

LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EN PERSPECTIVA: ENTRE LEGISLADOR POSITIVO Y JUEZ ACTIVISTA.

Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después

*Luis Cordero Vega*¹

I. Cuestiones Generales

Al abordar lo más significativo en la jurisprudencia administrativa del año 2009 es necesario estudiar la extensión de la potestad de dictaminación de la Contraloría General de la República en la perspectiva de cuál fue su objetivo y en qué se ha convertido.

Durante el año 2009, el caso más conocido fue el de la “píldora del día después”². Como se sabe, el Tribunal Constitucional (TC) acogió la impugnación de inconstitucionalidad del Decreto Supremo (DS) N° 48 de 2007, que regulaba la utilización de ese medicamento en los planes de control de la fertilidad³. Concretamente sostuvo que:

¹ Profesor de Derecho Administrativo e investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

² Durante el año 2009 también destacan el Dictamen N° 896 sobre la interpretación de los beneficios de la ley N° 18.216 y la imposibilidad de extender sus efectos a la aplicación de la ley de control de armas; el Dictamen N° 8.442 y la elaboración de la una teoría de convalidación del acto administrativo para evitar el enriquecimiento sin causa; el Dictamen N° 26.506 que analiza la participación y aumento de capital de las empresas públicas, descartando el principio de eficiencia económica e interpretando la actividad empresarial del Estado desde el clásico principio de subsidiariedad; el Dictamen N° 26.261, donde insiste que el rango de Ministro de Estado no otorga la calidad de tal; el Dictamen N° 33.652 que establece que las solicitudes de dictaminación de los funcionarios públicos deben cumplir los mismos requisitos que los particulares; el Dictamen N° 30.338 sobre la manera de interpretar la expresión “espacio público” como una categoría de uso y no de propiedad; el Dictamen N° 36.930, en donde expresa que la reformateo in pejes como garantía en el procedimiento administrativo regulado en el art. 41 de la LBPA no se aplica a los procedimientos especiales; el Dictamen N° 40.816, en donde señala que no le corresponde a la Contraloría interpretar los efectos de una pena accesoria, cuando un funcionario público accedió a los beneficios de la Ley N° 18.216 (contradiciendo una abundante jurisprudencia previa),

³ Sobre el caso “Píldora del día después” la Contraloría tiene diversos pronunciamientos. El año 2002 se pronunció en el Dictamen N° 36.758 sobre la constitucionalidad y legalidad del procedimiento de registro del medicamento “postinor -2”, señalando que si bien tiene competencias para velar por la

(...) este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”.⁴

Al realizar esta declaración, el tribunal agregó explícitamente:

Que la referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto ERGA OMNES que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “En el caso del N° 16º, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.

“No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también

legalidad del procedimiento de registro, en tanto procedimiento administrativo, carece de atribuciones para pronunciarse en materias técnicas o científicas; el año 2005 emitió el Dictamen N° 32.921 en el cual sostuvo que, de conformidad a las “Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de personas víctimas de Violencia Sexual”, resolución Exenta N° 527, no es era posible, como pretendía la Subsecretaría de Salud Pública, ampliar el otorgamiento gratuito de la píldora a hipótesis diferentes a la violencia sexual; el año 2006, emitió el Dictamen N° 53.137 que contenía el informe al Tribunal Constitucional defendiendo la procedencia de fijar las “Normas nacionales sobre regulación de fertilidad” mediante resolución exenta del Ministerio de Salud, cuestión que, como se sabe, fue objetada por el Tribunal en sentencia Rol N° 591, sosteniendo que éstas solo podían ser fijadas por normas de carácter reglamentario, es decir, Decreto Supremo; el año 2007 emitió el Dictamen N° 5.425 mediante el cual tomó razón del Decreto Supremo N° 48 de 2007 que daba cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional al probar las “normas de fertilidad” mediante ese instrumento; el año 2008, emitió el Dictamen N° 1.352 mediante el cual se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre la legalidad de la importación del fármaco “post day”, por existir una acción de nulidad de derecho público en contra del registro sanitario; en 2009, emitió tres dictámenes: el N° 31.356, en que determinó los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 740; el N° 42.424, mediante el cual rechaza la reconsideración del dictamen anterior, y N° 49.432 que informó en el recurso de protección interpuesto contra del primero de los dictámenes de 2009.

