a los centros de formación técnica, en los términos consignados en el presente pronunciamiento”<sup>676</sup>, concluye.

### **7.2.3. Contratas: Reforma al Estatuto**

El inciso tercero del artículo 2º de la Ley N° 18833 (Estatuto Administrativo) dice que “Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan cesarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido dispuesta la prórroga con treinta días de anticipación, a lo menos”.

El Contralor Bermúdez le dio otra lectura, acorde con la ley N° 19.880 en relación con la motivación de los actos; aun cuando la no renovación de la contrata no requiere acto.

A raíz de un reclamo hecho por dos funcionarios municipales por la no renovación de sus contratas, se dictaminó que dado que dichas contratas se habían renovado varias veces antes, tornaba “(...) en permanente y constante la mantención del vínculo con los interesados, lo que determinó así en definitiva que los entes comunales mencionados incurrieran en una práctica administrativa que generó para los recurrentes una legítima expectativa que les indujo razonablemente a confiar en la repetición de tal actuación”. Y precisó que “(...) la mencionada confianza legítima se traduce en que no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente”<sup>677</sup>. Estima el contralor que esta confianza legítima comienza a surgir desde la segunda renovación y que para vencerla se requiere “(...) que la autoridad municipal emita un acto administrativo, que explicita los fundamentos que avalan tal decisión”. En el mismo dictamen ordena la reincorporación de los peticionarios en las mismas condiciones en que se encontraban antes del término de la contrata.

Ese mismo año el Contralor hace extensivo el criterio que había aplicado al Estatuto Municipal; esta vez al Estatuto General. “(...) conviene hacer presente que si bien el referido pronunciamiento resuelve la situación de servidores municipales a contrata, regidos por la ley N° 18.883, que contempla el estatuto general del personal de ese sector, el criterio

---

<sup>675</sup> *Ibíd.*

<sup>676</sup> *Ibíd.*

<sup>677</sup> CGR Dictamen 22766 de 2016.

contenido en él es aplicable a quienes se desempeñan a contrata pero regulados por la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo”<sup>678</sup>.

El criterio ha sido aceptado además por jurisprudencia judicial en lo que a la fundamentación se refiere estimando la Corte que no basta con la cláusula que establecía que la contrata persistía “mientras sean necesarios sus servicios”<sup>679</sup>.

La Corte Suprema, recientemente, en fallo dividido revirtió una sentencia de la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que parecía haber cambiado las cosas al acoger un recurso de protección Alcalde de Estación Central en contra del Contralor General de la República por un dictamen que ordenaba mantener la contrata de un funcionario. Los argumentos entregados por la CAS fueron lo suficientemente terminantes como para recordarlos ya que pueden ser indicativos de futuros cambios jurisprudenciales:

“SEPTIMO: Que la decisión de la Contraloría General de la República, (...), es en primer lugar, ilegal, ya que vulnera el artículo 2 inciso 3 de la Ley N° 19.883,(...). También infringe el artículo 63 letra c) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, el que señala que es facultad del Alcalde: (...) nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan (...).”

OCTAVO: Que asimismo, el actuar de la Contraloría General de la República, vulnera la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de igualdad ante la ley, (...). El profesor Enrique Silva Cimma, ha señalado que el acto administrativo que nace sin motivo que lo justifique, es simplemente arbitrario. Un acto es arbitrario, cuando se trata de uno dictado por la sola voluntad o mero capricho de su autor e ilegal, cuando es contrario a la ley. Al respecto, cabe tener en cuenta que; de acuerdo con lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.880 las resoluciones son los documentos a través de los cuales toman forma los actos administrativos que dictan las autoridades con poder de decisión y que, verificados ciertos requisitos, ellos deben ser fundados, según se desprende del inciso segundo del artículo 11 e inciso cuarto del artículo 41 de la misma ley (...).

DECIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, se ha instalado en el debate del Derecho Administrativo chileno, el llamado principio de la “confianza legítima” el que, actuaría como límite a la potestad administrativa de invalidación de actos administrativos. La Contraloría General de la República ha recogido este principio en diversos dictámenes. (...) [La] potestad invalidatoria, no solo estaría limitada por aquellas dos circunstancias establecidas expresamente en la ley, sino también por aquella, que no podría afectar a los interesados, que tienen una confianza legítima en la estabilidad de la decisión administrativa; principio que

---

<sup>678</sup> CGR Dictamen 58864 de 2016.

<sup>679</sup> La Corte Suprema ha abordado el tema a través de la cuarta sala, aplicando las normas de tutela laboral.

no es compartido por esta Corte de Apelaciones, por ser una elaboración de la doctrina nacional y no tener asidero legal”<sup>680</sup>.

Pero, si el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago fue terminante, también lo fue el de la Tercera Sala de la Corte Suprema que confirmó, sin lugar a dudas, la tesis contralora, con el solo voto en contra (que estuvo por confirmar el fallo apelado) de la Ministra Egmen.

La sentencia de mayoría, en cambio, estimo que, “la naturaleza esencialmente provisoria y temporal” de las contrata:

“(…) cambia si es la propia Administración la que procede sucesivamente a su renovación, actuación permanente que generará en el empleado la legítima expectativa que anualmente su contrata será renovada, de modo que, una alteración a esta variable situación de hecho, exigirá una motivación que justifique el cambio de criterio de la autoridad (…)” (considerando 4º).

**Sexto.** Que en efecto, la exigencia de motivación de los actos de la administración en los casos como el que ahora se trata, consiste en hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican, permitiendo su control por el interesado y la opinión pública, exigencia necesaria para descartar su ilegitimidad y permitiendo, asimismo, su control jurisdiccional, único modo que puede el afectado por una medida, decidir sobre la pertinencia de su impugnación”.

Llama la atención en el fallo de mayoría, redactado por el Ministro Aránguiz, el tratamiento de “empleado” del funcionario y la referencia al término de la contrata como si fuera una sanción, como un despido privado. Como si se le estuviera restando el carácter de estatutario a esta modalidad de función pública.

#### **7.2.4. Una curiosidad**

A medio camino entre la potestad dictaminante y legislar se aprecia en una reciente jurisprudencia de 2016 contralora que cambiando el precedente, interpreta el artículo letra p) de la ley N° 19.300 cuando somete al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) “*cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial*”, con una interpretación amplia y no restringida a áreas naturales como la jurisprudencia vigente hasta entonces que así lo leía a partir de la norma completa: “Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación

---

<sup>680</sup> SCAS Rol N°27210 de 2017.

respectiva lo permita". Esto trajo como consecuencia que las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural definidas o reconocidas en los instrumentos de planificación territorial debían entenderse comprendidas en la disposición. Además el dictamen advirtió que las normas medioambientales se aplican *in actum*. Lo que transforma en precario cualquier permiso frente –por ejemplo– a una resolución del Consejo de Monumentos Nacionales.

Con esta interpretación prácticamente cualquier cosa debería someterse al SEIA y así lo entendió el Contralor, conforme al jefe de la División Jurídica de la Contraloría<sup>681</sup> quien advirtió que la situación no era tan extrema, como se podía desprender de otros dictámenes que han venido interpretando al dictamen 4.000<sup>682</sup>.

Algo así como una interpretación de la interpretación.

### 7.3. CGR: Superintendencia técnica

No ha sido extraño que las superintendencias, creadas a semejanza de las agencias estadounidenses –con autonomía técnica para fiscalizar en los sectores regulados– intenten evadir el control contralor. La Corte, no obstante, ha sido clara al recordarles que son servicios públicos y que como tales están bajo la fiscalización de la Contraloría<sup>683</sup>.

Pero una cosa es fiscalizar que la superintendencia esté actuando correctamente y otra corregir lo por ella fiscalizado. La Contraloría no puede transformarse en superintendencia técnica, aunque, muchas veces las fronteras entre una y otra cosa sean difusas.

---

<sup>681</sup> En seminario medioambiental en la Universidad de Chile el 24 de agosto de 2017 en la mesa titulada “EL ROL DE LA CGR EN MATERIA AMBIENTAL”.

<sup>682</sup> Toma de Razón DS N° 135, de 2017, que declara monumento nacional en la categoría de monumento histórico a la “Villa Ministro Carlos Cortés (Villa San Luis de Las Condes)” pese a que existía un decreto de demolición vigente. Dictamen N° 17.865, de 2017. Caso del proyecto “Construcción 2° Puente de Acceso Sector Isla Teja”.( Proyecto debía ingresar al SEIA, atendido que se trataba de una obra que se suponía la construcción de un puente atirantado en una zona típica, y la realización de obras y acciones complementarias tales como prospecciones y sondeos arqueológicos, demolición de edificaciones, corte de vegetación existente, acondicionamiento de calles, incorporación de especies vegetales e instalación de mobiliario urbano). Dictamen N° 28.519, de 2017. Caso del proyecto de habilitación de puerta en un Inmueble de Conservación Histórica (SEREMI de Vivienda y Urbanismo RM y DOM de Santiago se ajustaron a derecho al autorizar la habilitación o apertura de una puerta en un costado de un Inmueble de Conservación Histórica, sin necesidad de ingresar al SEIA, por cuanto dicha intervención no alteraba el carácter y valor patrimonial del inmueble en análisis.).Dictamen N° 23.683, de 2017 (Las municipalidades deben hacer presente, en el acto de otorgamiento de un permiso de edificación, que su obtención no basta para que su titular inicie la ejecución de un proyecto o actividad en inmuebles colocados bajo protección oficial, pues para ello necesita la respectiva RCA). Dictamen N° 48.164, de 2016.(No cualquier sitio prioritario de conservación es un área bajo protección oficial para efectos del SEIA).Dictamen N° 18.602, de 2016.(Ejecución del proyecto no releva de su obligación de sometimiento al SEIA, aunque el sistema se desnaturaliza. Evaluación es sin perjuicio de la sanción si fuera procedente).

<sup>683</sup> Ver. SCS Rol N°2433 de 2015.

Ocurrió cuando la Contralora subrogante, Patricia Arriagada, fue consultada respecto del comportamiento de la Superintendencia de Pensiones en relación con la fusión de unas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Curiosamente, aceptó informar sobre la materia, pese a ser incompetente en varios aspectos de la consulta y pese a que existía una querrela por lo que, al transformarse en litigioso el asunto, la Contraloría debe inhibirse. Argumento que “(...) sin embargo, considerando el acuerdo adoptado en la 11° sesión ordinaria de la comisión investigadora de la Cámara de Diputados constituida al efecto, el pasado 3 de noviembre del año en curso, en orden a que es imprescindible para continuar sus funciones contar con un informe sobre el particular, esta Entidad de Fiscalización estima pertinente proporcionar su opinión jurídica sobre la cuestión planteada, a fin de colaborar con la labor de ese cuerpo colegiado”<sup>684</sup>.

Y entró de lleno en el asunto detectando una serie de defectos e inconsistencias, tanto en la regulación del procedimiento de fusión como en su ejecución poniéndolos de manifiesto e incluso “(...) se permite sugerir al legislador, un estudio de reforma normativa, que regule con más precisión los distintos procesos de reestructuración empresarial que involucren la participación de las AFPs”<sup>685</sup>.

Pero el asunto no quedó en eso. Dos meses después, el 08 de febrero de 2016 se vuelve a pronuncia luego que una de las AFP involucradas y la Superintendencia de Pensiones piden dejar sin efecto el dictamen anterior, la SP por estimar que la Contraloría invadió sus competencias técnicas y porque el asunto estaba en juicio.

La Contralora no solo no se retractó sino insistió en su postura, defendiendo sus potestades y advirtiendo que “(...) en lo referente a la eventual invalidación de las resoluciones que autorizaron la constitución y fusión de la especie que –según una de las presentaciones– promovería el dictamen cuestionado, corresponde aclarar que esta Contraloría General solo se limitó a aludir al carácter impugnabile judicialmente de esos actos.” Precizando que “(...) el ejercicio de la potestad invalidatoria corresponde a la Administración activa y no a esta Contraloría General, y debe ejercerse dentro del plazo de dos años que señala la norma y previa audiencia de los interesados, ocasión en la cual los afectados harán valer los argumentos que estimen convenientes, debiendo la autoridad ponderarlos al decidir si deja sin efecto el acto administrativo que se estima dictado vulnerando la ley”.

La Superintendencia de Pensiones decide no invalidar, comunicándoselo al órgano contralor. La Contralora (s) no bajo la guardia; sino ofició a la SP para que informara acerca de las medidas adoptadas en relación con lo señalado en los dos dictámenes ya mencionados, tras lo cual emite un nuevo pronunciamiento en el cual consigna la negativa de invalidar de la SP. Esta última respondió diciendo que, tras un nuevo análisis, estimaba que “(...) no correspondía invalidar las resoluciones objeto de análisis, toda vez que la facultad

---

<sup>684</sup> CGR Dictamen 98889 de 2015.

<sup>685</sup> *Ibidem*.

invalidatoria de esta Superintendencia respecto de las resoluciones mencionadas se encuentra limitada por el respeto a las situaciones jurídicas ya consolidadas”.

Y, si en los dictámenes anteriores se había limitado a constatar irregularidades, en este nuevo oficio, frente a la negativa a invalidar de la Superintendencia, impone:

“(…) la decisión de ejercer o no la potestad invalidatoria debe ser el resultado de un procedimiento administrativo, en el que, una vez conferida audiencia a los interesados y con el mérito de los antecedentes del expediente, la Administración resuelva la mantención o expulsión del ordenamiento jurídico de los actos en cuestión, situación que no ha tenido lugar en la especie.

En consecuencia, resulta necesario que la Superintendencia de Pensiones inicie el respectivo procedimiento de invalidación, otorgue audiencia o traslado a los interesados y, con el mérito de los elementos de juicio que reúna en el expediente respectivo, resuelva lo que en Derecho corresponda, debiendo informar a esta Contraloría General el inicio del procedimiento de invalidación, dentro del término de 15 días hábiles a contar de la recepción del presente oficio, acompañando copia del acto que disponga la iniciación y, una vez concluido, remita copia del acto terminal del mismo”<sup>686</sup>.

Se hace efectivo así uno de los mayores riesgos que enfrenta la Contraloría, la imposibilidad de hacer cumplir sus dictámenes en el caso de rebeldía, porque la Superintendencia –acatando la orden contralora– inició un procedimiento invalidatorio que brevemente concluyó en la decisión de no invalidar. Las cosas quedaron igual.

El asunto se solucionó cuando llegó una nueva administración a la Contraloría, con una nueva Sub Contralora que suscribe un nuevo dictamen, un año después de haberse iniciado esta trama, respondiendo a unas presentaciones parlamentarias, optando –esta vez- por dar la razón a la Superintendencia. “Finalmente, en lo que respecta a la orden de suspender las actuaciones relacionadas con la impugnación del procedimiento de invalidación de la especie, dispuesta por este Organismo de Control mediante el oficio N° 93.408, de 2016, cumple con dejarla sin efecto, en atención a la emisión del presente pronunciamiento”<sup>687</sup>.

## 8. El poder judicial “golpea la mesa”

Si la Corte, aparentemente, se ha ido alineando con la Contraloría en materia de contratas o, mejor dicho, en relación con la motivación de las decisiones administrativas<sup>688</sup> y en el rescate

---

<sup>686</sup> CGR Dictamen 47645 de 2016.

<sup>687</sup> CGR Dictamen 2276 de 2017.

<sup>688</sup> Vg. SCS Rol N° 3598 de 2017. “*Décimo quinto*: Que, descartadas las dos circunstancias de hecho que fueron esgrimidas por la Administración, sólo cabe establecer que el acto impugnado, esto es el Decreto Supremo N° 229, es ilegal, pues no se cumplieron todas las exigencias previstas en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, como tampoco en los artículos 11 y 42 de la Ley N° 19.880, toda vez que no

de las potestades control de todos los servicios públicos –incluidas las superintendencias–, no siempre ha ocurrido igual en cuanto a los criterios esgrimidos en el control de los actos administrativos. Son numerosos los recursos de protección acogidos por la Corte frente a dictámenes –cualquiera sea su clasificación– muchos de ellos fustigando a la Contraloría por vicios u omisiones procedimentales.

### 8.1. Llamados de atención

El máximo tribunal ya había llamado la atención al ente contralor el año 1991 cuando se negó a tomar razón de un decreto de nombramiento de la Corte, por considerar que no tenía competencia para ello y por estimar arbitrario el no haber consultado a la Corte Suprema<sup>689</sup>.

El año 98 en fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, confirmado por la Corte Suprema<sup>690</sup>, se resaltaba el requisito del debido proceso en el actuar contralor:

“Resulta contrario a derecho que la Contraloría en el trámite de registro de un decreto municipal que absuelve a un funcionario, luego de un procedimiento disciplinario, pretenda hacer observaciones de tal grado como ordenar al Alcalde que ponga término a la relación laboral e incluso, apercibiéndolo con adoptar medidas en su contra si así no lo hiciera. Una conducta tal es ilegal ya que la autoridad contralora carece de atribuciones en tal sentido. Una actitud como la descrita viola el derecho al debido proceso del recurrente, que le reconoce, asegura y ampara la Constitución en su artículo 19 N° 3 inc. 4°, puesto que por tal vía se intenta invalidar una resolución dictada por autoridad competente que decide un sumario administrativo seguido en un procedimiento regular y legal (...)”<sup>691</sup>.

