



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: BREVE ANÁLISIS DESCRIPTIVO.

ISAURA FERNANDA REYES ERAZO

CAMILO NICOLÁS VALLET ESPEJO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
LUIS CORDERO VEGA.

SANTIAGO DE CHILE

2016.

TABLA DE CONTENIDOS.

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y GENERALIDADES.....	13
1. Consideraciones Previas.....	13
2. Periodo previo a la creación de la CGR (-1927)	13
3. Los primeros años de la Contraloría General de la República (1927-1943)	15
4. Consagración Constitucional de la CGR y Ley Orgánica Constitucional de CGR: 1943 a 1964.	16
5. La CGR y su funcionamiento posterior a la consagración constitucional y su LOC: 1964 a la actualidad.	19
5.1. Contraloría General de la República en la actualidad.	22
CAPÍTULO 2. AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y TOMA DE RAZÓN, COMO BASES DE LA POTESTAD DICTAMINANTE.	25
1. Consideraciones Previas.....	25
2. El concepto de Autonomía	26
2.1. Diversos conceptos de Autonomía	26
2.1.1. Autonomía como concepto polisémico.	27
2.1.2. Autonomía, desde una perspectiva orgánica.....	28
2.1.3. Autonomía, en el marco de la exclusividad de funciones.	29
2.2. Similitudes entre estas posiciones.	30
2.3. Autonomía a la luz de la Jurisprudencia Administrativa de la CGR.....	31
3. Toma de Razón como Antecedente del Control de Legalidad Genérico.....	32
3.1. Análisis histórico de la Toma de Razón	33
3.2. Toma de Razón: Características.....	35
CAPITULO 3. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CGR.....	41
1. Consideraciones Previas.....	41
2. Aspectos Generales de la Jurisprudencia Administrativa	42
3. Características de la Jurisprudencia Administrativa.....	46
4. Formas de Obtener el Dictamen.....	47
5. A quienes afecta la Jurisprudencia Administrativa.	49

5.1.	Efectos de la Jurisprudencia Administrativa frente a los Particulares y Tribunales de Justicia.	50
5.1.1.	Tribunales.	50
5.1.2.	Particulares.	51
6.	Efectos de la Jurisprudencia Administrativa en el tiempo.....	57
7.	Limitaciones a la Jurisprudencia Administrativa.....	60
CAPITULO 4. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA CGR POR VÍA DEL DICTAMEN: INTERPRETACIÓN, ADJUDICACIÓN E IMPLEMENTACIÓN.....		63
1.	Consideraciones Previas.....	63
2.	Función Interpretativa.....	63
2.1.	Dictamen 70.118: El marco para describir la interpretación de la CGR.....	65
2.1.1.	Exigencias del Derecho Administrativo	67
2.1.2.	Interpretación Finalista	68
2.2.	Análisis de Dictámenes	73
2.2.1.	CGR e interpretación finalista del concepto “espacio de uso público”.	73
2.2.2.	CGR e interpretación finalista de la ley 19.925 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo: el diario electrónico.....	75
3.	Función Adjudicativa: La CGR y lo Contencioso Administrativo.....	76
3.1.	A nivel comparado:.....	79
3.2.	Análisis de dictámenes:	80
3.2.1.	Contraloría General de la República y Municipalidad de Providencia: cobro de patente municipal a particular.....	80
3.2.2.	Contraloría General de la República y exigencias de urbanización a particulares por parte de SERVIU.	81
3.2.3.	Contraloría General de la República y materia sanitaria: restricciones municipales a la actividad apicultora	82
3.3.	Elementos comunes y conclusiones del Contencioso Administrativo llevado a cabo por la CGR.....	83
4.	Función Implementativa de la CGR.....	85
4.1.	Autonomía y Responsividad del Derecho Administrativo como directrices en la función contralora.	86
4.1.1.	Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde.....	87
4.1.2.	Distinción de las funciones de adjudicar e implementar	88
4.1.3.	Legalismo y Pragmatismo	89
4.2.	Aplicación de estas ideas al actuar de la CGR.	90
4.3.	Análisis de dictámenes	91
4.3.1.	Contraloría General de la República e interpretación de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo	91

4.3.2. CGR e interpretación de ley de alcoholes: patente a sociedad distribuidora de alcoholes por Internet.....	92
4.3.3. CGR y Noción de Responsividad: construcción de centro de internación en terreno de Municipalidad de Victoria.	93
CONCLUSIÓN.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	103

RESUMEN

La Contraloría General de la República es un organismo de control de legalidad de los actos de la Administración y de fiscalización de los fondos públicos. Su instrumento tradicional de control de la legalidad ha sido la toma de razón, sin embargo con el tiempo ha ido ampliando sus facultades de control mediante el ejercicio de la potestad dictaminante, comúnmente llamada “jurisprudencia administrativa”. Su posición constitucional y el ejercicio de estas atribuciones las transforman en la institución más importante para el desarrollo del Derecho Administrativo chileno.

Las razones que explican esta evolución son diversas. En primer lugar, el aumento de facultades encuentra fundamento en la evolución normativa de la CGR, que gracias a factores históricos y políticos desde su creación hasta el año 1964, influyó en la expansión de potestades, particularmente originando la potestad dictaminante. En segundo lugar, esta evolución también encuentra sustento en la consagración constitucional de 1943, que conjugado a la Toma de Razón de los actos de la Administración, lleva a la CGR a comprender su relevancia respecto al control de legalidad de los actos de la Administración. Además, ante la ausencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, la CGR se concibió a sí misma como garante del Estado de Derecho. En tercer lugar, la Jurisprudencia Administrativa, con sus características –vinculante, obligatoria, de alcances generales-, genera que la CGR materialice este aumento de facultades, resultando un órgano disciplinador de la Administración. Finalmente, el medio por el cual la CGR interviene, y genera Jurisprudencia Administrativa, es a través del dictamen, que dadas las circunstancias anteriores, ha logrado no sólo interpretar la ley, sino también dirimir ciertos conflictos, e implementar políticas públicas.

En síntesis, la potestad dictaminante de la Contraloría cumple tres funciones: Interpretar, adjudicar e implementar; dando sentido y alcance, solucionando controversias y verificando la correcta aplicación de las políticas públicas respectivamente.

INTRODUCCIÓN.

En un Estado de Derecho como el nuestro, un sistema de control es necesario como justo contrapeso respecto del actuar de la Administración para con las personas respecto de las cuales se aplica la labor administrativa. El control, entendiéndolo como el acto de un órgano debidamente autorizado, que examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, con el fin de verificar la observancia a todos los requisitos exigidos por la ley, puede ser ejercido por distintas vías y órganos, tales como la Cámara de Diputados, Tribunal Constitucional, Concejos Municipales, Contraloría General de la República, entre otras. Es así como el artículo 3° inciso 2° de la LOCBGAE establece claramente el control como un principio básico en la actividad de la Administración. Dentro de los organismos que ejercen control, el que nos parece más relevante es la Contraloría General de la República, dada la amplitud de sus funciones.

La Contraloría General de la República (en adelante CGR), es uno de los órganos con mayor injerencia en relación al control de la Administración. De haber sido inicialmente un órgano encargado de fiscalizar las finanzas públicas, con una potestad reducida en cuanto al control de legalidad de los actos administrativos, hoy es un órgano que ha mostrado una ostensible evolución en lo que respecta a sus potestades.

A lo largo de su historia, ha dejado de ser sólo un órgano encargado de las arcas fiscales en sus orígenes, pasando a ser una institución que, además, ha resuelto algunos de los vacíos que posee nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

La CGR, fue creada en el año 1927, con ocasión de las múltiples falencias que existían en nuestro país a propósito del gasto fiscal y su control. Desde su creación, concebida exclusivamente como un órgano de control financiero, se fue convirtiendo en un pilar fundamental del control de la Administración, ya no sólo en materias relativas a las arcas fiscales, sino también como el órgano controlador por excelencia de los actos de la Administración; la Contraloría actualmente detenta las funciones señaladas en el Art. 98 y 99 de la Constitución Política de la República siendo las principales, aquellas que consisten en la fiscalización de las arcas de la Nación, y el control de legalidad de los actos de la Administración.

Del estudio de la evolución histórica de la Contraloría, es posible evidenciar una ampliación de sus funciones. La Contraloría se adaptó a las problemáticas de cada época, lo que no se ha visto necesariamente reflejado en la legislación. Ante esto, nacen una serie de preguntas relativas a diversas materias, particularmente en cuanto a los alcances de la potestad dictaminante; y, el cómo esta evolución ha transformado a la CGR en un órgano que hace las veces de juez, y legislador, a la vez de un relevante actor en la implementación de políticas públicas.

Debido al escaso diseño institucional chileno, es que a través de la Jurisprudencia Administrativa, la CGR ha sido capaz de suplir de manera útil los vacíos ocasionados ante estas insuficiencias institucionales, jugando un rol estabilizador en la institucionalidad nacional, aunque desviándose de su fin original. Esto deviene en un órgano que detenta ciertas funciones que carecen de una delimitación clara.

Por ello, cabe preguntarse a qué se debe esta evolución y cómo desempeña hoy estas atribuciones la CGR, pues no es común que existan órganos concebidos para un fin, y sus potestades deriven en una expansión tan ostensible, ni que tampoco hayan existido esfuerzos por modernizar su funcionamiento, o a lo menos, ajustarlos se ejerce la Potestad Dictaminante y, por consiguiente, una delimitación clara de sus competencias, y los criterios que utilizará para dictaminar.

Intentaremos describir en este trabajo cómo es que la CGR ha ido aumentando sus facultades, para derivar en el órgano que es hoy, analizando sus criterios y límites de actuación al momento de dictaminar. Este trabajo, intentará determinar los alcances del control de la CGR, evaluando además los criterios que se utilizan para dictaminar. En el fondo, analizaremos la Potestad Dictaminante en cuanto a sus alcances, efectos, y criterios utilizados.

Para ello, esta Memoria estará dividida en cuatro capítulos, y conclusiones de la investigación.

En el primer capítulo, se analizará orgánicamente la CGR: sus características generales, partiendo por el contexto histórico en el que se creó -inicialmente como institución fiscalizadora de finanzas-, su evolución normativa, hasta su rol en la actualidad, estudiando sus reformas más relevantes y funciones actuales, esto último a la luz de la LOCGR. Esto, con el fin de analizar cómo nuestra historia institucional fue un factor influyente en la expansión de potestades del órgano contralor.

En el segundo capítulo, se expondrán dos instituciones a nuestro criterio relevantes para entender el control que efectúa la CGR sobre los actos de la Administración y la evolución de facultades de la CGR: la autonomía constitucional, y la toma de razón. Es evidente que la CGR ha presentado una evolución institucional no menor desde su creación a la fecha. Así las cosas, consideramos que las instituciones materia de este capítulo, son en alguna medida el vehículo por el cual, la CGR ha incrementado su ámbito de acción.

En un tercer capítulo, se estudiará el concepto de Jurisprudencia Administrativa. Se estudiarán sus características generales, la relevancia que posee dentro de nuestro ordenamiento, y que la han llevado a ser una importante herramienta de disciplinamiento de la Administración y de tutela de derechos subjetivos, como también los efectos de la Jurisprudencia respecto de los particulares, Tribunales y sus efectos en el tiempo.

En el cuarto capítulo, se analizarán las formas de intervención de la CGR, particularmente a través del dictamen, y las funciones que cumple, las que se traducirían en las labores de interpretar, adjudicar, e implementar. La CGR efectivamente es el único órgano administrativo que detenta la facultad de generar Jurisprudencia Administrativa con características vinculantes para el resto de los órganos de la Administración. Dicha jurisprudencia, está materializada por dictámenes, que pueden referirse a la interpretación de una norma, como el pronunciamiento que emite la CGR cuando se le refiere una consulta en relación a un acto administrativo eventualmente contrario a derecho, o a lo menos, a los intereses de quien consulta. Además, la CGR dentro de sus funciones también habrá de velar por el cumplimiento de la norma, en miras a que ésta genere efectos. Para explicar este fenómeno que otorga multiplicidad de funciones a la Jurisprudencia Administrativa de la CGR, utilizaremos los conceptos adaptados desde el Derecho Anglosajón por el profesor Santiago Montt, en relación al Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde, en conjunto con el concepto de Autonomía y Responsividad del Derecho Administrativo, los que

permitirán entender la relevancia de la CGR para nuestro ordenamiento jurídico, y como opera su jurisprudencia administrativa como forma de intervención.

CAPITULO I. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y GENERALIDADES.

1. Consideraciones Previas

A lo largo de nuestra historia institucional, siempre ha existido y ha sido necesario un control respecto de la Hacienda Pública, a fin de efectuar la contabilidad y controlar los fondos del erario nacional, aspirando llevar a cabo una buena Administración. Tal es el caso, que desde antiguo las leyes otorgan a ciertos organismos públicos las labores de contabilidad, otorgándole dichas potestades de control a instituciones tan diversas como el Tribunal de Cuentas, la Dirección del Tesoro, la Dirección de Contabilidad General y la Inspección de Bienes Nacionales. Todas estas instituciones, dadas sus atribuciones, actuaban en materias similares sin ninguna organización ni delimitación clara de sus funciones, derivando en dificultades a la hora de efectuar el control necesario.

Desde aquella perspectiva, es que se hizo necesario reordenar la organización administrativa que existió hasta 1927. Para ello, representó una gran utilidad la Misión Kemmerer, cuyo objetivo fue entre otros, sistematizar y coordinar el control sobre los gastos fiscales. La intención de éste capítulo es señalar cómo ha evolucionado este control, originado por la necesidad de orden en las finanzas nacionales que luego, dadas las características propias de nuestra institucionalidad y el desarrollo histórico del país, fue tomando otros ribetes que llevaron a la Contraloría de ser un mero órgano a cargo de la contabilidad de la Nación, a ser el principal “dique de contención” frente al actuar de la Administración, sirviendo como institución fundamental en el sistema de Derecho Administrativo actual en nuestro país.

2. Periodo previo a la creación de la CGR (-1927)

La necesidad del control en materia financiera aparece tan ligada a la idea de una buena Administración, que incluso es posible remontarse al año 1541, con el primer cabildo de Santiago, en donde ya se habían contemplado métodos para el correcto uso de las Cajas

Reales¹. Posteriormente, en los albores de la República, es posible encontrar otro antecedente de la Contraloría en el Tribunal Mayor de Cuentas, que data de 1820, posteriormente reemplazado por una Comisión de Rezagos, Inspección de Cuentas, y Mesa de Residencia.

Luego de una serie de reorganizaciones de los órganos encargados de materias financieras, cuyas atribuciones relativas a la Hacienda Pública se encontraban dispersas, es que en la década de 1920, el gobierno de la época recibió un movimiento norteamericano que ya venía trabajando hace algún tiempo en el continente: la Misión Kemmerer, encabezada por Edwin Kemmerer y otros economistas estadounidenses.

Las propuestas hechas por esta comisión apuntaban a materias netamente económicas. Entre ellas, se puede destacar la creación del Banco Central en 1925 por Decreto Ley N° 486. Ligado a esto, la Misión Kemmerer, además, implementó limitaciones para impedir que especulasen con la moneda nacional². La Misión además, efectuó una reforma tributaria estableciendo el impuesto a la renta; vinculó la moneda nacional al patrón oro, basándose en las reservas del Banco Central; crea la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República, siguiendo un patrón similar al que se había utilizado en otros países de América.³ Se señala en doctrina, que la Contraloría ayudaría a que el financiamiento de inversiones no desajustara el presupuesto y contribuyera a la inflación⁴.

El proyecto impulsado por la Misión Kemmerer para la creación de la Contraloría, constaba de 59 artículos y 4 transitorios, dentro de los cuales se le entregó una serie de funciones que apuntaban específicamente a las finanzas públicas, labores de índole técnica, dentro de las cuáles es posible destacar la implantación del método de contaduría y determinación de formularios, documentos y estados de cuentas que requieran las oficinas del gobierno⁵; supervigilar y fiscalizar los fondos del papel sellado, estampillas, etc., que pertenezcan al Estado, o se hallen bajo la custodia de empleados fiscales; examinar e

¹ VERGARA, Alejandro. El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los Nuevos Estándares de Buena Administración. *En*: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 103.

² FERNANDOIS, Joaquín. Mundo y Fin de mundo. Chile en la política mundial 1900-2004. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 98.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ ESPINOZA, Marcela. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1980. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho., 1983, p. 21.

inspeccionar las cuentas de los agentes y funcionarios encargados de los manejos de fondos públicos; fijar plazos en que estas cuentas deben rendirse; examinar libros, cuentas y documentos de las Municipalidades, entre otras labores⁶.

Bajo estos parámetros expuestos por la Misión Kemmerer es que con fecha 26 de marzo de 1927 se crea la Contraloría General de la República por Decreto Ley n° 400 Bis.

3. Los primeros años de la Contraloría General de la República (1927-1943)

La CGR tiene su origen legal en el DL 400 bis de 1927. Este DL es el primero de una serie de normas que dieron forma a la CGR. En estas normas, las modificaciones hechas a la institución fueron variadas, pero siempre conservando un parámetro de funcionamiento similar al original, al menos en sus primeros años.

Así, el DL 2960 bis deroga al DL 400 bis, reiterando una potestad que ya venía de 1894: la toma de razón de los decretos supremos, con un estándar de legalidad y constitucionalidad para el control⁷. Esta atribución tiene particular relevancia, porque ante la pasividad de los Tribunales de Justicia, que además de ser reacios a entregar su opinión, eran excluidos de la discusión política, y frente a que su rol se redujo a la mínima expresión, es que la Contraloría toma protagonismo, al ser considerada como un sustituto adecuado al examen judicial⁸.

El objetivo de la toma de razón era asegurar que los reglamentos, y otros actos administrativos, fueran consistentes con las normas legales y constitucionales que los autorizaban. Este control, tenía ciertas particularidades: en primer lugar, dicho control se ejecutaba con anterioridad al que las decisiones administrativas hubieren sido tomadas, cuestión que lo diferencia del control judicial; en segundo lugar, el organismo encargado de efectuar la toma de razón, era independiente del gobierno, pero parte del sistema central de Administración; y por último, aun cuando las decisiones de la Contraloría no eran estrictamente vinculantes, de todas formas se acataban⁹.

⁶ Ibid., 22.

⁷ CORDERO, Luis, La Jurisprudencia Administrativa en Perspectiva: Entre Legislador Positivo y Juez Activista. En: Anuario de Derecho Público 2010. Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 175.

⁸ FAÚNDEZ, Julio. Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 138.

⁹ Ibid., 139.

El DL 2.690 bis agrega una nueva potestad al Contralor, que conforme al Art. 7 de dicho cuerpo legal, es “emitir informe por escrito, a petición de cualquier jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la Administración de los bienes nacionales de cualquier ítem de presupuesto, fondo especial o reserva, o sobre la legalidad de los desembolsos o disposición de cualquiera 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”, no obstante mantener las atribuciones respecto a contabilidad general de la Nación¹⁰, como puede verse también en el Decreto n° 4.202, que viene a aprobar las resoluciones 546 y 547 de la Contraloría que versan sobre el mismo tema financiero, Decreto n° 162 de Hacienda de 1928, DL n° 1.789. La tónica de las atribuciones cambia con el DL n° 258 de 1932, en el cual se entrega al Contralor General la facultad de “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos”¹¹.

En el año 1932 se dictó el Decreto Ley 258, que fija la estructura definitiva de la Contraloría¹². En este punto de la evolución de la CGR, se pueden evidenciar dos fuertes tendencias: se acentuaron las facultades fiscalizadoras en materia contable y financiera, además de la posibilidad de revisar todos los actos de la Administración para evitar que se ejecutasen aquellos contrarios a las normas legales¹³.

4. Consagración Constitucional de la CGR y Ley Orgánica Constitucional de CGR: 1943 a 1964.

Luego de esta evolución, es que en el año 1943 la Contraloría alcanza rango constitucional en virtud de la Ley 7.727. Esta reforma, vio su origen a raíz de que en los primeros años de la CGR, el Poder Ejecutivo no consideró adecuadamente la relevancia de la institución de la Toma de Razón. Esto se reflejó en la existencia de los llamados “decretos nonatos”, que consistían en la emisión de un decreto de insistencia en conjunto con la dictación del decreto sometido al conocimiento de la CGR, lo que intentó reducir a la ineficacia del trámite de toma de razón. Este abuso del decreto de insistencia, generó

¹⁰ ESPINOZA, Marcela. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1980. Ob. Cit., p. 30.

¹¹ Ibid., 35.

¹² CORDERO, Luis, La Jurisprudencia Administrativa en Perspectiva. Ob. Cit., p. 176.

¹³ Ibid., 179.

desorden en el manejo del gasto público¹⁴. De ahí, que la reforma constitucional de 1943 pretendiera introducir orden en los manejos de la Hacienda Pública, con la finalidad de terminar con todos los mecanismos que podían estimular los gastos fiscales y por lo tanto, contribuir al desequilibrio económico¹⁵.

Y es que efectivamente, llama la atención, la razón por la cual se le otorgó rango constitucional a la Contraloría. En principio, la reforma constitucional de 1943, apuntaba a dos fines: elevar a rango constitucional al órgano contralor, con la finalidad de que el Poder Ejecutivo tuviera un contrapeso a nivel constitucional, y obtener una limitación a la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos¹⁶. Por la naturaleza de este trabajo, es que nos abocaremos al estudio del rango constitucional del órgano contralor.

Diversos factores permiten comprender el contexto y las necesidades que llevaron a la dictación de la ley 7.727. A rasgos generales, podemos entender que la consagración constitucional de la Contraloría General de la República obedece a una evolución institucional que buscaba responder a las nuevas exigencias de la realidad política de la época, que veía necesario limitar la excesiva flexibilidad en el aumento constante del gasto público¹⁷. Esta causal se vio agravada por el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, que sirvió como alerta respecto a la necesidad de regular los gastos para evitar dificultades posteriores.

Desde una perspectiva política, y en esto nos remitimos directamente a la Historia de la Ley, ya mencionamos que la consagración constitucional de la Contraloría, obedece a razones financieras: al ser la CGR la encargada de ordenar las finanzas públicas, se buscaba limitar la iniciativa parlamentaria respecto al gasto público por un lado, y a frenar el uso indiscriminado de los decretos de insistencia dictados por el Poder Ejecutivo, que permitían contemplar, a través de estos, gastos no previstos en la Ley de Presupuestos.

Gracias a esta modificación constitucional, parte de la doctrina considera que la Contraloría obtuvo la importancia que siempre debió tener, y que no ostentó dada su

¹⁴ FAÚNDEZ, Julio. Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973. Ob. Cit., pp. 142–143.

¹⁵ ESPINOZA, Marcela. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1980. Ob. Cit., p. 38.

¹⁶ A este respecto, ver la Historia de la Ley 7.727 de 23 de Noviembre de 1943, en donde se limita la iniciativa parlamentaria en lo respectivo a gastos público, y donde además, se le otorga el rango Constitucional a la CGR; además, ver: FAÚNDEZ, Julio. Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973. Ob. Cit., pp.142 y ss.

¹⁷ SILVA, Enrique. Contraloría General de la República. Santiago, Editorial Nascimento, 1945, pp. 379–381.

creación posterior a la Constitución de 1925, que de acuerdo a esta misma doctrina, la establece como un “Poder Contralor”. Lo anterior, permite entender a la Contraloría como un contrapeso a los otros poderes del Estado, ya que de esta forma, el ascenso a rango constitucional permitió que el órgano fiscalizador fuera plenamente independiente del sujeto de control¹⁸.

A modo de conclusión en este punto, la consagración constitucional de la CGR viene a cumplir tres funciones: 1) Disciplinar a una Administración que abusaba del decreto de insistencia; 2) Controlar el gasto público; 3) Funcionar como freno al presidencialismo.

Nueve años después, se dicta la Ley 10.336 de 1952, en donde se sistematiza y fija la forma en la que ejercerá sus funciones la CGR en lo sucesivo, siendo de suma importancia la incorporación de la vinculatoriedad de los dictámenes y la jurisprudencia administrativa a los abogados de la Administración que no estuvieran a cargo de la defensa fiscal¹⁹.

Por último, en el año 1964, el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 10.336, hasta hoy vigente, viene a agregar las atribuciones interpretativas vinculantes de la Contraloría²⁰.

Esta evolución institucional responde principalmente a la inexistencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo y la ausencia de un órgano que garantizara la supremacía constitucional de la CGR respecto de los actos de la Administración. Con esto, la CGR pasa a tomar un rol protagónico gracias al control preventivo de los actos de la Administración consagrado en la toma de razón, y la potestad de interpretar la ley aplicable a la Administración²¹. A esto se suma el hecho que las presentaciones de terceros en medio de la toma de razón, la transformaron en una sede de decisión contencioso-administrativa, aun cuando la Contraloría carece de jurisdicción²², como se verá más adelante en este trabajo.

¹⁸ Ibid., 373.

¹⁹ CORDERO, Luis, *La Jurisprudencia Administrativa en Perspectiva*”. Ob. Cit., p. 177.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., 180.

²² VERGARA, Alejandro. *El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los Nuevos Estándares de Buena Administración*. Ob. Cit., p. 107.

5. La CGR y su funcionamiento posterior a la consagración constitucional y su LOC: 1964 a la actualidad.

Podemos afirmar que habiéndose otorgado el rango autónomo a la CGR, y la posterior dictación de su Ley Orgánica Constitucional, se fijó el marco normativo en que la CGR habría de operar hasta la actualidad; se configura un órgano de control dotado de atribuciones sistematizadas en la ley, y que además detenta el carácter de autónomo. Expuestos estos dos hitos, desde la dictación de la LOCCGR a la fecha, la CGR no ha presentado mayores modificaciones legales. Desde esta perspectiva, lo que más ha de llamar la atención a lo largo de su ejercicio, será el comportamiento de la CGR al ejecutar sus funciones de control.