4 STC Rol 740, C. 69. El destacado es nuestro.

connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental”⁵.

En función de esto, la Asociación Chilena de Municipalidades y el Ejecutivo sostuvieron que la sentencia del TC no afectaba la prestación que, de conformidad a la autonomía Municipal, podían realizar las municipalidades⁶. A esa presentación realizó observaciones el abogado patrocinante del requerimiento ante el TC⁷, el Ministerio de Salud⁸ y un grupo de abogados y profesores de derecho público, quienes además solicitaban que, en virtud de la sentencia, quedará sin efecto el registro sanitario del producto⁹.

La Contraloría, en un dictamen de mucha diversidad conceptual, sostiene dos cuestiones esenciales: (a) reconoce la calidad de fuente del derecho a las sentencias del TC y por lo tanto determina los alcances de ella en la Admi-

5 Ibid., C. 70. El destacado es nuestro.

6 El argumento legal invocado era el art. 56 de la ley N° 19.378.

7 Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Tribunal Constitucional en este caso, solicitó que se tuviera presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas contenidas en dicho decreto y, por otro, la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

8 El Ministerio de Salud, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198 de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud y en las leyes N°s 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

9 En efecto, fueron 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss.

nistración¹⁰ (b) se declara incompetente para pronunciarse sobre los efectos indirectos de la sentencia.

Al actuar así, la Contraloría (reconocerle a la sentencia la calidad de fuente del derecho directa aplicable a la Administración) diseña un nuevo estándar para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración,

10 Afirma el órgano contralor:

“En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X —artículos 98 a 100— de la Constitución Política y la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos —como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución—, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de 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.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario”.

lo que, acompañado de su potestad de interpretación de la ley, expande los efectos de este dictamen a un conjunto de hipótesis, por ahora, imposible de precisar.

Pero, ¿por qué este dictamen nos provoca tanta preocupación? ¿Qué hay detrás de la potestad de dictaminación que haría pensar que hay consecuencias hasta ahora imposibles de dimensionar?

En lo que sigue trataré de explicar, brevemente por ahora, la lógica tras la potestad de dictaminación y sus implicancias en el sector público, para luego analizar en perspectiva sus consecuencias.

II. La explicación convencional, tradicional e irreflexiva de la potestad interpretativa de la Contraloría

Una potestad de alcances normativos generales

Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas¹¹. Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos¹².

Se ha afirmado, de una manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no solo está sujeta al derecho que dice el Juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del derecho, sino también está sujeta al derecho que dice la Contraloría¹³.

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por la Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del derecho por parte de la Administra-

11 Vid. En este sentido, Caldera Delgado, *Manual de Derecho Administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1979, 86.

12 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, (Edit. Jurídica de Chile) 1992, 274.

13 Soto Kloss, Eduardo, "La Toma de Razón y El Poder Normativo de la Contraloría General de la República", en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 - 1977)*, (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 1977, 188.

ción, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que —si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa— y la interpretación del derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, su corrección sería a través del control del organismo contralor. Para ello éste organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa¹⁴⁻¹⁵.

Obligatoriedad general

Existe consenso en la literatura en torno a que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por ésta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda¹⁶. En efecto, prescribe la ley, en relación a los dictámenes, que son obligatorios para los órganos y funcionarios sometidos a control, que deben ser especialmente observados por los “abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”, y que son los “únicos medios” que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor¹⁷.

14 Fiamma, G., “¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho?. Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*, (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 1977, 201.

15 De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (art. 33) corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

16 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, (Edit., Jurídica de Chile), 1994, 77 y 171; Aylwin Azócar, Patricio, - Azócar Brunner, E., *Derecho Administrativo*, (Universidad Andrés Bello) 1996, 123.

17 Arts. 6.4 y 19, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Art. 6.4. De acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°.

Art. 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general¹⁸.

En este sentido, los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”¹⁹.

Igualmente, afirma que éstos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. “Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda”; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular, “mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo”²⁰.

De este modo se concluye que el sector público no solo está regido por un derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen está centralizadas única y exclusivamente en la Contraloría General²¹.