Los reproches fueron aumentando de tono frente a faltas procesales como lo expresó duramente el ministro Sergio Muñoz en un voto de minoría cuando la Contraloría, sin audiencia del interesado y reconsiderando el no haber dado curso a una destitución por irregularidades en el sumario, terminó tomando razón del decreto de cese. Muñoz habló de “(...) un análisis ligero y descuidado por parte de la Contraloría Regional de Valparaíso”, “que la Contraloría se constituyó en comisión especial” concluyendo que “(...) Se desconoce así en el procedimiento disciplinario y en el de toma de razón el derecho de defensa. Tal proceder no puede ser amparado a la luz de las garantías constitucionales, es vulneratorio de

---

*existen los “motivos fundados” esgrimidos por la autoridad, sin que, como se anunció, esta Corte se encuentre en condiciones de analizar aquellos fundamentos no expresados en el acto, toda vez que, esos son negados enfáticamente por los recurridos. En otras palabras, el acto es ilegal porque los motivos que se explicitaron y que habilitaban su dictación no existieron y, por consiguiente, aquel aparece desprovisto de la adecuada fundamentación (...)*”.

<sup>689</sup> SCS Rol N° 5323 de 1991.

<sup>690</sup> SCS Rol N° Rol 79098 de 1998.

<sup>691</sup> SCA Coyhaique Rol N° 79 de 1998.

las mismas y arbitrario, constituye un proceder que guarda las formas y transgrede los valores y principios, por lo mismo es arbitrario e inconstitucional”.

Se trata de un voto de minoría pero mostraba una preocupación que terminó por lograr la mayoría cuando la Contraloría Regional de Antofagasta emitió un dictamen sin esperar el vencimiento del plazo que tenía el Alcalde de Tocopilla para informar sobre la materia. El fallo tercera sala de la Corte Suprema estimó que:

“(…) el aludido dictamen se expidió sin esperar la información pedida a la autoridad edilicia, constituyéndose en una actuación arbitraria de parte del recurrido (...);**Tercero:** Que finalmente tampoco es baladí hacer hincapié en que no obstante su labor instrumental, las normas procedimentales cumplen una función primordial en el ordenamiento jurídico y, por ello, es un error pensar que esta característica les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. En efecto, en el plano jurisdiccional, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Y lo mismo puede predicarse en el plano ejecutivo o de Administración del Estado, en el que la legalidad formal del acto se refiere no sólo a su motivación sino, también, al procedimiento. Y, dentro de éste, el derecho a ser oído es reconocidamente uno de los mínimos estructurales con que tal procedimiento administrativo debe contar. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se pueden ejecutar los asuntos públicos y administrar justicia con olvido de las formas procesales. Tal pretensión sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho”<sup>692</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago en reclamo de ilegalidad por negar la entrega de información y antecedentes relativos a la tramitación respecto de la Toma de Razón de la Resolución N° 065 de 2016, de la Dirección General de Obras Públicas, que sancionaba al requirente aclaró que “ Si bien, la toma de razón, en sí misma es una facultad privativa del sr. Contralor, lo cierto es que los fundamentos de la misma, no están amparados por secreto ni reserva alguna en el caso sublite y, pueden ser conocidos por quien lo requiera, más aún cuando, al parecer, como se deja entrever en el informe, hubo alguna opinión de representar el acto”<sup>693</sup>.

Las cortes parecen en estar realmente preocupadas por el procedimiento que aplique la Contraloría como lo dejó claro la Corte de Apelaciones de Santiago fallando un recurso de protección frente a un dictamen que modificó una jurisprudencia sostenida en relación con las Cajas de Compensación. La sentencia, en apelación, reclama a la Contraloría no ceñirse al tenor claro del texto de la ley, desarrollando una interpretación “injusta” y “sin justificación”.

---

<sup>692</sup> SCS Rol N° 4637 de 2016.

<sup>693</sup> SCAS Rol N° 9231 de 2016 en Queja ante la Corte Suprema.

La Corte asocia directamente la jurisdicción con el debido proceso. Sin este último requisito se actúa como tribunal ad hoc:

“17° Que la competencia administrativa que tiene la Contraloría General de la República de acuerdo con sus prerrogativas constitucionales y legales e integrada de tal forma a la Administración del Estado, impide atribuirle a su actuar en estos hechos, una instancia adjudicataria de derechos en sede jurisdiccional, al margen de un justo y racional proceso y que con ello haya hecho un ejercicio de esa potestad, que lleve a la conclusión que ha actuado como un verdadero tribunal ad hoc; lo que autoriza rechazar, la denuncia de haber vulnerado el inciso 5°, del ordinal 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.”<sup>694</sup>, sentenció.

Y aunque estos fallos son indicadores de las preocupaciones judiciales frente al actuar contralor, se trata más bien de pronunciamientos aislados; a diferencia de algunas materias en las que se han producido verdaderos enfrentamientos sostenidos, siendo los más significativos los relativos a temas urbanísticos, y tributarios respecto de sociedades pasivas.

## **8.2. Enfrentamiento urbanístico**

No es extraño que los directores de obra de los más importantes municipios del país vivan con frecuencia conflictos, sea con las asociaciones de vecinos, ONGs ambientalistas o empresas inmobiliarias. Tampoco ha sido extraño el enfrentamiento de éstos con la Contraloría zanjados por los tribunales que advierten, muchas veces, un excesivo activismo contralor advirtiendo, en sus sentencias, los límites que debe considerar el órgano contralor.

El año 2006 fue especialmente activo en este tipo de conflictos. Los tribunales, que habían aceptado deferentemente los pronunciamientos de la Contraloría en materia urbanística tanto en forma como fondo<sup>695</sup>, comienzan a discutir estas decisiones en forma insistente. Aunque hubo alguna señal cinco años antes. Una suerte de defensa y rescate de las competencias contencioso administrativas radicadas en los Tribunales; cuestión que se iría afinando hasta llegar al conocido fallo “Zapallar”<sup>696</sup>, como se verá.

---

<sup>694</sup> SCAS 14.481 de 2017 en apelación ante la Corte Suprema.

<sup>695</sup> Ver. AGUERREA MELLA, Pedro. 2007. “La Contraloría General de La República Y El Control de Los Organismos Administrativos Con Competencia En Materia Urbanística. Comentario Del Caso Santa Rosa de Las Condes”. *ReDad Revista de Derecho Administrativo*, p. 120.

<sup>696</sup> SCS Rol N° 2791 de 2012. Ver infra.

### 8.2.1. Una advertencia

El 2000 la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo confirmado por la Corte Suprema<sup>697</sup> deja sin efecto un dictamen de la Contraloría que había ordenado a la Municipalidad de Vitacura regularizar un permiso de obra, para la construcción de un edificio de 14 pisos, por estimar que no correspondía la densidad autorizada.

La Corte advierte que la Contraloría decidió respecto de una materia litigiosa a través de un reclamo de ilegalidad municipal, contraviniendo el artículo 6° de la Ley N° 10.336, tornando –por tanto– en ilegal el acto. En lo que al fondo se refiere, tampoco estuvo de acuerdo con la Contraloría pero, más llamativas fueron sus reflexiones respecto de la jurisdicción y el papel de la misma en relación con la impugnación de un acto fruto de una reflexión (permiso de obra) como de su rol potenciador y constructor.

“8° (...) ...toda impugnación formal tendente a revertir lo así establecido [acto complejo] , importaba un desconocimiento de ese estado jurídico de cosas y se trocaba en una pretensión de carácter jurisdiccional que, por su misma naturaleza, derivaba en uno de aquellos asuntos de carácter contencioso que los artículos 73 de la Constitución Política y 5 del Código Orgánico depositan excluyentemente en los tribunales que establece la ley;”

“14° Nótese que en las raíces mismas de la juridicidad se ubica un topos de permisividad que lo identifica con el dejar hacer. La férula que en el orden del derecho público, que inunda el caso en juicio, implica el principio de la reserva legal, no empece a aquello, toda vez que aún en el marco del irrestricto acatamiento a ese leitmotiv, el derecho y sus instituciones no están concebidos para obstruir ni destruir, sino siempre para potenciar y construir, lo que significa que los defectos e irregularidades gatilladores de saneamientos, han de ser prolija y certeramente establecidos para justificar realmente la invalidación, por conllevar ésta el virtual aniquilamiento de cuanto hecho, que, por lo expresado, se afirma en una general presunción de bondad”.

Reprocha aquí a la Contraloría una actitud obstructiva; bien diferente de la que mostró ese mismo año cuando reconoció la consolidación de situaciones, de buena fe, que no cabían ser revertidas, aun adoleciendo el permiso de cierta irregularidad<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> SCS Rol N° 1002 de 2001 confirma SCAS Rol N° 5482 de 2000.

<sup>698</sup> CGR Dictamen N° 44492 de 2000. Criterio confirmado por la CAS Rol N1 6256 de 2000 confirmada por la CS Rol N° 1499 de 2001.

### 8.2.2. Declarado el conflicto

Pero el verdadero conflicto se da bajo la administración de la Contralora subrogante, Noemi Rojas y parte con fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile c/Contralor General de la República*<sup>699</sup>. Un fallo que, en opinión del profesor Eduardo Soto Kloss, hizo justicia aunque sin ajustarse a Derecho<sup>700</sup>. Y es que, en su opinión, la distinción que hace la sentencia entre fondo y forma, limitando el actuar de la Contraloría sólo a la forma, es artificial. “...ya que son de hecho inescindibles, desde que la forma es lo que especifica la materia y hace que una cosa sea lo que es, sin la cual o simplemente no sería, o bien, no sería tal sino otra cosa”<sup>701</sup>.

El fallo, que dio origen a otra serie de pronunciamientos que sentaron una posición estable de los tribunales, al menos durante 2006, dejó sin efecto un dictamen de la CGR que -atendiendo una presentación de la agrupación Defendamos la Ciudad- había dejado sin efecto sendos oficios de la Municipalidad de Las Condes y la Secretaria Ministerial de Vivienda, autorizando la construcción de tres edificios en los terrenos ocupados por el Estadio Santa Rosa de Las Condes de la Universidad Católica.

La inmobiliaria recurre de protección acogida por la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago –confirmado por la Corte Suprema– argumentando<sup>702</sup>:

- “El parecer de esta Corte es que el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría realiza es de carácter puramente formal, sin que se estime pertinente que, ejerciendo dicho control, pueda revisar la jerarquización de los fines de las normas y procedimientos sometidos a su dictamen, pues dicha tarea es propia del legislador y de la misma administración, en el ejercicio de sus funciones de gobierno, pero a través de las entidades especializadas en cada área del quehacer público.”
- “En último término, frente a posiciones discordantes entre partes, son los tribunales de la República los llamados naturalmente a intervenir.”
- “No parece sensato pensar que el órgano contralor pueda entrar a calificar la legalidad de fondo de todos los asuntos que pasan por su revisión, pues ello lo transformaría en un supra organismo que vendría a tener siempre la última decisión sobre cualquier materia.”
- “Que, lo anteriormente indicado, además, se llevaría a cabo mediante la utilización de procedimientos, por parte de la entidad recurrida, que no se

---

<sup>699</sup> SCAS Rol N°8344 de 2005 confirmada por SCS Rol N° 2224 de 2006.

<sup>700</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 2007. “Urbanismo, Contraloría General de La República Y Tribunales de Justicia . A Propósito de La Acción de Protección Deducida Por La Fundación Club Deportivo de La Universidad Católica de Chile.” In *Sentencias Destacadas 2006*, editado por Libertad y Desarrollo, Primera, 131–44. Santiago.

<sup>701</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. 2007., Ob. cit. p. 135.

<sup>702</sup> Considerados 10º), 12º) y 15º) SCAS Rol N°8344 de 2005.

avienen con la correcta defensa de los intereses que cada uno de los involucrados en el asunto pueda llevar a cabo”.

- “(...) reconociendo que tiene facultades para pronunciarse sobre consultad de particulares no puede realizar una acción invasiva de las atribuciones de otros órganos de la Administración del Estado.”
- “(...) hay que mencionar que lo obrado por la recurrida contraría su propia jurisprudencia, cuando determina dejar sin efecto lo obrado por otros órganos de la Administración del Estado, dentro del marco de sus competencias, contando con los antecedentes del caso, al presentar objeciones de mérito y no simplemente de formalidad como debería ocurrir”.

Como se aprecia en estos argumentos, la Corte, cuando habla del fondo, más bien se refiere al mérito, rescatando la especialidad de los órganos técnicos y las competencias de los tribunales para dirimir contiendas. No niega que la Contraloría tiene competencia para pronunciarse frente a consultas de particulares pero cuestiona su procedimiento y la contradicción con su propia jurisprudencia, vulnerando el precedente<sup>703</sup>.

En lo relativo al precedente la Corte seguramente recordaba el dictamen 44492 del 2000 en que la Contraloría se negó reconocer la necesaria invalidación de un permiso de obra, por reconocer situaciones jurídicas consolidadas de buena fe; no obstante admitir que existían irregularidades en su otorgamiento. El dictamen fue objeto de varios recursos de protección, acumulados y rechazados por la CAS en fallo confirmado por la Corte Suprema, conocido como *Bosch Passalacqua*<sup>704</sup>.

Debe admitirse, en todo caso, que llama la atención la actitud de la Corte que en *Bosch Passalacqua* no le parece molestar la irregularidad del permiso, ni cuestiona la especialidad técnica de la contraloría como lo haría después. Por lo demás, como afirma Aguerrea<sup>705</sup>, la Contraloría está organizada en divisiones especializadas precisamente para abordar con conocimiento la tarea de control de juridicidad que la Constitucionalidad y la ley le encomiendan. El autor recuerda también que, conforme al inciso primero del artículo 6° de la Ley N° 10.336, que corresponde a la Contraloría “(...) la *interpretación* de las normas, en su sentido técnico más preciso”<sup>706</sup>, distinto a la *aplicación-interpretación* de los órganos técnicos.

Pero, fueron los argumentos de *Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile c/Contralor General de la República*, o *Santa Rosa de Las Condes*, los que

---

<sup>703</sup> La tesis reduccionista de las potestades de la Contraloría que sostiene el fallo fueron duramente criticadas por el profesor Aguerrea en AGUERREA MELLA, Pedro. 2007. Ob.cit.

<sup>704</sup> SCAS Rol N° 6256 de 2000 confirmada por SCS Rol N° 1499 de 20001.

<sup>705</sup> AGUERREA MELLA, Pedro. 2007., Ob. cit. p 127.

<sup>706</sup> **ARTÍCULO 6°.** “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre (...) el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

persistieron. Así se repitieron en *Valparaíso Sporting Club S.A*<sup>707</sup>, *Congregación de los Sagrados Corazones*<sup>708</sup> y *Plaza Las Lilas o Altair*<sup>709</sup>.

### 8.2.3. Un cambio de giro

Cuando el 2016 la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>710</sup> repite sin variación el argumento esgrimido en los fallos del 2006 en relación a limitar el control de la CGR sólo a lo formal<sup>711</sup>, parecía que la jurisprudencia ya estaba asentada. Se trataba aquí de una orden de invalidación dictaminada por el Contralor Regional de Valparaíso respecto de un decreto del Alcalde de Valparaíso que revivía un permiso de obra que anteriormente había sido cuestionado por la Corte por no contar con una evaluación ambiental; habiendo tomado conocimiento que tal trámite se había cumplido. La CAV acoge el recurso que es apelado ante la Corte Suprema.

El máximo tribunal confirma la sentencia<sup>712</sup> pero con argumentos bien diferentes.

Recuerda el fallo que las Municipalidades son fiscalizadas por la Contraloría, lo que puede hacer a través de dictámenes, concluyendo que “(...) ciertamente está habilitada para desarrollar la labor de fiscalización en materia de urbanismo y construcción”. Y, por lo tanto, “En el procedimiento realizado, el proceder de la Contraloría Regional de Valparaíso está exento de reproche de legalidad, pues la materia abordada se encuentra dentro de sus atribuciones y competencias”<sup>713</sup>.

La Corte Suprema elimina los considerandos octavo, noveno, décimo y undécimo del fallo de primera instancia que eran los que sostenían la tesis que venían de la jurisprudencia del

---

<sup>707</sup> SCAS Rol N° 531 de 2006 confirmada por SCS Rol N° 4612 de 2006.

<sup>708</sup> SCAS Rol N° 811 de 2006 confirmada por SCS Rol N° 4617 de 2006.

<sup>709</sup> SCAS Rol N° 3137 de 2006 confirmada por SCS Rol N° 4614 de 2006.

<sup>710</sup> Fallo *Punta Piqueros*, SCAV Rol N° 2170 de 2016.