Siguiendo con su evolución normativa, cabe señalar que durante este período se otorgó cierta independencia económica a la CGR para efectuar sus funciones, lo que se traduce en una mayor definición de la posición del órgano en la Administración. Varios años después, el órgano de control se enfrenta con el gobierno de la Unidad Popular, cuestionando la legalidad del programa económico que propuso aplicar el presidente Salvador Allende²³.

Es precisamente en este período que se suscitan algunos conflictos en el alcance del control del órgano. La CGR estaba orientada a ser un órgano de control estricto, cosa que se manifestó desde su creación. Sin embargo, la CGR dio un vuelco en su función de control, extendiendo el ámbito de acción de sus facultades fiscalizadoras. Esto generó, en consecuencia, conflictos con el gobierno de turno; junto con el conflicto a propósito del cuestionamiento a la legalidad del programa económico del gobierno; se sumó otra situación en donde se enfrentó la decisión del Ejecutivo, y la apreciación del órgano Contralor a propósito de la toma de razón²⁴.

²³ RUIZ-TAGLE, Pablo. Una Contraloría que sirva a todos los chilenos. [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0418/2/material_docente/previsualizar?id_material=264925> [consulta: 1 de febrero de 2016], p. 3.

²⁴ En lo relativo al conflicto entre el Ejecutivo y el órgano Contralor a propósito de la Toma de Razón en el período de 1970-1973, ver MILLAR, Javier. Alcance del Control de Legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia), dic. 2000, vol. 11, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-0950200000100008&script=sci_abstract> [consulta: 4 de marzo de 2016] p.83-94.

Hasta entonces, la CGR siempre se manifestó muy reacia a hacer un control de legalidad que fuera extensivo al mérito de la decisión administrativa propiamente tal. La CGR sólo se remitía a hacer un control más bien formal, en que se confirmara que el acto administrativo sometido a su conocimiento para toma de razón, se ajustara a la ley. Tal es el caso, que dicha opinión fue sostenida por la propia CGR en el año 1971, en donde señalaba que el control ejercido por el Congreso Nacional, era más amplio que el ejercido por el órgano contralor, pudiendo el Congreso aceptar la evaluación de aspectos de conveniencia y mérito de la decisión administrativa²⁵. Sin embargo, esta posición restringida del control de los actos administrativos respecto de la CGR, se vio modificada a propósito de los actos requisitorios.

La CGR, que inicialmente fue un órgano muy estricto en cuanto el control de legalidad formal. En el año 1972 extendió su ámbito de control al mérito de la decisión administrativa, a través de un dictamen en que se representó la requisición de la industria de cobre Madeco, aun cuando el Ejecutivo estimó que concurrían las causales para hacer procedente la medida²⁶. En el mismo dictamen, la CGR determinó que la Administración debía fundamentar los hechos en que se basa su decisión²⁷, entrando de lleno en el terreno de calificar la pertinencia del acto dictado por la Administración.

A la luz de lo anterior, la CGR se había convertido en un órgano tremendamente activo, evaluando el fondo de las decisiones que correspondían al Ejecutivo. Esto se ve acentuado con la emisión del dictamen 70.118. En ella, la CGR determinó que el criterio bajo el cual interpretaría las normas, sería un criterio finalista; no sólo se debía interpretar la norma atendiendo a su tenor literal, o recurriendo a otros criterios, como son la historia fidedigna, o haciendo una interpretación sistemática en relación a las demás normas que la modifiquen o complementen²⁸, sino que también, la interpretación de la norma debe ser en relación al fin dado por el legislador a ésta, con lo que dicha aplicación de la norma, debe ser acorde con los fines de política pública del poder que las aprueba.

²⁵ Ibid., 85.

²⁶ En tal sentido, la CGR señaló la requisición no era una medida del todo idónea, sugiriendo una diversa a la decretada por la Administración. Ver *ibid.*, 87.

²⁷ *Ibid.*, 88.

²⁸ En el mismo sentido, las Memorias de la CGR correspondiente al año 1971 dan cuenta de dicho criterio: “la función interpretativa de la ley administrativa, que corresponde fundamentalmente a la Contraloría General de la República, se orienta con un criterio finalista, buscando la norma de derecho, que es un ordenamiento para la acción social, el objetivo o fin que esta lleva implícito”. Contraloría General de la República. Memoria de la Contraloría General de la República correspondiente al año 1971. Santiago, 1972, p. 10.

Sin embargo, esta postura se vio modificada durante el período de dictadura militar. Luego de cumplir un rol activo, y prácticamente co-administrando, su actuar nuevamente se vio reducido a la legalidad estricta. Hubo diversos actos que fueron eximidos del trámite de toma de razón, como las órdenes de detención o prohibiciones de entrar al país. La CGR ejerció sus funciones sin ningún contratiempo ni oposición en el período de dictadura²⁹. El órgano contralor, si bien mantuvo su posición en cuanto a la interpretación finalista de la ley administrativa, no representó un mayor obstáculo para la Administración de la época, mucho menos tuvo un rol tan activo como se observó en el período anterior. De aquello, dan cuenta las Memorias de la CGR correspondientes a los años de dictadura, en donde las principales funciones desempeñadas, fueron la fiscalización de las finanzas públicas, la interpretación de la ley y la toma de razón, sin mayores conflictos con la autoridad de turno.

Otro aspecto a destacar dentro de la evolución de este órgano, lo constituye el hecho que la CGR se situó en el tope de lo que algunos han denominado “Sistema Nacional de Control”, configurando de esta forma el punto culmine de la expansión de atribuciones de la CGR. Esta atribución significaba que el órgano contralor termina teniendo sobre sí el peso del control absoluto de los demás órganos administrativos en cuanto a revisar la legalidad de sus actos.

El origen de esta noción, radica principalmente en la visión de la Administración como un todo armónico, en el que se asimila a la Administración como una empresa gestionada conforme a actividades compuestas de tres fases de autoridad que interactúan entre sí: la planificación, la dirección y el control³⁰. Normativamente, esta apreciación se ve reconocida en el Decreto Ley N° 1.263 del año 1975, que modifica la LOAFE, y que dio amplias facultades a la CGR para el control de la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas, las que con posterioridad, y representada la posibilidad de conflicto entre el Ejecutivo y la CGR por las atribuciones dadas en el Decreto Ley antes mencionado, decidieron derogar mediante el Decreto Ley N° 2053 de 1977³¹, pero cuyos principios se encuentran vigentes en el actuar contralor hasta nuestros días³².

²⁹ RUIZ-TAGLE, Pablo. Una Contraloría que sirva a todos los chilenos. Op. Cit., p. 3.

³⁰ PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 234 y ss.

³¹ TOGNARELLI, Giuliano y 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. Memoria para

5.1. Contraloría General de la República en la actualidad.

Hoy, la Contraloría se encuentra regulada en el Artículo 98 de la Constitución Política de la República³³. En consideración a su posición dentro de la Administración en cuanto a la función de control, se le ha dotado de una serie de características que la hacen particularmente distinta a otros órganos.

- 1) Órgano constitucional: regulado en los artículos 98 y 99 de la Constitución, y por mandato de ella misma en una LOC, implica que será en la Carta Fundamental donde se establecerán sus competencias públicas, que por ese hecho se transforman en únicas, exclusivas y excluyentes³⁴.
- 2) Constitucionalmente autónomo: implica que sólo existirá sumisión de la Contraloría a lo que la Constitución y a la ley, que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones. Los órganos constitucionalmente autónomos no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, lo que en definitiva deriva en que sean órganos acentralizados³⁵, que no debe confundirse en todo caso con que tenga un absoluto poder de autodeterminación, ya que siempre estará sometida a lo que condicione el legislador.
- 3) En principio, sujeta a su control la totalidad de la Administración Pública, incluyendo privados: conforme a lo que determina la Constitución, la Contraloría ejerce el control de legalidad sobre los actos de la Administración, fiscaliza el ingreso e inversión de los fondos del fisco, municipalidades y de los demás

optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, p. 100 Nota al pie; Ver también: CORDERO, Luis, La Jurisprudencia Administrativa en Perspectiva". Ob. Cit.

³² AYLWIN, Arturo. Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General de la República. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002). Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 17.

³³ Artículo 98 CPR.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

³⁴ CORDERO, Luis. El Principio del Control Público en el Derecho Administrativo Chileno. Apunte de clases. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo semestre de 2006, p. 57.

³⁵ Ibid.

organismos y servicios que determinen las leyes, examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades. Si bien ha existido una tendencia a excluir ciertos órganos del control de la Contraloría, de todas formas el control persiste, incluso en aquellos órganos privados que reciban fondos públicos³⁶

- 4) No puede ejercer su competencia mientras existan asuntos litigiosos: conforme a lo prescrito por el artículo 6 inciso tercero de la Ley 10.336, la Contraloría no puede intervenir ni informar en asuntos que por su naturaleza sean litigiosos o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia; la jurisprudencia administrativa ha entendido que este principio es válido tanto tratándose de juicios pendientes como respecto de aquellos en que ya se ha dictado fallo.³⁷

En cuanto a las funciones que detenta son las siguientes³⁸:

- Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, que de conformidad al artículo 99 se realiza a través de la toma de razón.
- Fiscalizar el ingreso y los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determine las leyes
- Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo dichos bienes
- Llevar la contabilidad general de la nación
- Las demás que determine su ley orgánica. En este sentido, destacan:
 - o Emitir dictámenes jurídicos
 - o Registro del personal de la Administración del Estado.
 - o Registro de las declaraciones de interés.
 - o Recopilar y editar leyes, reglamentos y decretos de interés general.

La Ley Orgánica Constitucional 10.336, como ya se dijo, es la que otorga a la Contraloría la facultad de emitir dictámenes, que es objeto de este trabajo, y que se traduce, en definitiva, en un control de legalidad que va más allá de la mera toma de razón. La facultad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, se lleva a cabo a través de dos mecanismos esenciales. En primer lugar, mediante el trámite de toma de razón de los decretos y resoluciones sometidos a este trámite; en segundo lugar, este control se

³⁶ Ibid., 65.

³⁷ Ibid., 66.

³⁸ Ibid., 71.

practica mediante la emisión de dictámenes, constitutivos de la llamada jurisprudencia administrativa, regulado en la Ley 10.336.³⁹

³⁹ PALLAVICINI, Julio. Control de Constitucionalidad de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público (72): p. 109; 2010.

CAPÍTULO 2. AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y TOMA DE RAZÓN, COMO BASES DE LA POTESTAD DICTAMINANTE.

1. Consideraciones Previas

La doctrina está conteste en destacar la relevancia de la independencia de los órganos que han de ejercer las funciones del Estado, a fin de asegurar un sistema de frenos y contrapesos que controle el correcto ejercicio del actuar estatal. Una de las vías para llevar a cabo este fin, radica en la creación de un diseño institucional que descansa en principios como el control y la independencia. Lo anterior es de suma importancia, ya que si quien ejerce el control no es independiente, su actuar puede verse eventualmente afectado por los intereses del órgano del cual depende.

En nuestro ordenamiento jurídico se busca asegurar la independencia mediante instituciones tales como la autonomía constitucional. La razón de ser de dicha posición – autónoma- dentro de la organización estatal, estriba en diversos motivos. Así por ejemplo, se entiende la autonomía de algunos organismos del Estado en el marco de la labor técnica que desempeñan, como el Banco Central⁴⁰; en la intención de sustraer la función investigativa de la asignación tradicional de funciones estatales para asegurar imparcialidad, como en el Ministerio Público⁴¹; en la idea de organizar funcionalmente al Estado, como en el caso de las municipalidades, y otros organismos a los que la Constitución Política de la República les atribuye esta característica, pero que no son parte de este trabajo.

En cuanto al control en nuestro ordenamiento, tal es la relevancia que junto con la independencia del órgano encargado de controlar los actos de la Administración, se establece la forma en la que se llevara a cabo dicha función. Por lo tanto, considerando la independencia del órgano y el control que ha de ejercer, es que la institución más relevante en cuanto al control de la Administración, es el control de la legalidad que efectúa la CGR, lo que se analizará en la segunda parte de este capítulo.

⁴⁰ FERRADA, Juan Carlos. La Autonomía del Banco Central: Breve excursio acerca de su contenido jurídico. Gaceta Jurídica (203): p. 26–38, 1997.

⁴¹ ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). Revista Ius et Praxis (13): 223–244. 2007.

En el caso de la Contraloría General de la República, se ha dicho que esta autonomía se establece constitucionalmente en razón de sus atribuciones señaladas de modo general, en el artículo 98 de la Constitución Política de la República y, en forma específica, en su respectiva Ley Orgánica Constitucional. Esta autonomía tiene sentido, dado que un órgano que controle la Administración ha de tener por lógica la independencia necesaria de ésta para poder llevar a cabo el control en forma efectiva, pues no es razonable que quien controle o vigile la legalidad de un acto sea el mismo sujeto que lo dicte.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo es que la toma de razón y la autonomía constitucional que detenta la CGR, pueden vincularse como instituciones que sirven para entender la potestad dictaminante en cuanto a su funcionamiento. En el presente capítulo, se verá cómo interactúan ambas instituciones, y cómo explican que el control de legalidad de los actos se radique exclusivamente en CGR, que se llevará a cabo mediante la toma de razón, y la potestad dictaminante.

2. El concepto de Autonomía

Siendo claro el hecho que las autonomías poseen una relevancia particular dentro del entramado institucional chileno, llama la atención la ausencia de un concepto unívoco y la dispersión del debate. Este hecho no es menor, puesto que según como entendamos la autonomía, y dada la falta de una delimitación precisa en el diseño institucional, la necesidad ha llevado a “interpretar” dichas funciones, ampliando las atribuciones de ciertos órganos, lo que genera algunas peculiaridades respecto a la aplicación de criterios y los efectos generados a raíz de sus atribuciones⁴².

2.1. Diversos conceptos de Autonomía

Existe discusión en cuanto a qué debe entenderse por autonomía constitucional. La discusión, va desde la asimilación de la autonomía con autarquía, a la supuesta negación de la posibilidad de aplicar el concepto en Chile, dado el carácter unitario de nuestra organización política. Lo cierto es que gran parte de estas explicaciones, si bien permiten dar una luz respecto a que la extensión de esta característica va a encontrar siempre como límite

⁴² En ese sentido, ver: FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, Desarrollo y Legalidad*. Chile, 1831-1973. Ob. Cit., pp. 140-141 y 144-147.

la Ley y la Constitución, que en el caso de la Contraloría General de la República - especialmente-, no basta para subsanar las deficiencias derivadas de las carencias de la ley en cuanto a la delimitación de las atribuciones.

Buena parte de estas ideas en torno a la autonomía constitucional otorgan directrices en torno a la extensión de esta característica; existe consenso en que el límite de la autonomía constitucional, será la Ley y la Constitución. Sin embargo, en el caso particular de la CGR, a nuestro criterio, el que no exista un concepto unívoco de Autonomía Constitucional, conjugado con el escaso tratamiento de ciertas atribuciones, deviene en que el órgano contralor extienda sus facultades –particularmente la potestad dictaminante–, y por ende, pueda interpretar la ley y juzgar, más allá de los casos contemplados originalmente.

Para los efectos de determinar qué ha de entenderse como Autonomía Constitucional, nos parece relevante citar tres posiciones doctrinarias, que podemos entender la autonomía: 1) Como un concepto polisémico; 2) Desde una perspectiva orgánica del ordenamiento; y 3) En el marco de la exclusividad de funciones del órgano autónomo.

2.1.1. Autonomía como concepto polisémico.

Esta posición, expone cómo el concepto de autonomía se ha entendido como “polisémico” dentro del Derecho Público, es decir, con más de un significado, entendiéndola en dos ámbitos: en el de distribución territorial y en el de distribución funcional del poder.

El primer ámbito, se encontraría ligado a un concepto de autonomía política, propio de estados regionales o federales, pero separado del concepto de autarquía. En el ámbito de distribución formal del poder, la autonomía se asocia a la independencia de los órganos estatales y también a la potestad de autonormación que detentan dichos órganos⁴³.

En este sentido, esta posición doctrinaria señala que incluso en el Derecho comparado existe diversidad de conceptos. En doctrina italiana, la autonomía en ése ordenamiento se ha podido entender como “una especial relación de un ordenamiento jurídico en relación a otro” (Santi Romano), como “la potestad de un ente público para dar

⁴³ ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). Ob. Cit., p. 227.

leyes en sentido material destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal” (Virga), y como “la facultad que tienen algunas asociaciones de organizarse jurídicamente, de crear un derecho propio, derecho que no solo es reconocido como tal por el Estado, sino que lo incorpora a su propio ordenamiento jurídico y lo declara obligatorio, como las demás leyes y reglamentos” (Zanobini)⁴⁴. Agrega además la discusión en doctrina española, que también coincide en que la autonomía toma diversas formas y que ante la falta de un significado preciso, es necesario conducir el esclarecimiento de la definición a la Constitución y la jurisprudencia. Aun así han existido intentos por dar una definición común. Tal es el caso de Luciano Parejo Alfonso quien define a la autonomía como “...una cierta (derivada y limitada) capacidad de autorregularse”⁴⁵.

Esta posición doctrinaria no toma partido por un concepto específico de autonomía y asumiendo el carácter polisémico de éste, estima necesario entender la autonomía en la medida que el marco legal permite, es decir: existe una distribución territorial del poder que posee autonomía dentro del marco de un Estado Unitario, como en el caso de las Municipalidades y Gobiernos Regionales, y existe una distribución funcional del poder con autonomía, que es el caso de las autonomías constitucionales⁴⁶. Las autonomías constitucionales, que son las que nos interesan para efectos de este apartado, esta parte de la doctrina las concibe como un haz de propios poderes de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución, siendo este haz de propios poderes, un conjunto de funciones y atribuciones que entrañan entre otros poderes jurídicos, una potestad de autonormación y el ejercicio de estos poderes con independencia en los cuadros orgánicos del Estado⁴⁷.

2.1.2. Autonomía, desde una perspectiva orgánica.

Otra posición doctrinaria, distingue entre autonomía política y autonomía administrativa. La primera clasificación, señala que la autonomía abarca la organización vertical del Estado, pero además agrega a su clasificación la distribución horizontal del poder en funciones ejecutivas, legislativas y judiciales; mientras que la autonomía administrativa

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., 228.

⁴⁶ Ibid., 229.

⁴⁷ Ibid., 229–230.

dice relación con la ausencia de vínculo jerárquico entre el órgano y el poder central, otorgando cierta independencia en su actuar⁴⁸.

Se señala, además, que en el contexto de nuestro ordenamiento no es posible entender la autonomía como una autarquía o la facultad de poder darse su propia regulación, dado que éste se encontraría vinculado estrechamente a una descentralización política que es contraria a lo prescrito en la Constitución, en relación a que Chile es un Estado unitario. Sin embargo, es posible entender la aplicación del concepto en el ámbito de la autonomía administrativa, es decir, con el grado de cercanía (o jerarquía) que tiene el órgano con el Presidente⁴⁹.

Por ende, la autonomía debe ser entendida en el marco de un Estado unitario, que sólo admite una descentralización administrativa y no política. El origen de la autonomía, puede ser constitucional o legal, existiendo en el primer caso una garantía institucional respetada por el legislador en su núcleo esencial, y en el segundo caso, el legislador puede establecer diversos niveles de autonomía, de intensidad variable.

2.1.3. Autonomía, en el marco de la exclusividad de funciones.

En un sentido diverso, esta posición doctrinaria, para explicar el significado y alcance de la autonomía, se apoya en una definición de autonomía dada por Manuel Daniel, y citada por el Tribunal Constitucional estableciendo que "...autonomía significa el poder de darse su propia ley o norma, poder que, aplicado a un órgano administrativo, puede resultar equívoco, puesto que la Administración está subordinada a la ley y sus órganos sólo pueden estar regidos por las normas que sean o deriven de la ley. Como la competencia que se radica en los órganos o servicios descentralizados es para administrar determinados intereses, sin la jerarquía del poder central, sería más bien una situación de "autarquía" la de estos entes: autarquía significa la atribución de administrar por sí mismo"⁵⁰. Como podemos ver, la definición seguida por el Tribunal Constitucional tiende a acercarse a la definición dada por

⁴⁸ CORDERO, Eduardo. La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía, En: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 16.

⁴⁹ Ibid., 20–21.

⁵⁰ CORDERO, Luis. La Autonomía Constitucional [en línea]<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D123A0525/2/material_docente/bajar?id_material=163241> [consulta: 04 de marzo de 2016], p. 4.

Luciano Parejo Alfonso, y señala expresamente la posición autárquica que ha sido rechazada por parte de nuestra doctrina nacional.

La autonomía se ejerce respecto de las funciones y atribuciones que les encomienda la Constitución a cada uno de los órganos que tengan este carácter. Por ello, es que para definir el ámbito de la inmunidad constitucional, o su autonomía, hay que remitirse a las funciones y atribuciones que la Constitución les encomendó, de tal forma que esta facultad se extiende sólo al ámbito expresamente descrito por la Carta Fundamental⁵¹.

2.2. Similitudes entre estas posiciones.

A pesar las diferencias señaladas, cabe destacar que aparecen nítidamente ciertos puntos comunes entre las posiciones doctrinarias mencionadas. De esta forma, aparece con claridad que la autonomía definitivamente se aleja de la idea de descentralización administrativa⁵², desarrollada con anterioridad a la Constitución de 1980 y que ésta intentó sistematizar. Ésta idea se caracteriza principalmente por dotar al órgano administrativo de personalidad jurídica y patrimonio propios, regir a su personal por un estatuto administrativo y por gozar de independencia en la Administración de su patrimonio y ejercicio de sus competencias, pero siempre ligadas al Presidente de la República o Ministerio por un vínculo de tutela.⁵³

Otro punto en común en la doctrina analizada, lo constituye el objetivo con el que se plantea la autonomía dentro del orden constitucional. Así, se plantea como un ámbito de protección en diversos niveles; para la posición polisémica, constituye un haz de “propios poderes”, conformado por funciones y atribuciones diversas con una limitada potestad de autonormación, pero otorgado constitucionalmente, transformándolo en un ámbito diferenciado de otros órganos⁵⁴. En un sentido similar, se ha precisado que dichas atribuciones y funciones que se otorgan a los órganos forman parte de la autonomía, siendo el núcleo de ésta el ejercicio exclusivo de la competencia que se le otorga, por lo que nadie podría intervenir en dichas funciones sin que la Constitución Política de la República lo

⁵¹ Ibid., 7–8.

⁵² Ibid., 2; ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). Ob. Cit., p. 229.

⁵³ CORDERO, Luis. La Autonomía Constitucional. Ob. Cit., p. 2.

⁵⁴ ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). Ob. Cit. p.229 y s.

permita⁵⁵. En un ámbito distinto, también se plantea la autonomía como una garantía institucional respecto del legislador, de modo que éste último pueda ser capaz de regular las funciones y atribuciones, pero sin poder alterar su esencia⁵⁶.

Finalmente, existe pleno consenso respecto a los límites de la autonomía. La doctrina citada anteriormente es unánime en señalar que, dado el contexto de un Estado Democrático y de Derecho, es un elemento básico de ésta que la autonomía siempre estará enmarcada y deberá respeto a la Constitución y las leyes⁵⁷, debiendo verse sometido a las decisiones tomadas por el Poder Legislativo en razón de sus labores como constituyente derivado.

2.3. Autonomía a la luz de la Jurisprudencia Administrativa de la CGR.

La Contraloría ha entregado ciertas luces de lo que puede entenderse como autonomía. Si bien no otorga un concepto expreso, sí se pueden inferir ciertos parámetros para determinar qué significa que la CGR sea un órgano constitucionalmente autónomo.

La propia CGR, consciente de su rol como órgano autónomo constitucional, reconoce dicha característica al momento de emitir ciertos dictámenes e informes, y el énfasis está dado en la independencia de funciones respecto de los demás órganos del Estado. Este hecho podemos advertirlo en algunos pronunciamientos de la CGR, como el dictamen número 22.049 de 03 de agosto de 1990, y el dictamen número 22.426 de 07 de agosto de 1990, en los cuales, frente a los recursos de apelación interpuestos en contra el subsecretario de Relaciones Exteriores, en donde se ha dado lugar a que se oficie al Contralor para que se abstenga de tomar razón del decreto aludido, la CGR invoca la toma de razón como atribución otorgada constitucionalmente, siendo una facultad privativa del órgano Contralor, además de hacer mención a que precisamente la autonomía constitucional de la que este órgano goza, la hace independiente de los demás órganos, concluyendo que los únicos órganos a los que les corresponde cierta injerencia en la atribución de tomar razón, es al Presidente de la República mediante la insistencia, y al Tribunal Constitucional conforme al Art. 92 de la CPR, por lo que cualquier otra otra determinación relacionada con

⁵⁵ CORDERO, Luis. La Autonomía Constitucional. Ob. Cit., p. 8.

⁵⁶ CORDERO, Eduardo. La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía. Ob. Cit., p. 22–23.

⁵⁷ Ibid., 32; CORDERO, Luis. La Autonomía Constitucional, Ob. Cit. p. 6; ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). Ob. Cit., p. 244.

el ejercicio de la señalada potestad de tomar razón no se concilia con lo dispuesto en Art. 6 y Art. 7 de la misma ley suprema, y por ende, la legalidad de los actos de la Administración.

La Autonomía Constitucional de la que goza la CGR, también ha sido materia de discusión a propósito de la ley de Transparencia. Y es que en el proyecto de dicha ley, en los términos sostenidos por la propia CGR, “hay disposiciones que son inconciliables con su condición de órgano autónomo”. Una de ellas, es aquella que otorga competencia al Consejo de la Transparencia – entidad sujeta a la fiscalización de la CGR – para conocer de reclamaciones en contra de decisiones del Contralor en materia de transparencia y acceso a la información o emitir pronunciamiento o instrucciones vinculantes a la CGR, u otorgar competencia al Consejo para supervigilar la actividad de la CGR, instruir a su respecto procesos sancionatorios, o aplicar sanciones al Contralor o funcionarios que de él dependan. Lo mismo ocurre, respecto a establecer un régimen sancionatorio a cargo de un organismo legal, lo que tampoco fue considerado prudente por el órgano contralor. La CGR, en este caso, sugirió eliminar la mención que el Art. 2 del proyecto en comento hacía a ese organismo y elaborar un artículo análogo, similar al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados para regular al Banco Central, tal como lo ejemplifican los dictámenes 35.397 de 06 de agosto de 2007, y el dictamen 37.545 de 20 de agosto de 2007.