Precedente vinculante

Del efecto obligatorio se construye para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo esta quizá la consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la juris-

18 Dictamen N° 5.698, de 2005. Con igual criterio, Dictamen N° 34.053, de 1999.

19 Dictamen N° 2.406, de 1998.

20 Dictámenes Nros 2.638, 39.086, de 1986, y 14.448, de 1998.

21 Pantoja Bauzá, R., Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad., (Edit. Jurídica de Chile) 1994, 226.

prudencia administrativa²².

El propio órgano contralor al definir su función de dictaminar²³, señala:

Esta potestad permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable (...)

Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme, existe, en opinión de la Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos que, frente a circunstancias similares o equivalentes, la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor²⁴.

La interpretación contenida en el dictamen se incorpora a la ley interpretada desde su dictación.

La jurisprudencia administrativa sistemáticamente ha sostenido²⁵ que los dic-

22 Astorquiza, G., “A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios.”, en La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional, (Imprenta Contraloría) 2002, 169

23 Vid. www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/portal?_nfpb=true&_pageLabel=_MFuncionesv2

24 En este sentido, se encuentra el clásico fundamento del precedente como fuerza vinculante. Para un análisis del precedente administrativo con este fundamento ver Díez Sastre, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, (Marcial Pons) 2008, aunque planteado desde la perspectiva de la razonabilidad de la decisión jurisdiccional posterior

25 Vid. Dictámenes N°s. 72.479, de 1976; 31.219, de 1986; 14.448, de 1988; y 20.101, de 2000.

támenes jurídicos que la Contraloría emite, en ejercicio de las atribuciones contenidas en su Ley Orgánica Constitucional, interpretan la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.

En este sentido, la jurisprudencia señala que los efectos a que se refiere este criterio jurisprudencial no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir, en tanto que el dictamen, atendida su naturaleza meramente interpretativa, se limita solo a esclarecerlos, razón por la cual éste rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado a ella²⁶.

De este modo —y dado que, conforme al art. 6° de la LOCCGR, le corresponde velar por la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a los organismos sometidos a su fiscalización (inciso primero) y sus dictámenes son los únicos medios constitutivos de la jurisprudencia administrativa (inciso cuarto), misma que resulta de obligatorio acatamiento por parte de las entidades que integran la Administración—, sostiene la Contraloría²⁷ que, si la interpretación que contiene un dictamen, pronunciándose acerca de la correcta aplicación de una norma y dilucidando los efectos que ella ha querido establecer, solo fuera aplicable desde la fecha en que fue emitido, se infringiría la antedicha disposición orgánico constitucional, al impedir el ejercicio de esta potestad correctiva respecto de las actuaciones acaecidas entre la fecha del precepto interpretado y la del dictamen.

III. La explicación en perspectiva. Desde los méritos a los peligros

La advertencia

Frente a esta forma de entender la interpretación de la ley administrativa por parte de la Contraloría, afirmando que su jurisprudencia tiene el carácter de vinculante no solo para el caso en particular, si no que para cualquiera que a éste se asemeje, y que esta forma de hacer esa interpretación alcanza no solo a la ley administrativa, sino también a la ley aplicada por la Administración, es legítimo preguntarse cuáles son sus riesgos o peligros y cuáles son, también, sus méritos.

²⁶ Dictamen N° 50.185, de 2007.

²⁷ Dictamen N° 50.185, de 2007.

Un destacado ex Contralor señalaba que los actos administrativos de dictamen pueden ser vinculantes o no. En el primer caso, la opinión emitida por el fiscalizador obliga al consultante. Advertía que, cuando ello ocurre, el fiscalizador y el fiscalizado se unen en una especie de co-administración, o aun, si no hay acuerdo entre uno y otro, en la práctica quien pasa realmente a administrar es el órgano de control, lo que subvierte la realidad y racionalidad de todo el sistema administrativo^{28,29}

El que mediante la emisión de dictámenes se constituye otro de los mecanismos de control jurídico de la Administración, puede tener sobre ésta efectos más que significativos. Por tal motivo, señalaba el ex Contralor que la calidad de jurisprudencia administrativa solo se debía referir a las materias señaladas específicamente en el artículo 6° de la LOCCGR y, en tal virtud, tienen el carácter de vinculante solo para la Administración³⁰.

La evolución institucional como clave de comprensión de los objetivos limitados de la jurisprudencia administrativa.