<sup>711</sup> **Octavo:** Que, tal como lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 25 de agosto de 2006, recaído en Recurso de Protección Rol 3137-2006, deducido por la Inmobiliaria Altair en contra del Contralor General de la República Subrogante, que en su motivo 8° señala: “*el control de legalidad que la Contraloría General de la República debe efectuar de los actos de administración es de carácter formal. En consecuencia, no puede entrar a analizar aspectos sustantivos que han sido conocidos y decididos por órganos de la administración que se encuentran facultados legalmente para ello, más aún si la decisión se ha adoptado previo cumplimiento de los procedimientos legales que precisamente garantizan la transparencia y publicidad que requieren los actos de la administración . Una posición en sentido diverso conduciría a un estado de incertidumbre jurídica, porque siempre existiría la posibilidad que cualquier persona que se sintiere afectada por una decisión adoptada por un órgano de la administración del Estado que se encuentra facultado legalmente para emitirla, podría recurrir a la Contraloría General de la República para obtener un pronunciamiento diverso sobre el fondo del asunto ya decidido, de tal manera que los particulares nunca tendrían la posibilidad de concretar negocios, no obstante que la autoridad competente hubiere emitido su decisión, en tanto el ente de control no dictamine sobre la materia. Que, además de lo anterior, resulta que aceptar que la Contraloría General de la República está autorizada para emitir un pronunciamiento de mérito sobre una materia decidida por el órgano competente y a requerimiento de particulares que se consideran agraviados, se estaría afectando directamente la posibilidad de defensa de todos los involucrados en el asunto de que se trata*”.

<sup>712</sup> SCS Rol N° 47610 de 2016.

<sup>713</sup> SCS Rol N° 47610 de 2016. Considerando sexto.

2006 y que declaraban, por esos motivos, ilegal el actuar de la Contraloría. En cambio, entrando en lo específico recuerda que la sentencia de casación en la que fundó su dictamen la Contraloría había dejado claro que el actuar de la municipalidad, cuando otorgó el permiso de obra original, contravenía la normativa medioambiental (faltaba evaluación de impacto ambiental) y la normativa de publicidad y transparencia (no se le había dado la publicidad correcta); precisando entonces que “(...) la nulidad del acto final del procedimiento por el cual se otorgó el permiso de construcción, también importa la invalidación del procedimiento que lo sustenta”<sup>714</sup>, cuestión que no es parcial ni temporal. Pero, fustiga a la Contraloría que al ordenar la invalidación no tomó en cuenta las garantías fundamentales del administrado titular del proyecto, que resguardan y reconocen “(...) el debido proceso administrativo, por una autoridad imparcial, sin un resultado predeterminado, que haría innecesario transitar por un procedimiento previo, incluso legalmente tramitado, puesto que la determinación final estaría precisada con anterioridad”<sup>715</sup>. Con ello, la Corte estima que la Contraloría vulneró el principio de imparcialidad lo que la lleva a acoger el recurso de protección. Confirma entonces la sentencia apelada “(...) en el sentido que solamente se deja sin efecto la instrucción perentoria impartida por la Contraloría Regional de Valparaíso a la Municipalidad de Concón de invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, Corporación que solamente deberá iniciar el proceso invalidatorio de ese decreto, con arreglo a la Ley N° 19.880, especialmente en sus artículos 11 y 53, informando a la Contraloría Regional respecto del inicio del procedimiento de invalidación, dentro de quinto día de ejecutoriado el presente fallo (...)”<sup>716</sup>.

O sea, acoge el recurso en contra de la Contraloría Regional por no respetar un debido proceso, pero rescata la potestad contralora haciendo revivir la orden de invalidar emitida por el ente contralor.

Un nuevo giro más acorde con los lineamientos planteados por la Corte a modo de llamado de atención.

#### **8.2.4. ¿Confianza técnica?**

Pero si, en general –con matices– lo que venía haciendo la Corte era limitar la actividad contralora, el 2012 ordenó tomar razón de un acto expresamente exento por ley.

Un particular interpuso una acción de amparo económico ante la Municipalidad de Talagante por la aprobación del plan regulador de la comuna criticando la aprobación del mismo por varios motivos; entre ellos, el que no se había tomado razón su decreto aprobatorio pese a que la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ley Orgánica de Municipalidades no exigen la toma de razón en la tramitación de los planes reguladores comunales y en

---

<sup>714</sup> SCS Rol N° 47610 de 2016. Considerando noveno.

<sup>715</sup> *Ibidem*.

<sup>716</sup> SCS Rol N° 47610 de 2016. Considerando duodécimo.

cambio, expresamente se señala que las resoluciones municipales están exentos de toma de razón<sup>717</sup>.

La Corte Suprema, sin embargo, en fallo redactado por el Ministro Sergio Muñoz<sup>718</sup> estimó que el decreto alcaldicio si tenía que ir a toma de razón ya que la resolución 1.600 de la Contraloría no lo eximía.

La situación se volvió compleja. La sentencia obliga pero si el Contralor actúa contra ley prevarica.

Finalmente, la solución vino por la vía de la potestad dictaminante. La Municipalidad de Talagante envió el plan a la Contraloría para su estudio, lo que dio lugar a un dictamen que analizó el proceder de la corporación en el proceso de aprobación y el contenido del mismo, concluyendo que se apartaba de la legalidad.

“En mérito de lo expuesto, es dable concluir que el instrumento de planificación territorial examinado no se ajusta a derecho, de modo que ese municipio deberá adoptar las medidas que sean pertinentes a fin de subsanar las observaciones consignadas en el presente oficio, y realizar todos los ajustes que corresponda efectuar al resto de sus disposiciones, a fin de armonizar debidamente su contenido, para lo cual se remite junto a sus antecedentes”<sup>719</sup>.

En definitiva, no tomo razón, pero impidió la vigencia del plan, tal como había sido aprobado. Todo indica que la Corte, en este caso, recurrió al conocimiento técnico de la Contraloría en una materia compleja como es el ordenamiento territorial, ampliando las potestades del ente contralor, a través de una sentencia, más allá de la ley.

### **8.3. La tributación de las Sociedades de inversión pasivas**

Más largo fue el enfrentamiento que tuvo la Judicatura con la Contraloría, a raíz de una interpretación relativa a la tributación que correspondía a las Sociedades de Inversión Pasiva. Mientras el Contralor decía que no tributaban si no tenían actividad, la Corte era de opinión contraria. Por supuesto los titulares de las sociedades se alinearon con el Contralor y la situación dio para numerosos dictámenes y sentencias de protección que, por algunos años, generaron bastante incertidumbre sobre la materia.

---

<sup>717</sup> Artículo 53 Ley N° 18.695.

<sup>718</sup> SCS Rol N° 2462 de 2012.

<sup>719</sup> CGR Dictamen N° 18674 de 2013.

En mayo de 2010, la Contralora General subrogante, Sonia Dorens realiza un giro jurisprudencial reconsiderando una serie de dictámenes anteriores, concluyendo –tras un detallado análisis– que:

“En consecuencia, la inversión pasiva, que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiriera el inversionista, por no involucrar la producción de bienes, ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979”<sup>720</sup>.

Pero fue el 2011, cuando el Contralor titular, Ramiro Mendoza expresó con claridad el cambio de jurisprudencia:

“(…) a partir del 25 de mayo de 2010, fecha de emisión del mencionado dictamen N° 27.677, se produjo un cambio de criterio sobre la materia, el que rige a contar del 1 de julio de 2010 -atendido a que la patente respectiva comprende el período entre el 1 de julio del año de la declaración y el 30 de junio del año siguiente-, a cuyo respecto corresponde precisar que, cuando nuevos estudios o antecedentes justifican una modificación interpretativa, como ha ocurrido en la especie, en resguardo del principio de seguridad jurídica y de la consecuente estabilidad que debe imperar en las relaciones del mismo orden, esta última sólo produce efectos para el futuro, sin afectar las situaciones acaecidas durante la vigencia de la doctrina que ha sido sustituida (aplica criterio contenido en el dictamen N° 79.507, de 2010)”<sup>721</sup>.

La Asociación de Municipalidades y diversas entidades edilicias pidieron reconsideración del dictamen la entró en un prolongado estudio. Mientras tanto, numerosos particulares solicitaron re aclaración del mismo, a veces por la negativa de las Municipalidades de eximirlos del pago de la patente.

También hubo particulares que recurrieron las negativas de exención tributaria por parte de las municipalidades. La Corte entonces sostenía la posición contraria a la Contraloría. Como el 2012 cuando en casación frente a un reclamo de ilegalidad presentado por la Sociedad de Inversiones Santa Cecilia contra la Ilustre Municipalidad de las Condes, en que fue explícita en señalar que dicha sociedad debía pagar patente aun cuando fuera pasiva. Al principio los fallos se limitaban a señalar cual era, a juicio de la CS, la interpretación correcta de la legislación aplicable sin discutir directamente con lo argumentado por la Contraloría que seguía dictaminando en el sentido del dictamen 27.677 aunque recordando que aún estaba pendiente una reconsideración sobre la materia<sup>722</sup>.

---

<sup>720</sup> CGR Dictamen N° 27677 de 2010.

<sup>721</sup> CGR Dictamen N° 74882 de 2011.

<sup>722</sup> Así, por ejemplo, solo en 2011, en los dictámenes 25759, 26376, 26380, 26383, 26386, 26388, 26658, 27752, 31115, 80748, entre otros.

Pero, la suavidad con la que la Corte había abordado esta situación que, ciertamente, provocaba incertidumbre jurídica, terminó con un fallo que mostró el poder judicial en toda su fuerza, conocido como “Zapallar” por la Municipalidad que recurrió de protección dando lugar a una sentencia<sup>723</sup> de apelación que reclamó para sí la preeminencia jurisprudencial como fuente del Derecho Administrativo; ante la cual –dijo- la Contraloría debe inclinarse.

“(…) Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente de derecho y como tal integra el denominado bloque de legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos «de la jurisprudencia administrativa» como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica”<sup>724</sup>.

El argumento lo repitió la Corte en otros tantos Casos que continuaban pendientes en tribunales y tanto “Zapallar” como los que siguieron dieron lugar a todo tipo de comentarios. Lo cierto es que, en general, nadie pone en duda la supremacía judicial pero de allí a que su jurisprudencia pueda constituir fuente del derecho, hay un trecho, especialmente –como en este mismo trabajo se ha apreciado- por los vaivenes de la misma y, como ha dicho el profesor Cordero comentando el fallo citado, por la atomización de la estructura del contencioso administrativo en Chile<sup>725</sup>.

Como sea, en dictamen de 16 de noviembre de 2012, frente a presentaciones de numerosas sociedades y municipalidades y citando la interpretación que la CS sobre la materia, el Contralor Mendoza reconsideró la posición de la entidad de control, lo que repitió en otros tantos dictámenes<sup>726</sup>.

Sin embargo, este enfrentamiento CS v/s CGR no fue fácil. Por lo menos hasta el 2014<sup>727</sup> la Corte volvió a repetir el argumento de “Zapallar” revirtiendo la interpretación del 2010 de la Contraloría. Así de importante es el prestigio del ente contralor que, sin siquiera tener imperio, se enfrenta al más alto tribunal del país; con la incertidumbre jurídica que aquello trae aparejado.

---

<sup>723</sup> SCS Rol N° 2791 de 2012

<sup>724</sup> Considerando Séptimo SCS Rol N° 2791 de 2012.

<sup>725</sup> CORDERO, Luis. 2012. “Los Límites de La Jurisprudencia Administrativa Y Las Fuentes Del Derecho Administrativo. Las Consecuencias Del Caso de La Municipalidad de Zapallar.” *Derecho Y Humanidades* N° 20, p. 392.

<sup>726</sup> Vg. CGR Dictámenes N°s 7283, 3874, 63071, todos del 2013.

<sup>727</sup> Repitiendo en argumento de “Zapallar”: 8141/2010 dictada el 2012; 1067 y 1068/2011 dictadas el 2012; 4458, 4640, 5339, 5952 7498, 8598 todas del 2012; 1825 y 1827 del 2013 y 21179, 21190, 21193, 21324 de 2014.

#### **8.4. ¿Función, órgano o garantías?**

La Corte ha venido enfrentando a la Contraloría cada vez con más determinación, pero también la ha apoyado en variados temas, las más de la veces técnicos; sin entrar de lleno a pronunciarse respecto de la naturaleza de la resolución de controversias que realiza el ente contralor.

El tema, sin embargo, si fue abordado en reciente sentencia de la tercera sala de la Corte Suprema en relación con la naturaleza de la función de árbitro que, por ley, ejerce un órgano administrativo. La Corte, en este caso, asoció la independencia e imparcialidad únicamente con los tribunales.

Curiosamente, en un voto disidente del Tribunal Constitucional, suscrito por cuatro ministros<sup>728</sup> disoció la naturaleza del órgano respecto de la función jurisdiccional, refiriéndose al Panel de Expertos considerado en la Ley N° 19.940, aunque en forma algo más confusa.

Los pronunciamientos indicados, ciertamente, no colaboran a aclarar la materia.

##### **8.4.1. La Corte**

Cabe la duda de si el fallo indicado es una reacción a una larga confusión respecto del concepto de jurisdicción o un ánimo supremo por recoger para sí todo lo que diga relación con la resolución de controversias, más allá incluso de lo que diga la ley.

La Corte acoge un recurso de protección contra el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud por una supuesta arbitrariedad en una decisión que éste tomó en su calidad de tribunal especial conforme al Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en que se establece un procedimiento que considera la procedencia del recurso de protección contra la sentencia del Intendente en calidad de árbitro y de apelación ante el Superintendente. Ninguno de los cuales empleó el recurrente de protección.

Vale la pena reproducir una parte importante de los considerandos del fallo que demuestran la confusión que ha venido poniendo de manifiesto este estudio.

---

<sup>728</sup> STC Rol N° 3301 de 2017. El voto fue suscrito por los ministros, Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez. La discusión se dio porque el voto de mayoría consideró que la disposición que se revisaba y que decía relación con el Panel de Expertos, no era una norma orgánica constitucional. Los disidentes, en cambio, consideraban que sí lo era por la naturaleza jurisdiccional de la función del Panel de Expertos.

**“Quinto:** Que la sola calificación que efectúa la ley predicando del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales su calidad de juez árbitro arbitrador, no lo constituye de inmediato en un tribunal especial, abstrayéndolo de su calidad de autoridad administrativa, pasando a ser incluido en el sistema judicial.

**Sexto:** Que, en efecto, un funcionario que ejecuta parte de la potestad administrativa sin estar sujeto a los principios de imparcialidad e independencia, carece de las cualidades esenciales de un tribunal, aun cuando la ley lo nombre como tal, puesto que desconoce la necesaria observancia de elementos fundamentales que configuran la actividad jurisdiccional común, de modo que no puede confundirse entre la actividad administrativa que ejecuta y la jurisdicción que se le asigna, al tratarse de un órgano que no concentra los elementos mínimos de ésta.

**Octavo:** Que, además, debe considerarse que la imparcialidad es uno de los atributos esenciales de la justicia que se manifiesta en la distancia absoluta de los intereses que concretamente persiguen los sujetos que operan dentro del proceso, garantía que además se controla mediante la supervigilancia que ejercen sobre estos los tribunales superiores de justicia, (...).

**Noveno:** Que la asignación a la Autoridad Administrativa de una supuesta función jurisdiccional, no goza de la imparcialidad ni de la independencia necesarias que garanticen una verdadera resolución del conflicto, (...) sin olvidar que, la autoridad administrativa, aun cumpliendo funciones jurisdiccionales otorgada por el legislador, sigue estando funcionalmente destinada, al menos, a satisfacer el fin de interés general perseguido por el Estado.

**Décimo:** Que en consecuencia, un tribunal funcionalmente dependiente de un órgano administrativo, no puede ser considerado propiamente un tribunal (...).”

Resulta interesante formular las siguientes observaciones:

1. El fallo se revela contra la ley que califica al Intendente como juez árbitro, no obstante el Artículo 76 de la Constitución reconoce la facultad de conocer y juzgar a los tribunales creados por ley.

No parece estar conforme con esta interpretación el Tribunal Constitucional (que, por cierto, tampoco depende de la Corte Suprema), que ha acogido más de un requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 38 i V de la Ley 20.015, en lo relacionado a la tabla de factor etario, constatando el primer requisito para que proceda dicha acción que es, precisamente, la existencia de una gestión judicial pendiente; en estos casos, las causas se encontraban tramitándose ante el Intendente como juez árbitro.

Lo mismo ha señalado la Contraloría para declararse incompetente para pronunciarse sobre materias que están siendo vistas por el Intendente, en su calidad de juez árbitro:

“Pues bien, atendida la naturaleza del referido sistema de arbitraje, no corresponde a esta Contraloría General pronunciarse acerca de la situación del interesado, toda vez que ello incidiría en entrar a conocer de un asunto que está siendo ventilado en un procedimiento en el cual la aludida Superintendencia actúa, por mandato de la ley, como un tribunal especial”<sup>729</sup>.

2. El fallo hace sinónimos los conceptos de independencia e imparcialidad reconociéndoselos sólo a los tribunales ordinarios. En efecto, si entendemos independencia como aquella que se separa del todo de los poderes gubernativos y legislativos, el Intendente no la tiene. Pero la imparcialidad si la puede ejercer desde que así se lo encomienda la ley y cuando existen recursos para impugnar sus decisiones.

3. Respecto de los recursos, resulta también curioso que proceda recurrir de protección contra la decisión del Intendente. Si este es tribunal, su decisión se expresa en una sentencia y no procede el recurso de protección contra sentencias.