Otro punto destacable, es cómo la autonomía constitucional también adquiere relevancia en los sumarios substanciados por la propia CGR. Esto podemos encontrarlo reflejado en el dictamen 55.817 de 01 de septiembre de 2011. En donde ha mencionado expresamente que los sumarios que ésta ha llevado, se han tramitado con arreglo a la ley 10.336 y Resolución 236 de 1998, y reglamentos de sumarios instruidos por la CGR sobre la base de la autonomía e independencia, y garantía de derechos fundamentales de los involucrados.

3. Toma de Razón como Antecedente del Control de Legalidad Genérico.

La toma de razón, es un mecanismo de control de los actos de la Administración. Como se mencionó, la Administración es controlada por distintas vías. La más reconocida es

la ejercida por la Contraloría General de la República a través de la toma de razón⁵⁸, trámite emblemático del órgano contralor, que ha sido objeto de sendos estudios en torno a su origen, rol en la creación del acto administrativo, relaciones con la constitucionalidad de los actos, entre otros tópicos.

Este trámite es, a nuestro gusto, uno que representa por excelencia el control de legalidad de los actos, y que dado su tratamiento legal deja la puerta abierta al control de legalidad de los actos administrativos una vez que estos han entrado en vigencia. La CPR en su Artículo 98 y 99, señala de forma genérica que el control de legalidad de los actos recaerá en un órgano denominado Contraloría General de la República, y que en ejercicio de la función del control de legalidad, tomará razón. Este carácter genérico del control de los actos de la Administración por parte de la CGR, permite afirmar que existen otros mecanismos mediante los cuales la CGR podrá controlar la legalidad de los actos. Por lo pronto, conviene hacer algunas apreciaciones históricas y conceptuales respecto a la Toma de Razón, a fin de describir su naturaleza controladora de la legalidad de los actos, para encontrar una raíz común con la potestad dictaminante.

3.1. Análisis histórico de la Toma de Razón

La toma de razón es una atribución de larga data, cuyos orígenes se remontan a una época previa a la creación de la CGR en el año 1927⁵⁹, que en sus albores, se utilizó con una profunda deferencia a las decisiones de gobierno⁶⁰. Entre los años 1927 y 1945, la Contraloría se manifestaba respecto de decretos supremos y reglamentos, a fin de resguardar la legalidad y el ajuste a derecho que éstos debieren mantener, sin mayor implicancia respecto de la decisión del ejecutivo. Así, se ha señalado como uno de los ejemplos de esta suerte de deferencia, la posición que mantuvo la Contraloría respecto de la posibilidad de romper huelgas, en cuanto a que los decretos de reanudación de faenas, en los cuales el ejecutivo era el directo y principal responsable, debían ser de exclusiva decisión del mismo⁶¹.

⁵⁸ Esto no obsta a la existencia de otros controles ejercidos por la Contraloría General de la República. Tal es el caso del control de reemplazo, y la toma de conocimiento, que son mecanismos no contemplados expresamente en la ley. Ver BORDALÍ, Andrés y Ferrada, Juan Carlos. Estudios de Justicia Administrativa. Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 32-33.

⁵⁹ CORDERO, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva. Ob. Cit., p. 179.

⁶⁰ FAÚNDEZ, Julio. Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973. Ob. Cit., p. 141.

⁶¹ Ibid.

Sin embargo, el enfoque del control por parte del órgano Contralor dio un giro: el ejecutivo hizo un uso indiscriminado de la emisión de decretos de insistencia, lo que resultó ser una práctica que violaba anticipadamente la legalidad de los actos, al emitirse con anterioridad a la remisión de los actos a la CGR⁶². Esto derivó en que en el año 1945 se acusara constitucionalmente al Contralor de la época, don Agustín Vigorena estimando que la CGR no estaba controlando la legalidad de los actos de manera idónea, llamando a un escrutinio más completo de la legalidad de los decretos del gobierno. Luego de esta acusación constitucional, el control hecho por la CGR se expandió a otros ámbitos de actuación, ampliando sus atribuciones en cuanto a este trámite⁶³.

Sin embargo, nuevamente la CGR cambió su estándar de control de los actos de la Administración, en lo que respecta a toma de razón: en el año 1977, se modificó Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado (LOAFE), DL 1263 de 1975, delimitando el ámbito de control ejercido por la CGR, y el ejercido por la Administración⁶⁴. Finalmente, en el año 2002, se dictó la ley 19.817 de reforma a la LOCCGR, en la cual terminó por zanjarse el debate en torno a la amplitud del control ejercido por el órgano contralor, según lo expresado en el Artículo 21 B⁶⁵.

Estas reformas, vinculadas inicialmente sólo a materia financiera, y luego extendidas a la propia LOCCGR, buscaban mantener al órgano contralor alejado de las decisiones de la Administración activa. Esto, pues si se transforma la toma de razón en un control de mérito, lo que revisaría es la justificación del acto administrativo, lo que deriva necesariamente en que la CGR ejerza atribuciones propias de la Administración activa, es decir, que la CGR se convierta en un co-administrador.

⁶² Ibid., 142.

⁶³ Prueba de ello, es el hecho que CGR terminó expandiendo el ámbito de la toma de razón para incluir en algunos casos una fiscalización de los hechos invocados por el ejecutivo como la base para sus decisiones administrativas. Esto, derivó en que las decisiones contraloras de la época, se basaron en la interpretación de la CGR de ciertos estándares legales amplios y abiertos que, antes de la acusación constitucional, se encontraban más allá de la toma de razón. Ibid., 144.

⁶⁴ En tal sentido, el Artículo 52 inc. 1 y 2 señala:

“Artículo 52° Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

⁶⁵ “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”.

Ahora bien, es necesario hacer presente que una vez aprobada la ley 19.817, y para la sola constancia de la historia de la ley, el Senador Viera Gallo señaló que no resultaría fácil determinar el límite exacto entre el control de legalidad y el control del mérito u oportunidad de las decisiones⁶⁶. Esta mención, a nuestro juicio, abre el debate a lo concerniente a la potestad dictaminante y sus orígenes.

3.2. Toma de Razón: Características.

La toma de razón, se enmarca en lo dispuesto por el Artículo 98 y 99 de la CPR. El artículo 98 indica las funciones que se encomendarán a la CGR en cuanto al control de legalidad de los actos de la Administración –el cual se ejerce mediante la toma de razón, consagrada en el Art. 99 de la CPR-, la fiscalización de ingreso e inversión de los fondos del Fisco, Municipalidades, examen y juzgamiento de cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, contabilidad general de la Nación, y demás funciones que encomiende la ley orgánica constitucional respectiva⁶⁷

La doctrina está conteste en que la toma de razón es un control preventivo e impeditivo de los actos de la Administración. Ello significa, que el trámite se realizará previamente a que ellos surtan efectos.

Así, la toma de razón se ha definido como aquel 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 (reglamentario resolutivo) o de una resolución, por su ilegalidad o inconstitucionalidad.⁶⁸

Es un examen preventivo que realiza la CGR sobre la juridicidad, esto es, sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse ante ella⁶⁹.

⁶⁶ Sesión 16° del Senado, miércoles 15 de Mayo de 2002. En: MORALES, 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). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 211–212.

⁶⁷ Esto último, implica una remisión a la LOCCGR 10.336.

⁶⁸ BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición Actualizada. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, p. 498.

⁶⁹ PALLAVICINI, Julio. Control de Constitucionalidad de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 109.

Este control es de carácter general y obligatorio, toda vez que de conformidad al Art. 98 de la CPR, el control se extiende a los actos de la Administración, y a los DFL⁷⁰.

En cuanto a los actos que son sometidos a la toma de razón, se ha mencionado que el control que ejerce la CGR al respecto, es un control selectivo. Esto implica que no todos los actos de la Administración son sometidos a este trámite, sino sólo aquellos que sean considerados esenciales que, por regla general, son aquellos firmados por el Presidente de la República⁷¹. Así, son actos sometidos al trámite de toma de razón: los decretos, resoluciones, reglamentos, D.F.L, y decretos promulgatorios. En todo caso, aun cuando la toma de razón se extiende a lo que en apariencia es la generalidad de los actos de la Administración, la ley permite que a algunos⁷² actos se les exima de dicho trámite⁷².

Una vez que el acto llega al trámite de toma de razón, la CGR puede 1) Tomar razón; 2) Tomar razón con alcance, situación en la cual la Contraloría podrá añadir una observación, complementando o interpretando el acto; 3) Representar el acto, situación en la cual el Presidente de la República tendrá como alternativa forzar el trámite mediante el Decreto de Insistencia, salvo en aquellas materias en las que sólo podrá recurrir al Tribunal Constitucional; y 4) Observar el acto, señalando al organismo respectivo reparos sobre la constitucionalidad del acto, abriendo en cualquier caso un espacio para el diálogo⁷³.

Aun cuando la toma de razón no reviste mayores debates en torno a su naturaleza, y utilidad, sí ha originado dos debates, a nuestro criterio, relevantes para este trabajo. El primero de ellos, es el rol que cumple la toma de razón en cuanto a la creación del acto administrativo; el segundo, versa sobre qué es lo que debe controlar la CGR al momento de tomar razón.

El primer debate, dice relación con la Toma de Razón, y el rol que ha de cumplir al momento de aprobar un acto sometido a su conocimiento. La doctrina ha señalado que la

⁷⁰ RAJEVIC, Enrique y María Fernanda Garcés. Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. En: Un mejor Estado para Chile: propuestas de modernización y reforma. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, p. 613.

⁷¹ BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Ob. Cit., p. 498.

⁷² Entre esos actos, están las instrucciones, oficios, órdenes ministeriales o dictámenes que no son resoluciones ni decretos; actos exentos en virtud de leyes especiales, o resoluciones de la propia CGR. Ver RAJEVIC, E. y GARCÉS, M.F., Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. Ob. Cit., p. 614.

⁷³ Ibid.

Toma de Razón imprime una presunción de legalidad del acto sometido a dicho trámite. Esto, ya que la toma de razón ha estudiado que el acto se encuentre ajustado a derecho, lo que no obsta a que exista prueba en contrario y pudiere ser examinada por órganos con competencia jurisdiccional^{74 75}, siendo una de las vías más frecuentes para ello, la del recurso de protección⁷⁶.

Sin embargo, se ha discutido si la Toma de Razón representa un elemento de la existencia del acto administrativo o sólo es uno que otorga eficacia. La primera tesis, ha sostenido que para que el acto administrativo surta efectos en el Derecho, es necesaria la toma de razón, entendiéndola de esta forma como un requisito sin el cual el acto ni siquiera existe, entendiéndola incluso parte del proceso de elaboración del acto administrativo⁷⁷. Otra parte de la doctrina, señala que la toma de razón no es más que un requisito que otorga validez al acto administrativo por: 1) no ser un requisito de todos los actos administrativos; 2) por realizarse sobre actos ya dictados y no sobre proyectos de actos; 3) por poder ejecutarse los actos antes del trámite de toma de razón, de manera excepcional, si estos se refieren a medidas que tiendan a evitar o reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias (...), sin que ello afecte la validez el mismo; y 4) La propia LBPA excluye a la toma de razón como elemento dentro de la elaboración del acto administrativo⁷⁸.

El segundo debate trata de lo que controla la CGR al tomar razón de los actos administrativos sometidos a su conocimiento. Una posición sostenida desde hace ya varios años por parte de un sector de la doctrina, es aquella que plantea que la CGR no debiese hacer más allá que un control de legalidad estricto del acto, sin inmiscuirse en la decisión de la Administración activa. La Administración es quien cuenta con los medios idóneos para dictar el acto considerando las distintas variables que se suscitan, y no un órgano de control.

⁷⁴ BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Ob. Cit., p. 501.

⁷⁵ Sin embargo, existe doctrina que señala que la toma de razón no imprime de legalidad al acto administrativo, sino que dicha legalidad viene dada por la propia ley, en virtud de lo establecido en los Artículos 6 y 7 de la CPR. En tal sentido, ver CORDERO, Luis. Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias. [En línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=350409> [consulta: 4 de marzo de 2016] p. 13-14.

⁷⁶ NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. En: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 182.

⁷⁷ SOTO, Eduardo. 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. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 185-186.

⁷⁸ CORDERO, Luis. Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias. Ob. Cit., p. 12.

Por ende, lo que se le prohíbe a la CGR es hacer un control de mérito respecto de los actos de la Administración, lo que implica que la CGR no podrá pronunciarse respecto de un eventual costo económico o social elevado, ni oportunidad de la decisión en relación con un parámetro de prioridades en la atención de necesidades públicas⁷⁹. El control ejercido por la Contraloría, ha de ser de crítica e inspección, pero en ningún caso de Administración⁸⁰.

Por el contrario, hay autores que sostienen que el órgano contralor debiese efectuar un control de mérito de los actos administrativos al tomar razón ya que la oportunidad, conveniencia y mérito del acto, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas⁸¹.

A nuestro criterio, durante el trámite de la toma de razón, no corresponde ejercer un control de mérito y oportunidad respecto de los actos administrativos sometidos a su conocimiento. La CGR es llamada a ejercer un control de legalidad formal de derecho estricto en cuanto a toma de razón, en el cual a nuestro gusto es artificioso considerar en él, el control del mérito y oportunidad de la actuación administrativa⁸². Por otro lado, la CGR no posee la capacidad técnica para determinar de forma a priori los alcances de un acto administrativo en cuanto a su aplicación general. Esto, eventualmente derivaría en un problema de deferencia de expertos, enfrentándose la Administración activa, con el órgano contralor⁸³.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la CGR sí estaría facultada para conocer de las situaciones que se le presenten con ocasión del control a posteriori que esta ejerce. En ese sentido, la CGR sí podría analizar los hechos que se le presenten, emitiendo un dictamen ajustado a sus funciones, es decir, sin evaluar el mérito o conveniencia de la decisión administrativa, lo que no obsta a que el límite entre el control de legalidad, y el

⁷⁹ AYLWIN, Arturo. Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., pp. 65–67.

⁸⁰ AYLWIN, Patricio. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, p. 308.

⁸¹ SOTO, Eduardo. La Toma de Razón y el Poder Normativo de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 199; En el mismo sentido: MORALES, Baltazar. El Mérito, Oportunidad y Conveniencia en la Contraloría General de la República. Ob. Cit.

⁸² En ese sentido, concordamos con lo expuesto a en la sentencia del caso Valparaíso Sporting Club, toda vez que el control ejercido por la CGR debe ser meramente formal. RAJEVIC, E. y GARCÉS, M.F., Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. Ob. Cit., p. 624.

⁸³ Además consideramos que la idea de efectuar un control de mérito a priori por parte de CGR, más allá del problema de la eventual co-administración del órgano contralor, posee la intención política de plantear un obstáculo al actuar de la Administración, más que regulación y control, reduciendo su actuar a lo más mínimo.

control de mérito, en ocasiones se torne a lo menos, difuso. De esta forma, tendremos un control de legalidad ejercido por la CGR y, dada las características de la jurisprudencia administrativa, existirá un nuevo estándar de actuación para la Administración, especialmente considerando el carácter de vinculante de esta jurisprudencia.

Es útil tratar la toma de razón, vinculándola a la potestad dictaminante, ya que ambas son manifestaciones del control de CGR, que si bien ocurren en momentos distintos, comparten criterios en cuanto a la inhabilidad del órgano contralor para evaluar aspectos de mérito o conveniencia, aun cuando ya señalamos, la legalidad puede presentar roces con el mérito.

Se ha señalado que ante la ausencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, la CGR ha venido a suplir ese vacío, considerándose a sí misma como garante del Estado de Derecho, cuestión no prevista inicialmente por la CPR o las leyes, reorientando sus atribuciones basándose en la autonomía constitucional que detenta, para resolver conflictos jurídicos a través de la toma de razón o de sus dictámenes, obligatorios para la Administración⁸⁴. Es así como la CPR, al no establecer de manera específica el control ejercido por la CGR, tratando sólo la toma de razón, y siendo la CGR un órgano constitucionalmente autónomo, y por tanto debe exclusiva sumisión a la CPR, es que la CGR ha adquirido la facultad de autorregularse y, por ende, ejercer un control de legalidad a posteriori, en ejercicio de lo establecido por la LOCCGR, en concordancia a lo que expresa la CPR a propósito del control.

En definitiva, la potestad dictaminante es otra rama del control que ejerce la CGR y que se ajusta a lo expuesto por la CPR y por la propia LOCCGR.

⁸⁴ RAJEVIC, E. y GARCÉS, M.F., Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. Ob. Cit., p. 636.

CAPITULO 3. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CGR.

1. Consideraciones Previas

Hemos analizado hasta ahora la evolución de la CGR, tanto orgánica como histórica, desde el rol con el que fue creada y su continua transformación, que lleva a erigirla actualmente como el principal órgano de control de la Administración, en un principio como el encargado de ordenar las finanzas fiscales, pasando por su transformación que lo llevó a ser -además- el órgano encargado de verificar la legalidad de los actos dictados por la Administración -acusación constitucional mediante- por vía del trámite de toma de razón, para llegar a ser una suerte de defensor de derechos subjetivos de los administrados ante la falta de los tribunales de lo contencioso administrativo, a partir de los primeros años de la década de 1970, rol que fue llevado a cabo en intervalos en los años que siguieron. Esta última transformación de la CGR es la que persiste hasta el día de hoy, pasando a formar parte de un amplio universo de acciones para tutelar derechos fundamentales de las posibles arbitrariedades derivadas de actos de la Administración.

En conjunto con lo anterior, analizamos algunas de las atribuciones más importantes de la Contraloría y que, en nuestra opinión, conforman la base de las transformaciones que sufrió la CGR, toda vez que del conjunto de ambas, surgió la posibilidad de que la CGR expandiera sus competencias, pudiendo explicarse así la evolución de la que dimos cuenta en el párrafo anterior. Estas atribuciones fundantes son, por un lado, la autonomía constitucional que detenta, y por otro, el trámite de toma de razón. De este conjunto, y particularmente de su autonomía constitucional, se desarrolla la competencia exclusiva de la CGR respecto del control de legalidad sobre los actos de la Administración. Dicho control se llevará a cabo por dos vías: la toma de razón, ya analizada, y la facultad de contraloría para emitir dictámenes, lo que configura parte de la llamada Jurisprudencia Administrativa.

Es esta última atribución la que será objeto de análisis en el presente capítulo. La facultad de la CGR para emitir dictámenes es una de las características más interesantes de este órgano, toda vez que ha sido éste, dado el carácter general y obligatorio de sus dictámenes, el que ha logrado uniformar el Derecho Administrativo Chileno, en cuanto a aplicación de las normas; ha llenado el vacío institucional generado por la inexistencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, por vía del control de legalidad a posteriori

efectuado mediante la dictaminación; y, ha dado integridad al Derecho Administrativo, por vía de interpretar las leyes aplicables a la Administración, determinando atribuciones e interpretando la ley, aclarando el sentido y alcance de la legislación.

Ahora bien, la relevancia de la Jurisprudencia Administrativa es interesante, tanto por sus efectos -antes mencionados- como por la sujeción a la legalidad que presenta. Ésta, muchas veces ha sido puesta en duda, pero respecto de la cual su utilidad ha sido tal, que existe cierto consenso dentro de la doctrina, en tanto que el rol de la Contraloría es fundamental para el Derecho Administrativo, por la cohesión y certeza que aporta al sistema y porque termina jugando un rol trascendental respecto del control de legalidad de los actos de la Administración y su participación activa en cuanto a la implementación de políticas públicas.

Con esto, se pretende analizar las distintas aristas de la Jurisprudencia Administrativa, desde sus características y su importancia como fuente del Derecho, además de describir el comportamiento de la CGR a la hora de dictaminar, lo que permite explicar tanto su evolución como su relevancia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

2. Aspectos Generales de la Jurisprudencia Administrativa

La idea de Jurisprudencia evoca de forma instantánea el estudio de las fuentes del Derecho. La tradición del Derecho Continental, al referirse a la jurisprudencia, tiende a circunscribirla a una fuente de carácter particular, de efectos relativos para las partes que solicitan la decisión del juez para resolver algún conflicto que se suscite entre ellas, y que le da importancia al juez para superar las antinomias o, en una concepción más antigua de su labor, aplicar la ley transformándose en un “esclavo” de ésta. Aquello, en razón de que nuestra tradición prefiere la certeza y previsibilidad dada por el carácter general y obligatorio propio de la ley, junto con la legitimación política que otorga la discusión pertinente en el órgano deliberativo correspondiente a la hora de crear la ley.

Lo anterior ocurre en contraposición a aquel derecho que dicta el juez, y que más allá de ser o no “voluntad general”, se encuentra constituido por criterios derivados de la lógica, la experiencia o una interpretación de la realidad en la que se está inmerso, pero que terminan constituyendo jurisprudencia vinculante a costa de la previsibilidad limitada y la

objetividad de la decisión, además de ser reaccionaria frente a los aspectos no regulados de la vida jurídica.

Esta diferencia de sistemas, hace que nuestro ordenamiento no utilice frecuentemente el concepto de “Jurisprudencia”⁸⁵, lo que nos permite inferir que, si bien es relevante para el Derecho en razón de ser fuente del mismo, no posee un rol protagónico en nuestro ordenamiento general. La situación no es tal en materia Administrativa, pues la jurisprudencia cobra una importancia trascendental, toda vez que son innumerables las remisiones que la ley hace a ésta, en diferentes ámbitos del actuar administrativo (como por ejemplo, en el caso de la Dirección del Trabajo, Servicio de Impuestos Internos, etc.). Dentro de esta serie de aplicaciones, existe una de particular importancia tanto para el ordenamiento jurídico nacional, como para la Administración, esa es la Jurisprudencia Administrativa que emana de la Contraloría General de la República.

Frente a lo anterior, corresponde dar cuenta de qué es lo que se ha entendido por Jurisprudencia Administrativa, doctrinariamente se la ha entendido como “la serie de dictámenes emanados del organismo administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas”⁸⁶, también se ha definido señalando el objeto de la misma, como “la función que tiene por objeto principal la interpretación de la regla jurídico-administrativa en su adaptación a los casos concretos, sea por los tribunales o por las autoridades a quienes corresponda conocer un asunto administrativo”⁸⁷.

Mientras tanto en la ley, la Jurisprudencia Administrativa no posee una definición. Simplemente es nombrada dentro de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y es en virtud de su articulado que se infiere un concepto y se sistematiza una regulación desde el contenido de la ley. De esta forma, tradicionalmente se ha generado una explicación, a modo general, sobre la Jurisprudencia Administrativa, desde la concordancia entre los artículos 1º, 5º, 6º, 9º, y 19 de la Ley 10.336, LOCCGR.

⁸⁵ CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Revista Chilena de Derecho 28(1): 150, 2001.

⁸⁶ CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida. Santiago, Legal Publishing Chile, 2015, pp. 169–170.

⁸⁷ SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. 4ta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 294.

En este sentido, de la simple lectura de estos artículos, podemos notar que en el primero se determina la extensión de las materias cuya fiscalización se somete a la Contraloría. Por su parte, el artículo 5º inciso 3º, señala que será por medio del dictamen la forma por la cual el Contralor evacuará los informes que se le requieran. A su vez, el artículo 6º, específicamente su inciso final, supone una importancia particular al ser éste uno de los pocos -sino el único dentro del contexto que nos interesa-, en donde se menciona expresamente a la Jurisprudencia Administrativa y ni siquiera a modo de definición, si no como característica de las decisiones y dictámenes de la CGR en las materias señaladas en el artículo 1º. Luego, el artículo 9º establece hacia quienes ha de dirigirse el Contralor cuando evacúa sus informes, estableciendo finalmente el carácter obligatorio de dichos informes para los funcionarios correspondientes, en los casos a que se refieran. Finalmente, el artículo 19 de la LOCCGR cierra el entramado legal que constituye la explicación tradicional de la Jurisprudencia Administrativa, al establecer la dependencia técnica de los abogados, fiscales y asesores jurídicos que no tienen o no tengan a su cargo la defensa judicial.

En resumen, lo anterior constituye el conjunto de normas del que se infiere una especie de “orgánica” relativa a la Jurisprudencia Administrativa. Esto, toda vez que la doctrina tradicional, a la luz de una interpretación armónica de éstas disposiciones, pretende explicar –al menos de forma básica- qué es la Jurisprudencia Administrativa (art. 6 inc. Final); las materias a las que se podrá referir (art. 1º y art. 9º inc. 5); quiénes podrán poner en funcionamiento el aparato contralor para efectos de informar sobre alguna determinada materia y el medio por el cual se materializará esta labor (art. 5º inc. 3 y art. 9º inc. 5); además de la obligatoriedad de los dictámenes de la CGR (art. 9º inc. 6 y art. 19). De aquí emanan las que se han calificado como características de la Jurisprudencia Administrativa, y que analizaremos más adelante.

Como se puede ver, la LOCCGR entrega algunas herramientas que permiten construir una definición de Jurisprudencia Administrativa y sus características, pero de manera muy somera. Nos parece que el tratamiento que recibe esta jurisprudencia es particularmente escueto, especialmente si consideramos la relevancia que ésta tiene para nuestro ordenamiento jurídico, no sólo respecto del control de los actos de la Administración, sino también respecto del rol que termina cumpliendo la CGR en ausencia de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que ha llevado a que sea la misma CGR quien llene los

vacíos existentes en el Derecho Administrativo chileno⁸⁸, el caso de la Jurisprudencia Administrativa no es una excepción frente a una legislación de poca armonía dada la forma aluvional con la que se fue formando la LOCCGR⁸⁹.