Como se sabe, la Contraloría es una institución que nació en el contexto de una demanda progresiva de reforma estatal. Así, el Tribunal de Cuentas, una de sus fuentes, se creó en 1888 cuando era necesario profundizar el control sobre los gestores públicos, heredando un régimen institucional focalizado esencialmente en el gasto público, que llevó a las reformas de 1909 (que reguló la insistencia) y de 1917 (que amplió sus atribuciones), lo que se tradujo en la década de 1920 en un consenso en la necesidad, nuevamente, de reformar el Estado, especialmente en lo relativo al control de los fondos públicos³¹.

De ahí que el informe presentado por la Comisión Kemmerer tratara de trasladar al sistema nacional un diseño institucional que buscaba poner énfasis en el control y eficiencia en el gasto público. Esto explica que el modelo del año 1927 concentrara las instituciones clásicas del sistema nacional en esa

28 Silva Cimma, E., nota 16, 77.

29 A la inversa de lo que sucede en el Decreto de Insistencia, en que la disputa interpretativa de la ley sede a favor del Presidente de la República, y en el caso de la constitucionalidad, debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Ver en este sentido Cordero Vega, L., *El control de la Administración del Estado*, (Lexis Nexis) 2007, 77.

30 Silva Cimma, E., nota 16, 171.

31 Sobre el origen y evolución del órgano contralor, ver Cordero Vega, nota 29, 47 y sgts.

materia, reconociendo a su vez las particularidades desarrolladas tras el Tribunal de Cuentas desde su creación³².

En este sentido, resulta especialmente decidora la exposición de motivos del DFL N° 400³³ bis que:

(...) la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los fondos fiscales, ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desagraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones de la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios.

El modelo original desarrollado para la Contraloría en 1927 concentró las atribuciones esencialmente en la legalidad de la inversión y gastos de los fondos públicos, reconociendo tras ella el modelo de agencia administrativa que venía desarrollando la regulación Norteamérica desde finales del siglo XIX, que concentraba en un solo organismo atribuciones de control, regulación y adjudicativas en relación al gasto público³⁴.

El año 1928 se dictó el DFL N° 2960 bis³⁵ que reorganizó a la Contraloría, explicitando las regulaciones de 1927 y consagrando dos nuevas atribuciones, sin perjuicio de que una de ellas venía desde el año 1894: la toma de razón de los decretos supremos con un estándar de legalidad

32 En 1925 fue contratada por el Gobierno de Chile una misión de expertos norteamericanos, denominada "Misión Kemmerer", que debe su nombre a quien la encabezaba: Edwin Kemmerer, profesor de Economía de la Universidad de Princeton. El objetivo de ella fue la elaboración de un conjunto de recomendaciones para enfrentar el problema de la inflación y reestructurar toda la organización financiera del país. Esta misión reestructuró los sistemas de buena parte de los países andinos de América latina. Preparó diversos proyectos de ley sobre Régimen Bancario, sobre Administración Financiera y sobre Fiscalización. Uno de estos proyectos dio origen al Decreto con Fuerza de Ley N° 400-bis de 26 de marzo de 1927 que creó la Contraloría General de la República, refundiendo en ella al "Tribunal de Cuentas", a la "Dirección General de Contabilidad", a la "Sección de Bienes Nacionales" y a la "Dirección General de Estadística". Esta misión también tuvo impactos en la creación del Banco Central, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional de Aduanas, la Superintendencia de Bancos y la Dirección de Presupuestos. Sobre los antecedentes e impactos de la Misión Kemmerer, Ver Fermandois, J., *Mundo y fin de mundo. Chile en la política mundial 1900 – 2004*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2005, 96-101.

33 D.O 12.05.1927.

34 Sobre esta evolución, que permitió dar origen posteriormente al debate de los Administrative Tribunals para diferenciarlos de las Court, en las propias agencias públicas, ver Cane, P. *Administrative Tribunals and Adjudication*, (Hart Publishing) 2009, 23 y sgts.

35 D.O 19.01.1928.

y constitucionalidad para el control³⁶.

En el artículo 7°, entregó como atribución al Contralor la obligación de:

(...) emitir su 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 del presupuesto, fondo especial o reserva, o sobre la legalidad de los desembolsos o disposición de cualquier propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo ante el Presidente de la República, y dentro del plazo de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida.