4. El fallo habla de “una supuesta función jurisdiccional” que no garantizaría una verdadera resolución del conflicto y más adelante dice que “(...) aun cumpliendo funciones jurisdiccionales otorgadas por el legislador” el órgano sigue estado destinado a cumplir un fin de interés general. Entonces surge la duda de si la sentenciadora estima o no que el Intendente cumple una función jurisdiccional, o el alcance de la misma. O, si se trata de una jurisdicción imperfecta como la que estimamos ejerce la Contraloría, aunque esta última no está habilitada por ley

Comentando esta sentencia, Cordero Vega concluye que la decisión sincera algo que, a su juicio es obvio:

“Las potestades de decisión singular que afectan o pueden afectar derechos de terceros, cuando son ejercidas por la Administración no constituyen el ejercicio de una función «jurisdiccional». Es, por el contrario, el cumplimiento de una función administrativa, que debe estar sujeta a un procedimiento administrativo que dé garantías y la posibilidad de genuina revisión judicial (...)”<sup>730</sup>.

Sin embargo, la cuestión no parece tan obvia luego de revisar la disidencia de un fallo del Tribunal Constitucional relativo al tema.

#### **8.4.2. El TC**

El Tribunal Constitucional controlaba preventivamente el proyecto de ley que modifica la Ley de Servicios de Gas y otras disposiciones, entre las cuales se especificaba un procedimiento ante el Panel de Experto eléctrico. El voto de mayoría decidió no pronunciarse por estimar que la norma no revestía el carácter orgánico constitucional. El voto disidente, en cambio, estimó que por tratarse de un órgano que ejerce jurisdicción debía

---

<sup>729</sup> CGR Dictamen N° 74.575 de 29 de noviembre de 2011.

CORDERO, Luis. 2017. “Jurisdicción En La Administración: Una Tramposa Confusión.” El Mercurio Legal 16 (c): 16–18.

pronunciarse; de lo que se infiere que los disidentes estiman que cualquier órgano que ejerza la función sería tribunal puesto que el artículo 77 de la Constitución otorga la calidad de orgánica constitucional a la ley que determine “(...) la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

El fallo recordó que, conforme a la historia fidedigna de la Ley 19.940, el objetivo de establecer el Panel de Expertos fue constituir una instancia independiente para resolver controversias en la fijación de precios regulados entre las empresas o entre estas y la autoridad administrativa. Reconoce que su “(...) composición resulta ser propia de un órgano técnico de expertos (...)”. Recordó asimismo que, tanto en la dictación de la ley eléctrica como a propósito de la modificación de la Ley de Servicios de Gas, la Corte se pronunció en términos del artículo 77 de la CPR por estimar que se trata de un tribunal ya que ejerce funciones jurisdiccionales.

En el considerando nueve del voto, los disidentes resuelven:

“Que todo juez tiene la obligación principal de juzgar, esto es, resolver un conflicto o litigio de relevancia jurídica, y también tiene la obligación de resolver en conformidad al derecho. Ambos aspectos configuran la función jurisdiccional. Sin perjuicio de ello, cabe considerar que la Administración del Estado también puede encontrarse atribuida de la función o potestad jurisdiccional, pues, ella se encuentra sometida al derecho o a la legalidad y, en consecuencia, está obligada a dictar decisiones o actos administrativos que declaren o digan el derecho en los expedientes que deban tramitar y resolver, los que no necesariamente deben ser litigiosos”<sup>731</sup>.

Ciertamente existe una completa contradicción entre el fallo de la tercera sala de la Corte Suprema ya expuesto y este voto disidente (de cuatro ministros) del Tribunal Constitucional, lo que no ayuda a definir la cuestión y demuestra lo que ha venido exponiendo este estudio respecto de la confusión que prima en relación con la función jurisdiccional y la Administración.

Llama especialmente la atención en la disidencia del TC que se asuma que, existiendo función jurisdiccional, siempre habría tribunal, no obstante, en seguida afirma que la Administración también ejerce jurisdicción cuando resuelve conflictos de relevancia jurídica conforme a Derecho, no necesariamente litigiosos. Y es que la Administración está permanentemente resolviendo asuntos conforme a derecho ya que está sometida al principio de legalidad o juridicidad. Desde la perspectiva de la disidencia expuesta siempre estaría ejerciendo jurisdicción lo que se confundiría con el principio de legalidad y restaría importancia a la independencia que define a la jurisdicción.

A esto hay que sumar un reciente fallo del TC que resolviendo una inaplicabilidad respecto de los cobros que realiza el Tesorero General, esta vez en el voto de mayoría, se refirió a la jurisdicción señalando:

---

<sup>731</sup> STC Rol N° 3301 de 2017.

*“VIGESIMOPRIMERO: Que por otro lado la Constitución permite que órganos del Estado ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional, tal como lo declaró esta Magistratura (STC Rol N°616-2007) al señalar que: “la función jurisdiccional no sólo la ejercen los tribunales de justicia”. Opinión reafirmada por una amplia gama de órganos que ejercen jurisdicción cumpliendo un rol de tribunales administrativos, tales como: el Servicio de Impuestos Internos, la Contraloría General de la República, los Tribunales Arbitrales, etc.;”<sup>732</sup>*

Es cierto que es un razonamiento *obiter dicta* que no dice relación directa con lo que se está resolviendo pero, ciertamente, pareciera que el TC estaría inclinándose hacia la tesis de que la jurisdicción también puede ser ejercida por la Administración, aunque sin mayor elaboración. Tal vez esto tiene alguna relación con su el fallo –ya analizado- en que resolvió una contienda de competencia entre la CGR y un tribunal inferior, a favor de la primera.

No es este el estudio que resuelve la dogmática general de la Jurisdicción, pero, dada las confusiones que esta presenta a la hora de distinguirla de la Administración, parece más acertado analizarla –como aquí se ha hecho- a partir de su evolución en el tiempo en relación con el órgano al que se pueda asociar. Más aún, cuando lo que se busca es definir la resolución de controversias que realiza un órgano tan complejo como la Contraloría a través de su potestad dictaminante y de la toma de razón.

---

<sup>732</sup> STC Rol N° 3297 de 2016.

## CONCLUSIÓN

La Contraloría, a través de su potestad dictaminante y de la toma de razón, resuelve controversias, supliendo la ausencia de tribunales del contencioso administrativo general. Precisamente por ello, es que se han ido agudizando los roces con el poder judicial desde que éste ha venido reivindicado para sí la jurisdicción contenciosa administrativa en toda su amplitud, salvando aquella reservada a tribunales especiales. El conflicto se traduce en definir si la naturaleza de la resolución de controversias por parte de la CGR es jurisdiccional, cuestión bastante compleja.

En efecto, como se puede apreciar de lo hasta aquí visto, la jurisdicción se desarrolla a partir de su raigambre pública en el ámbito del ejecutivo por lo que, no es errado decir que primero existió la jurisdicción administrativa, antes que la judicial. El Concepto de Jurisdicción, originariamente radicado en el Rey, evoluciona a través de los consejos que concentraban lo que España conceptualizó como gubernativo y contencioso y que en el mundo anglosajón se conoció como *gubernaculum* y *juirsdictio*. Esa fue la realidad que llegó a las colonias y que se tradujo en la creación de órganos duales tanto administrativos como jurisdiccionales. Esa fue la realidad que, dejando a un lado la incipiente influencia del liberalismo, se tradujo y consagro en la Constitución de 1833 que ni siquiera incluyó un Poder Judicial. En buena medida, allí radica la confusión en el concepto de jurisdicción y respecto de quien puede ejercerla.

En Chile la evolución del concepto a partir de una raigambre común –la Real Audiencia-, llevó a la primacía de la jurisdicción judicial por sobre la administrativa por su independencia y última palabra consagradas a partir de la Constitución de 1925. El Poder Judicial se impuso como órgano jurisdiccional independiente del resto de los poderes del Estado.

Así, la jurisdicción administrativa que evoluciona a partir de la Real Audiencia hasta llegar a la Contraloría General de la República se presenta en la actualidad como una suerte de jurisdicción imperfecta porque, aunque el concepto viene de la dualidad contencioso gubernativa unido en la autoridad y aun cuando el órgano contralor ostenta autonomía e incluso imparcialidad, sigue siendo parte de la Administración. Esto último refuerza el papel colaborativo que tiene su control y fiscalización respecto de la Administración Activa.

En efecto, tal como quedó claro en la tramitación de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el objetivo consagrado en el Título I de la Ley, fue dejar claro que la Administración incluía a todos los órganos y organismos públicos distintos de los legislativos y los jurisdiccionales. Cuestión que se confirma cuando el Título segundo que contiene normas de funcionamiento, expresamente deja fuera a la Contraloría.

Así se entiende también la prohibición que plantea el artículo 76 de la Constitución que advierte que *ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer*

*funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Es cierto que la jurisdicción es la función y no el órgano que la ejerce, pero ésta sólo tiene sentido para pacificar y de allí su principal característica: resuelve controversias. Será contencioso administrativa si en ella es parte el Ejecutivo-Administración. Desde esa perspectiva y, más aún, considerando la evolución del concepto desde el Antiguo Régimen hasta nuestros días, la Contraloría bien podría ejercerla y lo hace; pero en forma imperfecta tanto la evolución de los fundamentos de la misma, como por los procedimientos y la inexistente habilitación legal expresa.

Es cierto que las circunstancias históricas, en los hechos, llegaron a confundir la situación porque, mientras la Contraloría se hacía cada vez más fuerte, las cortes entraban en un profundo desprestigio. Y, aun cuando se fueron recuperando hasta llegar a ocupar un sitial de “Poder” en la Carta del 25, las restricciones que ellas mismas se impusieron -especialmente al negarse a abordar materias contencioso-administrativas por una promesa de tribunales que no se cumplió-, permitieron que el órgano contralor diera rienda suelta a su poder y prestigio, supliendo, de facto, a los inexistentes tribunales del contencioso administrativo general.

Los tribunales, sin embargo, fueron revalorando su propio poder apoyados por la doctrina y, especialmente, por la implementación del recurso de protección, a partir del cual abordaron mayoritariamente materias contencioso administrativas. Pero, en el intertanto la Contraloría continuó en su activismo recordando a los órganos duales contencioso gubernativos, por un lado, resolviendo controversias y por el otro ejerciendo funciones consultivas y de control. Chile, colonia española había recibido la influencia ibérica y no la separación de poderes exaltada a partir de la Revolución Francesa que más hizo por confundir que por aclarar.

La Contraloría se implementa normativamente sin tribunales del contencioso administrativo general y sin la existencia de un Tribunal Constitucional; alguien tenía que preocuparse por la legalidad y la constitucionalidad. La Contraloría lo hizo y tan seriamente tomó su papel que, en plena dictadura, se transformó en el bastión que impidió las reformas tácitas a la Constitución a través de Decretos Leyes, al punto que –por su influencia- la Corte Suprema llegó a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de más de uno de ellos.

La Corte ha tratado con deferencia y respeto a la Contraloría. Sólo una vez -muy tempranamente- promovió una contienda de competencia precisamente frente la confusión que se produjo respecto de la sujeción disciplinaria de un órgano dual, contencioso gubernativo, como era el Juez de Indios. El Senado valoró con más fuerza entonces lo judicial antes que lo administrativo -tal vez porque se llamaba Juez- y decidió a favor de la Corte. No ocurrió lo mismo en las contiendas relativas a la procedencia del recurso de protección para impugnar la toma de razón en las que, no obstante, se decidió mayoritariamente a favor de la Contraloría, la discusión en el seno de la Cámara Alta nuevamente dejó de manifiesto la difícil calificación respecto de la naturaleza jurídica de las actuaciones contraloras.

Como sea, nadie –ni siquiera la Contraloría- duda que la última palabra siempre es del Poder Judicial por lo que, hay que entender, que quien realmente pacifica es la Corte cuyas sentencias tienen efecto de cosa juzgada que, al ser intocable, ofrece la mayor certeza.

La evolución que tuvieron las jurisdicciones administrativa y judicial cedió en favor de la judicial por ser más completa: no sólo independiente y pacificadora por el efecto de certeza que ofrece la cosa juzgada, sino también legitimadora por las garantías procedimentales que emplea y el razonamiento al que se obliga. Ya lo planteaban los padres fundadores de Estados Unidos en el Federalista cuando reconocían la jurisdicción a los tribunales precisamente porque el Poder Judicial *no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.* (El Federalista N° 78).

La Contraloría resuelve controversias entre la Administración y particulares ejerciendo una jurisdicción imperfecta que se enmarca en la actividad administrativa. En efecto esa función no se contradice con el espíritu de servicio, colaboración para el buen hacer de la Administración activa y garantía de derechos que han caracterizado a la Contraloría desde su creación, aunque a veces, en su activismo, interviene en ámbitos reservados a otros órganos del Estado; con o sin reacciones de los mismos.

Precisamente por lo descrito se le exigen ciertos mínimos. Condiciones que se reclaman a la jurisdicción desde su origen (dual en el seno del poder), hasta el presente; esto es: debe respetar las garantías mínimas procedimentales para los intervinientes y para ante el juicio público de sus resoluciones que, por lo demás, las más de las veces no son recurridas ante tribunales y son obedecidas por quienes puedan verse afectados.

La función contralora resolviendo controversias es muy importante en la cultura jurídica chilena y, como tal debe responder a garantías procedimentales mínimas que definen y caracterizan a cualquier resolución de controversias confirmando la legitimidad y confianza que caracterizan a cualquier jurisdicción, imperfecta o no. Son los mínimos que se detectan a partir del análisis de su evolución histórica, del desarrollo doctrinal y de las exigencias planteadas por el propio Poder Judicial a través de sus fallos. Estos son:

- a) Una controversia subjetiva o abstracta (interpretación).
- b) Un procedimiento transparente que satisfaga las garantías mínimas de enjuiciamiento.
- c) Imparcialidad y objetividad del órgano resolutorio.
- d) Certeza jurídica que ofrezca confianza.

La jurisdicción administrativa que ejerce la Contraloría cumple con algunos de estos mínimos, pero no con todos.

- a) Resuelve controversias cuando un particular es parte, a través de la potestad dictaminante y cuando enjuicia a través de la toma de razón un acto que puede afectar a un particular. Asimismo, cuando opta por una interpretación de la ley administrativa estará resolviendo en abstracto, favoreciendo a algunos y perjudicando a otros. De allí que, no parece del todo conveniente la clasificación de dictámenes que promueve la Corte Suprema para efectos de extraer de la órbita del recurso de protección a aquellos que interpreten en forma abstracta.
- b) Aunque la Contraloría desarrolla un procedimiento interno cuando resuelve; el que considera consultar al servicio cuestionado, éste no es transparente y por lo mismo, no ofrece las garantías mínimas de enjuiciamiento, como publicitar la controversia y oír a los eventuales afectados. Ni en el proceso de emisión de un dictamen, ni en el proceso de toma de razón hay un procedimiento preestablecido que ofrezca las garantías mínimas con acceso permanente al expediente. Sin ir más lejos, este ha sido uno de los temas que le han cuestionado los tribunales; cuestión nada extraña cuando la propia Constitución no establece un monopolio de la jurisdicción, pero si se exigen un debido proceso en el Artículo 19 N° 3.
- c) La Contraloría tiene una de las más, sino la más fuerte autonomía en la institucionalidad chilena, lo que colabora a la imparcialidad y objetividad requeridas para decidir conforme lo establece la ley. Sin embargo, su orgánica interna centrada en el Contralor General que concentra todas las potestades y con una completa libertad para destituir a sus funcionarios por ser éstos de exclusiva confianza, hace temer ante posibles personalismos que se agravan por su autonomía constitucional que la extrae de cualquier rendición de cuentas a otro poder del Estado (CPR, Ley N° 10.336).
- d) La certeza jurídica de los tribunales del poder judicial se identifica con el efecto de cosa juzgada. Las decisiones de la Contraloría no tienen ese efecto. Pero, no es la única forma lograr certeza. Otra vía es la del precedente cuyo respeto es bastante más estable en las decisiones del órgano contralor que en las sentencias de los tribunales. La jurisprudencia contralora, generalmente respetuosa de sus precedentes, hace efectivos los principios de igualdad y de confianza.

La deficiencia en estos mínimos, sumado al activismo y hasta creatividad contraloras, han llevado a la institución a enfrentar a los diversos poderes del Estado, con resultados dispares. Si en un principio estos conflictos fueron con el Ejecutivo, no pasó mucho tiempo para que se presentaran con el Poder Judicial que la ha fustigado varias veces por esta híper actividad especialmente en materia urbanística e impositiva municipal; y con el que ha protagonizado once contiendas de competencia. La Corte Suprema que no ha impedido el actuar contralor pero si le ha advertido que es ella la que tiene la última palabra.

La Contraloría no es tribunal cuando dictamina o toma razón, pero en ese actuar resuelve controversias con conocimiento técnico, autoridad y sin costos ni rigideces formales. Todo indica que es más eficiente reforzarla en sus potestades, pero, también en las exigencias que le permitan mantener en el tiempo la credibilidad que ha ganado en su historia.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUERREA MELLA, PEDRO. “La Contraloría General de La República Y El Control de Los Organismos Administrativos Con Competencia En Materia Urbanística. Comentario Del Caso Santa Rosa de Las Condes”. *ReDad Revista de Derecho Administrativo*, 2007.

“La Contraloría General de La República Y El Control de Los Organismos Administrativos Con Competencia En Materia Urbanística”. *Revista de Derecho Administrativo* N°1 (2007): 119–40.