De esta forma, no es de extrañar que del desarrollo de esta institución se presenten algunas dificultades. Por ejemplo, la situación relativa al conflicto de fuentes del Derecho que se suscita entre la Jurisprudencia Administrativa y la Judicial⁹⁰ generada, en nuestra opinión, por falta de una delimitación adecuada de los alcances de la primera. Alcances que si bien, han tenido un desarrollo razonable por parte de la CGR, no han tenido un reflejo que zanje institucionalmente el problema y que reconozca la idoneidad que tiene la Jurisprudencia de la CGR para obligar a la Administración por vía de sus dictámenes, y que exprese, de la misma forma, el valor y apreciación que ha de tener dicha Jurisprudencia para los Tribunales de Justicia⁹¹.

Otra dificultad originada por la vaguedad del tratamiento de la Jurisprudencia Administrativa dentro de la ley, es la que se genera a propósito del medio en el que ésta se materializa. Esto, toda vez que la LOCCGR habla de dictámenes, pero no los define, en lo que vino a generar un problema importante en tanto cuál era su definición. Afortunadamente, este tema fue resuelto –al menos en parte- con la dictación de la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA), en donde se establece que la naturaleza del dictamen es la de un acto administrativo⁹², por lo que las reglas de la norma recién mencionada le serían aplicables. Esto si bien significa un avance respecto de la situación en la que se encontraba la doctrina hasta entonces, deja suelto un cabo, correspondiente al efecto retroactivo de los actos administrativos, lo que genera una seria dificultad una vez que se consideran las características de la Jurisprudencia Administrativa, y la forma en la que la CGR entiende sus facultades interpretativas⁹³.

⁸⁸ CORDERO, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva. Ob. Cit., p. 180.

⁸⁹ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, p. 26.

⁹⁰ En este sentido, ver: CORDERO, Luis. Los Límites de la Jurisprudencia Administrativa y las Fuentes del Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo (7): 2012.

⁹¹ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 133 y 178.

⁹² Así señala la LBPA en su artículo 3º inciso 2º: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.” Y agrega en su inciso 6º: “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.”

⁹³ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 158 y ss.

Adicionalmente, es necesario mencionar el hecho que, más allá de las definiciones, la doctrina utiliza indistintamente como parte integrante de la Jurisprudencia Administrativa emanada de la CGR, los conceptos de potestad interpretativa y potestad dictaminante. Ambas potestades, no son más que dos caras de una misma función. Toda vez que como es sabido, todo órgano que se encuentre llamado a aplicar la ley, o controlar la aplicación que otros hacen de la misma, lleva aparejada necesariamente una interpretación previa de la norma.

Esta labor interpretativa, propia de la Administración en razón de las potestades discrecionales otorgadas en el mandato de aplicar la ley, a nivel comparado contiene una particularidad propia de nuestro Derecho. Tal es el caso que la interpretación hecha por el órgano de la Administración (en este caso la CGR), será obligatoria para quienes afecte, en lo que nos distancia institucionalmente del concepto de “Administración Consultiva”, desarrollada en el Derecho Comparado, en donde la respuesta dada por éstos órganos de consulta, no es vinculante.^{94 -95}

3. Características de la Jurisprudencia Administrativa.

A continuación, analizaremos cuáles son las características que le otorgan relevancia a la Jurisprudencia Administrativa. En este sentido, debemos partir por entender cuál es la explicación y el fundamento que existe detrás de la Jurisprudencia Administrativa, tanto en la aplicación de la llamada Potestad Dictaminante y la Potestad Interpretativa de la CGR.

En primer lugar, es necesario poner de relieve la importancia de estas atribuciones, toda vez que es en el uso de estas que la CGR logró no solo disciplinar a la Administración, sino también a darle forma a conceptos instituciones relevantes, como Estatuto Administrativo, la Administración del Estado⁹⁶ y el Procedimiento Administrativo hasta antes

⁹⁴ Ibid., 5 y ss.

⁹⁵ Véase también la situación señalada por el profesor Eduardo Aldunate, en donde del análisis comparado de las funciones de la CGR en otros países de América, señala lo siguiente: “[E]l organismo contralor sigue en el diseño comparado dos líneas de fuerza. Por una parte, aparece con un fuerte vínculo a la actividad de fiscalización parlamentaria, como órgano técnico encargado de preparar dicha fiscalización, especialmente en el ámbito de control a posteriori, esto es de la rendición de cuentas y de ejecución presupuestaria. Por otro lado, su énfasis radica, en casi todos los casos vistos, en el control fiscal, sin que existan equivalentes comparados a nuestro artículo 88” [actualmente el artículo 98], “enteramente dedicado al control de legalidad, destacándose por sobre todas las demás atribuciones mencionadas en la propia Constitución”. Los paréntesis son nuestros. Ver ALDUNATE, Eduardo. La Evolución de la Función de Control de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho 26(2): pp. 22 y ss., 2005.

⁹⁶ PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad. Ob. Cit., p. 211.

de la dictación de la LBPA⁹⁷. Luego, y como señalan algunos autores, que dadas la independencia y autonomía, constitucionalmente garantizadas a la CGR, impiden al Ejecutivo tener participación en la interpretación administrativa de las leyes⁹⁸, asegurando un efectivo control de los actos de la Administración.

Finalmente, es necesario entender por qué traspasar una potestad interpretativa a órganos de carácter administrativo, considerando la relevancia jurídica de esta facultad. Si bien no existe ninguna explicación definitiva a esta delegación, entre ellas se encuentra la posibilidad de ser un reflejo del paradigma en que el gobierno se transforma en rector de la economía, en donde la Administración Pública se encarga de disciplinar las actividades económicas relevantes por medio de instrucciones y dictámenes, o bien, la especialización técnica de la Administración, lo que le da capacidad de interpretar de manera expedita materias que puedan considerarse como complejas para el poder legislativo⁹⁹.

4. Formas de Obtener el Dictamen

La doctrina ha señalado que la potestad dictaminante posee fundamento legal de una forma transversal dentro de nuestro ordenamiento, desde una supuesta consagración dentro de los derechos fundamentales, hasta circulares de la misma CGR. Así las cosas, en su forma más amplia, la potestad dictaminante encuentra fundamento a nivel Constitucional en dos niveles. El primero de ellos se encuentra justificación en el “derecho a petición” consagrado en el artículo 19 n° 14 de la CPR, que serviría de inspiración para el resto del ordenamiento, para requerir –no solo de la CGR- el cumplimiento de sus funciones a cualquier órgano administrativo¹⁰⁰. El segundo nivel de este reconocimiento a nivel constitucional, se encontraría en el artículo 98 del mismo cuerpo, a propósito de las atribuciones que la CPR le encomienda a la Contraloría, al otorgarle el control de legalidad de los actos de la Administración¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁷ PIERRY, Pedro. Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002). Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 302.

⁹⁸ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 21.

⁹⁹ ARÓSTICA, Iván. Los Dictámenes y la Interpretación en Sede Administrativa. Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo 7(14): 152, julio de 2006.

¹⁰⁰ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. En: XX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso, EDEVAL, 1990, p. 532.

¹⁰¹ NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. Ob. Cit., p. 185.

Luego, esta potestad se encontraría fundada tanto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración (LOCBGAE) y en la propia LOCCGR. De este modo, en el artículo 8º de la LOCBGAE, se prescribe que “los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o, a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo”. Por su parte la LOCCGR, establece esta potestad en su artículo 5º inciso 3, al señalar que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de las jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, con lo que queda de manifiesto la emisión de dictámenes a petición de parte, y ha de ser complementada por lo señalado en el artículo 9º inciso 5, el cual dispone que “es obligación del contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de servicio”, que refuerza la idea antes señalada.

Ante esto, para un sector de la doctrina surge la duda respecto a la posibilidad de emitir dictámenes de oficio por parte de la CGR¹⁰³. Esta duda parece resolverse en base a dos consideraciones; la primera, dice relación con el propio pronunciamiento del órgano contralor, al señalar que puede utilizar la facultad de dictaminar de oficio, pues no existe norma que lo impida, tal como lo recoge, por ejemplo, el dictamen número 1.477 de 11 de enero de 2006; la segunda consideración, tiene directa relación con lo establecido en el artículo 8º de la LOCBGAE antes citado. Es decir, la CGR podrá actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones (en este caso, efectuar el denominado control de legalidad *a posteriori* de los actos de la Administración). De este modo, ambas leyes orgánicas conformarían una normativa armónica, coherente y complementaria, incluso con la Constitución, en este punto¹⁰⁴.

Continuando el análisis, cabe también señalar como la misma Contraloría, por medio de oficios, ha moldeado a esta potestad en cuanto a la forma de lograr la emisión de un dictamen, creando la consiguiente jurisprudencia administrativa. Tal es el caso de la Circular

¹⁰² Refuerza esta idea lo dicho anteriormente, respecto a las dos etapas de control sobre actos de la administración efectuado por la CGR, siendo el primero un control *a priori*, antes que el acto surta efecto por medio de la Toma de Razón, y el segundo, *a posteriori*, una vez que el acto ya ha producido efectos, el control por medio de la potestad dictaminante. Para mayor detalle, ver: SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El control público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 46.

¹⁰³ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 28.

¹⁰⁴ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., pp. 532 y ss.; NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. Ob. Cit., pp. 184 y s.

nº 24.841 de 1974, relativa a la formulación de consultas sobre interpretación de las leyes y reglamentos que rigen a los servicios públicos y a la aplicación de los dictámenes que emite la CGR. En aquella, el órgano contralor reconoce la que, ya en la época de dictación de la circular, era una creciente cantidad de solicitudes formuladas por particulares, buscando dilucidar algún problema de aplicación o interpretación de normas administrativas. Es en razón de esto, que fija una serie de requisitos que ha de cumplir la solicitud según su procedencia, siendo de particular relevancia, los requisitos del número 4º de la mencionada Circular, que prescribe lo siguiente: “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”. En su minuto, este pronunciamiento por parte de la CGR, fue objeto de críticas en razón de que, por esta vía, se viene a fijar una especie de “legitimación activa” a la hora de solicitar que la CGR emita un dictamen respecto a alguna materia que caiga dentro de sus atribuciones, pues al imponer este tipo de exigencias, estaría incurriendo en lo que algunos autores han llamado “jurisdiccionalizar” sus funciones de control¹⁰⁵.

Lo cierto es que esta actitud fue respuesta a una situación que constantemente ha sido objeto de críticas por parte de nuestra doctrina, toda vez que ha reflejado una constante carencia de nuestro ordenamiento, como es la ausencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, y si bien dadas las contingencias de la época, la actitud de la CGR tenía pleno sentido, recientemente el Oficio al que hacíamos mención ha sido reconsiderado, y en su lugar se emitió el dictamen Nº 24.143 del 27 de marzo de 2015, que no hace sino confirmar que la actitud de la CGR durante el último tiempo, no ha sido otra que la de efectivamente transformarse en un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que será analizado en parte más adelante dentro de este trabajo.

5. A quienes afecta la Jurisprudencia Administrativa.

Corresponde analizar ahora los alcances de esta Jurisprudencia, la que tiene efectos diversos según quien sea el receptor del dictamen. De éste modo, cabe sistematizar este análisis en dos partes; la primera, relativa a cómo afecta la decisión de Contraloría tanto a los Particulares como a los Tribunales de Justicia; para posteriormente analizar cómo afecta

¹⁰⁵ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 536.

a la propia Administración, en donde radican los efectos más característicos de esta Jurisprudencia.

5.1. Efectos de la Jurisprudencia Administrativa frente a los Particulares y Tribunales de Justicia.

Existe un claro consenso entre la doctrina nacional respecto a cuál es el alcance de la Jurisprudencia Administrativa respecto a los Particulares y los Tribunales de Justicia. Así las cosas, aparece claramente que los dictámenes de la CGR no son obligatorios para los Tribunales de Justicia, ni para los Particulares, aun cuando sean éstos quienes soliciten el pronunciamiento.

5.1.1. Tribunales.

Con esto, en el caso de los Tribunales de Justicia, ellos no se encuentran obligados por la Jurisprudencia Administrativa, de modo que ésta tendría solo un carácter meramente ilustrativo¹⁰⁶. Esta ausencia de vinculatoriedad del dictamen respecto de los Tribunales de Justicia, implica que éstos no están llamados a aplicar las leyes con sujeción a las interpretaciones dadas en la Jurisprudencia de la CGR, con lo que los Tribunales podrían interpretar de forma incompatible con la decisión hecha por la CGR o bien aplicar el criterio adoptado; pero no por ser vinculante, sino por una adhesión razonada y deliberada que le permita llegar a la misma conclusión de la interpretación hecha por la CGR¹⁰⁷.

Esta idea se refuerza con el hecho que, si estimáramos que la Jurisprudencia Administrativa tuviera fuerza obligatoria para los Tribunales de Justicia, las interpretaciones contenidas en dicha Jurisprudencia, tendrían el carácter que se le reconoce a las efectuadas por el Legislador, cosa que no puede inferirse del artículo 3º del Código Civil y que, es más, tanto la doctrina como el ordenamiento jurídico parecieran reforzar la idea de la no vinculatoriedad respecto de Tribunales, al otorgar una serie de posibilidades para impugnar actos de la Administración, de los cuales el dictamen es parte¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ibid., 546.

¹⁰⁷ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 133 y ss.

¹⁰⁸ Ibid., 175 y ss.

Lo anterior no obsta al conflicto existente entre la Jurisprudencia Judicial y la Administrativa, en relación a cuál es el medio idóneo para constituir la Jurisprudencia que ha de seguir la Administración. Valga decir que, en nuestra opinión, es en razón de las características de la Jurisprudencia Administrativa, que ésta es la llamada a corregir el actuar de la Administración, interpretar la normativa que le es aplicable e implementar las medidas necesarias para promover políticas públicas.

5.1.2. Particulares.

En el caso de los Particulares, ellos se enfrentan a una situación especial, pues no se encuentran obligados por lo señalado en el dictamen, pero pueden verse afectados en alguna medida por la decisión contenida en el acto administrativo. Esta ausencia de obligatoriedad del dictamen respecto de los particulares, se traduce en que no existe sanción ante el desacato de lo dicho en el dictamen¹⁰⁹. Esto puede verse reflejado en dos circunstancias; que el particular afectado por el dictamen desista en su actuación; o bien, impugnar la decisión la CGR en sede de los Tribunales de Justicia¹¹⁰, formulándose así un conflicto de carácter Contencioso-Administrativo¹¹¹. Este último punto es coherente, por una parte, con lo mencionado anteriormente en relación con la no vinculatoriedad de la Jurisprudencia Administrativa para los Tribunales; y por otra, en cuanto el artículo 10 de la LOCBGAE reconoce un derecho a impugnar los actos administrativos, no solo frente a la Administración por medio de las acciones que en ella se mencionan, sino también por las acciones jurisdiccionales que correspondan¹¹².

Esto no obsta el hecho que si la CGR, por medio del dictamen, reconoce o beneficia al particular que solicita el pronunciamiento del órgano de control administrativo, el particular efectúe la actuación que tenía considerada con apego al dictamen. Esto no se debe a una supuesta obligatoriedad del acto dictado por la CGR, sino que, y tal como en el caso de los Tribunales de Justicia, se opta por acatar la decisión de forma libre y voluntaria¹¹³.

¹⁰⁹ Ibid., 131.

¹¹⁰ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 545.

¹¹¹ DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Tercera Edición. Santiago, Jurídica de Chile, 1989, p. 174.

¹¹² **LOCBGAE, Art. 10º:** Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

¹¹³ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 132.

En definitiva, el dictamen de la CGR no obliga al particular, pero éste puede verse agraviado o beneficiado por la decisión de la CGR, y es en razón de esta eventualidad que se abre un abanico de posibilidades al cual se enfrenta quien solicitó el pronunciamiento del órgano contralor.

5.2. Efectos de la Jurisprudencia Administrativa frente a la Administración.

Como mencionamos anteriormente, las principales consecuencias que emanan de la Jurisprudencia Administrativa recaen preferentemente sobre la Administración, pero cabe señalar que son innegables los efectos que esta Jurisprudencia tiene sobre todo el ordenamiento jurídico, toda vez que la Administración al sujetarse a lo que se establezca en la Jurisprudencia de la CGR, ha de hacer frente a la ciudadanía de una forma compatible a lo señalado por el órgano contralor.

Esta comprensión de la Jurisprudencia Administrativa, como anticipamos anteriormente, emana básicamente de lo establecido en los artículos 1º, 5º, 6º, 9º y 19 de la LOCCGR, siendo fundamentales para comprender la vinculatoriedad de la Jurisprudencia en comento hacia la Administración, los artículos 9º y 19. Éstos establecen, por una parte el artículo 9º inc. Final establece que “Estos informes [los señalados en el primer inciso del mismo artículo] serán obligatorios para los funcionarios correspondientes en el caso o casos concretos a que se refieran”, fijando de esta forma el hecho que los funcionarios, de modo general, de la Administración se encuentran subordinados a los informes emitidos por la CGR, y que referidos a las materias que señala el artículo 6º de la LOCCGR, constituyen la Jurisprudencia Administrativa.

Por su parte, el artículo 19 se dirige de forma específica a un grupo de funcionarios públicos, constituido por “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 la defensa judicial”, para establecer que éstos “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”. De este modo, los funcionarios que tengan a su cargo la defensa judicial de la Administración, quedan exentos de seguir -en las defensas que estén llevando a cabo-, las prerrogativas de la CGR. Más allá de lo anterior,

esto significa que los demás abogados, fiscales y asesores, deben observar los dictámenes de la CGR cuando sean ellos quienes deban informar o decidir en el ámbito de sus competencias¹¹⁴.

A partir de esta normativa, la forma de entender la Jurisprudencia Administrativa se ha ido profundizando, ya sea a partir de las propias nociones de la CGR respecto de sus atribuciones reflejadas en sus dictámenes, o de lo que la doctrina ha desarrollado en base a la labor de CGR. De este modo, y en razón de la escasez de regulación en su actuar, se le han atribuido una serie de características, que han enriquecido de alguna manera la comprensión de esta institución. Tal es el caso, que una de las características que mayores efectos surte en nuestro ordenamiento jurídico, lo constituye el carácter de “obligatoriedad general” que poseen los dictámenes de la CGR.

En este punto, la doctrina está conteste. Ella ha sido vasta en señalar que, basados en los artículos que ya hemos señalado, la Jurisprudencia Administrativa no sólo obliga a la Administración en el caso a que se refiera, sino también en todos los casos análogos. Lo que le dota de una particular profundidad a la decisión que tome la CGR¹¹⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Contraloría, al señalar que estos pronunciamientos “no sólo resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que además para todos aquéllos que se encuadren dentro del contexto del dictamen”¹¹⁶. De ésta forma, el control de legalidad de los actos de la Administración que efectúa la CGR, trasciende al ámbito institucional correspondiente a quienes se encuentran afectados por la decisión, sino que también estaría regulando situaciones aun no producidas entre agencias administrativas que no sean parte de la decisión y situaciones análogas al caso que origina el pronunciamiento¹¹⁷, algo que cabe destacar como una facultad casi normativa. Adicionalmente, es necesario destacar que la misma Contraloría, ha precisado que parte de

¹¹⁴ Ibid., 33.

¹¹⁵ En este sentido: ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002). Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 195; DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit., p. 167; SOTO, Eduardo. Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado. Revista Chilena de Derecho 26(2): 402, 1999; ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., pp. 508 y ss.

¹¹⁶ Dictamen N° 6.862 de 2010.

¹¹⁷ A esto es a lo que se refiere un sector de la doctrina como “obligatoriedad ad extra”, consistente en que la interpretación administrativa hecha por un órgano —en este caso la CGR— no obliga solo al órgano que la dicta, sino también a todos aquellos que están bajo su fiscalización, por lo que gran parte de ésta obligatoriedad emanaría de las labores de control, fiscalización y supervigilancia. En profundidad, ver GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 122.

esta obligatoriedad del dictamen, dado el carácter declarativo del pronunciamiento de la CGR, recae sobre la misma norma interpretada, puesto que la norma y su respectiva interpretación constituyen un “todo obligatorio” para la Administración¹¹⁸.

A modo de reforzar este carácter casi-normativo de la Jurisprudencia Administrativa, cabe señalar sus alcances. Para ello es necesario mencionar que, en lo que respecta a la Contraloría, las materias respecto de las cuales puede emitir pronunciamiento, han sido calificadas de “amplísimas” en razón del uso que hace la LOCCGR de fórmulas tales como “asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización”, “cualquier asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o el compromiso de los fondos públicos” u “organización y funcionamiento de los servicios públicos, que le permiten cubrir prácticamente a todas las materias vinculadas a la Administración del Estado¹¹⁹.

Adicionalmente, se ha afirmado que en razón del deber encargado al órgano contralor que “si el objetivo del control es la preservación del principio de legalidad administrativa, y la interpretación del Derecho establecida por el Ejecutivo pudiera alterar el principio antes mencionado, el único modo de impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, será a través del control. Para ello el organismo de control deberá, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual se establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa”¹²⁰. Luego, en conclusión a este punto, respecto al espectro normativo que puede utilizarse para llevar a cabo el pronunciamiento, ya sea bajo la lógica de las atribuciones de la CGR (materias sobre las que puede pronunciarse) o bien en la lógica del control que efectúa, aplicar todo el ordenamiento, desde la Constitución, pasando por toda la jerarquía de leyes, incluyendo reglamentos y la normatividad inferior¹²¹.

Lo anterior se ve complementado por cierto sector de la doctrina que ha señalado que la cualidad específica de la Jurisprudencia Administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce, pueda generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos¹²².

¹¹⁸ Este criterio ha sido reiterado recientemente, ver Dictamen N° 88.621 del 6 de Noviembre de 2015

¹¹⁹ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 29 y ss.

¹²⁰ FIAMMA, Gustavo. ¿Apreciación de los Hechos o Interpretación del Derecho? En: Contraloría General de la República, 50 años de Vida Institucional (1927-1977). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 218.

¹²¹ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 116.

¹²² SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. Ob. Cit., p. 274.

Esto, no es más que el hecho de que la CGR posee a su disposición prácticamente todo el ordenamiento jurídico con el objetivo de aplicarlo al control de legalidad de los actos de la Administración que ha de ejercer. Luego, dicha interpretación de la normativa aplicable a la Administración en el caso concreto –revestida de obligatoriedad general-, tendrá efectos generales por vía de la aplicación que haga en último término la Administración, ciñéndose a lo dictaminado por la CGR. Esto es lo que se ha calificado como alcance normativo general de los dictámenes de la CGR.

En suma, de la comprensión de estas facultades, podemos definir un ámbito de acción de la CGR por medio de su Jurisprudencia Administrativa. De este modo, podemos notar que la obligatoriedad general que se le atribuye a los dictámenes de la CGR, apunta al conjunto de personas e instituciones que han de seguir sus pronunciamientos, y la aplicación de los mismos a los casos similares a los que se enfrente la Administración. Luego, los dictámenes pueden referirse prácticamente a cualquier materia que tenga vinculación con la Administración, ya sea por la atribución dada en razón de fiscalizar el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a los fondos públicos o a la interpretación de las normas que rigen el funcionamiento de ésta; o porque, en razón del control de legalidad que ha de efectuar, es lógico que tenga potestades para interpretar la norma que la Administración pretenda aplicar.

De todo lo anterior, aparece como corolario el denominado “precedente vinculante” de los dictámenes de la CGR. Este consiste en la aplicación constante y uniforme de los criterios seguidos en las decisiones de la CGR. Cabe destacar que no existe un desarrollo normativo o una consagración legal explícita de esta particularidad de los pronunciamientos del órgano contralor, pero sus fundamentos pueden hallarse en alguno de sus dictámenes y ha encontrado diversas justificaciones en la doctrina.

Se plantea por parte de la CGR, que este sistema de precedentes obligatorios permite la elaboración de una doctrina administrativa y favoreciendo la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente. Finalmente, asevera que mediante el respeto al precedente permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, afirmando las legítimas expectativas de los ciudadanos en relación a que las decisiones de la Administración deberán ser armónicas con los criterios considerados con anterioridad en situaciones equivalentes. En tal sentido se ha pronunciado la CGR, a modo

de ejemplo, en el dictamen N° 35.397 de 2007. Por su parte, la doctrina sustenta esta característica fundamentalmente en principios basados en la interdicción de la arbitrariedad del artículo 19 N° 2 de la Constitución¹²³, otros agregan la importancia que reviste esta característica de la Jurisprudencia Administrativa, pues sobre ella descansa en buena medida la seguridad jurídica y la certeza en el actuar de la Administración¹²⁴.

Pero, ¿significa esta situación que la Jurisprudencia Administrativa se mantenga invariable, o posea una rigidez que dificulte su modificación? La pregunta representa la principal crítica al sistema de precedente vinculante, toda vez que siempre existe un riesgo al aplicar un precedente, el cual puede contener algún error o inconsecuencias y que por la propensión a mantener el precedente, se extiendan las falencias contenidas en dictámenes anteriores¹²⁵. Ante esta situación, se plantean una serie de hipótesis en las cuales existe la posibilidad de apartarse del precedente, en las que todas tienen como trasfondo el respeto al principio de igualdad ante la ley a modo de limitar la arbitrariedad.

Así las cosas, las hipótesis consisten en que: 1) el precedente anterior se base en antecedentes fácticos diferentes al nuevo caso, es decir, representarle a la Administración que los hechos no se ajustan a los que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar el precedente; 2) Cambio en fuente jurídica de jerarquía superior, esto es el cambio de la ley que fue motivo de interpretación, y que incide directamente en la decisión del asunto llevado al conocimiento de la CGR; 3) Fundamento racional del cambio jurisprudencial, lo cual tiende a otorgar un amplio margen de modificación del precedente, toda vez que cuando se prohíbe la discriminación arbitraria, usualmente se refiere a la decisión tomada sin algún fundamento racional, de modo que –dado el caso- CGR puede apartarse del precedente, siempre y cuando tenga motivos fundados para ello; 4) Ilegalidad del acto anterior, es decir, el precedente contiene un elemento ilegal o antijurídico que la CGR, en virtud de su función no puede repetir el error catalogado de ilegal, no configurando así arbitrariedad en la interpretación¹²⁶.