Por su parte, el año 1932 se dictó el Decreto Ley (DL) N° 258³⁷ que estableció la estructura definitiva de la Contraloría y que marca la manera en que operará con posterioridad esta institución.

En él se advertían dos tendencias en lo que respecta a la función esencial de fiscalización que debía competir a la Contraloría. Por una parte, se acentuaban las funciones fiscalizadoras en materia contable y financiera, según lo recomendado por la Misión Kemmerer. Por otro, se infería del contexto del precitado DL una tendencia propia que pretendía adecuar el sistema a la realidad jurídica chilena y que, enfrentando la acción de los órganos administrativos dentro de un régimen de derecho, le permitía revisar todos los actos de la Administración con el fin de impedir que pudieran llegar a ejecutarse aquellos que aparecían contrarios a la normas legales³⁸.

Dicho DL, en lo que nos importa, señalaba en su artículo 7° que:

(...) es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier jefe de oficina o de Servicio, acerca de todo asunto

³⁶ En efecto, la ley N° 1.488, extendió el trámite de toma de razón a todo tipo de actos administrativos, ampliando el campo mas allá de los decretos de pago, como había sido hasta esa fecha.

³⁷ D.O 26.07.1932.

³⁸ Recabarren Delgado, R. La toma de razón de los Decretos y Resoluciones, (Editorial Jurídica de Chile) 1969, 51.

relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo precedente; con la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley dé intervención a la Contraloría.

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

Corresponderá exclusivamente al Contralor, informar los expedientes sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las respectivas leyes.

Por otro lado, la ley N° 10.336 de 1952 estableció una nueva ley orgánica, luego de la reforma constitucional de 1943, que le otorgó autonomía constitucional, agregando a las disposiciones ya señaladas la vinculatoriedad de los dictámenes y la jurisprudencia administrativa a los abogados de la Administración, que no tuviesen a cargo la defensa fiscal³⁹.

Finalmente, el año 1964 se dictó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 10.336, vigente hasta hoy, que agregó a las atribuciones interpretativas vinculantes, además de las señaladas, las que correspondían al Estatuto Administrativo⁴⁰.

39 Corresponía al artículo 55 y hoy está en el artículo 19.

Esta norma se incorporó producto de que en la evolución normativa de la organización administrativa, en especial la creación de las instituciones semifiscales y las autónomas, estos servicios comenzaron a señalar que dada su “independencia” (en estricto rigor tener personalidad jurídica y patrimonio propio) no les eran vinculantes, por tal motivo se estableció esta norma para obligar a los abogados de esas instituciones a respetar la jurisprudencia de la Contraloría.

40 Paralelamente, a partir de los años 70 y específicamente durante el Gobierno Militar, la Contraloría vino sosteniendo que era la cabeza de serie del “sistema nacional de control” y que, en tal virtud, le correspondía el control de la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa a través de sus atribuciones de control de legalidad.

Tal afirmación, llevó a que el Gobierno decidiera modificar la recién dictada Ley Orgánica de Ad-

Estas son las normas que se han encontrado vigentes desde entonces, pero la práctica de los operadores jurídicos fue otorgándole una vida propia, cuyas consecuencias es necesario advertir.

*Las consecuencias de esa evolución institucional:
los aciertos y los riesgos*

Como se puede apreciar los hitos legislativos asociados a la Contraloría General de la República (1927, 1932, 1943, 1952 y 1964), corresponden a etapas de demandas progresivas por una reforma a la gestión del Estado, focalizada principalmente en las tareas de control del gasto público, combinadas con el reconocimiento de los poderes de control normativo que la hicieron única, en términos comparados: la toma de razón y la facultad de emisión de dictámenes⁴¹.

ministración Financiera del Estado (LOAFE), DL 1263 (nov. De 1975), estableciendo una distinción entre control interno y control externo, que se utiliza hasta hoy.

En efecto, el año 1977 se dictó el DL 2053 (Dic), mediante el cual se delimitaron las potestades de control de la Contraloría y de la Administración activa, dejando el control formal (externo) de legalidad a la primera y el control de fines (eficiencia y eficacia) a la segunda.

Señala la norma:

“Artículo 52°. inc. 1 y 2. 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 programadas 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”.