“El derecho de petición ante la administración del estado: acerca de la obligación de respuesta”. *Ius Publicum* 9 (2002): 55 y ss.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. “Notas Relativas Al Concepto de Jurisdicción”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Madrid, 1972, 477-509 [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1049/5.pdf> [consulta: 27 noviembre 2016].

“Los Conceptos de Jurisdicción Y de Competencia En El Pensamiento de Lascano.” *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina, 1954, 299–344 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1049/6.pdf>> [consulta: 5 mayo 2017].

ALDUNATE, EDUARDO. “La Independencia Judicial. Aproximación Teórica Consagración Constitucional Y Crítica.” *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso*, 1995.

“La Evolución de La Función de Control de La Contraloría General de La República”. *Revista de Derecho de La PUCV* XXVI (2005): 19–30.

ALDUNATE, EDUARDO., EDUARDO CORDERO, AND RAÚL LETELIER. “Estudio: Hacia La Modernización de La Contraloría Para Mejorar Los Niveles de Transparencia En Chile Estudio Hacia La Modernización de La Contraloría Para Mejorar Los Niveles de Transparencia En Chile”. *Solicitado Por SEGPRES. No Publicado*, 2007.

ÁLVAREZ DE MIRANDA GARCIA, RAMÓN. “La Rendición de Cuentas a La Ciudadanía Por Las Instituciones de Control Externo”. *Revista Española de Control Externo*, septiembre 2015.

AMUNATEGUI RIVERA, J. DOMINGO. “Tratado Jeneral de Derecho Administrativo. Aplicado a La Legislación de Chile. 1907”. En: *Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes Para Su Estudio.*, Primera., 35–36. Santiago: Armada de Chile, 1982.

AÑÓN, RAFAEL ESCUDERO ALDAY Y JOSÉ GARCÍA. “Cómo Se Hace Un Trabajo de Investigación En Derecho”. Madrid: Catarata, 2013.

ARAGON REYES, MANUEL. *Constitución Y Control Del Poder*. U.E de Colombia, Ed., 1999 [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/288/5.pdf>> [consulta: 9 noviembre 2016].

*Constitución Y Control Del Poder: Introducción a Una Teoría Constitucional Del Control*. Editado por Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

“El Control Parlamentario Como Control Político”. *Revista de Derecho Político*. Madrid, 1986.

*Constitución, Democracia Y Control*. Editado por Instituto de investigaciones Jurídicas. Primera. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/288/5.pdf>> [consulta: 13 abril 2017].

ARAGÓN SÁNCHEZ, CRISTOBAL. “Clasificación Básica Del Control de La Actividad Económico-Financiera Del Sector Público (Especial Referencia a Las Entidades Locales)”. *Crónica. Tribunal de Cuentas*. 1996-1997.

ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. “Sobre El Recurso de Protección Y La Representación Del Contralor. Reflexiones Acerca de Una Contienda de Competencia”. *Revista Chilena de Derecho*, 1993.

“¿Que Queda de La ‘presunción de Legalidad’?” *Revista de Derecho Y Jurisprudencia* LXXXVIII (1991): 1–7.

“La Constitución en riesgo (Sobre La ‘inconstitucionalidad Indirecta’ de Los Actos de La Administración).” *Ius Publicum* N° 3 (1999): 57–72.

ASIMOW, MICHAEL. “Five Models of Administrative Adjudication.” *American Journal of Comparative Law*, June 2015.

ATRIA, FERNANDO. *La Forma Del Derecho*. Primera. Madrid: Marcial Pons, 2016.

“Jurisdicción E Independencia Judicial: El Poder Judicial Como Poder Nulo”. *Revista de Estudios de La Justicia*, 2004.

“La Improbabilidad de La Jurisdicción”. *En Foco. Expansiva*, 2007.

“Legalismo Y Reflexividad: La Contraloría Como Modelo”. En: *La Contraloría General de La República Y El Estado de Derecho. 75 Años de Vida Institucional (1927-2002)*, Segunda., 317–44. Santiago: Contraloría General de la República, 2012.

AYLWIN, ARTURO. “Notas Ilustrativas Para El Estudio de La Función Fiscalizadora de La Contraloría General de La República Y El Poder Judicial”. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado* N°2 (2000): 13–44.

“Modernización de La Contraloría General de La República”. *Revista de Derecho de La Universidad Finis Terrae* N° 11 (2007): 23–48.

BALDI MARTÍNEZ, JOSÉ. “El Control Juris Diccional de La Administración En Los Países Del Cono Sur. El Caso Del Uruguay”. *La Revue Administrative* 9 (1999): 95–100 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/40773379>> [consulta: 18 julio 2017].

BALLESTEROS, MANUEL E. *La Lei de Organización I Atribuciones de Los Tribunales de Chile. Concordancia I Aplicación Práctica de Sus Disposiciones Tomo I*. Primera. Santiago: Imprenta Nacional Moneda, 1890.

*La Lei de Organización I Atribuciones de Los Tribunales de Chile. Concordancia I Aplicación Práctica de Sus Disposiciones Tomo II*. Primera. Santiago: Imprenta Nacional Moneda, 1890.

BAÑON, RAFAEL y CARRILLO, ERNESTO (Compiladores). *La Nueva Administración Pública. La Nueva Administración Pública*. Primera. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1997 [en línea] <[http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/la\\_nueva\\_administracion\\_publica.pdf](http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/la_nueva_administracion_publica.pdf)> [consulta: 21 mayo 2017].

BAR CEDÓN, ANTONIO. “Constitucionalismo liberal y la Constitución de 1812”. *UNED, Revista de Derecho Político* 84 (2012): 18–57.

BARNES, JAVIER. “Sobre El Procedimiento Administrativo. Evolución Y Perspectivas”. In *Innovación Y Reforma En El Derecho Administrativo*, 341. Sevilla: Derecho Global, 2006.

BARRIENTOS, JAVIER. “Las Reformas de Carlos III Y La Real Audiencia de Santiago de Chile.” *Temas de Derecho. Universidad Gabriela Mistral* N° 2 (1992): 23–46.

BARRIO TATO, LUIS y BARRIO CARVAJAL, SANDRA. “El Informe de Control Interno En La Administración Pública.” *Auditoria Y Gestión de Los Fondos Públicos*, 2008.

BARROS, ROBERT. *La Junta Militar. Pinochet Y La Constitución de 1980. Historia*. Santiago: Editorial Sudamericana, 2005.

BARTON, J. L. “The Authorship of *Bracton* : Again.” *The Journal of Legal History* 30, no. 2 (2009): 117–74. doi:10.1080/01440360903069742 [en línea] <<http://doi.org/10.1080/01440360903069742>> [consulta: 28 noviembre 2016].

BAUTISTA, OSCAR DIEGO. *Ética Pública Y Buen Gobierno. Fundamentos, Estado de La Cuestión Y Valores Para El Servicio Público*. Primera. Toluca, México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C, 2009.

BECERRA POBLETE, PABLO. *El Rol de La Corte Suprema*. Primera. Santiago: Ediciones Der, 2017.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. “Estado Actual Del Control de Legalidad de Los Actos Administrativos: ¿Qué Queda de La Nulidad de Derecho Público?” *Revista de Derecho derecho (Valdivia)* XXIII, no. Julio 2010 (2010): 103–23 [en línea] <<http://doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005>> [consulta: 30 abril 2017].

*Derecho Administrativo General*. Segunda. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011.

BETTI, EMILIO. *Istituzioni Di Diritto Romano. Volume Primo*. Edited by Padova. Segunda. Bologne, 1947.

BOCKSANG HOLA, GABRIEL. “Política Jurisdiccional En Dispositivos Anómalos de Sentencias Referidas a La Administración Del Estado (1819-1858)”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso, 2015.

*El Nacimiento Del Derecho Administrativo Patrio de Chile*. Primera. Santiago: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES. “Principios de La Nueva Justicia Administrativa En Chile”. In *Estudios de Justicia Administrativa*, Primera., 159–86. Santiago: Legal Publishing, 2009.

“La Administración Pública Ante Los Tribunales de Justicia Chilenos”. *Revista Chilena de Derecho* 33, no. 1 (2006): 17–36.

“La Doctrina de La Separación de Poderes Y El Poder Judicial Chileno”. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 2008.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, AND JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ. *Estudios de Justicia Administrativa*. Primera. Santiago: Lexis Nexis, 2008.

BRAIBANT, GUY. “La Juris Dicción Administrativa En Derecho Comparado”. *La Revue Administrative* 9 (1999): 211–17 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/40773392>> [consulta: 17 agosto 2017].

BRAVO LIRA, BERNARDINO. *Régimen de Gobierno Y Partidos Políticos En Chile. 1924-1973*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

*Anales de La Judicatura Chilena. Volumen I*. Primera. Santiago: Poder Judicial. República de Chile, 2011.

*De Portales a Pinochet. Gobierno Y Régimen de Gobierno En Chile*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

*El Estado de Derecho En La Historia de Chile*. Editado por Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 1996.

“La Función Consultiva. Un Vacío Secular Dentro Del Régimen de Gobierno de Chile 1874-1973”. *Revista de Derecho Público*. Santiago, 1977.

“La Constitución de 1833.” *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, 1983. doi:10.2307/2141156.

“Oficio Y Oficina, Dos Etapas En La Historia Del Estado Indiano”. *Revista Chilena de Historia Del Derecho*. Santiago, 1981.

*Por La Razón O La Fuerza. El Estado de Derecho En La Historia de Chile*. Primera. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1938.

*Una Historia Jamás Contada. Chile 1811-2011. Cómo Salió Dos Veces Adelante*. Primera. Santiago: Origo Ediciones, 2016.

BRUNA, SUSANA. *Chile: la Legalidad Vencida*. Primera. México: Ediciones Era, S.A., 1976.

BURKI, JAVED SHADID, AND GUILLERMO PERRY. *Más Allá Del Consenso de Washington: La Hora de La Reforma Institucional*. Primera. Washington: Banco Mundial, 1998 [en línea] <<http://documents.worldbank.org/curated/en/800471468010841357/pdf/184280PUB0SPANISH0Box3537658B01PUBLIC1.pdf>> [consulta: 19 abril 2017].

CABALLERO, FRANCISCO VELASCO. “Tribunales Económico Administrativos Y Justicia Administrativa”. *Lan Harremanak*, 2014.

CABALLERO, JOSÉ MARÍA. *Lo Contencioso -Administrativo. Naturaleza Y Condiciones Generales. Tomo I*. Tip. Marian. Zaragoza, 1902.

CABRERA BOSCH, MARÍA ISABEL. *El Consejo Real de Castilla Y La Ley*. Editado por Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Primera. Madrid, 1993.

CALDERA, HUGO. “Personas Jurídicas Excluidas de La Fiscalización de La Contraloría General de La República, Sobre La Base de Una Correcta Interpretación de La

*El Juicio de Cuentas. Legislación Y Jurisprudencia*. Primera. Santiago, 1980.

CALLEJAS, ANGEL, *Derecho Administrativo Español. Tomo Segundo*. Primera. Madrid: Casa de los señores Callega, Ojea y compañía, 1850.

CAMPOS HARRIET, FERNANDO. *Historia Constitucional de Chile*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1956 Chile [en línea]

<<http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0053243.pdf>> [consulta: 13 junio 2017].

CANE, PETER. *Administrative Tribunals and Adjudication*. Portland, USA: Hart Publishing, 2009 [en línea] <<http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>> [consulta: 2 abril 2017].

CAPPELLETTI, MAURO. “Judicial Review in Comparative Perspective.” *California Law Review* 58, no. 5 (1970): 1017. doi:10.2307/3479676.

CARMONA SANTANDER, CARLOS. “Notas ilustrativas para el estudio de la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República y el Poder Judicial”. *Revista de Derecho* 1, no. 3 (2001): 15.

CARLSTON, KENNETH S. “The Grasp of Jurisdiction”. *American Society of International Law*, 2015.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones Del Proceso Civil. Volumen I*. Quinta. Buenos Aries: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

CAROCCA PÉREZ, ALEX. “La Corte Suprema Y Sus Competencias En Chile Reflexiones Sobre Las Funciones De La Corte Suprema”. *Ius Et Praxis Universidad De Talca*, 1998.

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO. “La Función Del Derecho En Fernando Vásquez de Menchaca”. *Anuario de Filosofía Del Derecho* N 17 (1973): 9–14 [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2064825>> [consulta: 22 marzo 2017].

CARRASCO DELGADO, SERGIO. *Alessandri. Su Pensamiento Constitucional. Reseña de Su Vida Pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

CASSESE, SABINO. *Derecho Administrativo: Historia Y Futuro*. Primera en. Sevilla: INAP y Global Law Press, 2014.

CASTILLO VEGAS, JUAN. “El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el tratado ‘De legibus,’” October 27, 1998 [en línea] <<http://www.tesisenred.net/handle/10803/14258#.Vlb0oA8ant5.mendeley>> [consulta 5 febrero 2017].

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Retrospectiva Y Perspectiva Del Constitucionalismo Chileno.” *Rev. Derecho (Valdivia)*, 1991 [en línea] <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809501991000100001&lng=es&nrm=iso%3E](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501991000100001&lng=es&nrm=iso%3E)> [consulta: 13 julio 2017].

*Teoría Del Gobierno. Derecho Chileno Y Comparado*. Primera. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000.

CÉSPEDES C, LUIS FELIPE, AND RODRIGO VALDÉS P. “Autonomía de Bancos centrales: La Experiencia Chilena”. *Economía Chilena*, 2006.

CÉSPEDES, RODRIGO. “La Fuerza Vinculante de La Jurisprudencia Administrativa”. *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001): 149–59.

CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. “IMPERIUM E IMPERATOR. Origen Del Poder Y Sus Proyecciones Modernas”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* 21 (2011): 41–57.

CHÁVEZ MUÑOZ, XAVIER. “El Control Juris Diccional de La Administración En Los Países Del Área Andina. El Caso Del Ecuador.” *La Revue Administrative* 9 (1999): 40–45 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/40773373>> [consulta: 18 diciembre 2016].

CHILE, JUNTA DE GOBIERNO. “Requerimiento de la H. Junta de Gobierno para que el tribunal resuelva cuestiones de constitucionalidad suscitado durante la tramitación del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas”, 1989.

COLMEIRO, MANUEL. *Derecho Administrativo Español*. Editado por Angel Calleja. Primera. Madrid: Casa de los señores Calleja, ojea y compañía, 1850 [en línea] <<https://books.google.es/books?id=krRzPgAACAAJ&dq=colores+historia+de+su+significado+y+fabricacion+anne+varichon&hl=es&sa=X&ei=LbknVcyQK6bY7AaF2oG4DA&ved=0CCAQ6AEwAA>> [consulta: 13 febrero 2017].

COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *La Competencia*. Segunda ac. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

“La Jurisdicción En El Derecho Chileno”. *Anales de La Facultad de Derecho Cuarta Época. Vol VIII*, 1968 [en línea] <[http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an\\_der\\_completa/0,1363,SCID%253D2554%2526ISID%253D210,00.html#>](http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D2554%2526ISID%253D210,00.html#>) [consulta: 2 marzo 2016].

CONGRESO NACIONAL. “Historia de La Ley Modifica La Ley Orgánica de La Contraloría General de La Republica”. Valparaíso: Congreso Nacional, 2000.

Consejo Asesor Presidencial contra los Conflicto de Interés el Tráfico de Influencias y la. “Informe Final.” Santiago: No publicado, 2015.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Contraloría General de La República. Cincuentenario. Edición Cincuentenario*. Santiago: Contraloría General de la República, 1977.

CORDERO TORRES, JOSÉ MARÍA. *El Consejo de Estado. Su Trayectoria Y Perspectivas En España*. Primera. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1944.

CORDERO VEGA, LUIS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

*El Control de La Administración Del Estado*. Santiago: Lexis Nexis, 2007.

*El Control De La Administración Del Estado*. Primera. Santiago: Lexis Nexis, 2007.

Los Ecosistemas Institucionales Como Formas de Organización Administrativa. Ponencia Para Las XLVI Jornadas Chilenas de Derecho Público”. Santiago, 2016.

“Notas Sobre Jueces Y Democracia. Intervención En El IV Congreso De Estudiantes De Derecho Constitucional”. Santiago, 2009.

“La Jurisprudencia Administrativa En Perspectiva: Entre Legislador Positivo Y Juez Activista. Comentario Desde El Dictamen Sobre La Píldora Del Día Después”. *Anuario de Derecho Público* N° 1 (2010): 165–88.

“Jurisdicción En La Administración: Una Tramposa Confusión.” *El Mercurio Legal* 16, no. c (2017): 16–18.

“La Corte Suprema y la naturaleza del Contencioso Administrativo.” *El Mercurio Legal*, 2016 [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detallenoticia.aspx?id=904852#.WWPpPoGKqJg.email>> [consulta: 13 enero 2017].

*El Control de La Administración del Estado*. Editado por Luis Cordero. *Lexis Nexis*. Primera. Santiago: Lexis Nexis, 2007.

“Los Límites De La Jurisprudencia Administrativa Y Las Fuentes Del Derecho Administrativo. Las Consecuencias Del Caso De La Municipalidad De Zapallar”. *Derecho Y Humanidades* N° 20 (2012): 383–93.

“Nulidad y dictaminación de Contraloría: nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. comentario a las sentencias del caso CMPC”. *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales. Santiago, 2013.