¹²³ En este sentido, ver: SOTO, Eduardo. Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado. Ob. Cit., pp. 399–402; ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 540; CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Ob. Cit., p. 153.

¹²⁴ ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. Ob. Cit., p. 195.

¹²⁵ Para más detalle en este punto, ver: DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit., p. 168.

¹²⁶ CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Ob. Cit., pp. 115 y s.

6. Efectos de la Jurisprudencia Administrativa en el tiempo.

Habiendo planteado las características de la Jurisprudencia Administrativa, podemos destacar dentro de aquellas la del “precedente vinculante”. Por su relevancia dentro del ordenamiento jurídico administrativo de nuestro país, además del interés doctrinario que suscitan sus efectos, cabe exponer otra interrogante a propósito de los efectos de los dictámenes de la CGR. Dicha interrogante es desde cuándo entran en vigencia, en qué momento se extinguen, y más importante aún, qué es lo que ocurre en las situaciones ya constituidas cuando existe un cambio en la jurisprudencia.

6.1. Vigencia de los Dictámenes

A este respecto, se ha señalado que los dictámenes de la CGR rigen desde el momento en que la ley entra en vigencia en razón del carácter declarativo del pronunciamiento de la CGR. Esto significa que, el dictamen de la CGR solo se limitaría a establecer el verdadero sentido y alcance de la norma puesta en su conocimiento, sin agregar nada a ella, con lo que los efectos del dictamen se producirían desde el momento en que se dictó la norma interpretada, tal como lo expresa el dictamen 2.901 del 17 de Enero de 2011 y, más recientemente, el dictamen Nº 88.621 del 6 de Noviembre de 2015, que plasman esta situación de manera idónea. Con lo que se configuraría un efecto retroactivo del dictamen¹²⁷ (o, más específicamente, un efecto *ad praeterita*¹²⁸).

Luego, la Jurisprudencia Administrativa se extingue por diversos motivos, algunos ya han sido adelantados, y esta puede producirse por el cambio en la jurisprudencia; derogación o cambio sobreviniente de la legislación y por sentencia judicial ejecutoriada¹²⁹.

Respecto de la primera, ya ahondamos en el punto anterior que, a pesar de la vinculatoriedad del precedente que posee la Jurisprudencia Administrativa, ésta no es

¹²⁷ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 546.

¹²⁸ En este sentido, se distingue entre “efecto retroactivo” y “efecto *ad praeterita*” en razón de que, en el caso de la primera, dicho efecto es una facultad del legislador, quien por su voluntad decide incorporar situaciones ocurridas con anterioridad a la dictación de la ley; mientras que el segundo, se refiere al carácter que es propio y excluyente de las leyes interpretativas, esto es, que se entiendan incorporada a la norma interpretada, siendo ésta un límite temporal a la vigencia de la interpretación. En este sentido, ver GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 157–160. Vale decir que para este autor, no es posible que una interpretación administrativa pueda tener un carácter asimilable a lo que el Código Civil establece como leyes interpretativas. Dándole efecto a dicha interpretación administrativa, en principio, exclusivamente desde que se dicta.

¹²⁹ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 546.

estática, por lo que dados ciertas circunstancias (en concreto, antecedentes facticos diferentes en el nuevo caso, fundamento racional del cambio jurisprudencia e ilegalidad del acto anterior) se modifica la jurisprudencia administrativa previa, esta última deja de surtir efectos, toda vez que fue reemplazada por el dictamen posterior. En tanto, el segundo motivo de extinción de la Jurisprudencia Administrativa, como ya mencionamos anteriormente, se produce cuando la ley que fue motivo de interpretación, y que incide directamente en la decisión del asunto llevado a conocimiento de la CGR, es derogada o sufre una modificación, con esto también queda sin efecto la Jurisprudencia anterior.

Finalmente, respecto de la “extinción” por sentencia judicial ejecutoriada, cabe señalar que esta causal posee toda lógica dentro del sistema, en razón que como ya vimos, los tribunales no se encuentran obligados por lo establecido en los dictámenes de la CGR. Adicionalmente, esto también es concordante con el derecho a la acción establecido en favor de los particulares en el artículo 10 de la LOCBGAE. Más allá de lo anterior, esta situación posee una particularidad que las formas de extinción previamente mencionadas no tienen, como es el hecho de la generalidad en la extinción de la Jurisprudencia, de modo que cabe hacer presente el que más que una “extinción”, constituiría más concretamente a una “inaplicabilidad” del dictamen en el caso concreto, esto en virtud del efecto relativo de las sentencias judiciales establecido en el artículo 3º del Código Civil¹³⁰.

6.2. Las Complejidades de la Vigencia de la Jurisprudencia Administrativa.

Ahora bien, habiendo señalado cuando entra en vigencia y se extingue la Jurisprudencia Administrativa, debemos destacar como característica de gran importancia la incorporación a la norma de la interpretación hecha por la CGR. Tal característica, genera una complejidad importante frente a los efectos de la Jurisprudencia Administrativa en relación a la seguridad jurídica y la certeza en el actuar de la Administración. Tal es el caso en el que constituida una situación jurídica bajo los efectos de un determinado criterio adoptado por la CGR, ¿qué ocurre en esos casos, si con posterioridad el criterio cambia? La duda surge en razón de que si el criterio que otorgó el derecho se ve modificado con

¹³⁰ A este respecto, existe un amplio consenso en doctrina, véase: DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit., p. 166; ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 552; GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 171–178; CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Ob. Cit., pp. 158–159.

posterioridad y este criterio, que se entiende incorporado en la norma, modificaría la situación ya constituida.

Desde ya, cabe desestimar lo que plantea cierto sector de la doctrina que, sin hacer un desarrollo del argumento, da a entender la existencia de una distinción entre el Cambio de Jurisprudencia Administrativa y el Cambio de Interpretación que efectúa la CGR¹³¹. Dicha distinción nos parece inoficiosa. Lo anterior en razón de que quien interpreta el Derecho de forma útil, lo hace porque está llamado aplicarlo, de modo que cuando la CGR cambia la interpretación de una norma, está necesariamente cambiando la Jurisprudencia Administrativa, lo que tendrá los efectos que ya señalaremos a continuación.

Frente a esta situación, se han planteado diversas hipótesis respecto a si la interpretación contenida en la Jurisprudencia Administrativa se puede encontrar enmarcada en el contexto de lo señalado en el artículo 9º del Código Civil. Las consecuencias de ese marco tenderán a ser diferentes en cada caso. Así las cosas, quienes desestiman la idea de incorporar a la Interpretación Administrativa dentro de lo contemplado en el inciso segundo del artículo 9º del Código Civil, consideran que la Jurisprudencia Administrativa solo regirá *in actum*, es decir, con efectos sólo desde su dictación hacia el futuro. Se sustenta esta posición en un argumento de texto, al señalar que el artículo en cuestión hace referencia a las “leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes”, la denominada interpretación auténtica que posee relación con el artículo 3º del Código Civil, referida a la interpretación efectuada por el Legislador. Ante esto, no puede considerarse a la interpretación hecha por la Administración con el mismo carácter de la legislativa, por lo que no se le podrían atribuir los efectos señalados por el Código¹³².

Por su parte, otro sector doctrinario, y basados principalmente en los criterios adoptados y reiterados en diversas ocasiones por la CGR -como se puede observar en los dictámenes N° 67.927 del 22 de Octubre de 1963; 55.600 de 6 de Octubre de 1978; 5.483 del 7 de Julio de 2003; 88.621 del 6 de Noviembre de 2015-, han asimilado dicha posición a lo señalado por el artículo 9º del Cód. Civil (aun cuando la misma CGR no lo ha mencionado en sus dictámenes), extendiendo de una u otra forma sus efectos a lo señalado por la

¹³¹ En este sentido, ver ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 546; CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Ob. Cit., p. 157.

¹³² GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 157–158.

Jurisprudencia Administrativa¹³³. La principal consecuencia de esta posición, tradicionalmente aceptada por nuestra doctrina y reflejada en los dictámenes de la CGR, radica en que la Jurisprudencia Administrativa comienza a tener efecto desde el momento en que entra en vigencia la norma interpretada, sin perjuicio de la inmunidad de las situaciones jurídicas consolidadas bajo Jurisprudencia anterior.

En este mismo sentido, el artículo 52 de la LBPA, establece que “los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados, y no lesionen derechos de terceros”. De esta forma, se configura un híbrido entre las posiciones señaladas, al reconocer la irretroactividad de los actos administrativos (no olvidemos que los dictámenes de la CGR se encuentran contemplados dentro de aquellos) por medio de no modificar las situaciones constituidas con anterioridad al dictamen que modifica una situación jurídica, rigiendo siempre hacia el futuro, pero reconociendo la posibilidad de mejorar situaciones anteriores, siempre y cuando sean favorables para los interesados y no lesionen a terceros, como puede observarse, por ejemplo, en el Dictamen 48.218 de 1 de Agosto de 2011. Finalmente, lo que subyace a esta situación, y que como podemos ver es un tema transversal dentro del tratamiento de la Jurisprudencia Administrativa, es el debido respeto que debe existir hacia la garantía de igualdad ante la ley prescrita en la CPR, además del resguardo a la buena fe y la certeza y seguridad jurídica que debe existir en el actuar de la Administración.

7. Limitaciones a la Jurisprudencia Administrativa.

Analizados algunos de los elementos más relevantes que posee la Jurisprudencia Administrativa en cuanto a sus generalidades, formas de lograr la emisión la jurisprudencia, características, efectos para los particulares, Tribunales y la Administración, y la vigencia de los mismos, cabe mencionar las limitaciones que se establecen legalmente para la acción de la CGR en cuanto al pronunciamiento que puede efectuar. En este punto, cabe mencionar que la LOCCGR es clara en señalar en su artículo 6º inc. 3º, los casos en los que deberá abstenerse de intervenir. Esos casos corresponden a los asuntos sometidos a su conocimiento que “por su naturaleza sean de carácter propiamente litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado”.

¹³³ ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 546.

La mencionada limitación posee fundamento, principalmente, en la coordinación que debe existir entre los Órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones. De este modo, la primera prohibición señalada concuerda con lo señalado en el artículo 76 de la CPR, que impide a los demás órganos del Estado ejercer funciones judiciales y avocarse causas pendientes¹³⁴.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa ha señalado respecto a este punto, que existiendo un pronunciamiento de parte de un Tribunal de Justicia sobre el mismo asunto planteado por un particular, ya sea un juicio pendiente o, con mayor razón un juicio ya terminado en cuanto al fondo del problema, la CGR debe abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre la solicitud. Asimismo, la CGR no puede pronunciarse sobre el cumplimiento de cláusulas contractuales establecidas en un contrato público y que se refieren a comportamientos de la Administración, pues aquellas sólo serían competencia de los tribunales ordinarios. Finalmente, si el afectado por un acto de la Administración, y el órgano estatal requerido tienen versiones diferentes sobre los hechos, la jurisprudencia administrativa ha calificado a esta circunstancia como litigiosa por sí misma, puesto que cada parte deberá probar sus dichos, debiendo ser sometido necesariamente al conocimiento de los Tribunales Ordinarios¹³⁵.

¹³⁴ ARÓSTICA, Iván. La Contraloría Hoy. Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo (16): 130, julio de 2007.

¹³⁵ CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Ob. Cit., pp. 560–562.

CAPITULO 4. Formas de Intervención de la CGR por vía del Dictamen: Interpretación, Adjudicación e Implementación.

1. Consideraciones Previas

Habiendo analizado los aspectos más relevantes que han ido formando a la CGR del modo en el que la conocemos hoy, y de la forma en la que ésta actúa en la vida jurídica nacional, corresponde desarrollar los efectos que pueden generar los dictámenes de la CGR en el ordenamiento jurídico nacional. A su vez, estas formas que toman los dictámenes de la CGR vienen a ser las funciones que termina cumpliendo, transformándolo en un participante activo en la creación normativa y en el control de la Administración.

Para esto, desarrollaremos las formas de intervención de la CGR en tres partes, partiendo por la labor interpretativa del órgano contralor que se concreta en el dictamen, analizando sus características y los criterios que ha adoptado. Luego, se expondrá la labor de adjudicación que ejerce la CGR, atribución que se enmarca dentro del control de los actos de la Administración cuando se requiere la intervención de la CGR por parte de particulares con la finalidad de invalidar alguna actuación administrativa, labor de particular importancia en nuestro ordenamiento ante la falta de los denominados Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Finalmente, analizaremos la labor que ejerce el dictamen en la implementación de políticas públicas por parte de la CGR, lo que viene a darle una particular importancia a este órgano en el Derecho Administrativo Moderno.

Cabe prevenir en este punto, que ninguna de estas formas de intervención aparece claramente delimitada dentro de los dictámenes. Es decir, salvo la labor interpretativa, que se otorga expresamente a la CGR y específicamente circunscrita al ámbito de la Administración, son las consecuencias que de esta interpretación que hace la CGR la que puede traducirse en una labor de implementación de políticas públicas o de adjudicación, o ambas según el caso.

2. Función Interpretativa.

Se ha señalado que la interpretación es una actividad de importancia fundamental dentro de la labor jurídica. Más allá del método utilizado, del cual dependerá la

preponderancia de la interpretación dentro de la dogmática (como elemento basal del Derecho o como herramienta útil a los fines de la justicia), no se concibe la aplicación de las normas sin su previa interpretación¹³⁶, toda vez que es necesario acortar las distancias existentes entre lo que plantea el pensamiento o voluntad del autor, con la correcta expresión de ésta en la letra. Desde este punto entonces, tradicionalmente –y sin muchos contrapesos- se señala que la interpretación jurídica consiste en indagar el sentido de una declaración de voluntad¹³⁷, en el ámbito normativo, el núcleo de la idea radica en fijar el “verdadero sentido y alcance” de la ley¹³⁸, a lo que otros autores agregan a esta labor interpretativa, todas las actividades indispensables para aplicar el Derecho, es decir, adaptarla al caso concreto¹³⁹ con dependencia del conjunto de factores que ayudan a determinarlo¹⁴⁰, todo con la finalidad de que la norma jurídica conserve su validez a través de las variaciones que en el tiempo experimenten las condiciones sociales¹⁴¹.

En el ámbito administrativo, se ha señalado que la interpretación, si bien posee los mismos fines de esclarecimiento del sentido y alcance, cobra una particular relevancia en el contexto de un aumento de potestades discrecionales dadas a la Administración por el poder legislativo, en forma de conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación, por un lado, y por delegación del legislador, con ánimos de complementación normativa, al otorgar facultades de interpretación de la ley o actos administrativos con alcances vinculantes¹⁴².

Cabe señalar que existe cierto consenso en que la interpretación de las normas administrativas, debe hacerse como cualquier norma de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, de acuerdo a las reglas contenidas en los artículo 19 al 24 del Código Civil¹⁴³, no obstante ha existido un desplazamiento hacia una interpretación basada en criterios, los que

¹³⁶ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., p. 5.

¹³⁷ MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Segunda Edición Actualizada. Santiago, Jurídica de Chile, 1993, p. 150.

¹³⁸ MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Ob. Cit. En este mismo sentido, ver DUCCI, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 82; ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. Ob. Cit., p. 193.

¹³⁹ DUCCI, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Ob. Cit. p. 82.

¹⁴⁰ QUINTANA, Fernando. Interpretación y Argumentación Jurídica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 105.

¹⁴¹ DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit., p. 14.

¹⁴² CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Ob. Cit., p. 38.

¹⁴³ En este sentido, ver DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit., p. 162; GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 153–155; SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. Ob. Cit., p. 111.

sin desconocer la aplicación de las reglas interpretativas del Código Civil, plantean la ampliación de los elementos que inciden a la hora de efectuar el trabajo hermenéutico para aplicar la norma¹⁴⁴, dentro de los cuales se encuentra la llamada “interpretación finalista”, criterio que posee su principal reconocimiento en el Dictamen 70.118 de 1970, que fija la forma en que la CGR deberá efectuar su labor interpretativa, y que constituye el precedente que con posterioridad invocará cada vez que ratifique la aplicación de este criterio. Esto posee particular importancia, pues tal criterio no solo permea la interpretación hecha por la CGR, sino que también genera efectos en la forma de comprender el Derecho Público.

Dentro de los casos de aumento de potestades interpretativas dadas a la Administración, uno de los más importantes lo constituye el de la CGR, en donde dicha potestad se otorga en razón de la aplicación y supervigilancia respecto de las materias sobre las cuales puede pronunciarse y que ya mencionamos en el capítulo anterior, esto se refuerza con lo mencionado por parte de la doctrina, al señalar que “todo acto administrativo de decisión, sea discrecional o reglado, importa una interpretación de la norma legal o constitucional atributiva de competencia para la autoridad que lo dicta”¹⁴⁵.

Sobre la interpretación efectuada por la CGR, se han señalado como características de ésta, en primer lugar, que constituiría una interpretación por vía de autoridad¹⁴⁶ y que, como mencionamos a propósito de la entrada en vigencia de la Jurisprudencia Administrativa, lo dicho por la CGR en cuanto a la interpretación, se entiende incorporado a la norma interpretada, constituyendo de este modo una extraña forma de “interpretación auténtica” (extraña, pues la interpretación no la estaría efectuando el órgano que dictó la norma) aunque restringida en sus efectos, los que se dirigen sólo hacia la Administración, toda vez que resulta dudoso que tratándose de la interpretación de la ley, se equipare la que emane de la CGR a la que pueda efectuar el legislador vía ley interpretativa¹⁴⁷.

2.1. Dictamen 70.118: El marco para describir la interpretación de la CGR.

¹⁴⁴ En este sentido, y vinculado a una armonización entre las reglas de interpretación del Código Civil y la Constitución ver: ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. Ob. Cit., pp. 204–215.

¹⁴⁵ MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Ob. Cit. p. 151.

¹⁴⁶ CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Ob. Cit., p. 152.

¹⁴⁷ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 157–160.

Para ahondar en el desarrollo de la potestad interpretativa de la CGR, es menester detenerse en el dictamen 70.118 de 1970, fundamental para la comprensión de la interpretación finalista efectuada por la CGR. A lo largo de este apartado, expondremos de modo general lo planteado por el dictamen, para luego ahondar en qué consisten los puntos más relevantes a los que se refiere, buscando describir el comportamiento de la CGR a la hora de interpretar y aplicar la ley, enfocado principalmente en las exigencias del Derecho Administrativo, y el concepto de interpretación finalista.

El dictamen se refiere a la forma de aplicar e interpretar las leyes y reglamentos en el ejercicio de sus atribuciones, y especialmente al despachar los dictámenes que precisan el alcance de las disposiciones que ha de interpretar, reconociendo la sujeción que debe tener el órgano contralor a las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil, pero haciendo una prevención: de la aplicación la ley administrativa, surgen problemas derivados de su propia naturaleza, lo que implica la necesidad de atender a ciertos elementos a la hora de interpretar y aplicar la ley administrativa.

Esto significa asumir, o reconocer –siguiendo lo que señala el artículo 1º del Código Civil-, que la ley es una expresión de voluntad “siempre dirigida hacia fines determinados”, fijados por el poder público que las aprueba. De ahí que la apreciación que se haga de la ley es la de ser un instrumento para lograr los fines previstos por el legislador. Luego, y en razón de esto es que la interpretación que se efectúe de la norma resulta esencial para determinar los fines que busca el legislador, más aun considerando que aquella interpretación de la ley administrativa, encuadra y dirige la actividad de la Administración. Esta es la idea conocida como “interpretación finalista”, sobre el cual agrega, en un breve análisis del artículo 19 del Código Civil, que el “tenor literal” ha de ser el único factor que puede presidir la interpretación cuando el sentido de la ley es claro, pero reconoce que aquello no siempre ocurre, pues los términos empleados por el legislador no fijan por sí solos el sentido de la norma, o bien, ese sentido no puede determinarse con facilidad al aplicar la disposición.

Con esto en cuenta, aparece dable el recurrir a otros antecedentes, tal como el examen de la historia fidedigna de la ley, pero reparando en el hecho que la historia de la ley no siempre representa la voluntad del legislador, ya que las intervenciones hechas por los parlamentarios pueden simplemente desvirtuarse dentro del mismo proceso de formación de la ley, o bien representar meras opiniones de quienes los emiten. Esta idea es reforzada por

parte de la doctrina, señalando que no se le puede atribuir importancia definitiva a la opinión de uno o más parlamentarios, pues, la intención se determina por todo el régimen jurídico de la ley¹⁴⁸, idea que incluso posee raíces anteriores dentro de nuestro ordenamiento¹⁴⁹.

Agrega el dictamen una serie de guías respecto a la forma de interpretar la ley administrativa, como que es necesario hacer un examen previo de la norma para calificarla de excepcional y así aplicarla de forma restrictiva, también el carácter fragmentario y disperso de la legislación administrativa, que obliga a un conocimiento profundo de las normas que rigen las materias a que se refieren las leyes a interpretar, pues aquellos antecedentes son indispensables para determinar el verdadero sentido de la voluntad del legislador, lo que corrobora lo mencionado en el párrafo anterior. Luego, da cuenta del Principio de Especialidad de los Órganos Administrativos, que permite a tales órganos el poder desarrollar sus funciones destinados a obtener, dentro de sus competencias específicas, los fines que la ley les ha asignado. Finalmente, señala el principio que obliga a preferir la interpretación de la ley conforme a la cual ésta pueda surtir efectos por sobre la que conduzca a la ineficacia de la norma.

2.1.1. Exigencias del Derecho Administrativo

Dentro del dictamen 70.118 de 1970, se menciona la existencia de particularidades que posee el Derecho Administrativo, y que obligan a apreciar sus normas siguiendo las reglas establecidas en el Código Civil, pero debiendo tener presente que, si la finalidad establecida por el legislador no es clara en la norma a interpretar, debe recurrirse a otras herramientas para determinar el sentido y alcance, sin ser suficiente el denominado “elemento histórico”, pues en éstas materias, de su proceso de formación no necesariamente se derivará la finalidad que quiso darle el legislador.

Ante esto, si bien se menciona la insuficiencia de las reglas del Título Preliminar del Código Civil, no se ahonda en los motivos de esta insuficiencia, más allá del dinamismo propio del Derecho Administrativo. Pero, ¿cuáles son estas exigencias a las que se refiere el dictamen? La doctrina parece comprender y ser enfática en que el medio en que se desenvuelve el Derecho Administrativo no es estático, se encuentra permanentemente

¹⁴⁸ SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. Ob. Cit., p. 112.

¹⁴⁹ Nota al pie en: Ibid.

enfrentado a los cambios en la sociedad, ya sean estos económicos o tecnológicos, y a los que debe adaptarse para atender y dar respuesta a las necesidades que le corresponde satisfacer¹⁵⁰. Esto se suma a lo ya antes mencionado, en relación al aumento de potestades dadas a la Administración, ya sea por el uso de Conceptos Jurídicamente Indeterminados por parte del Legislador o por la relevancia dada a la Administración en tanto las potestades vinculantes que detenta en algunos casos¹⁵¹. Luego, que estas asignaciones de poder no se agotan con el ejercicio actual, sino que se mantienen latentes en tanto existen las finalidades cuya satisfacción se busca¹⁵².

Pero todo esto no significa simplemente que la Administración tenga un amplio campo respecto del cual pronunciarse libremente, otra de las exigencias dadas al Derecho Administrativo, es el hecho que debe asumirse que la Administración, al adoptar el finalismo como forma de interpretación, ha de soportar sobre sí un enorme peso argumentativo, pues en razón de sus deberes, debe hacerse cargo de la mayor cantidad de elementos relevantes disponibles¹⁵³. Esto se reafirma con el hecho que el Derecho Administrativo ha desarrollado en parte una serie de principios propios y autónomos, que se desenvuelven al alero de los valores y principios del Derecho Constitucional¹⁵⁴.

2.1.2. Interpretación Finalista

Otro de los temas señalados en el dictamen 70.118 de 1970, y que posee particular relevancia, puesto que es el criterio que pasa a constituir la forma de entender la interpretación hecha por la CGR, es el concepto de Interpretación Finalista de las normas. Aquel concepto, no posee una definición dada en el mismo dictamen, pero la doctrina se ha encargado de mencionar elementos para su definición. De este modo, se ha definido a la Interpretación Finalista, como aquella que entiende que para llegar al más “correcto” de los posibles significados de un precepto es indispensable considerar, además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que este es parte¹⁵⁵. Esto pretende reivindicar

¹⁵⁰ ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. Ob. Cit., p. 198.

¹⁵¹ CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Ob. Cit., p. 37.

¹⁵² PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad. Ob. Cit., p. 223.

¹⁵³ ZAPATA, Patricio. Los Limites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. En: Anuario de Derecho Público 2012. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 353.

¹⁵⁴ CELIS, Gabriel. La Interpretación Jurídica en el Derecho Administrativo Contemporáneo. Revista Nomos Universidad de Viña del Mar (3): 70, 2009.

¹⁵⁵ ZAPATA, Patricio. Los Limites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. Ob. Cit., p. 334.

la integridad constitucional, con lo que no cabe distinguir entre “insignes principios” por un lado, y “humildes reglas” por otro¹⁵⁶.

De esta forma, aparece que detrás de la interpretación finalista, existe un intento de armonizar la legislación con el objetivo de enmarcar la actuación administrativa con el respeto al ordenamiento jurídico, entendido como un conjunto completo de normas, del cual los Derechos Fundamentales serían el elemento rector de la interpretación, utilizando las herramientas dadas por el Título Preliminar para alcanzar esos objetivos. Cabe señalar que si bien la doctrina pareciera estar conteste en la comprensión de que el finalismo nos llama a entender el ordenamiento jurídico como un bloque íntegro, no es tan clara la valoración que se da a los elementos que sirven para interpretar el ordenamiento.