CORMACK, BRADIN. *A Power to Do Justice. Jurisdiction, English Literature, and the Rise of Common Law, 1509-1625*. The Univer. Chicago, 2007.

CORREA SUTIL, SOFÍA, CONSUELO FIGUEROA GARAVAGNO, ALFREDO JOCELYN-HOLT, CLAUDIO ROLLE CRUZ, AND MANUEL VICUÑA URRUTIA. *Historia Del Siglo XX Chileno*. Sexta. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A, 2015.

COSTA, PIETRO. *Iurisdictio. Semantica Del Potere Politico Nella Plubblicistica Medievale (1100-1433)*. Edited by Giuffrè. Milan, 1969.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Editado por Roque Depalma. Tercera. Buenos Aires, Argentina, 1958. doi:10.3399/bjgp10X515539.

CRISTI, RENATO, AND PABLO RUIZ-TAGLE. *La República En Chile. Teoría Y Práctica Del Constitucionalismo Republicano*. Primera. Santiago: LOM, 2006.

DA COSTA MARQUES, MARIA DA CONCEICAO. “La ‘corporate Governance’ en El Sector Público. Principios, Elementos Y Enmarcación Conceptual”. *El Comportamiento de La Empresa Ante Entornos Dinámicos: XIX Congreso Anual Y XV Congreso Hispano Francés de AEDEM*, 2007.

DANIEL ARGANDOÑA, MANUEL. “Control Jurisdiccional Sobre Las Decisiones de La Contraloría General de La República”. *RDP*, 1980.

*El Control Jurídico de La Administración: Nociones Fundamentales*. Primera. Santiago: Editorial Universitaria, 1960.

“Control Jurisdiccional Sobre Las Decisiones de La Contraloría General de La República”. *Revista de Derecho Público* N°s 29-30 (1981): 239–64.

DAS, T K, AND TENG BING-SHENG. “The Risk-Based View Of Trust: A Conceptual Framework”. *Journal of Business and Psychology* 19 (2004): 85–116.

“Trust, Control, and Risk in Startegic Alliances: An Integrated Framework”. *Organization Studies*, 2001.

DE CASTRO, CONCEPCIÓN. *El Consejo de Castilla En La Historia de España*. Primera. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

DE DOU Y DE BASSOLS, RAMON LÁZARO. *Instituciones Del Derecho Público General de España Con Noticia Del Particular de Cataluña Y de Las Principales Regla de Gobierno En Cualquier Estado. Tomo II*. Primera. Madrid: En la oficina de don Benito García y compañía, 1800.

DE LA FUENTE, MARÍA JOSÉ. “CGR: Limitación a La Potestad Dictaminante. a Asuntos Litigiosos”. *No Publicada. Memoria*. Santiago, 2009.

DIAZ ZURRO, ALICIA. “El Control Externo Visto Desde El Control Interno”. *Revista Española de Control Externo*, 2002.

DÍEZ SASTRE, SILVIA. *El Precedente Administrativo. Fundamentos Y Eficacia Vinculante*. Primera. Madrid: Marcial Pons, 2008.

DOMÍNGUEZ MARTIN, MÓNICA. “El Sistema de Justicia Administrativa Y La Incidencia de Los Mecanismos Administrativos de Control En La Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Reformas Y Necesidades”. *En: Control Administrativo Y Justicia Administrativa*, Primera. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

DRAKE, PAUL W. *The Money Doctor in the Andes. The Kemmerer Missions, 1923-1933*. Primera. Durham and London: Duke University Press, 1989.

“La Misión Kemmerer a Chile: Consejeros Norteamericanos, Estabilización Y Endeudamiento, 1925-1932.” *Cuadernos de Historia* 1932, no. 4 (1984): 1925–32.

DUGÜIT, LEON. *Manual de Derecho Constitucional*. Segunda ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926.

EDLEY, CHRISTOPHER JR. *Derecho Administrativo. Reconocer El Control Judicial de La Administración Pública*. Primera. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

EGIO GARCÍA, VÍCTOR. “El Pensamiento Republicano de Fernando Vázquez de Menchaca.” Murcia: Universidad de Murcia. Departamento de Filosofía y Lógica, 2014 Lógica [en línea] <<http://hdl.handle.net/10803/287164.491>> [consulta: 18 abril 2017].

ESCOBAR, RODRIGO. “El consejo de estado y la declaración de estado de sitio en la Constitución de 1833 (1833-1837)”. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXV (2004): 157–78.

ESPINOSA, RAÚL. “La Contraloría General Y El Proceso de Cambios”. *Revista Universidad Técnica Del Estado* N° 8 mayo- (1972): 15–35.

ESPINOZA RIERA, SERGIO. “Tribunales y procedimientos especiales en lo contencioso administrativo”. *Revista Ars Boni et Aequi* 7, no. 1 (2011): 83–110.

ESTEBAN, ELISABETH Y PHILIPPE. “La Traducción de La Voz Legitimación Al Francés: ¿Un Concepto de Derecho Procesal Administrativo Inexistente En El Derecho Francés?” *Revista de Llengua I Dret* N° 44 (2005): 11–33.

EVANS ESPÍÑEIRA, EUGENIO, AND DOMINGO POBLETE ORTUZAR. “Efectos Que Produce La Declaración de Contrariedad a Derecho de Un Acto Administrativo Por Parte de La Contraloría General de La República”. *En: La Contraloría General de La República. 85 Años de Vida Institucional (1927-2012)*, Editado por Contraloría General de la República de Chile, Primera., 123–38. Santiago, 2012.

FAÚNDEZ, JULIO. *Democratización, Desarrollo Y Legalidad. Chile 1831-1973*. Editado por Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2011.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, ANTONIO. “Conflicto, controversia, contraposición, contienda, oposición, proceso y litigio”. *Revista de Derecho UNED* 10 (2012): 177–83.

“Hacia Un Tratado de Derecho Administrativo Romano”. *Revista de Derecho UNED* 6 (2010): 199–241.

FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, AND JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ. *La Imparcialidad En El Procedimiento Administrativo: Abstención Y Recusación*. Primera. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

FERNÁNDEZ RIVERA, ROSA MARIA. “Recensión: Punset, Ramón (Coord.): La División de Poderes, Fundamentos 5, Cuadernos Monográficos de Teoría Del Estado, Derecho Público E Historia Constitucional”. *Teoría Y Realidad Constitucional* 25 (2010): 646–55.

FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. “Procedencia Del Recurso De Protección A Propósito De Una Contienda De Competencia”. *Revista de Derecho*, 1996.

FERNÁNDEZ-RÍOS, MANUEL y SÁNCHEZ, JOSÉ. *Eficacia Organizacional: Concepto, Desarrollo Y Evaluación*. Primera. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 1997.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. “La Clasificación de Los Recursos O Acciones Contencioso-Administrativas En El Derecho Administrativo Chileno: La Influencia de La Doctrina Francesa En Nuestro Derecho Y Su Aplicación Jurisprudencial.” In *Doctrina Y Enseñanza Del Derecho Administrativo Chileno: Estudios En Homenaje a Pedro Pierry Arrau 2016*, Editado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Jorge Bermúdez Soto, and Osvaldo Urrutia Silva, Primera., 304–21. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016.

“Justicia Administrativa Y Principio de Separación de Poderes”. En: *Estudios de Derecho Público. El Principio de Separación de Poderes. Actas de Las XI Jornadas de Derecho Público. 2010.*, Primera., 283–304. Santiago: Thomson Reuter Chile, 2011.

“El Principio Del Control En La Administración Del Estado. El Principio Del Control En La Década 1990-2000”. En: *La Administración Del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Primera., 593–634. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.

“El Principio Del Control En La Administración Del Estado. El Principio Del Control En La Década 1990-2000.” In *La Administración Del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Primera., 593–634. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.

“Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno.” *Revista de Derecho (Valdivia)* 20, no. 2 (diciembre 2007): 69–94. doi:10.4067/S0718-09502007000200004.

“La Evolución Del Sistema Chileno de Control de La Administración Del Estado: Desde El Control Político Y Administrativo Al Control Judicial”. En: *Estudios de Justicia Administrativa*, Primera., 3–51. Santiago: Legal Publishing, 2009.

“El Sistema de Justicia Administrativa Chileno: Revisión de La Legalidad de Actos Administrativos O Protección de Derechos Y/o Intereses.” *Revista de Derecho (Valdivia)* 25, no. 1 (julio 2012): 103–26. doi:10.4067/S0718-09502012000100005.

“Los Procesos Administrativos En El Derecho Chileno”. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI (2011): 251–78.

FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO. “¿Apreciación de Los Hechos O Interpretación Del Derecho? (Reflexiones En Torno a La Jurisprudencia Administrativa).” En: *La Contraloría General de La República. 50 Años de Vida Institucional (1927-1977)*, Segunda., 207–19. Santiago: Contraloría General de la República, 2012.

FINN, PAUL. "Public Trust and Public Accountability". *The Australian Quarterly* 65, no. 2 (1993): 50–59. doi:10.2307/20635720.

FIORAVANTI, MAURICIO. *Constitución. De La Antigüedad a Nuestros Días*. Editado por Editorial Trotta. Primera. Madrid, 2001.

"Estado Y Constitución." In *El Estado Moderno En Europa. Instituciones Y Derecho*, Editado por Manuel Martínez Fioravanti, Mauricio. Traductor, 13–43. Madrid: Trotta, 2004.

*Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de Las Constituciones*. Séptima. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FONT I LLOVET, TOMÁS. "Órganos Consultivos". *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1985.

FREEMAN, JODY AND JIM ROSSI. "Agency coordination in shared regulatory space". *Harvard Law Review*, 2012.

FULLER, LON L. *The Morality of Law*. Segunda. New Haven and London: Yale University Press, 1964.

*Legal Fictions*. Primera. Stanford, California: Stanford University Press, 1967.

"The Forms and Limits of Adjudication." *Harvard Law Review*, 1979. doi:10.1525/sp.2007.54.1.23.

GALLEGO A, ALFREDO. *Poder Y Derecho. Del Antiguo Régimen Al Estado Constitucional En España. Siglos XVIII a XIX*. Editado por Marcial Pons. Primera. Madrid: Marcial Pons, 2009.

*Ley Y Reglamento En El Derecho Público Occidental*. Editado por Instituto de Estudios Administrativos. *Instituto de Estudios Administrativos*. Primera. Madrid, 1971.

GARCES, JOAN E. "Vía Insurreccional Y Vía Política: Dos Tácticas". *Revista de La Universidad Técnica Del Estado*. Santiago, 1973.

GARCÍA ÁLVAREZ, GERARDO. "El Fracaso En España Del Modelo Francés de Consejo de Estado (1845-1904)". *Documentación Administrativa*. Madrid, 1996.

GARCÍA CRESPO, MILAGROS. "El Tribunal de Cuentas. El Largo Periodo de Ajuste Tras La Guerra Civil". *Revista Española de Control Externo*, Septiembre 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Lengua de Los Derechos. La Formación Del Derecho Público Europeo Tras La Revolución Francesa*. Editado por Editorial Civitas. Madrid: Graficas Rogar S.A, 2009.

---

\_\_\_\_\_ *Las Transformaciones de La Justicia Administrativa: De Excepción Singular a La Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?* Editado por Thomson-Civitas. Primera. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

\_\_\_\_\_ “Sobre La Formación Del Derecho Administrativo Español Contemporáneo”. *Revista de Administración Pública* 174 (2007): 23–29.

GARCÍA FERNÁNDEZ, JAVIER. “Las Funciones Consultivas En El Estado Democrático”. *Documentación Administrativa*. Madrid, 1991.

GARCÍA G., JOSÉ FRANCISCO, AND SERGIO VERDUGO R. *Activismo Judicial En Chile. ¿Hacia El Gobierno de Los Jueces?* Primera. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.

GARCÍA GALLO, ALFONSO. *Manual de Historia Del Derecho Español. Tomo I. El Origen Y La Evolución Del Derecho*. Sexta. Madrid, 1975.

GARCÍA PÉREZ, MARTA. “El Objeto Del Proceso Contencioso-Administrativo.” In *Jornadas de Estudio Sobre La Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Editado por Marta. Coordinadora García Pérez, Primera., 47–80. La Coruña: Universidad de La Coruña, 1997.

GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R. *Tratado de Lo Contencioso Administrativo. I*. Editado por José Luis Depalma. Primera. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2004.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO. “La Función Consultiva de Las Administraciones Públicas Con Especial Referencia Al Consejo de Estado Y Las Comunidades Autónomas”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1994.

GARDAIS, GABRIELA. “El Control de Legalidad Y La Eficiencia Y Eficacia Como Principios Jurídicos Fiscalizables”. *Revista de Derecho Público de La Agrupación de Abogados de La Contraloría General* N° 6 (2001): 35–61.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. “La Evolución Del Recurso Contencioso-Administrativo En España”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1968.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA. *La Técnica Del Precedente Y La Argumentación Racional*. Primera. Madrid: Tecnos, 1993.

GAVIT, BERNARD C. “Jurisdiction of the Subject Matter and Res Judicata”. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Reegister*, 2015.

GÓMEZ RIVERO, RICARDO. *Consejo de Estado Y Regencia Del Reino. (1812-1814)*. Primera. Cádiz: Universidad de Cádiz y Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2013 [en línea] <<http://www.consejo-estado.es/>> [consulta: 13 enero 2017].

GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS. “El Estado Actual de La Justicia Administrativa: Problemas Y Soluciones” En: *Jornadas de Estudio Sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editado por Marta. Coordinadora García Pérez, Primera., 31–47. La Coruña: Universidad de la Coruña, 1997.

GONZÁLEZ PEREZ, JESUS. *Derecho Procesal Administrativo. Tomo Segundo*. Segunda. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

“La Constitución Y La Reforma De La Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *Papeles Y Memorias de La Real Academia de Ciencias Morales Y Políticas*, 1978.

GRAFTON WILSON, GEORGE. “Aerial Jurisdiction”. *The American Political Science Review* V, no. 2 (1911): 171–80.

GROSSI, PAOLO. *El Novecientos Jurídico: un Siglo Posmoderno*. Primera ed. Madrid: Marcial Pons, 2011.

GUERRA, JOSE GUILLERMO. *La Constitución de 1925*. Primera. Santiago: Establecimientos Gráficos “Balcells & Co,” 1929.

GUERRA, VALERIA SUSANA. “Imperium de Las Sentencias Judiciales En Roma Y En La Actualidad”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* 21 (2011): 59–86.

HANSSEN, CARLOS. *La Función Jurisdiccional de La Contraloría General de La República. El Juicio de Cuentas*. Primera. Santiago: Lexis Nexis, 2007.

“La Independencia Del Ejercicio de La Jurisdicción de Cuentas Encomendada a La Contraloría General de La República.” *Gaceta Jurídica* N° 331 (2008): 25–34.

HARDING, ALAN. *Medieval Law and the Foundations of the State*. First. Vol. 1. Oxford University Press, 2001. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.

HEISE GONZÁLEZ, JULIO. *Historia de Chile. El Período Parlamentario 1861-1925*. Primera. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1974.

*Historia De Chile. El Período Parlamentario 1861-1925. Tomo I* (Primera). Santiago: Editora Nacional Gabriela Mistral Ltda. [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10105.html>> [consulta: 13 mayo 2017].

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL. “As Fronteiras Do Poder. O Mundo Dos Rústicos”. *Revista Seqüência* 51 (2005): 47–105.

HUERGO, ALEJANDRO. “Del Recurso Contra La vía de Hecho Hasta El Recurso Contra La Actividad Material de La Administración.” *Revista Genera de Derecho Administrativo* 28 Octubre (2011): 1–19 [en línea] <[file:///C:/Users/Aitor/Downloads/410871 \(1\).pdf](file:///C:/Users/Aitor/Downloads/410871%20(1).pdf)> [consulta: 2 agosto 2017].

HUNEEUS, JORGE. *La Constitución Ante El Congreso. Primera Parte. Artículos 1 Á 49*. Segunda. Santiago: Imprenta Cervantes, 1890 [en línea] <<https://ia601409.us.archive.org/24/items/laconstituciona00conggoog/laconstituciona00conggoog.pdf>> [consulta: 24 marzo 2017].

*La Constitución Ante El Congreso, O Sea Comentario Positivo de La Constitución Chilena. Segunda I Última Parte,- Arts. 59 a 164 I Transitorios.* Santiago: Imprenta de “Los Tiempos”, 1880 [en línea] <<https://ia601409.us.archive.org/24/items/laconstituciona00conggoog/laconstituciona00conggoog.pdf>> [consulta: 24 marzo 2017].

IBÁÑEZ, ADOLFO, SEBASTIÁN EDWARDS, CRISTIÁN GARAY VERA, ROLF LÜDERS, AND CRISTIÁN LARROULET. *Reformas Económicas E Instituciones Políticas: La Experiencia de La Misión Klein-Saks En Chile.* Editado por Juan Pablo Couyoumdjian. Primera. Universidad del Desarrollo, 2011.

IBARRA, JUAN LUIS. “Los Tribunales Económico-Administrativos Y La Disminución de La Litigiosidad Judicial”. *Lan Harremanak*, 2014.

JARA, JAIME. “La Contraloría General de La República Y Su Contribución Al Surgimiento Y Evolución Del Procedimiento Administrativo En Chile”. *Revista de Derecho Público* 78 (2013): 63–77.

JIMÉNEZ RIUS, PILAR. *El Control de Los Fondos Públicos. Prpuestas de Mejora.* Primera. Pamplona: Thomson civitas, 2007.

JOAN ARAUJO, OLIVER ARAUJO. “El Consejo de Estado Y Los Órganos Consultivos de Las Comunidades Autónomas”. *Revista de Estudios Públicos.* Madrid, 1997.

JOCELYN-HOLT, ALFREDO. “Renato Cristi Y Pablo Ruiz-Tagle: La República En Chile. Teoría Y Práctica Del Constitucionalismo Republicano”. *Estudios Públicos* 106, no. otoño (2007): 363–73.

JORGE, ULLOA AGUILLÓN. *Acusación Constitucional Y Juicio Político. Legislación Constitucional Chilena Y Derecho Comparado.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

JUNTA DE GOBIERNO. PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA. *Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes Para Su Estudio.* Primera. Santiago, 1982.

KINGSBURY, BENEDICT, NICO KRISCH, AND RICHARD B. STEWART. “El Surgimiento Del Derecho Administrativo Global”. *Revista de Derecho Público* 24 (2010): 3–46.

KOOPMANS, TIM. *Courts and Political Institutions. A Comparative View.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

“Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence.” *Yale Law Journal* 94, no. 7 (2010): 1567–1616.

LARA, JOSÉ LUIS. “Algunas Reflexiones Sobre El Contencioso Administrativo En Chile”. *Seminario Sobre Litigación Pública. Organizado Por La Facultad de Derecho de La Universidad de Los Andes*, 2011.

LASCANO, DAVID. *Jurisdicción Y Competencia*. Primera. Veracruz, México: Praxis Jurídica, 1978.

LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO. “Elementos de Derecho Público Constitucional, Segunda Edición, Imprenta Chilena, 1848.” In *Los Tribunales Contencioso Administrativos*, 17–18, 1982.

LETELIER, RAUL. “Tribunales Administrativos.” *El Mercurio* 03 marzo (2016): A 2.

“Contraloría General de La República.” In *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a Su Práctica Política*. Editado por J Basa, JC Ferrrada, y C Viera, Primera., 285–315. Santiago: LOM, 2015.

LIBEDINSKY, MARCOS. “Desarrollo de Una Contienda de Competencia.” Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2002.

LILL, THOMAS R. *Estudios Administrativos. Comparación de Las Opiniones Expresadas Por Monsieur Gaston Geze de La Universidad de Paris Y El Doctor Edwin Walter Kemmerer, Profesor de La Universidad de Princeton, E.U.A. Referentes a La Contraloría, Contabilidad Oficial Y El*. Primera. Santiago: Imprenta Y Lit. “La Ilustración”, 1928.

LLERA, ROBERTO FERNÁNDEZ. “Fiscalización de La Gestión Pública En Los Órganos de Control Externo de Las Comunidades Autónomas.” *Presupuesto Y Gasto Público* 57 (2010): 135–54.

LOEWENSTEIN, KARL. “Review: Constitutionaism, Ancient and Modern. En: Charles Howard McIlwain”. *The American Political Science Review* 34. N° 5 (1940): 1000–1002.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.M, AND D ORTIZ RODRÍGUEZ. “El Control de La Gestión Económico-Financiera de Las Administraciones Públicas.” En: *La Ciencia de La Contabilidad. Doctor Mario Pifarré*. Editado por Editorial Universidad de Barcelona, 501–18. Barcelona, 2005.

LOUGHLIN, MARTIN. *Foundations of Public Law*. First. London: Oxford University Press, 2010.

“The Constitutional Imagination”. *The Modern Law Review* 78, no. (enero 2015): 1–25.

“La Teoría Y Los Valores En El Derecho Público: Una Interpretación” *Teoría Y Realidad Constitucional*, no. 21 (2008): 219–41 [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520336>> [consulta: 19 abril 2017].

LOWENSTEIN, KARL. “Reviewed Work: Constitutionalism, Ancient and Modern. By Charles Howard McIlwain”. *The American Political Science Review*, 1940 [en línea] <<http://www.jstor.org/publisher/apsa>> [consulta: 18 octubre 2016].

MACHO, LUIS MIGUEZ. “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”. *Revista General de Derecho Administrativo* 38 Enero (2015): 1–30.

MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL. “La Ciencia de La Policía Y El Derecho Administrativo”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, Colombia, 2004.

(Universidad de los Andes - Colombia). “La Revolución Francesa Y El Surgimiento Del Derecho Administrativo Francés. La Invención de La Teoría Del Acto Político O de Gobierno Y Su Ausencia de Control Judicial”. *Diálogos de Saberes* 1, no. 23 (2005): 167–90.

MANNORI, LUCA, AND BERNARDO SORDI. “Science of administration and administrative law”. En: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, edited by Damiano Canale, Paolo Grossi, and Hasso Hofmann, 225–61. London & New York, 2009.

“Justicia Y Administración.” In *El Estado Moderno En Europa. Instituciones Y Derecho*. Editado por Maurizio Fioravanti, 1º Español., 65–103. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

MARCEL, MARIO. “Las Opciones Para La Reforma Del Estado En Chile”. En *Reforma Del Estado. Vol. II*, 213–82. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2002.

MARIENHOFF, MIGUEL. “El control administrativo de legitimidad en Chile. La Contraloría General de la Republica”. En: *La Contraloría General de La República. 50 Años de Vida Institucional. (1927-1977)*, Segunda., 169–72. Santiago: Contraloría General de la República de Chile, 2012.

MARTÍNEZ DE SALAZAR, ANTONIO. *Colección de Memorias, Y Noticias Del Gobierno General, Y Político Del Consejo. Año 1764*. Editado por Boletín Oficial del Estado. Edición es. Madrid: Imprenta nacional del Boletín oficial del Estado, 2002.

MARTÍN-RETORDILLO, LORENZO. “Unidad de Jurisdicción Para La Administración Publica”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1966.

MATTEUCCI, NICOLA. *Organización Del Poder Y Libertad. Historia Del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MCALLISTER, DANIEL J. “Affect- and Cognition-Based Trust as Foundations for Interpersonal Cooperation in Organizations”. *Academy of Management Journal* 38, no. 1 (1995): 24–59.

MCCUBBINS, MATTHEW D., ROGER G. NOLL, AND BARRY R. WEINGAST. “Administrative Procedures as Instruments of Political Control.” *Journal of Law, Economics, and Organization*. Oxford, 1987. doi:10.2307/764829.

MCILWAIN, CHARLES HOWARD. *Constitucionalismo Antiguo Y Moderno*. Editado por Cornell University Press. Primera en. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nova, 1947.

MEDINA, LUIS. “Sobre El Concepto de Interés Legítimo”. *Estudio En Preparación*, 2013.

MEIER, KENNETH J. & BOHTE, John. *Politics and the Bureaucracy. Policymaking in the Fourth Branch of Government*. Editado por Edit. Thomson. 1°. Canadá, 2007.

MELIÁN GIL, JOSÉ LUIS. “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Y La Constitución Española de 1978”. En: *Jornadas de Estudio Sobre La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editado por Marta. Coordinadora García Perez, Primera., 11–31. La Coruña: Universidad de La Coruña, 1997.

MESTRE, JUAN FRANCISCO. “Contencioso Administrativa”. *Revista Genera de Derecho Administrativo* 39 (2015): 1–10 [en línea] <[http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1)> [consulta: 11 enero 2017].

MÍGUEZ NÚÑEZ, RODRIGO. “Comparar: Conversaciones Con Rorolfo Sacco”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, no. 17 (Diciembre 2011): 193–226. doi:10.4067/S0718-80722011000200006.

MILLAR, JAVIER EDUARDO. “Alcance Del Control De Legalidad: Su Evolución a Propósito de Los Actos Administrativos Requisitorios, Durante 1970-1973”. *Revista de Derecho XI* (2000): 83–94.

MODERNE, FRANCK. “Origen Y Evolución de La Jurisdicción Administrativa En Francia”. *La Revue Administrative* 9 (1999): 23–30 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/40773371>> [consulta: 17 febrero 2017].

MONTESQUIEU, CHARLES. *Del Espíritu de Las Leyes*. Primera ed. Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2004.

MORAGA GUERRERO, RODRIGO y TÉLLEZ MELLADO, LUIS. *Auditoría Interna de Gobierno. La Experiencia Chilena 1994/1999*. Editado por Consejo de Auditoria Interna General de Gobierno. Primera. Santiago: Antártica Quebecor, 1999.

MORAGA KLENNER, CLAUDIO. “La Contraloría General de La República Y La Contratación Administrativa”. *Revista de Derecho Público*. Santiago, 2013.

MORALES ESPINOZA, BALTAZAR. “El Mérito, Oportunidad Y Conveniencia En La Contraloría General de La República”. En: *Contraloría General de La República. 85 Años de Vida Institucional (1927-2012)*. Editado por Contraloría General de la República, Segunda., 207–20. Santiago, 2012.

MORELLI, FEDERICA. “Pueblos, Alcaldes Y Municipios: La Justicia Local En El Mundo Hispánico Entre Antiguo Régimen Y Liberalismo.” *Historia Crítica* 8, no. 36 (2008): 36–57.

MUÑOZ LEÓN, FERNANDO. “Árbol Genealógico Del Consejo De Estado: El Constitucionalismo Autoritario En Nuestra Historia”. *Ius et Praxis* 16, no. 2 (2010): 211–48 [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071800122010000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122010000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es)> [consulta 29 abril 2017].

MUÑOZ, SERGIO. “Presentación Corte Suprema. Contienda de Competencia Con CGR” 2016.

NAVARRETE, JAIME. “La Jurisdicción Judicial de Los Estados En Derecho Comparado Romanista”. *Revista Chilena de Derecho* 4, no. 1 (1977): 139–61.

NAVARRO CABALLERO, TERESA MARÍA. “El Consejo de Estado. Origen Histórico Y Regulación Actual a La Luz de La Ley Orgánica 3/2004, de 28 de Diciembre”. *Anales Del Derecho*. Murcia, 2006 [en línea] <<https://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales24/AnalesDerecho24-texto-completo.pdf#page=9>> [consulta: 13 marzo 2017].

NAVAS CASTILLO, FLORENTINA. “El Control de La Actividad Administrativa En La Constitución de Cádiz de 1812”. *UNED. Revista de Derecho Político* 83 (2012): 360–80.

NIETO, ALEJANDRO. “Los Orígenes de Lo Contencioso-Administrativo En España”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1966.

“Sobre La Tesis de Parada En Relación Con Los Orígenes de Lo Contencioso-Administrativo RAP Núm. 57.” *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1968.

“Del Consejo Real Como Elemento Del Gobierno Constitucional” *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1977 [en línea] <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=84&IDA=23023>> [consulta: 18 agosto 2017].

“Un Artículo de Historia Del Pensamiento-Jurídico Administrativo Español”. *En: Estudios de Derecho Y Ciencia de La Administración*, Primera., 437–80. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

NIETO GARRIDO, EVA. “Regulación Actual Del Consorcio Administrativo En Italia : Últimas Tendencias”. *Revista de Administración Pública*, 1997.

NIEVA FENOLL, JORDI. *Derecho Procesal I. Introducción*. Primera. Barcelona: Marcial Pons, 2014.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. “Vías Legales Para Avanzar Hacia El Socialismo”. *Revista de Derecho Económico*, 1971.

¿Vía Legal Al Socialismo? Caso De Chile 1970-1973. Editorial Jurídica Venezolana, 1977 [en línea] <[www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com](http://www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com)> [consulta 18 mayo 2017].

El Difícil Camino de La Legalidad.” *Revista Universidad Técnica Del Estado*, 1972.

OBANDO CAMINO, IVÁN y ALLESCH PEÑAILILLO, JOHANN. “La Contraloría General de La República En Perspectiva Histórica Y Comparada”. En: *La Contraloría General de La República. 85 Años de Vida Institucional (1927-2012)*. Editado por Contraloría General de la República, Primera., 69–89. Santiago: Contraloría General de la República, 2012.

OCDE. *Entidad Fiscalizadora Superior de Chile. Mejorando La Agilidad Estratégica Y La Confianza Pública*. Editado por OCDE. Primera. Santiago: Contraloría General de la República, 2015.

OELCKERS, OSVALDO. “Reseña Y comentario: Junta de Gobierno de La República de Chile. Primera Comisión Legislativa. Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes Para Su Estudio: Doctrina”. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.d. [en línea] <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/113/104>> [consulta: 11 junio 2017].

OLGUÍN, ALVARO. “Contiendas de Competencia Promovidas Por La CGR Ante El Senado de La República”. *Memoria Para Licenciatura*. Universidad de Chile, 2002.

ORTIGOSA LÓPEZ, RAMÓN, AND SALVADOR RODRÍGUEZ PLAZA. “Indicadores de Gestión En El Ámbito de Las Administraciones Públicas”. *Revista Española de Control Externo*, January 2012.

ORTÍZ DE ZÚÑIGA, MANUEL. *Elementos de Derecho Administrativo*. Editado por Carlos Carrasco Canals and Estudio Preliminar. Primera. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.

OTERO L, MIGUEL. “Tribunales Administrativos”. *El Mercurio* 02 marzo (2016): A 2.

OUCHI, WILLIAM G. “A Conceptual Framework for the Design of Organizational Control Mechanisms”. *Management Science*, 1979.

PALLAVICINI MAGNERE, JULIO. *Derecho Público Financiero*. Primera. Thomson Reuter La Ley, 2015.

PANTOJA BAUZA, ROLANDO. *Bases Generales de La Administración Del Estado. Estudio Descriptivo. Texto de La Ley Nº 18.575, de 1986. Fallo Del Tribunal Constitucional*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1987.

“La Inexplicable Ausencia De Una Justicia Administrativa En El Estado De Chile”. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado* 13 (2005): 27–71.

“La Experiencia Chilena En Materia De Justicia Administrativa”. En: *Justicia Contenciosa Administrativa. Congreso Internacional*. Editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Primera., 853–63. Ciudad de México, 2013 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3282>> [consulta: 15 mayo 2017].

“Organización de Los Tribunales Chilenos de Lo Contencioso - Administrativo. Estudio de Las Diversas Corrientes Doctrinales Que Se Dan En Nuestro Derecho.” *Revista de Derecho Público*. Santiago, 1970.

“La Inexplicable Ausencia De Una Justicia Administrativa En El Estado De Chile”. En: *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano De Derecho Administrativo*. Editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Primera., 381–423. Ciudad de México, 2007 [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/pl2391.htm>> [consulta: 1 septiembre 2016].

“Lo Contencioso Administrativo En Chile. Sus Fuentes”. *Revista de Derecho Público* N° 4, 1965.

PARADA VÁSQUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Derecho Administrativo II. Organización Y Empleo Público*. 13th ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

Réplica A Nieto Sobre El Privilegio De Decisión Ejecutoria Y El Sistema Contencioso-Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid,

“Privilegio de La Decisión Ejecutoria Y Proceso Contencioso”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1968.

PARADA, JOSÉ RAMÓN. *Concepto Y Fuentes Del Derecho Administrativo*. Segunda. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PARADA, RAMÓN. “El Consejo de Estado”. *Documentación Administrativa*. 1991.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “La Vigilancia, La Supervisión Y El Control Administrativos”. En: *Control Administrativo Y Justicia Administrativa*. Editado por Jorge Agudo González, Primera., 13–41. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública,

“La Vigilancia, La Supervisión Y El Control Administrativos. Reflexiones Sobre Su Formación, Evolución Y Situación Actual.” In *Control Administrativo Y Justicia Administrativa*. Editado por Instituto Nacional de Administración Pública, Primera., 13–42. INAP, 2016.

“La Función Consultiva En Europa: Los Consejos de Estado Francés E Italiano”. *Documentación Administrativa*. Madrid, 1991.

PATIÑO, DANIEL. *Un Acercamiento a La Justicia Desde El Proceso Contencioso Administrativo*. Editado por Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. Primera. Medellín: Editorial Martín Vivanco, 2005.

PENDÁS, BENIGNO. “División de Poderes Y Formas de Gobierno. Una Perspectiva Contemporánea”. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos Del Estado, Derecho Público E Historia Constitucional. Junta General Del Principado de Asturias* La División (2009): 205–39.

PEREIRA ANABALON, HUGO. “Unidad de Jurisdicción Y Justicia Administrativa En El Derecho Chileno”. *Revista de Derecho Público* N° 12 (1971): 37–61.

PEREZ TENESSA, ANTONIO. “Perspectivas Del Consejo de Estado”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, 1979.

*Historia, Cosas E Historias Del Consejo de Estado*. Editado por Consejo de Estado. Primera. Madrid: Boletín oficial del Estado, 2005.

PIERRY A, PEDRO. “Tribunales Contencioso-Administrativos”. *Revista de Derecho - Consejo de Defensa Del Estado*. Santiago, 2000.

“Las Transformaciones Del Derecho Administrativo En Los Siglos XIX a XXI.” *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso* XXIII (2002): 377–404.

PINTO, SONIA, LUZ MARÍA MENDEZ, AND SERGIO VERGARA. *Antecedentes Históricos de La Contraloría General de La República 1541-1927*. Santiago: Contraloría General de la República, 1977.

PIÑERA, SEBASTIÁN. “Autonomía Del Banco Central”. *Revista de Derecho Público* 62 (2000).