De todo esto, el método de interpretación efectuado por la Administración, y particularmente por la CGR, debe consistir en desentrañar la voluntad del legislador de forma armónica con la realidad de la sociedad al momento de aplicar la norma. Esto implica ponerse en el lugar del Legislador y deducir si la hipótesis llevada a su conocimiento habría sido subsumida por el legislador al momento de crear la norma. El ámbito que posee la Administración para poder llegar a este objetivo, estaría dado por la discrecionalidad que lleva aparejada la potestad de aplicar las normas que se les encomiendan, y de la existencia de términos susceptibles de variar en el tiempo, los que pueden adquirir nuevos contenidos, modernizarse o ser sustituidos por otros que respondan a una misma intención en la norma¹⁵⁷. Con esto en cuenta, parte de la doctrina acoge la distinción entre “proyección” en la interpretación, correspondiente a aplicar un concepto contenido en una norma a un supuesto originalmente no previsto en la época de su dictación, es decir, adapta el concepto a nuevos fenómenos; y la existencia de “conceptos-válvula”, consistentes en términos que se encuentran moldeados por la costumbre al momento de aplicarse las normas que los contienen¹⁵⁸.

De ahí surge la relevancia que posee la interpretación administrativa, pues debe darle sentido y alcance a los conceptos jurídicos indeterminados, los que además –particularmente en el caso de la CGR-, serán vinculantes para la Administración y que posteriormente se

¹⁵⁶ Ibid., 350.

¹⁵⁷ MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Ob. Cit. p. 151.

¹⁵⁸ Ibid.

verán concretados en la dictación de actos administrativos¹⁵⁹ y que servirá, además, para fijar un estándar de legalidad en el actuar administrativo.

Otro elemento a considerar relativo a la forma que tiene la CGR para interpretar, y que se encuentra previsto dentro del dictamen 70.118 de 1970 como parte importante de la idea del finalismo, es el llamado a que el intérprete administrativo siempre debe preferir aquella interpretación que pueda producir efectos, por sobre aquellas que lleven a la ineficacia de la norma, pues es lógico que el legislador al dictar la norma, se encuentran dirigidos a producir siempre consecuencias prácticas¹⁶⁰, esto también se ha extendido a la aplicación de preceptos constitucionales, los que son dictados con el mismo objetivo¹⁶¹, y por influjo de la supremacía constitucional, ha de permear la interpretación hecha por la Administración. A esto se agrega la necesidad de certeza que debe existir detrás de la interpretación que se efectúa, de modo que ha de preferirse el sentido de la norma en que ella sea capaz de brindar certeza, intangibilidad y permanencia a los derechos, que permitan al ciudadano contar con soluciones jurisprudenciales estables y uniformes¹⁶².

Por eso es que se ha dicho que debe buscarse el sentido finalista de las normas para permitir un eficaz desenvolvimiento social, lo que obliga a quien aplica las normas, a darles un sentido permanentemente acorde con su finalidad última, sin que pueda desentenderse de los propósitos, fines y objetivos de una sociedad abierta y libre¹⁶³. Esto se refuerza con lo dicho por el dictamen 70.118, al señalar que la ley no es solo un mandato obligatorio por su eficacia técnica, sino que pretende alcanzar finalidades determinadas por el poder público que las aprueba, de lo que emana directamente la obligación de, al momento de interpretarla, determinar los fines cuya realización ordena alcanzar el legislador.

Con esto, se ha señalado que, aunque circunscrito al ámbito constitucional, “el efecto natural y lógico de la interpretación finalista es tender a la armonización o conciliación entre el significado que se le reconoce a un precepto constitucional y a las exigencias del conjunto de la Carta Fundamental”¹⁶⁴ y que se plantee como consecuencia de este tipo de interpretación el “poner de relieve una tensión dentro del sistema constitucional” cuando del

¹⁵⁹ SILVA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. Ob. Cit., p. 274.

¹⁶⁰ DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit. p. 172.

¹⁶¹ CELIS, Gabriel. La Interpretación Jurídica en el Derecho Administrativo Contemporáneo. Ob. Cit., p. 57.

¹⁶² MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Ob. Cit. p. 149.

¹⁶³ Ibid., 17.

¹⁶⁴ ZAPATA, Patricio. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. Ob. Cit., p. 351.

“tenor literal de un precepto aislado no se admite ninguna lectura coherente o conciliable con las exigencias del resto del texto constitucional”¹⁶⁵, esto, a pesar de encontrarse circunscrito al ámbito constitucional, nada obsta a su aplicación, para efectos de comprensión de la forma de interpretar que efectúa la CGR, llevarlo al terreno administrativo.

Pero de todo lo anterior, no debe pensarse que éste método interpretativo sea una solución exenta de vicios, o que no traiga aparejados una serie de problemas. Recordemos que la potestad de aplicar, lleva implícita la de interpretar y otorga un ámbito de discrecionalidad en la que la Administración se desenvolverá, y en ese punto es donde radican principalmente algunas de las críticas dirigidas a esta tipo de interpretación. Este aspecto discrecional, será siempre sensible a la inclinación que posee el intérprete de turno y de esta forma, siempre se ha mirado de forma crítica la posibilidad de que el finalismo, se transforme en una excusa para ejercer abiertamente la labor de creación de normas. Por lo que se corre un riesgo cuando ésta se lleva a cabo “en manos de jueces activistas o intérpretes abanderizados [...] pues puede constituirse, en los hechos, en un pretexto o coartada para la pura y simple creación de normas”¹⁶⁶. Así por ejemplo, se ha señalado por parte de la doctrina, que este método de interpretación tiende a forzar los textos hasta “hacerlos confesar aquello que conviene al gobierno de turno”; que por vía de la interpretación, las disposiciones se extiendan hasta cubrir actuaciones administrativas no comprendidas en la ley; o bien, para alterar estados jurídicos anteriores¹⁶⁷, principalmente basados en la prerrogativa del dictamen 70.118 de 1970 en la que trata a la ley como una herramienta para los fines previstos por el legislador. Una crítica similar, pero destinada a dar cuenta de los efectos de un excesivo ánimo creador de normas, es la que se señala a propósito de la requisición como medida de regulación económica, en donde se muestra que una interpretación extensiva puede ser perniciosa cuando se efectúa desde la Administración, pues a la hora de ejercer las facultades de control que posee la CGR, no puede equiparar su actuación a la del legislador¹⁶⁸. Con esto en cuenta, se ha señalado que “el finalismo no consiste en resolver los problemas interpretativos ‘desde el olimpo’, pues eso sería un vehículo para pasar por hermenéutica lo que son visiones personales”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid., 335.

¹⁶⁷ ARÓSTICA, Iván. Los Dictámenes y la Interpretación en Sede Administrativa. Ob. Cit., p. 153.

¹⁶⁸ DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit. p. 169.

¹⁶⁹ ZAPATA, Patricio. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. Ob. Cit., p. 350.

Otra de las críticas que se señalan, apunta a la idea de “finalidad” detrás de la legislación administrativa. Se ha señalado en varias ocasiones por parte de la doctrina, que el Derecho Administrativo tiende a fines. Aquellos fines estarían dados por las prerrogativas señaladas por principios de Derecho Público, que transformarían al Derecho Administrativo en una disciplina autónoma con principios propios a la hora de interpretar sus normas, principalmente basado en el argumento de que como el Derecho Administrativo tiende a fines propios, es que deben relegarse las reglas de interpretación del Código Civil a un segundo plano¹⁷⁰. Frente a esto, se ha respondido tajantemente a que dicha posición es insostenible, por una parte, en razón que no hay argumentos concretos que permitan señalar la preferencia por los principios propios del Derecho Administrativo por sobre los artículos 19 al 24 del Código Civil y por otro lado, porque tampoco hay argumentos para señalar que las normas de Derecho Administrativo tengan fines, en defecto de las de Derecho Civil¹⁷¹.

Lo cierto es que la última posición nos parece correcta, aunque con ciertas apreciaciones, pues si bien es cierto que no existen razones para señalar que una rama del Derecho tiene fines por sobre las demás, es necesario señalar que dichos fines son distintos. Quizás no en el sentido de que ambas deben ofrecer surtir efectos prácticos una vez aplicadas, pero si en señalar que ambas obedecen a “lógicas” diferentes. Así puede parecer claro que las reglas del Derecho Civil busquen producir efectos beneficiosos para las partes que las aplican, bajo una órbita de reciprocidad en la prestación, pero no es así bajo una lógica de Derecho Público, en donde el principio de la aplicación de la regla no es un beneficio particular, sino que enfocado al interés general, evitando no generar excesivos gravámenes para quienes no estén directamente contemplados en la aplicación de la norma. De ahí que, como veremos, la lógica de la interpretación en sede administrativa, exija un alto estándar de justificación en el actuar, y puede acudir incluso a otras disciplinas con tal de responder a las necesidades sociales, pues el finalismo como método de interpretación, debe cargar con un enorme peso argumentativo, pues sus decisiones deben hacerse cargo de la mayor cantidad de elementos relevantes disponibles¹⁷².

Pero frente a este riesgo, se proponen ciertos límites a este ámbito de discrecionalidad dentro de las facultades interpretativas de la Administración, por parte de la doctrina. Aquellos límites dicen relación con el respeto a la seguridad jurídica y a la certeza

¹⁷⁰ CELIS, Gabriel. La Interpretación Jurídica en el Derecho Administrativo Contemporáneo. Ob. Cit., p. 70.

¹⁷¹ GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Ob. Cit., pp. 153–154.

¹⁷² ZAPATA, Patricio. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. Ob. Cit., p. 353.

que ha de existir dentro de la interpretación, particularmente la hecha por CGR. Como es de imaginar, en este punto existe gran cercanía a lo expresado en el capítulo anterior a propósito de la Jurisprudencia Administrativa, en relación de los argumentos que sirven de fundamento para fijar la vinculatoriedad del precedente, basado principalmente en el respeto a la garantía constitucional del artículo 19 n°2 sobre igualdad ante la ley y en la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, se ha señalado que “la necesidad de certeza en la inteligencia de los preceptos, [...] se manifiesta en una interpretación uniforme y estable de los preceptos jurídicos. [...] Uniforme en cuanto debe aplicar igual solución a presupuestos de hecho también iguales; y estable, en la medida que deberá permanecer invariable en tanto no varíen las circunstancias a las que se aplican”¹⁷³. Por último, también se ha señalado que frente a tal riesgo, deben identificarse criterios que circunscriban al finalismo dentro de los márgenes compatibles con la separación de funciones y la deferencia debida al legislador democrático¹⁷⁴.

2.2. Análisis de Dictámenes

Analizado doctrinariamente cómo opera la jurisprudencia administrativa en cuanto interpretación, particularmente el criterio finalista, es útil analizar la forma en la que la CGR materializa dichos criterios en sus dictámenes. Para ello, analizaremos dos dictámenes que, a nuestro juicio, reflejan de manera idónea la forma en la que la CGR dictamina, empleando el criterio finalista al que adscribe.

2.2.1. CGR e interpretación finalista del concepto “espacio de uso público”.

La materialización del criterio finalista aplicado por la CGR, podemos encontrarla en algunos dictámenes de la CGR en los que se le haya solicitado pronunciamiento respecto a las dudas que puedan surgir en torno a ciertos conceptos jurídicos, como es el caso del dictamen 30.338 del 26 de junio de 2009. En él, la Municipalidad de La Florida solicita pronunciamiento sobre el sentido y alcance de la expresión “espacio de uso público” contemplada en Art. 8 de Ley 19.925. El objetivo de la consulta, fue resolver problemas

¹⁷³ MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Ob. Cit. p. 152.

¹⁷⁴ ZAPATA, Patricio. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. Ob. Cit., p. 335.

suscitados con ocasión de la tramitación de patentes comerciales y de alcoholes correspondientes a locales en centros comerciales que comparten vías de acceso. ¿Se puede hacer equivalente “espacio de uso público con “bien nacional de uso público”? ¿O se considera sólo el uso público al que se destina?

El Art. 8 de la Ley 19.925 expone en qué casos no se concederá patentes a aquellos locales que estén ubicados a menos de cien metros de establecimientos de educación, de salud o penitenciarios, de recintos militares o policiales, de terminales y garitas de la movilización colectiva; dicha distancia, se medirá entre los extremos más próximos de los respectivos establecimientos, tomando la línea de acceso principal más corta, por aceras, calles y espacios de uso público. La distancia se medirá entre los extremos más próximos de los respectivos establecimientos, tomando la línea de acceso principal más corta, por aceras, calles y espacios de uso público.

La CGR, para determinar el sentido del concepto “espacio de uso público”, indica a propósito de la ley a analizar que “el legislador se ha limitado a señalar que la medición de que se trata debe hacerse, en lo que interesa a la consulta planteada, por ‘espacios de uso público’ sin definir esta expresión, de manera que para establecer el correcto alcance de la misma debe recurrirse a las normas de interpretación consagradas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil”.

Luego, atendiendo al tenor gramatical del concepto, la CGR señala que “la expresión de que se trata alude al ‘uso’ el correspondiente espacio, es decir, aquélla ha sido definida en función del destino del lugar en cuestión, sin distinguir respecto del titular del derecho de dominio del mismo. El concepto de “espacios de uso público” utilizado en el inciso final del citado artículo 8°, se debe interpretar en forma amplia, de manera que comprenda todo lugar que esté destinado a un uso público, cualquiera que sea su propietario. Así, no corresponde limitar el alcance de dicha expresión sólo a los bienes nacionales de uso público, parte de los cuales, por lo demás, se encuentran incluidos expresamente en la norma en cuestión, al mencionar, las aceras y calles”.

Finalmente, el dictamen indica que tal idea “encuentra su fundamento en el elemento hermenéutico finalista, toda vez que del tenor del artículo 8° en comento y de lo manifestado por esta Entidad de Fiscalización en el dictamen N° 3.234, de 2006, se advierte que la

intención del legislador es evitar que cualquiera de los establecimientos de los dos grupos enunciados en ese precepto pueda funcionar a menos de cien metros uno de otro, finalidad que se desvirtuaría de admitirse un criterio diverso al expresado”.

La CGR en este determinó cuál era el alcance del concepto “espacio y uso público” interpretando no sólo a la luz de las normas contenidas en el Código Civil, sino también atendiendo a lo que ella entiende como la real intención del legislador; la intención del legislador es que los locales con patente de alcohol se mantengan a cierta distancia de los establecimientos enunciados en la citada ley, cuestión que no se lograría a cabalidad si el concepto de “espacio de uso público” se interpretara de forma estricta, sólo contemplándolo como bien nacional de uso público.

2.2.2. CGR e interpretación finalista de la ley 19.925 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo: el diario electrónico.

También es relevante de analizar el dictamen 51.028 de 01 de septiembre de 2010, en el cual, la Asociación Nacional de Prensa A.G solicitó reconsideración de ciertos dictámenes de la CGR, en el sentido que el órgano contralor señaló que al hacer publicaciones en diarios, revistas, escritos periódicos o transmisiones de radio o televisión a través de internet o medio o soporte digital o electrónico, están sujetos al cumplimiento de lo dispuesto por la ley 16.643 sobre abusos de publicidad, sustituida por la ley 19.733.

En otras palabras, la Asociación Nacional de Prensa, entiende que las publicaciones hechas en diarios electrónicos no corresponde sean incluidas como medios de comunicación contemplados de la ley 19.733, en atención al soporte en el que se materializa la información.

La CGR en este dictamen, interpreta dicha ley, mencionando de manera expresa lo indicado en el Artículo 3 de la ley 19,733, el cual señala que “son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado”. Añade el inciso segundo del mismo precepto que “Se entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días a la semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”.

La CGR, posteriormente, interpreta los preceptos señalados, y citando su propia jurisprudencia, concluye que “las diferencias entre los diarios electrónicos y los diarios impresos derivan del distinto soporte en el cual éstos contienen su información -siendo digital- en el caso de los primeros y de papel en el de los segundos-, pero no difieren en cuanto a su aptitud para proporcionar información escrita, lo que constituye su principal objeto. Asimismo, señala la CGR que “atendido que los diarios electrónicos cumplen el mismo rol que los diarios impresos, esta Contraloría General debe reiterar que no advierte impedimento para que en aquellos casos en que la ley exige efectuar una publicación en un diario, ésta se practique en un diario electrónico que cumpla con los requisitos establecidos en la referida ley N° 19.733, salvo que los términos de la exigencia legal obsten a dicha posibilidad”.

De este dictamen se desprende una clara tendencia a interpretar la ley, con miras a las nuevas tendencias de la sociedad; evidentemente a la data de dicha ley, no existía un desarrollo de las redes sociales e Internet como en la actualidad, razón por la cual, el legislador no contempló dentro del cuerpo legal el diario electrónico. En razón de ello, subyace en el dictamen la necesidad de indagar en el fin de la norma en relación a qué debe entenderse por un medio de comunicación. Si el fin de un medio de comunicación es “transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado”, no habría inconveniente en subsumir en esta enumeración abierta, el diario electrónico.

3. Función Adjudicativa: La CGR y lo Contencioso Administrativo.

El control en Chile ha sido materia de vasto estudio, particularmente aquel que se ejerce cuando la Administración ha vulnerado derechos fundamentales de los administrados. Y es que no es misterio para el Derecho nacional, el que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo hayan sido una mera expectativa, consagrada alguna vez en nuestra Carta Fundamental, para finalmente ser suprimidos de ésta, pues nunca fueron creados. El Contencioso Administrativo se manifiesta, al menos en la práctica, de forma dispersa en órganos que ejercen esta función, sin perjuicio de que no existe en Chile una Jurisdicción Administrativa unificada, por lo que la doctrina nacional se ha cuestionado en reiteradas

ocasiones, quién debe aplicar y la forma en que debe ser aplicado el Contencioso Administrativo.

Una demostración de esta dispersión, es el caso del Recurso de Protección, el que ser una acción de tutela judicial, se ha convertido en la vía procesal ordinaria de control jurisdiccional de la Administración del Estado, aun cuando no aparezcan siempre comprometidos derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁷⁵; asimismo, también se contemplan otros procedimientos, como el caso del contencioso aduanero, el contencioso tributario ante el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, y la propia CGR, cuando conoce del juicio de cuentas¹⁷⁶.

La doctrina ha elaborado algunas definiciones sobre qué es el Contencioso Administrativo. Un sector, lo ha definido como aquel que “está constituido por aquellas contiendas o litigios en que se debaten cuestiones de Derecho Administrativo, en que una de las partes es una Administración u órgano administrativo”¹⁷⁷. También se ha definido como “un conjunto de acciones y subsecuentes procesos a disposición de los administrados para someter ante un juez los litigios que los enfrentan con la Administración”¹⁷⁸; otra parte de la doctrina, ha definido lo Contencioso Administrativo como “aquella parte de la función administrativa en oposición a la propiamente de ejecución que consiste en resolver las contiendas producidas entre ella y los administrados, como consecuencia de los actos de aquella”¹⁷⁹. Lo cierto es que, si bien existen diferencias en cuanto a lo que debemos entender por Contencioso Administrativo¹⁸⁰, el denominador común entre ellas es la existencia del conflicto entre la Administración y los particulares.

¹⁷⁵ BORDALÍ, A. y FERRADA, J. C. Estudios de Justicia Administrativa. Ob. Cit., p. 166.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ DUCCI, Carlos. Interpretación Jurídica. Ob. Cit. p. 174.

¹⁷⁸ VERGARA, Alejandro. Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección [en línea] <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Of-3dfPs3j4J:www.vergarablanca.cl/wordpress/uploads/2012/01/Esquema-del-contencioso-administrativo-Alejandro-Vergara.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=opera>> [consulta: 4 de marzo de 2016], p. 1.

¹⁷⁹ SILVA, Enrique. Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Universitaria S.A., 1959, p. 384; En: VERGARA, Alejandro. Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. Ob. Cit., p. 3.

¹⁸⁰ Las definiciones de contencioso administrativo de Vergara y Silva, contemplan mecanismos de resolución de conflictos entre la Administración y particulares encomendados a órganos distintos; Vergara lo encomienda a los tribunales de justicia, mientras que Silva la entiende como una función que se radica en la propia Administración. Ducci, sólo se remite a destacar quiénes son los involucrados en lo contencioso administrativo, sin hacer mención a quién debe conocer de estos conflictos.

Más allá de centrarse en quién debe conocer del Contencioso Administrativo, cuestión de extenso desarrollo doctrinario, y si las potestades ejercidas por estos órganos pueden catalogarse como potestades jurisdiccionales¹⁸¹, para los efectos de este trabajo consideramos necesario destacar el rol que la CGR ha adquirido a propósito de los conflictos surgidos entre la Administración y los particulares. Y es que consideramos relevante analizar casuísticamente lo que hace la CGR ante estas situaciones, ya que no es menor que los particulares eleven una consulta al órgano Contralor para que éste se pronuncie y dictamine atendiendo a las circunstancias que el particular presenta, dando una suerte de traslado a la Administración, en donde ésta evacúa un informe, para finalmente determina si la actuación de la Administración se ha ajustado o no a derecho.

El origen de esta función adjudicadora adoptada por la CGR, encuentra raíces en la CPR de 1925, que plasmó el concepto de lo Contencioso Administrativo para dirimir los conflictos entre la Administración y los particulares, que trajo consigo la consecuencia que ante la inexistencia de éstos, la Justicia Ordinaria se excusara en la práctica, de no tener Jurisdicción para conocer de estos conflictos. Mientras estos tribunales no fueran creados, los Tribunales de Justicia no conocerían de estas materias¹⁸². Se generó un vacío, que con el tiempo fue llenando la CGR, que devino en la institución que sería la encargada de llenar estas lagunas, a campos estrictamente jurídicos¹⁸³.

En efecto, la Contraloría, además de interpretar la ley administrativa, también es un órgano al que se le hacen llegar consultas respecto de determinadas actuaciones de la Administración, solicitando pronunciamiento sobre si esta se ajusta o no a derecho. Esta situación particular es a nuestro juicio, materia de análisis para los efectos de esta memoria, dado que el órgano Contralor, además de ser el único llamado a interpretar la ley con alcances generales y obligatorios para la Administración, estaría supliendo en alguna medida, la inexistencia de los Tribunales Contencioso Administrativos, tutelando los derechos de los particulares que hacen llegar su consulta.

¹⁸¹ En opinión de Andrés Bordalí y Juan Carlos Ferrada, la Administración, en el escenario actual, no ejerce una actividad jurisdiccional. En efecto, los autores sostienen que en nuestro Derecho, un tribunal de justicia y un órgano que ejerce jurisdicción, son lo mismo, como también lo son a función judicial y la jurisdiccional. Ello, porque los autores consideran que el contencioso administrativo debe ser encomendado exclusivamente a los Tribunales de Justicia. Ver BORDALÍ, A. y FERRADA, J.C. Estudios de Justicia Administrativa. Ob. Cit., pp. 171–172.

¹⁸² ARÓSTICA, Iván. Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. Ob. Cit., p. 537.

¹⁸³ Ibid.

En nuestra opinión, si bien la CGR no ejerce jurisdicción en materia de tutela de derechos, por ser un órgano que la Constitución no ha concebido como Tribunal y, por tanto, tampoco detenta el rango de jurisdiccional, sí consideramos que el órgano contralor es una suerte de juez entre quien presenta la consulta, y quien dictó el acto administrativo que se pretende impugnar.

Dada la evolución normativa de la CGR, y cómo ella misma terminó reconociéndose como un órgano que tiene la calidad de órgano fiscalizador del manejo de los recursos públicos y de garante de la vigencia efectiva del Estado de Derecho¹⁸⁴, es que consideramos que la creación de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo dejó de ser una prioridad. Por ello es que conviene analizar cómo la CGR lleva a la práctica este rol que ella misma fue gestando en virtud de sus potestades para dictaminar, y hacer vinculante y general su propia jurisprudencia.

3.1. A nivel comparado:

Mientras tanto en el Derecho Comparado, y a modo de exponer una forma de comprensión del Contencioso Administrativo, cabe destacar cierto criterio seguido por parte de la doctrina, que busca adaptar el concepto de adjudicación, el que estaba tradicionalmente remitido exclusivamente a adjudicación civil y penal, y lo adapta a una versión administrativa¹⁸⁵. A este respecto se señala que en su versión original, el concepto de adjudicación, en la práctica dice relación con la oportunidad de presentar pruebas y argumentos en audiencia.

Para poder adaptarlo, se distinguen dentro de la labor administrativa cuatro posibles mecanismos de acción: la creación de política pública (*decision making*); la reconsideración de una determinada decisión administrativa (*reconsideration*); y la revisión interna (*internal review*). Una cuarta posibilidad, es la revisión externa (*external review*). Las tres primeras posibilidades poseen dos intervinientes cada una (particular – Administración), recurriendo directamente a la Administración para solicitar pronunciamiento respecto de una política pública o acto administrativo determinado (lo que en el caso de nuestro país, en alguna

¹⁸⁴ PANTOJA, Rolando. La Inexplicable Ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. Revista del Consejo de Defensa del Estado (13): 68, Agosto de 2005.

¹⁸⁵ CANE, Peter. Administrative Tribunals and Adjudication. Portland, Ore, USA, Hart Publishing, 2009, p. 11.

medida lo podríamos homologar a los recursos de reposición y jerárquico consagrados en la LBPA). La revisión externa, en cambio, posee tres intervinientes: la Administración, un particular, y un tercero neutral que decidirá respecto a lo que se somete a su conocimiento (Tribunal Administrativo destinado al efecto).

Todas estas alternativas permitirían presentar argumentos y prueba, pero sólo la revisión externa daría la oportunidad de una audiencia que, contrariamente a la adjudicación, la revisión externa no comprendería una presentación adversarial de argumentos y pruebas. De este modo, lo que se puede entender como adjudicación administrativa, en definitiva, es el control externo de los actos de la Administración.

3.2. Análisis de dictámenes:

A fin de exponer cómo en la práctica la CGR puede ejercer facultades que le permitan resolver conflictos suscitados entre los particulares y la Administración, es que a continuación se analizarán algunos dictámenes, a nuestro juicio, representativos de este actuar de la CGR.

3.2.1. Contraloría General de la República y Municipalidad de Providencia: cobro de patente municipal a particular.

En el dictamen 97.810 de 11 de diciembre de 2015, refleja de manera idónea lo expresado anteriormente. Se dirigió a la CGR el representante la Compañía Mantos de la Luna S.A, alegando que la Municipalidad de Providencia exigió el pago de patente municipal, sin comprobar si la Compañía en cuestión efectivamente se encontraba desarrollando actividades primarias gravadas.

La Municipalidad de Providencia fue requerida de informe, y expuso que solicitó a la Municipalidad de Tocopilla que informara acerca de las actividades desarrolladas por la requirente a fin de poder resolver si dicha sociedad se encuentra afecta al pago de patente, precisando que está a la espera de la respuesta de dicha Municipalidad.

La CGR expone que de acuerdo a su Jurisprudencia Administrativa, corresponde que la Municipalidad verifique previamente el ejercicio efectivo de actividad primaria, en la que

“tienen que concurrir las exigencias de elaboración y comercialización por parte de la mencionada sociedad, a fin de que el cobro de patente se ajuste a derecho”. En virtud de aquella, es que la CGR señala que no se ajusta a derecho el cobro de patente sin que previamente esté acreditado que la actividad desarrollada corresponde a aquellas que carácter primario gravado.

Por tanto, la CGR dictamina que “la Municipalidad de Providencia deberá dejar sin efecto el cobro de patente formulado, informando a esta Entidad Fiscalizadora dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio”.

Lo relevante de este dictamen es como un particular concurre a la CGR solicitando pronunciamiento relativo a un cobro considerado ilegal. Tras dicha petición, subyace la intención de dejar sin efecto el cobro, cuestión que al tenor del dictamen, el requirente no solicita de manera expresa, sin perjuicio de que la CGR abiertamente reconoce la improcedencia del cobro de patente, y ordenando dejarlo sin efecto, fallando en favor del particular, tutelando el derecho afectado.

3.2.2. Contraloría General de la República y exigencias de urbanización a particulares por parte de SERVIU.

En el dictamen 21.017 de 06 mayo de 2008, la Sociedad Inmobiliaria Rauco Ltda., solicitó un pronunciamiento a la CGR respecto de las exigencias de urbanización impuestas por el SERVIU Metropolitano en la ejecución del proyecto "Condominio Lomas del Río", comuna de Lo Barnechea.

La inmobiliaria alega que por orden de SERVIU Metropolitano, debió ejecutar obras de urbanización en frente del condominio, lo que a su juicio resultaba improcedente, pues el proyecto de edificación se encuentra acogido a la ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria. Por ello, no corresponde efectuar ningún tipo de obra de urbanización en el espacio público; además, acota que por tal motivo los trabajos resultaron más gravosos para la inmobiliaria, como asimismo se produjeron retrasos en los avances de las faenas, con el respectivo daño que ello genera.

Requerido por CGR, SERVIU Metropolitano evacuó un informe, en donde sólo estableció exigencias legales contenidas en la Ley de Pavimentación Comunal N° 8.946. y en la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, la que en su artículo 11 señala que, para acogerse a ese régimen de copropiedad, todo condominio deberá cumplir con las normas establecidas en esta ley y su reglamento, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante LGUC) y su Ordenanza, en los instrumentos de planificación territorial y en las normas que regulen el área de emplazamiento del condominio.

La CGR interpreta la LGUC y la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, llamando particularmente la atención la conclusión a la que llegó: "En mérito de lo antes expuesto cabe concluir que el propietario del predio donde se construyó el condominio denominado 'Lomas del Río', no se encuentra dentro de las situaciones en que la LGUC y su Ordenanza, o la ley N° 8.946 sobre Pavimentación Comunal, exigen ejecutar obras de urbanización en el espacio público destinado a calzada, o a pagar por su pavimentación o reparación, respectivamente."

Es decir, la CGR entendió que el requirente efectivamente, no se encontraba bajo alguna de las hipótesis de urbanización contenidas en la LGUC, dictaminando en favor de la sociedad inmobiliaria. Sin embargo, el dictamen en ningún momento ordena dejar sin efecto el acto administrativo, ni ninguna otra sanción. Da cuenta de su parecer, sin contener una decisión concreta en cuanto al destino de la actuación administrativa, lo cual implica una forma muy particular de resolver estos conflictos, como se analizará al final de este apartado.

3.2.3. Contraloría General de la República y materia sanitaria: restricciones municipales a la actividad apicultora

En el dictamen número 25.210 de fecha 02 de mayo de 2012, ciertos apicultores de algunas localidades del sur, solicitan pronunciamiento a la CGR por la "imposición, a través de ordenanzas municipales, de exigencias y limitaciones al desarrollo de la actividad apícola trashumante, las cuales excederían lo permitido por la normativa vigente". Señalan que "dichas normativas locales invaden competencias propias del Servicio Agrícola y Ganadero, son discriminatorias -estableciendo restricciones y requisitos no aplicables a los agricultores de tales localidades-, imponen multas y derechos municipales ilegales y que, en definitiva, a través de las mismas, las citadas entidades edilicias se arrojarían potestades que exceden su ámbito de atribuciones".

Es decir, los apicultores estiman que las Municipalidades están incurriendo en una infracción al incorporar nuevas exigencias al cultivo de abejas en el sector. Luego de evacuado el informe por SAG, el cual sólo indica la determinación del estatuto regulatorio de la actividad apícola, las Municipalidades involucradas “han manifestado, en general, que las ordenanzas sobre la materia tienen por objetivo impedir la propagación de enfermedades que afectan a las abejas y evitar el perjuicio que la actividad de los apicultores trashumantes podría ocasionar a los agricultores locales”.

La CGR interpreta la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y decreto con fuerza de ley N° 15, de 1968, del Ministerio de Agricultura -artículos 14 a 29-, artículos 21 y 22 y a la luz de ello, la CGR dictamina que “las atribuciones generales otorgadas a las municipalidades en relación con la protección del medio ambiente, no pueden ser ejercidas excediendo o contraviniendo la normativa relativa a la actividad apícola, la que radica en el Servicio Agrícola y Ganadero la competencia específica para regularla y fiscalizar su desarrollo, especialmente en lo que atañe a su control sanitario. Pues bien, atendido lo anterior, es dable precisar que las ordenanzas municipales objeto del presente pronunciamiento deben supeditarse al marco normativo vigente aplicable a la actividad apícola, por lo que aquellas disposiciones que excedan el contexto normativo enunciado, deberán, necesariamente, adecuarse al mismo”.

En este dictamen, la CGR no señala expresamente que dichos actos deban ser anulados, sino que simplemente emite el dictamen, argumentando en favor de los solicitantes del pronunciamiento, velando de esta forma, por los derechos de los apicultores frente a un acto administrativo que la misma CGR consideró no ajustado a la legalidad, corroborando de esta forma, que la potestad dictaminante es un control de legalidad de los actos administrativos.

3.3. Elementos comunes y conclusiones del Contencioso Administrativo llevado a cabo por la CGR.

En los casos analizados, el denominador común es la existencia de una consulta hecha a la CGR, la respuesta del órgano de la Administración involucrado en la consulta, y un pronunciamiento de la CGR relativo a la misma, constituyendo de esta forma, al menos

en lo que ha planteado la doctrina, un conflicto propio de un Tribunal Contencioso Administrativo.

Llama la atención que si bien la CGR no establece de manera expresa que el acto sometido a discusión debe anularse, sí emite un pronunciamiento que dice relación a si este se ajusta o no a derecho. Esto, conjugado con el hecho de que la Jurisprudencia Administrativa es de alcances generales y obligatorios para la Administración, en los hechos tenemos a un órgano que sin necesidad de otorgársele una potestad jurisdiccional, como tal, puede emitir un pronunciamiento que la Administración deba acatar, sin perjuicio que dicho pronunciamiento sea susceptible de impugnarse en sede judicial. Mientras ello no ocurra, el pronunciamiento de la CGR es de carácter obligatorio y general para la Administración, quien estará obligada a acatar lo que el órgano contralor dictamine.

Por ello es que, consideramos que en la práctica, la CGR es en los hechos una especie de juez, que viene a suplir en buena medida, la ausencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, no siendo ya del todo necesaria su creación; más allá de evaluar en qué órgano recaerá la competencia para conocer de asuntos Contenciosos Administrativos, lo cierto es que la CGR en alguna medida asume en reemplazo, ya que a ella recurren con el objeto de impugnar una actuación administrativa. Si bien la impugnación no se solicita de manera expresa, lo cual es de toda lógica al no ser la CGR un tribunal dotado con las potestades correspondientes, la Jurisprudencia Administrativa tendrá efectos vinculantes dentro de la Administración, con lo que ésta deberá sujetar su actuación a lo dicho por la Jurisprudencia Administrativa, sin posibilidad de desacatar lo dictaminado.

Cabe preguntarse entonces, qué rol cumple la CGR en el ordenamiento jurídico, al menos en cuanto a la participación que tiene en la existencia de conflictos entre particulares y Administración. En efecto, secundamos la opinión en donde se expone que “el verdadero sistema de solución de controversias en el Derecho Administrativo Chileno se encuentra en la potestad dictaminadora de la Contraloría. Una competencia para interpretar la ley administrativa doméstica, que se ha transformado en el principal medio de interpretación de la ley que aplica la Administración, generando efectos de expansión muy poderosos”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ CORDERO, Luis. 2014: ¿Un año de redefiniciones para el Derecho Administrativo chileno? [En línea] El Mercurio Legal 25 de febrero de 2014. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detailnoticia.aspx?id=902795>> [consulta: 4 de marzo de 2016]

De este modo, sostenemos que la CGR no sólo es el órgano de encargado labor contable. Tampoco es sólo el órgano que interpreta la ley. Además de las otras dos funciones, CGR es en la práctica, un órgano de control dotado peculiarmente, de potestades para dirimir conflictos de naturaleza contenciosa administrativa.

4. Función Implementativa de la CGR.

Hasta este punto del trabajo, hemos analizado a la CGR en cuatro ámbitos que han reflejado su evolución: como fruto del anhelo de orden financiero, derivando en un órgano de control de los actos de la Administración, como órgano sistematizador del Derecho Administrativo, y posteriormente, sustituto del Tribunal Contencioso Administrativo. Estos cambios son producto de una constante evolución del Derecho Administrativo, y de una consecuente adaptación de la CGR a este.

Una de estas manifestaciones de la evolución del Derecho Administrativo, es lo que cierta doctrina se ha encargado de definir, planteando períodos del Derecho Administrativo general. Estos corresponden a los períodos de: 1) Derecho Administrativo de la Defensa Individual; 2) Derecho Administrativo de la Defensa Colectiva; y 3) Derecho Administrativo del trabajo en común, o de la cooperación y la corresponsabilidad¹⁸⁷.

El primer modelo, tiene como base la acción administrativa de carácter individual, y por tanto, la tutela de derechos e intereses individuales. Este modelo aparece como consecuencia del Estado Liberal post Revolución Francesa; el segundo, tiende a la defensa de intereses colectivos, comprendiendo entre ellos el interés por la protección al medio ambiente, salud, acceso a la cultura, entre otros. Por último, el tercer modelo surge vinculado al fenómeno de la globalización, y la consecuente necesidad de la colaboración de otros organismos¹⁸⁸. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en la participación de los privados en los ámbitos públicos, y la reacción de las Administraciones frente a este fenómeno¹⁸⁹.

¹⁸⁷ BARNES, Javier. Tres Fases del Derecho Administrativo y retos del nuevo Derecho Administrativo contemporáneo. [En línea] <<https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/innovacioc81n-y-transformaciones-j-b-2.pdf>> [consulta: 4 de marzo de 2016] p. 1.

¹⁸⁸ Ibid., 2-3.

¹⁸⁹ ROJAS, Christian. Las Potestades Administrativas en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, pp. 139-144.

Esta evolución del Derecho Administrativo, comprendiendo además, la forma de relacionarse con los particulares, lleva a evaluar otros elementos relevantes a considerar dentro de aquella interacción. Por esto, es que resulta interesante analizar de qué forma la Administración interviene en el ordenamiento. En ese sentido, tradicionalmente, el Derecho Administrativo se ha construido al alero de un modelo de regulación básico, dándole a la Administración un rol sólo de ejecución de las leyes, lo que se ha denominado “*command and control*” u “orden y mando”¹⁹⁰. Bajo esta perspectiva, el Derecho Administrativo no es más que un ejecutor, que hace abstracción de otros intereses, fijándose exclusivamente en la aplicación de la ley. Para ello, utiliza ciertas técnicas unilaterales y coactivas, como lo es el acto administrativo¹⁹¹

Es por eso que en esta sección, lo que será objeto de análisis será lo que se ha denominado como implementación, ajustado al caso de la CGR en Chile, y cuál es la intervención de la CGR en la ejecución de políticas públicas.

4.1. Autonomía y Responsividad del Derecho Administrativo como directrices en la función contralora.

La implementación constituye un concepto relativamente nuevo en cuanto a su análisis. Esto, toda vez que durante mucho tiempo, se consideró que de la simple aplicación de las normas, se obtendrían los resultados esperados por el legislador, lo que quitó el foco de atención sobre esta área de estudio. Posteriormente, dadas las complejidades de la realidad, aparece de manifiesto que la finalidad de la norma no se agota en su sola ejecución, esto en razón de que pueden existir diferencias entre la voluntad del legislador, y el resultado concreto obtenido de la aplicación de la norma¹⁹².

Frente a esta dificultad, el punto de partida del concepto de implementación es que ésta se considera como el proceso que ocurre entre las declaraciones formales de la política y el resultado formal alcanzado, dado a la existencia de factores que pueden apoyar, alterar,

¹⁹⁰ BARNES, Javier. Las Transformaciones del Derecho Administrativo Contemporáneo y el Control Judicial de la Administración Pública. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3282/19.pdf>> [consulta: 4 de marzo de 2016], p. 339

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² En este sentido, ver: REVUELTA, Benjamín. La Implementación de Políticas Públicas. [En línea] Revista Díkaion año 21 n° 16 <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1379>> [consulta: 4 de marzo de 2016] p.138

obstruir el cumplimiento de los objetivos originales¹⁹³. Algunos de estos factores no son exclusivamente jurídicos, pudiendo recaer sobre criterios económicos, sociales, técnicos, entre otros.

De la incorporación de estos factores a la aplicación del Derecho, surge una distinción entre las llamadas pretensiones de autonomía y pretensión de responsividad¹⁹⁴, ambas desarrolladas a propósito de la relación entre sociedad y Derecho. Así las cosas, la autonomía del Derecho consiste en la creencia que éste contiene una racionalidad propia, inmanente, a la cual deben ser sometidos los hechos sociales que se le presentan; el Derecho se comporta como un elemento activo, que estructura a la sociedad, mientras que esta última, se comporta como un elemento pasivo¹⁹⁵. Por su parte, la noción de responsividad dice relación con la creencia que el Derecho encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la cual sirve como un medio a fin; la sociedad es el término activo que estructura al Derecho, que es el elemento pasivo¹⁹⁶.

4.1.1. Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde.

La autonomía y la responsividad son dos ideas que logran complementarse, a pesar de sus diferencias de objetivo; son modalidades de argumentación jurídica fundamentales, rasgos distintivos del discurso jurídico profundamente arraigados en el imaginario social y profesional¹⁹⁷. Tanto la autonomía como la responsividad detentan principios que sirven de base al correcto funcionamiento de las instituciones administrativas, y que han de significar distintas apreciaciones del Derecho Administrativo. De este modo, la pretensión de autonomía, encuentra un correlato en los principios de legalidad, control y responsabilidad; esto es lo se conoce a nivel comparado como “Derecho Administrativo de Luz Roja”¹⁹⁸. De la misma forma, la noción de responsividad se refleja en principios como el de servicialidad,

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ MONTT, Santiago. Autonomía y Responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. [En línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=339964> [consulta: 4 de marzo de 2016] p. 2.

¹⁹⁵ MUÑOZ, Fernando. Autonomía y Responsividad: Sobre la relación entre Derecho y Sociedad. En: Anuario de Derecho Público 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 509.

¹⁹⁶ Ibid., 510.

¹⁹⁷ Ibid., 511.

¹⁹⁸ MONTT, Santiago. Autonomía y Responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. Ob. Cit., p. 2.

eficacia, probidad, transparencia, entre otros, en lo que se ha denominado “Derecho Administrativo de Luz Verde”¹⁹⁹.

En ese sentido, el Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde, propenden a fines distintos. El Derecho Administrativo de Luz Roja opera en función del respeto a las garantías individuales. Existe, en este caso, una limitación al poder de la Administración, en pos de las garantías individuales. Por otro lado, se presenta el Derecho Administrativo de Luz Verde, que representa a una Administración activa, actuando en conjunto con la sociedad. En tal sentido, el Derecho Administrativo de Luz Verde se encargará de velar por las condiciones que propenden a elementos distintos al jurídico, como elementos sociales, políticos, económicos, etc., y que inciden en la finalidad de la norma.

En este marco, es que en nuestra opinión, la CGR cumple un rol relevante de acuerdo a las perspectivas recién expuestas, toda vez que ha de funcionar de acuerdo a los criterios del Derecho Administrativo de Luz Roja, cuando resuelve conflictos de los particulares con la Administración, y Derecho Administrativo de Luz Verde, adecúa la ley de acuerdo a la finalidad del legislador, acorde a las necesidades de la sociedad y los nuevos tiempos.

4.1.2. Distinción de las funciones de adjudicar e implementar

De esta forma, podemos comenzar a notar el hecho que ambas apreciaciones actúan conjuntamente en la vida jurídica, pero de esto aparecen diferencias más allá de sus objetivos. El contraste más relevante que podemos destacar, es el que Administración no es neutral. De modo que, frente a un problema o tensión entre intereses sociales versus particulares, la Administración tendrá que inclinarse entre una de las dos posiciones. Es ahí donde aparece el principal contraste entre adjudicación (Luz Roja) e implementación (Luz Verde).

De este modo, “el objetivo básico de la implementación, es promover los objetivos sociales coherentemente acorde a un debido respeto a los intereses individuales, mientras

¹⁹⁹ Ibid.

que el objetivo básico de la adjudicación administrativa, es proteger los intereses de los individuos sin perturbar excesivamente las metas sociales²⁰⁰.

A este respecto, la Adjudicación Administrativa en los términos señalados en la sección anterior, y la implementación no son términos opuestos. Sin embargo, podemos identificar diferencias derivadas del rol que cada una cumple, destacando en este punto la relativa a la tensión entre los intereses sociales y particulares aparejados, toda vez que las normas aprobadas por el legislador, están destinadas a cumplir el efecto de política pública dado por éste, pero con el debido respeto a los intereses particulares que puedan existir en cada caso.

Aquí la CGR cumple un rol fundamental, pues ejerce una función adjudicativa cuando resuelve conflictos entre los particulares y la Administración, por una parte; y vigila la implementación, es decir, el proceso de aplicación de la política pública, velando por que el fin dado por el legislador produzca efectos prácticos, fijando la dirección que deberán tomar las actuaciones administrativas posteriores.

En resumen, tanto la adjudicación como la implementación, responden a tutela de derechos y consecución de objetivos sociales respectivamente. En tal sentido, a nuestro juicio, es posible vincular la adjudicación al Derecho Administrativo de Luz Roja, y la implementación, al Derecho Administrativo de Luz Verde. Efectivamente, la adjudicación vela por los intereses de particulares involucrados en un determinado caso, mientras que la implementación propende a la satisfacción de necesidades²⁰¹.

4.1.3. Legalismo y Pragmatismo

Otra perspectiva consideramos apropiado destacar, con el fin de intentar describir un comportamiento por parte de la CGR al momento de ejercer sus labores, es el de las llamadas teorías pragmáticas y legalistas del comportamiento de los jueces. Propone la primera que la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, y no en el pronunciamiento de una regla preexistente²⁰². La segunda, plantea que las decisiones judiciales están predeterminadas por el Derecho, concebido este

²⁰⁰ CANE, Peter. Administrative Tribunals and Adjudication. Ob. Cit., p. 13.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² POSNER, Richard. Cómo Deciden los Jueces. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 52.

como un cuerpo de reglas preexistentes establecidas en materiales jurídicos canónicos, tales como los textos constitucionales y legislativos, y las decisiones previas del mismo Tribunal, o de otro superior²⁰³.

En el caso chileno, las decisiones previas del mismo Tribunal pueden homologarse a las decisiones de la propia CGR, que como ya hemos visto, son el elemento de cohesión del Derecho Administrativo, dada la uniformidad que obtienen a través de la aplicación del precedente vinculante. En el caso de las decisiones de un Tribunal superior, puede homologarse a alguna circunstancia en que la CGR adscriba al criterio de la Corte Suprema, o bien, al Tribunal Constitucional, como ocurrió en el dictamen de Píldora del Día Después, de 2009²⁰⁴.

Dicho lo anterior, consideramos que estos criterios pueden extrapolarse a las decisiones de la CGR, lo que además se ajusta a lo expuesto anteriormente en los otros modelos de actuación de la CGR –Derecho Administrativo de Luz Roja o Luz Verde; adjudicación e implementación-, pudiendo así, aproximar la visión pragmática al Derecho Administrativo de Luz Verde y por ende, a la implementación Administrativa. Por su parte, podemos evidenciar cierta afinidad entre el Derecho Administrativo de Luz Roja, la adjudicación administrativa, y el criterio legalista ya señalado.

4.2. Aplicación de estas ideas al actuar de la CGR.

Si bien las ideas del Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde forman parte de un desarrollo doctrinario aparentemente lejano a nuestro Derecho, no nos debe parecer del todo extraño. Dentro del Derecho Administrativo continental, particularmente Francia durante el siglo XIX, existió el desarrollo una idea similar, por parte de León Duguit: la Escuela del Servicio Público. Esta Escuela, lo que viene a hacer, es modificar el Derecho Administrativo concebido como sólo una rama del Derecho sustentado en derecho subjetivo y potestades,

²⁰³ Ibid., 53.

²⁰⁴ Dictamen 31.356 de 2009. En éste, la CGR reconoce el carácter de fuente del derecho a las sentencias del TC, declarándose incompetente respecto a los efectos indirectos que emanan de la sentencia, arguyendo que en la jurisdicción constitucional “un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho”. Con esto, la CGR hace abstracción del fondo de la sentencia pronunciada por el TC, y a su vez, otorga un rango determinado a dicha resolución como fuente del derecho.

pasando a tomar un rol importantísimo, el deber prestacional y la solidaridad; generar la idea del deber finalizado, velando por el interés general²⁰⁵.

Esta Escuela también la podemos evidenciar en nuestra historia institucional. Buena parte del siglo XX se caracterizó por hacer énfasis en la creación de servicios sociales, particularmente entre los años 1920 y 1930, y en una etapa posterior, en el año 1938, en donde la participación del Estado en ámbitos socioeconómicos, se vio incrementada²⁰⁶. La CGR no estuvo excluida de dicho desarrollo. Así las cosas, la Contraloría aplicó la Escuela del Servicio Público en su propia jurisprudencia, como lo fue al determinar los conceptos de Administración Pública y Administración del Estado²⁰⁷.

En definitiva, la Escuela del Servicio Público lo que hace, es propender a regular organismos del Estado con la tendencia a velar por el interés social, cuestión que incluso la podemos ver manifestada en el Dictamen 70.118 de la CGR del año 1970, en que se reconocen sujeciones a las normas del Código Civil, sin obviar el interés general comprometido.

4.3. Análisis de dictámenes

Las nociones de implementación, responsividad, y Derecho Administrativo de Luz Verde, podemos encontrarlas materializadas en diversos dictámenes de la CGR, que vienen a fijar un estándar de actuación desde la dictación del acto.

A continuación se analizarán algunos dictámenes, a nuestro criterio, relevantes para entender las ideas anteriormente expuestas.

4.3.1. Contraloría General de la República e interpretación de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo

Similar al criterio planteado en el dictamen 51.028 analizado en la sección de interpretación finalista, sigue el dictamen 94.498 de 04 de diciembre de 2014, en el cual, el

²⁰⁵ PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo Clasicismo y Modernidad. Ob. Cit., p. 103.

²⁰⁶ Ibid., 104.

²⁰⁷ Ibid., 105.

Director del Diario Financiero consulta sobre validez jurídica de las publicaciones realizadas por mandato legal o reglamentario en diario electrónico, destacando que dicho diario, es publicado de lunes a viernes, en versión impresa y electrónica. La CGR nuevamente reproduce el concepto de medio de comunicación contenido en la ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo; señala en dicho dictamen, además, que las disposiciones de la ley N° 19.733 permite concluir que éstas son aplicables a los diarios electrónicos, pues dicha regulación discurre sobre la base de que los diarios son medios escritos de comunicación social, pero sin restringir tal concepto a aquellos que son impresos en papel.

Por ello, la CGR dictamina que “atendido que los diarios electrónicos cumplen el mismo rol que los diarios impresos, no se divisan impedimentos para que en aquellas situaciones en que la ley exige efectuar una publicación en un diario, ésta se practique en un diario electrónico que cumpla con los requisitos establecidos en la ley N° 19.733, salvo que los términos de la exigencia legal obstan a dicha posibilidad”.

El razonamiento tras este dictamen es similar al anterior: la ley no distingue, por ende, es posible subsumir en dicha definición, otros medios que la CGR considere como medios de comunicación, en la medida que cumpla con los fines establecidos en la norma.

4.3.2. CGR e interpretación de ley de alcoholes: patente a sociedad distribuidora de alcoholes por Internet.

Mismo razonamiento al dictamen anterior, sigue el dictamen 35.229 de 05 de junio de 2013, en el cual la I. Municipalidad de Chiguayante consultó a la CGR sobre la eventual obligación de otorgar patente de alcoholes a Sociedad Distribuidora Sabores de la Tierra Limitada, por la distribución de alcoholes que esta hace a través de página web asociada a correo electrónico, que luego se retiran diaria o periódicamente desde distribuidoras, para ser entregadas en el domicilio del comprador. La Municipalidad estima que esta actividad estaría contemplada en el art. 3 letra A de la ley 19.925 sobre expendio de bebidas alcohólicas (Art. 3 letra A) de la ley 19.925).