PIÑERA, SEBASTIAN y RIVADENEIRA, IGNACIO. “Una Nueva Contraloría Para El Chile Del Siglo XXI.” Santiago, 2006. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.

PNUD. *Desarrollo Humano En Chile 2015. Informe*, 2015.

PONCE SOLÉ, JULI. *Deber de Buena Administración Y Derecho a Procedimiento Administrativo debido. Las Bases Constitucionales Del Procedimiento Administrativo Y Del Ejercicio de La Discrecionalidad*. Primera. Valladolid: Lex Nova, 2001.

PRADO, SANTIAGO. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno Adaptados a La Enseñanza Del Ramo En El Instituto Nacional*. Editado por Tribunal Constitucional de Chile. Colección Obras de Derecho Público. Primera. Santiago: Imprenta Nacional, 1859.

PUNTO LEX. “Jurisprudencia Judicial Administrativa.” Santiago: Editorial Punto Lex, 2007.

RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE y GARCÉS RAMÍREZ, MARÍA FERNANDA. “Control de Legalidad Y Procedimiento.” *Un Mejor Estado Para Chile*, 2009, 613–46.

RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. “La Urgente Reforma Del Sistema de Control Administrativo: Una Exigencia de La Probidad”. *Revista de Derecho Público*. Santiago, 2000.

RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. “La Urgente Reforma Del Sistema de Control Administrativo: Una Exigencia de La Probidad”. *Revista de Derecho Público* 69 (2007): 36–59.

RAMÍREZ ALUJAS, ALVARO VICENTE. *El Proceso de Reforma Del Estado Y Modernización de La Gestión Pública En Chile. Lecciones, Experiencias Y Aprendizajes (1990-2003)*. Editado por Instituto Nacional de Administración Pública. *PhD Proposal*. Primera. Vol. 1. Madrid, 2004.

REAL COMPAÑIA DE IMPRESORES Y LIBREROS DEL REYNO. “Tomo Segundo de Las Leyes de Recopilación, Que Contiene Los Libros Sexto, Séptimo, Octavo. I Nono”. Madrid: En la Imprenta Real de la Gazeta, 1776. [https://play.google.com/store/books/details/España\\_Tomo\\_segundo\\_de\\_las\\_Leyes\\_de\\_Recopilacion\\_q?id=Zq8PLvgC6LMC](https://play.google.com/store/books/details/España_Tomo_segundo_de_las_Leyes_de_Recopilacion_q?id=Zq8PLvgC6LMC).

RECABARREN DELGADO, RICARDO. *La Toma de Razón de Los Decretos Y Resoluciones*. Primera. Santiago: Editorial Juridical de Chile, 1969.

REINERT, R E. “A Note on the Meaning of the Donaldson Decision”. *Hospital & Community Psychiatry* 30, no. 8 (1979): 563–64. doi:10.1080/00048405885200171.

RESTREPO, MANUEL ALBERTO. “La Necesidad de Ampliar La Tutela Cautelar Judicial En El Proceso Contencioso Administrativo”. *Saberes. Universidad Alfonso X El Sabio* 3 (2005): 1–20.

RIVERA LEÓN, MAURO ARTURO. “Jurisdicción Constitucional: Ecos Del Argumento Contramayoritario”, 2010.

RIVERO RODRÍGUEZ, MANUEL. “El Consejo de Aragón Y La Fundación Del Consejo de Italia”. *Revista D’història Moderna*, 1989.

RODRÍGUEZ NEILA, JUAN FRANCISCO. “Políticos Municipales Y Gestión Pública En La Hispania Romana”. *Polis*, no. 15 (2003): 161–97 [en línea] <<http://hdl.handle.net/10017/5644>> [consulta: 13 julio 2017].

RUBIN, EDWARD L. *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State. Journal of Chemical Information and Modeling*. Primera. Vol. 53. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.

RUBIN, EDWARD L. “Executive Action: Its History, Its Dilemmas, and Its Potential Remedies”. *Journal of Legal Analysis* 8, no. 1 (2016): 1–46. doi:10.1093/jla/law008.

RUIZ TAGLE, PABLO. “La Tesis de La Doble Pluralidad: jueces Y Democracia El Caso de La Transición Chilena 1990-2002.” In *La Función Judicial Ética Y Democracia*. Editado por Jorge Malem, Jesus Orozco, and Rodolfo Vásquez, Primera., 275–93. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. file:///C:/Users/Camilo/Downloads/Capitulo sobre Función Financiera.pdf.

“Una Contraloría General de La República Que Sirva a Todos Los Chilenos.” *Revista de Derecho Público*, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, ANGEL J. *Consejo de Estado, Función Consultiva Y Reforma Constitucional*. Primera. Madrid: REUS S.A, 2007.

SANJURJO DE DRIOLLET, INÉS. “La Pionera Obra de Otto Brunner a Través de Sus Comentaristas”. *Revista de Historia Del Derecho* 42 (2011): 155–70.

SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. “Los Controles Sobre La Actuación de Las Administraciones Públicas”. In *Estudios Para La Reforma de La Administración Pública*. Editado por INAP Instituto Nacional de Administración Pública, 179–214, 2004.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, MARÍA JOSÉ. “Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales Como Mecanismos de Control En La Contratación Pública. Perspectiva Actual Y de Futuro.” *Auditoría Pública*, noviembre 2015.

SASSO, MARCELLO. “La Acusación Constitucional: Su Naturaleza Jurídica Y Los Derechos Fundamentales En Chile”. *Tesis de Grado*, 2014.

SCHULZ, FRITZ. “Bracton on Kingship”, 1945 [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/555534>> [consulta: 17 febrero 2017].

*Principios Del Derecho Romano*. Editado por Civitas Ediciones. Segunda, C. Madrid: Graficas Rogar S.A, 2000.

SENADO. “República de Chile. Diario de sesiones del senado publicación oficial legislatura 330<sup>a</sup>, extraordinaria Sesión 14<sup>a</sup>, En miércoles 9 de noviembre de 1994”, 1994.

SENADO. “República de Chile diario de sesiones del senado publicación oficial legislatura 337<sup>a</sup>, extraordinaria Sesión 11<sup>a</sup>, En martes 5 de mayo de 1998”, 1998.

SENADO. “Contienda de Competencia Entre La Corte Suprema Y El Contralor General de La República. (Promovida En El Expediente Del Juzgado de Indios de Victoria Sobre Explotación Maderera de La Comunidad Bernardo Ñanco).” *Revista de Derecho Jurisprudencia Y Ciencias Sociales Y Gaceta de Los Tribunales*. Santiago, 1952.

SENADO. “Actas Oficiales de La Comisión de Estudio de La Nueva Constitución Política de La República SESION 319<sup>a</sup>, CELEBRADA EN MARTES 4 DE OCTUBRE DE 1977”, 1977.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Jurisdicción, Acción Y Proceso*. Primera. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

SERRIGNY, D. *Droit Public et Administratif Romain. Institutions Politiques, Administratives, Économiques et Sociales de l'Empire Romain Du IVe Au VIe Siècle. Tomo Primero*. Edited by Libraire Editeur Aug. Durand. Primera. Paris, 1862.

SIERRA, JERÓNIMO AROZAMENA. “La Función Consultiva Del Consejo de Estado”. *Documentación Administrativa*. Madrid, 1991.

SILVA CIMMA, ENRIQUE. “La Contraloría General de La República”. Universidad de Chile, 1945.

*Derecho Administrativo Chileno Y Comparado. Tomo II. Segunda*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

“Los Tribunales Administrativos Y La Contraloría.” *El Mercurio*. 1959.

*Derecho Administrativo Chileno Y Comparado. Tomo I. Segunda*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1962.

SKINNER, DENISE, GRAHAM DIETZ y WEIBEL, ANTOINETTE. “The Dark Side of Trust: When Trust Becomes a ‘Poisoned Chalice’”. *Organization* 21, no. 2 (2013): 206–24. doi:10.1177/1350508412473866.

SOTO KLOSS, EDUARDO. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Primera. Santiago: Legal Publishing, 2009.

“Urbanismo, Contraloría General de La República Y Tribunales de Justicia. A Propósito de La Acción de Protección Deducida Por La Fundación Club Deportivo de La Universidad Católica de Chile”. *En: Sentencias Destacadas 2006*. Editado por Libertad y Desarrollo, Primera., 131–44. Santiago, 2007.

“Acerca De Los Dictámenes De La Contraloría: Un Error Supremo Es Un Supremo Error. (Municipalidad de Valparaíso Con Contraloría General de La República, Corte Suprema, Sentencia de Protección 2 de enero de 2014, Rol 7210/2013)”. *Derecho Público Iberoamericano*, abril 2015.

*El Recurso de Protección (Orígenes, Doctrina Y Jurisprudencia)*. Primera. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.

“Lo Contencioso Administrativo Y Los Tribunales de Justicia. Excepción de Incompetencia.” *Revista de Derecho Público*. Santiago, 1977.

“El Estado En La Constitución de 1833.” *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de La Universidad de Chile*, diciembre 1983.

“Apuntes Para La Historia de La Administración Indiana En Chile.” *Anuario de Derecho Administrativo*. Santiago, 1975.

“Sobre La Legalidad de Las ‘requisaciones’ de Industrias.” *Revista de Derecho Público* 13 (1972): 61–80.

“Urbanismo, Contraloría General de La República Y Tribunales de Justicia. A Propósito de La Acción de Protección Deducida Por La Fundación Club Deportivo de La Universidad Católica de Chile.” In *Sentencias Destacadas 2006*. Editado por Libertad y Desarrollo, Primera., 127–40. Santiago, 2007.

““El Decreto de Insistencia ¿Es Conforme Al Ordenamiento Constitucional?”” Santiago: *Revista de Derecho Público* N° 15, 1974.

SOTO KLOSS, EDUARDO y ARÓSTICA, IVÁN. “La Destrucción Del Estado de Derecho 1970-1973”. *Revista de Derecho Público* 53–54 (1993): 57–116.

SOUTO PAZ, JOSÉ ANTONIO. “La Idea Medieval de Nación”. *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid, 1997.

STRUM, DOUGLAS. “Rule of Law and Politics in a Revolutionary Age.” *Soudings: An Interdisciplinary Journal* 51, no. 4 (1968): 368–89.

SUSTEIN, CASS. “Ther Is Nothing Tan Interpretation Just Is” 21, no. 2009 (2014): 1–17.

TAMAYO ISASI-ISAMENDI, JUAN ANTONIO. *CE Frances.pdf*. Sevilla: Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla, 1967.

TAPIA, JAVIER y CORDERO, LUIS. “La Revisión Judicial De Las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional” *Estudios Públicos*, 2015.

TELLEGEN-COUPERUS, OLGA. “Pontiff, Praetor, and Iurisdictio in the Roman Republic”. *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’Histoire Du Droit / The Legal History Review* 74, no. February 2005 (2006): 31–44.

TIERNEY, BRIAN, AND B Y BRIAN TIERNEY. “Medieval Academy of America Bracton on Government All Use Subject to JSTOR Terms and Conditions BRACON ON GOVERNMENT” 38, no. 2 (2015): 295–317.

TOGNARELLI, GIULIANO, AND JAVIER NAVARRETE. “El Devenir de La Facultad Dictaminante de La Contraloría General de La República En Un Mecanismo de Solución de Controversias Jurídicas, Ante Las Carencias Del Diseño Institucional Chileno”. No publicada, 2013.

UNIVERSIDAD DE CHILE. *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Decisiones Legislativas Al Año 2001*. Santiago: LOM, 2001.

VALLEJO, JESUS. *Ruda Equidad, Ley Consumada. Concepción de La Potestad Normativa (1250-1350)*. Editado por Centro de Estudios Constitucionales. Primera. Madrid, 1992.

VALLÉS, FRANCESC. “La Garantía Constitucional Del Ejercicio Independiente Del Control Externo Del Gasto Público.” *Revista de Auditoría Pública*. Madrid, 2003.

VAN HOECKE, MARK, AND MARK WARRINGTON. “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law.” *International & Comparative Law Quarterly* 47, no. 3 (1998): 1–48. doi:10.1017/S0020589300062163.

VARGAS, IRIS. “Comentario: El Decreto de Insistencia Y La Doctrina Mewes: Límites Del Decreto Supremo Y La Nulidad de Derecho Público Ipso Jure En La Constitución de 1925”. *Revista Chilena de Derecho* 27 (2000): 439–44.

VV.AA “CGR 75 Años de Vida Institucional”. *Igarss 2014*, no. 1 (2014): 1–5. doi:10.1007/s13398-014-0173-7.2.

VV.AA. *CGR 50 Años de Vida Institucional*. *Igarss 2014*, 2014. doi:10.1007/s13398-014-0173-7.2.

VVAA. *Doctrina Y Enseñanza Del Derecho Administrativo chileno: Estudios En Homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Editado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Jorge Bermúdez Soto, and Osvaldo Urrutia Silva. Primera. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016.

VVAA. *Cgr 85 Años de Vida Institucional*. Editado por Contraloría General de la República de Chile. Primera. Santiago, 2014. doi:10.1007/s13398-014-0173-7.2.

VVAA, and Martín. Coordinador Martín-Retordillo Baquer. *La Protección Jurídica Del Ciudadano. (Procedimiento Administrativo Y Garantía Jurisdiccional)*. *Estudios En Homenaje Al Profesor Jesús González Perez. Tomo I*. Editad por S.A Editorial Civitas. Primera. Madrid, 1993. doi:10.1145/2505515.2507827.

VÁZQUEZ, OSCAR EDUARDO. “Jurisdicción Y Competencia. Bases Teóricas Para Un Correcto Abordaje de Reformas Legislativas”. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aries, 2014.

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO. VELASCO CABALLERO, Francisco. 2015. Los “Administrative Law Judges” norteamericanos: imparcialidad administrativa y control judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, 101, 129–162. En: CABALLERO, Francisco. 2014. *Tribunales económico administrativos y justicia administrativa*. Lan Harremanak, 30, 32–51 [en línea] <[http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14171](http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14171)> [consulta: 3 junio 2017].

VERDUGO MARINKOVIC, MARIO. “Notas a Un Acuerdo Del Senado”. *Revista de Derecho Público*, 1996.

VERGARA, ALEJANDRO, AND FRANCISCO ZUÑIGA. “Contrapunto Sobre El Rol de La Contraloría General de La República”. *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008): 393–98.

VERLY, HERNAN. “El Argumento Contramayoritario”. *El Derecho*, 1991, 7.

VESPAZIANI, ALBERTO. “Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture”. *German Law Journal* 9, no. 5 (2008): 547–74.

VIDAL DE LA ROSA, GODOFREDO. “La Teoría de La Elección Racional En Las Ciencias Sociales.” *Sociológica* 23 (2008): 221–36. [en línea] <<http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/6709.pdf>> [consulta 14 mayo 2017].

VIDAL, GODOFREDO. “Herejías Democráticas: William Riker Y El Estudio de La Manipulación de La Política Democrática.” *Sociológica* 24, no. 70 (2009): 13–41.

VIERA-GALLO, JOSÉ ANTONIO. “Problemática Institucional En La Experiencia Chilena”. In *Transición Al Socialismo*. Editado por Centro de Estudios socioeconómicos (CESO) and Centro de estudios de la realidad nacional (CEREN), Primera., 75–99. Santiago: CESO, 1972.

VILE, M.J.C. *Constitucionalismo Y Separación de Poderes*. Editado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda, P. Madrid, 20007.

VIÑUELA, MAURICIO. “El Concepto De ‘asuntos Que Por Su Naturaleza Sean Propiamente de Carácter Litigioso’ según La Jurisprudencia de La Contraloría General de La República. Comentario Al Inciso Tercero Del Artículo 6º Ley N° 10.336.” *Revista de Derecho Administrativo*, 2013.

VON IHERING, RUDOPH. *El Espíritu Del Derecho Romano En Las Diversas Fases de Su Desarrollo*. Editado por Editorial Colmares. Segunda ed. Granada, 2011.

WALDRON, JEREMY. “The Core of the Case against Judicial Review”. *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346–1406. doi:10.2307/20455656.

WELLS, CAROLE V, AND DAVID KIPNIS. “Trust, Dependency, and Control in the Contemporary Organization”. *Journal of Business and Psychology* 15, no. 4 (2001): 593–603.

YÁVAR CASTRO, ERNESTO. “La Reanudación de Faenas.” *Estudios Jurídicos. Universidad Católica de Chile*, 1972.

ZOLLER, ELISABETH. *Introduction to Public Law: A Comparative Study*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

ZUÑIGA U. FRANCISCO. “Separación de Poderes Y Estado de Derecho”. *Revista de Derecho de La Universidad Católica de Valparaíso* XIV (1992): 191–99.

“Autonomías Constitucionales E Instituciones Contramayoritarias (A Propósito De Las Aporías De La Democracia Constitucional”. *Revista Ius et Praxis* 2 (2007): 223–44.

“Constitución Conservadora Chilena De 1833 Y La Visión De Alberdi”. *Revista de Derecho Político* VI, no. 78 (2010): 377–97.

“Bases Constitucionales de La Administración Del Estado”. En: *Tratado Jurisprudencial Del Derecho Administrativo*, Editado por Rolando Pantoja, Primera. Vol. I. Abeledo Perrot, 2013.