La CGR hace un análisis del Artículo citado, el cual reza que “todos los establecimientos que expendan, proporcionen, distribuyan o mantengan bebidas alcohólicas,

estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile, y de los inspectores municipales y fiscales, en el ámbito de sus respectivas competencias”. De acuerdo a ello, la CGR estima que “independientemente de la utilización de internet como mecanismo para promocionar los productos que se venden -a través de un portal publicitario- o incluso si se materializa el contrato de compraventa -disponiendo la transferencia electrónica de fondos, conviniéndose en la forma de entrega de la mercadería- el expendio de bebidas alcohólicas se encuentra regulado en la ley del ramo”.

Por ende, la CGR una vez más, en atención a factores que van más allá del Derecho, dictamina subsumiendo el tipo de venta de alcoholes –por página web-, a lo preceptuado por el Art. 3 a) de la ley 19.925. Nuevamente, el legislador no contempló la distribución de alcoholes a través de páginas web, por lo que la CGR interpretó entendiendo que al final, el factor determinante para otorgar patente de alcoholes, no es el medio de distribución si no el contenido de lo que se distribuye, en este caso, alcohol.

4.3.3. CGR y Noción de Responsividad: construcción de centro de internación en terreno de Municipalidad de Victoria.

En cuanto a la dictaminación atendiendo a las necesidades de la sociedad, como un factor que trasciende a lo netamente jurídico, es destacable lo expuesto en el dictamen 44.307 de 23 de septiembre de 2008, en el cual, el Ministerio de Justicia solicita un pronunciamiento acerca de la procedencia de construir un centro destinado al cumplimiento de la medida cautelar de internación provisoria, y de las sanciones penales que importen internación en régimen cerrado con programas de reinserción social, ambas previstas en la Ley N° 20.084, en un terreno de propiedad de la Municipalidad de Victoria.

Además de analizar la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente, es destacable una de las razones que esboza la CGR para dictaminar: el centro de internación existente a tal fecha, se encuentra en Cholchol, provincia de Cautín, donde cumplen condena jóvenes provenientes mayoritariamente de la provincia de Malleco, de la cual forma parte la comuna de Victoria²⁰⁸. La CGR dictamina “En este contexto, atendido que, en mérito

²⁰⁸ El argumento que expone la CGR en dicho dictamen, corresponde a la acta de la sesión del concejo municipal de Victoria, de 18 de diciembre de 2007, que señala que “el Secretario Regional Ministerial de Justicia correspondiente expuso que el único centro de esa clase habilitado en la región se ubica en Cholchol, provincia de Cautín, donde cumplen condena jóvenes provenientes mayoritariamente de la provincia de Malleco, de la cual forma parte la comuna de Victoria, y que atendido lo

de lo expuesto, en la especie se advierte, por una parte, la existencia de una causa de necesidad o utilidad manifiesta, y, por la otra, el desarrollo de las funciones municipales antes citadas, no se observa impedimento jurídico para la disposición a título gratuito u oneroso del terreno de que se trata, o, específicamente, para la celebración de un comodato, negocios jurídicos que, en todo caso, deberán contar con el acuerdo del concejo y cumplir con todas las exigencias legales pertinentes”.

Es decir, la CGR además de hacer una interpretación de la normativa pertinente, también consideró las necesidades sociales en cuanto a mantener cerca a las familias de los jóvenes que cumplen condenas en el centro de internación, factor que va más allá de la mera interpretación de la ley, lo que denota una evaluación de factores que van más allá de lo estrictamente jurídico, cuestión que materializa la noción de responsividad ya tratada.

Ahora bien, cabe hacer presente que aun cuando pueden distinguirse ambos ámbitos de operación en la CGR, éstos no son absolutos. En ese sentido, la CGR logra que ambas construcciones coexistan y confluyan en un caso particular. Esto, atendido a que tanto el Derecho Administrativo de Luz Roja y Luz Verde no son excluyentes el uno del otro. La norma siempre ha de otorgar la base en razón de la cual se adoptará tal o cual decisión, particularmente la tutela de derechos fundamentales, lo que no obsta a que en atención a los constantes cambios sociales y nuevas necesidades, sea necesario complementar la ley, atendiendo a dichas circunstancias²⁰⁹.

Con éste análisis en consideración en cuanto a los principios, instituciones y mecanismos de acción de la CGR a la hora de dictaminar, es que no vemos inconveniente en que la CGR concentre la labor interpretativa, adjudicativa e implementativa, cuestión que ha servido como una forma de cohesionar y suplir los vacíos del diseño institucional chileno.

anterior, sería de gran importancia para las comunas de la provincia de Malleco la construcción de un establecimiento de esa naturaleza en su territorio, puesto que ello facilitaría el proceso de reinserción de los adolescentes respectivos, al evitar que sus familias, generalmente de escasos recursos, tengan que desplazarse hasta Cholchol para cooperar con esa finalidad. Asimismo, en la referida sesión del concejo municipal, varios concejales aludieron a la oportunidad de desarrollo económico para la comuna implícita en este proyecto, que generaría una alta demanda de mano de obra para su construcción y de servicios para su funcionamiento”.

²⁰⁹ Atendido al cambio en las circunstancias, es que precisamente la norma se torna un tanto rígida, razón por la cual es necesario flexibilizar la aplicación de la norma considerando otros factores diversos, lo que se escapa de la concepción tradicional de aplicación de la ley, siendo necesario por parte de la doctrina comparada, que la jurisdicción Contencioso Administrativa y la Administración complementen la ley, produzcan derecho. En tal sentido, ver BROHM, Winfried. Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. Documentación administrativa (234): 119, 1993.

La evolución institucional de la CGR, conjugado con las potestades asignadas por ley, y su jurisprudencia administrativa vinculante y obligatoria, hacen que la CGR pueda concentrar dichas funciones – adjudicar e interpretar la ley, como también implementar-, convirtiéndose en un órgano con tales de funciones que han servido de manera idónea al control de los actos de la Administración a posteriori, y además, entregando el verdadero sentido y alcance de la norma administrativa.

CONCLUSIÓN.

El desarrollo de este trabajo ha intentado describir cómo es que la CGR ha evolucionado desde un órgano pensado originalmente como uno que ejerce el control financiero del gasto fiscal, a ser uno de los órganos más importantes dentro del ámbito de la Administración, el que además de conservar parte de sus atribuciones originales, ha ido agregando nuevas funciones por diversos medios, ya sea por reconocimiento legal como es el caso de la Potestad Interpretativa dada a la CGR, o por extender sus propias atribuciones en base a la interpretación de sus potestades legalmente consagradas. Ya sea para bien o para mal, es indudable que en razón de este actuar, la CGR ha logrado erigirse como un órgano de importancia trascendental para la Administración, pues por medio de su Jurisprudencia Administrativa, la CGR interviene en el ordenamiento jurídico de, al menos, tres formas: Interpretando dando sentido y alcance a las normas administrativas de forma vinculante para la Administración sometida a su control, lo que permite adaptar al Derecho Administrativo a los constantes cambios de la realidad; Adjudicando esto es resolviendo controversias entre particulares y la Administración cuando estos se susciten y sean puestos en su conocimiento, resolviendo nuevamente con efectos vinculantes para la Administración, disciplinando a ésta; e Implementando, vigilando que la aplicación de la norma se aproxime a las intenciones pretendidas por el Legislador.

Y es que esta evolución no es menor, pues considerando sus objetivos, dados en la Misión Kemmerer, podemos notar que la CGR ha variado de manera sustancial en cuanto sus atribuciones. Por esto, concluimos lo siguiente:

- 1) Esta evolución responde a un diseño institucional deficiente del cual la CGR terminó haciéndose parte con la finalidad de corregir, pues ante una nula respuesta por parte de los Tribunales de Justicia frente a los conflictos entre los particulares y la Administración, justificada en la asignación de competencia a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo –jamás creados-, la CGR fue instada a tomar una posición activa frente a la situación.

Pero este rol de la CGR en la tutela de derechos, no es la única razón que dota de importancia al órgano contralor, pues más allá de ella, hubo una serie de hitos relevantes en su evolución, que fueron determinando sus funciones hacia el futuro. Ejemplo de esta

situación, lo constituyen la Acusación Constitucional de 1945 en contra del Contralor de la época, que marcó un inicio en la expansión de atribuciones de la CGR extendiendo, en los años que siguieron, el ámbito de acción de sus potestades. Otro de los hitos que han de destacarse, lo constituye el pronunciamiento efectuado por medio del Dictamen 70.118 de 1970, el cual establece que el criterio seguido por la CGR a la hora de interpretar y aplicar la ley será el finalista, lo que tendrá una relevancia fundamental en la forma de intervenir que tendrá la CGR, pues el órgano contralor, en el ejercicio de sus atribuciones, deberá verificar el cumplimiento de los objetivos planteados por el Legislador. Estos hitos históricos constituyen parte de la explicación del giro de la CGR hacia funciones de carácter interpretativo, adjudicativo e implementativo.

- 2) Si bien las razones históricas permiten entender en su contexto las motivaciones que tuvo la CGR para adoptar las nuevas funciones, estas son insuficientes si no consideramos en detalle las atribuciones detentadas por el órgano contralor, y que dieron pie a su expansión. Parte importante de dicha expansión, encuentra justificación en la Función de Control de la que está dotada la CGR. Ésta función asignada a la CGR encuentra su mayor reconocimiento, al menos en su forma original, en la Toma de Razón. Éste fue el mecanismo utilizado en defecto del diseño institucional que contemplaba los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pero que nunca llevó a efectos prácticos, y que derivó en que los particulares acudieran a la CGR con la finalidad de frenar los actos de la Administración que vulneraran sus derechos por medio de esta herramienta antes de que éstos surtieran efectos, herramienta rústica e inapropiada para obtener los resultados queridos por los particulares.
- 3) Otro elemento importante dentro de este desarrollo a lo largo del tiempo por parte de CGR, lo constituye su posición autónoma dentro del ordenamiento jurídico nacional, el que afianza su importancia como órgano y le aporta peso dentro del entramado administrativo, toda vez que sobre ella recayó el Control de Legalidad genérico de los actos de la Administración. De ésta forma, podemos afirmar que el carácter autónomo de la CGR, le permitió no solo una determinada capacidad de autonormarse, sino que también consagró su carácter mediante la monopolización del Control de los Actos de la Administración, configurando así un núcleo de acción excluyente en favor de la CGR, no pudiendo otro órgano atribuirse la función que ejerce la CGR, además de configurar una

garantía institucional respecto del Legislador, respecto al cual éste último debe superar una serie de barreras si quiere alterar su esencia.

De este modo, afirmamos que de éstas atribuciones, la Toma de Razón y su Autonomía Constitucional, la CGR se erige como un órgano excluyente en cuanto al ejercicio del Control de Actos de la Administración, el cual por medio de la interpretación que ella misma ha efectuado de sus atribuciones, ha extendido el ámbito de control a los actos administrativos, no sólo antes de ponerse en práctica por medio de la Toma de Razón, sino que también luego de que éstos hayan surtido efecto, pudiendo controlarlos por medio de la denominada Potestad Dictaminante y que se ve reflejada en la Jurisprudencia Administrativa.

- 4) En este entendido, la Jurisprudencia Administrativa se convierte en una idea esencial dentro del Derecho Administrativo nacional. Pero frente a aquella importancia, llama la atención la falta de una definición, pues ésta se desarrolla doctrinariamente desde lo establecido en la LOCCGR, lo que no se condice con la relevancia de esta institución. Cabe señalar además, el hecho que el término Jurisprudencia Administrativa, está conformada exclusivamente por los dictámenes emitidos por la CGR, y en este punto, engloba sin distinción a lo que doctrinariamente se conoce como Potestad Dictaminante y la Potestad Interpretativa.
- 5) La relevancia de esta Jurisprudencia reside en sus características, las que son determinantes dentro del Derecho Administrativo Chileno, toda vez que de ella se desprenden los efectos más importantes del actuar de la CGR, siendo la principal de estas características, el carácter vinculante de la Jurisprudencia Administrativa para los órganos de la Administración, no sólo en el caso que se aplica, sino en todos los casos análogos. Como reforzamiento a la relevancia de ésta Jurisprudencia, cabe señalar que ella tiene alcances normativos generales, por lo que puede referirse a cualquier tipo de norma, con la finalidad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración. Cierra el panorama de las características más importantes de la Jurisprudencia Administrativa, el llamado Precedente Vinculante de los dictámenes de la CGR, que permite el reconocimiento de una doctrina administrativa del órgano contralor, toda vez que otorga previsibilidad al actuar de la Administración.

- 6) En tanto a sus efectos respecto a los particulares y los Tribunales de Justicia, afirmamos que la Jurisprudencia Administrativa no es vinculante para aquellos, pues no existe una sanción para éstos por el incumplimiento de lo que dictamine la CGR; es más, los particulares, en caso de resultarles desfavorable la decisión del organismo contralor, poseen a su disposición un conjunto de acciones para tutelar sus derechos en sede jurisdiccional. Esto último también nos permite reforzar la afirmación de que los Tribunales no resultan obligados por la Jurisprudencia Administrativa, y para éstos efectos, ella solo tendrá fines meramente ilustrativos.

Luego, en caso que el dictamen de la CGR sea favorable para un particular, aquella decisión es inmune a eventuales cambios de criterio efectuados con posterioridad a casos análogos. Tal es la conclusión que deriva de la irretroactividad del acto administrativo, del cual el dictamen es parte, con lo que todas las situaciones constituidas con anterioridad a la modificación del criterio interpretativo se encuentran consolidadas, resguardando de este modo las exigencias de buena fe, certeza y seguridad jurídica que han de existir en el actuar de la Administración.

- 7) En definitiva, podemos afirmar que la Jurisprudencia Administrativa, constituye la principal herramienta que posee la CGR para poder intervenir en la vida jurídica, generando doctrina administrativa que la Administración se verá obligada a respetar, disciplinándola; otorgando dinamismo al Derecho Administrativo, dando coherencia al sistema jurídico administrativo; y, tutelando derechos de los particulares que concurran a ella para solicitar pronunciamiento respecto a actos de la Administración.

De este modo, la CGR ejerce una importante influencia en el ordenamiento jurídico nacional, pues por medio de su Jurisprudencia Administrativa, se convierte en un participante activo en la aplicación de normas y en el control de la Administración. Esta participación activa, se materializa en tres funciones a nuestro juicio, desarrolladas por la CGR: interpretar, adjudicar, e implementar.

- 8) De los casos analizados en este trabajo, pudimos destacar que la CGR cumple efectivamente con la función de interpretar la ley, no sólo dándole sentido y alcance en relación a los casos que se presentan a su consulta, sino también adaptando la legislación administrativa a los tiempos que corren, dotando a la Administración de

dinamismo, adaptando su actuar a las nuevas exigencias de la sociedad moderna. Para esto, se vale de los llamados “conceptos válvula” y “proyecciones” del contenido de la norma; por otro lado, la CGR también es capaz de adjudicar, es decir, conocer de conflictos suscitados entre la Administración y los particulares, evaluando la legalidad del acto administrativo cuya invalidación se pretende soslayadamente. Esto encuentra reflejo en el hecho que la CGR, en los casos analizados, no resuelve de manera expresa el conflicto sometido a su conocimiento, en el sentido de declarar una situación jurídica de forma evidente, como si lo hacen los Tribunales de Justicia: la CGR se limita a exponer su parecer relativo al conflicto y la sujeción del acto administrativo a la legalidad vigente, dejándolo sin efecto ante la eventual contravención, no haciéndose cargo de los efectos directamente, sino solo como algo secundario a la consecuente invalidación del acto administrativo y sus derivados. Lo que posee toda lógica, en el marco de que las atribuciones de la CGR, no le otorgan jurisdicción en estas materias. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que gracias a las características de la Jurisprudencia Administrativa –alcances generales, y obligatoria para la Administración-, una vez que la CGR dictamina, la Administración deberá acatar.

- 9) La CGR también cumple una función de implementación de las políticas públicas, ya que es precisamente a través de la Jurisprudencia Administrativa, que la CGR vigila la aplicación de las normas, y que éstas produzcan los efectos queridos por el Legislador, para lo cual se vale del criterio finalista contenido dentro de su Jurisprudencia. Esto implica, que la CGR deberá tener en consideración una serie de herramientas, a veces ajenas a lo estrictamente jurídico, para verificar una correcta aplicación de la norma, y que ésta sea acorde a las múltiples necesidades que deben satisfacerse por parte del Estado.
- 10) Finalmente, consideramos que la CGR, en razón de su evolución normativa, y utilizando como base la Toma de Razón y su posición Autónoma Constitucional, ha logrado posicionarse como el máximo órgano de control de la Administración, cuestión que se ve coronada con las características de la Jurisprudencia Administrativa. En este punto, describiendo el funcionamiento de la CGR en relación a su Jurisprudencia Administrativa, consideramos que dados los factores señalados, la CGR ha logrado ejercer esta triple función – interpretar, adjudicar, implementar-, no contemplada expresamente en la ley, pero delimitadas a través de su Jurisprudencia Administrativa.

Así las cosas, a modo de corolario, consideramos que esta triple función que desarrolla la CGR, no solo ha servido para disciplinar a la Administración en su actuar, también ha dado estabilidad al ordenamiento jurídico administrativo chileno, dando forma y sistematizando instituciones que otorgan adaptabilidad a la Administración, y ha sido fundamental para tutelar derechos subjetivos, particularmente frente a la ausencia de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Esto pues, aun cuando pueda generar cuestionamientos el hecho que estas adaptaciones sean construcciones jurisprudenciales del mismo órgano, no merma la significativa utilidad que ha prestado al ordenamiento jurídico nacional, lo que tampoco obsta la necesidad latente de un correcto diseño institucional, el que al menos reconozca el invaluable aporte que tradicionalmente ha otorgado esta institución.

BIBLIOGRAFÍA.

Textos citados:

- ALDUNATE, Eduardo. La Evolución de la Función de Control de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho* 26(2), 2005, pp. 19-30.
- ARÓSTICA, Iván. La Contraloría Hoy. *Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo* (16), julio de 2007, pp. 127-142
- . Los Dictámenes y la Interpretación en Sede Administrativa. *Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo* 7(14): 152, julio de 2006, pp. 149-160.
- . Notas Sobre los Dictámenes de la Contraloría General de la República. En: *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Valparaíso, EDEVAL, (2), 1990, pp. 531-553.
- ASTORQUIZA, Gastón. A Propósito de la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su Quehacer Interpretativo del Ordenamiento Jurídico. Criterios. En: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002)*. Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 193-215.
- AYLWIN, Arturo. Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General de la República. En: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002)*. Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 13-21.
- AYLWIN, Patricio. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, 384p.
- BARNES, Javier. Las Transformaciones del Derecho Administrativo Contemporáneo y el Control Judicial de la Administración Pública. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3282/19.pdf>> [consulta: 4 de marzo de 2016], pp. 339-352.
- . Tres Fases del Derecho Administrativo y retos del nuevo Derecho Administrativo contemporáneo. [En línea] <<https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/innovaciocc81n-y-transformaciones-j-b-2.pdf>> [consulta: 4 de marzo de 2016], pp. 1-10
- BERMÚDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General. Tercera Edición Actualizada*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, 830p.
- BORDALÍ, Andrés y Ferrada, Juan Carlos. *Estudios de Justicia Administrativa*. Santiago, Legal Publishing, 2008, 233 p.

- BROHM, Winfried. Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. Documentación administrativa (234), 1993, pp. 115-132.
- CANE, Peter. Administrative Tribunals and Adjudication. Portland, Ore, USA, Hart Publishing, 2009, 312p.
- CELIS, Gabriel. La Interpretación Jurídica en el Derecho Administrativo Contemporáneo. Revista Nomos Universidad de Viña del Mar (3): 70, 2009, pp. 41–81.
- CÉSPEDES, Rodrigo. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. Revista Chilena de Derecho 28(1), 2001, pp.149–159.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Memoria de la Contraloría General de la Republica correspondiente al año 1971”, 1972.
- CORDERO, Eduardo. La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía, En: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 15–33.
- CORDERO, Luis. 2014: ¿Un año de redefiniciones para el Derecho Administrativo chileno? [En línea] El Mercurio Legal 25 de febrero de 2014.
<<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detallenoticia.aspx?id=902795>> [consulta: 4 de marzo de 2016].
<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Redes/Detallenoticia.aspx?id=902795>.
- . Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias. [En línea] <https://www.ucursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=350409> [consulta: 4 de marzo de 2016], pp. 1-21.
- . El Principio del Control Público en el Derecho Administrativo Chileno. Apunte de clases. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo semestre de 2006, 211 p.
- . La Autonomía Constitucional [en línea]<https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D123A0525/2/material_docente/bajar?id_material=163241> [consulta: 04 de marzo de 2016], pp. 1-8.
- . La Jurisprudencia Administrativa en Perspectiva: Entre Legislador Positivo y Juez Activista. En: Anuario de Derecho Público 2010. Universidad Diego Portales. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, pp. 415–435.
- . Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida. Santiago, Legal Publishing Chile, 2015, 822p.

- . Los Límites de la Jurisprudencia Administrativa y las Fuentes del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (7): 2012, pp. 163-172.
- DUCCI, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Cuarta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 448p.
- . Interpretación Jurídica. Tercera Edición. Santiago, Jurídica de Chile, 1989, 266p.
- ESPINOZA, Marcela. La Contraloría General de la República en la Constitución de 1980. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1983, 131p.
- FAÚNDEZ, Julio. Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011. 298p.
- FERNANDOIS, Joaquín. Mundo y Fin de mundo. Chile en la política mundial 1900-2004. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, 638p.
- FERRADA, Juan Carlos. La Autonomía del Banco Central: Breve excursión acerca de su contenido jurídico. *Gaceta Jurídica* (203), 1997, pp. 26–38.
- FIAMMA, Gustavo. ¿Apreciación de los Hechos o Interpretación del Derecho? En: Contraloría General de la República, 50 años de Vida Institucional (1927-1977). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 207-219
- GUZMÁN, Alejandro. La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, 235p.
- MADARIAGA, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Segunda Edición Actualizada. Santiago, Jurídica de Chile, 1993, 242p.
- MILLAR, Javier. Alcance del Control de Legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. [en línea] *Revista de Derecho* (Valdivia), dic. 2000, vol. 11, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502000000100008&script=sci_abstract> [consulta: 4 de marzo de 2016], pp. 83-94.
- MONTT, Santiago. Autonomía y Responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. [En línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=339964> [consulta: 4 de marzo de 2016], 23p.
- MORALES, 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). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 207-220.

- MUÑOZ, Fernando. Autonomía y Responsividad: Sobre la relación entre Derecho y Sociedad. En: Anuario de Derecho Público 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 502–524.
- NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. En: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 177-191.
- PALLAVICINI, Julio. Control de Constitucionalidad de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público (72), 2010, pp. 108–132.
- PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 274p.
- . La Inexplicable Ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. Revista del Consejo de Defensa del Estado (13), Agosto de 2005, pp. 27-70.
- PIERRY, Pedro. Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional (1927-2002). Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2002, pp. 293-315.
- POSNER, Richard. Cómo Deciden los Jueces. Madrid, Marcial Pons, 2011, 447p.
- QUINTANA, Fernando. Interpretación y Argumentación Jurídica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 338 p.
- RAJEVIC, Enrique, y GARCÉS, María Fernanda. Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. En: Un mejor Estado para Chile: propuestas de modernización y reforma. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, pp. 613-646
- REVUELTA, Benjamín. La Implementación de Políticas Públicas. [En línea] Revista Dikaion año 21 n° 16 <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1379>> [consulta: 4 de marzo de 2016], pp. 136-156.
- ROJAS, Christian. Las Potestades Administrativas en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 180p.
- RUIZ-TAGLE, Pablo Una Contraloría que sirva a todos los chilenos. [en línea] <https://www.ucursos.cl/derecho/2009/2/D123A0418/2/material_docente/previsualizar?id_material=264925> [consulta: 1 de febrero de 2016]. 7p.
- SILVA, Enrique. Contraloría General de la República. Santiago, Editorial Nascimento, 1945. 470 p.

- . Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El control público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 237p.
- . Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes. 4ta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, 315p.
- SOTO, Eduardo. Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado. *Revista Chilena de Derecho* 26(2): 402, 1999, pp. 399–403.
- . 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. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 181-206
- TOGNARELLI, Giuliano, y NAVARRETE, Javier. 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. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, 227p.
- VERGARA, Alejandro. El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los Nuevos Estándares de Buena Administración. En: *Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012)*. Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, pp. 103–110.
- . Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección [en línea]
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Qf-3dfPs3j4J:www.vergarablanca.cl/wordpress/uploads/2012/01/Esquema-del-contencioso-administrativo-Alejandro-Vergara.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=opera>> [consulta: 4 de marzo de 2016].
- ZAPATA, Patricio. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. En: *Anuario de Derecho Público 2012*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 334–358.
- ZÚÑIGA, Francisco. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la Democracia Constitucional). *Revista Ius et Praxis* (13): 2007, pp. 223–244.

Dictámenes citados.

- 22.049 de 03 de agosto de 1990
- 22.426 de 07 de agosto de 1990.
- 35.397 de 06 de agosto de 2007.
- 37.545 de 20 de agosto de 2007.
- 55.817 de 02 de septiembre de 2011.
- 30.338 del 26 de junio de 2009
- 51.028 de 01 de septiembre de 2010
- 97.810 de 11 de diciembre de 2015
- 21.017 de 06 mayo de 2008
- 25.210 de fecha 02 de mayo de 2012
- 94.498 de 04 de diciembre de 2014
- 35.229 de 05 de junio de 2013
- 44.307 de 23 de septiembre de 2008

Fuentes Legales citadas

- Constitución Política de la República de Chile.
- Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 de la Contraloría General de la República.
- Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de Bases Generales de Administración del Estado.
- Ley N°19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
- Código Civil.