Con este criterio, se ha enfrentado en numerosas veces la Contraloría y la Administración, lo que se tradujo en la modificación a la LOCCGR el año 2002 mediante la dictación de la ley N° 19.817, que incorporó el art. 21 B que señala:

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.

Como consta de la historia fidedigna de la norma, en especial su discusión en el Senado, lo que se encontraba detrás era el tratar de acotar los ámbitos del control jurídico de la Contraloría, porque para algunos la Contraloría estaba ocupando un peligroso camino a través del control de legalidad material para llegar al control de mérito.

El contexto del debate, en donde se vuelve a citar la situación de 1977, se puede ver ampliamente en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la actual ley orgánica de la Contraloría General de la República. Boletín N° 2.610-07.

Para una revisión del concepto amplio de control en disputa ver Aylwin A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, 20 años de la Constitución Chilena 1981 – 2001, (Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 2001, 599-613.

41 Para un análisis detenido de la evolución de la Administración chilena, con especial referencia a los

Como ya señalaba la literatura, desde entonces, “la Contraloría ejerce un control jurídico a través de los pronunciamientos o dictámenes que emite, especialmente de aquellos que tienen carácter de vinculantes, que son obligatorios para los servicios públicos que los solicitan”, lo que se traduce en que la ley “hace obligatoria la jurisprudencia emanada (...) y ésta (...) no puede ser desconocida por las oficinas públicas fiscalizadas por el Organismo Contralor.”⁴².

La insistencia por el sometimiento a la ley y la Constitución fue la obsesión inicial del control de la Administración. A finales del siglo XIX y principios del XX, la necesidad de una Administración ordenada y profesional resultaba una cuestión esencial. La facultad entregada al Tribunal de Cuentas el año 1894, que amplió las potestades de toma de razón a todos los actos administrativos, ocupando el estándar de legalidad y constitucionalidad —lo que se repitió en la normas de 1928 y 1932, en la reforma constitucional de 1943, en la ley de 1952 y en el refundido de 1964—, ocurrió en el contexto de dos restricciones que es importante tener en cuenta para explicar la evolución del control público administrativo: (a) la ausencia de implementación legislativa de los Tribunales Contenciosos administrativos⁴³; (b) la ausencia de un órgano

procesos de reforma ver Urzúa Valenzuela, G., y García Barzelatto, A., *Diagnóstico de la Burocracia Chilena (1818 – 1969)*, (Editorial Jurídica de Chile) 1971; Pantoja Bauzá, R., *La Organización de la Administración del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1996.

42 Recabarren, nota 38, 58.

43 Por la ausencia de la implementación legislativa del art. 87 de la CPR de 1925.

El artículo 87. CPR (1925), señala: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley”.

Tal como lo sostiene Ibáñez Santa María, *En Herido en el Ala. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924 – 1960*, (Biblioteca Americana) 2003, 159-160, la ausencia de Tribunales Administrativos, contemplados en la Constitución de 1925, para resolver las reclamaciones que se interpusieron contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, contribuyó a tornar más drásticas y eficaces la paralegislación y las sanciones de la Administración Pública, pues ellas carecieron de un ámbito legal preciso que debió haberles fijado el Congreso y de la jurisprudencia que habría emanado del Poder Judicial. La falta de dichas sanciones y de regulación en un contexto de amplitud creciente para su aplicación discrecional y arbitraria, distorsionaron el funcionamiento de la Administración.

Para un clásico debate en este tema ver Pantoja Bauzá, R., “Estudios preliminar: La jurisdicción contencioso - administrativa. Decisiones legislativas al año 2001”, en *La jurisdicción contenciosa - administrativa*, Documentos, (Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 2001; Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo, T. II.*, (Universitaria) 1959, 384-386; Jirón Vargas, E., Mery Bravo, S., Sarjc Paredes, A., *Lo contencioso - administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1959, 201-235; Rodríguez Elizondo, J. A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, (Editorial Jurídica de Chile) 1961, 141-147; Primera Comisión Legislativa, *Junta de Gobierno de la República de Chile*, Los

que garantizara la supremacía constitucional, cosa que solo fue posible en la reforma constitucional del año 1970.

¿En que se traduce todo esto? En que la Contraloría desde su creación se transformó en protagonista del control de legalidad y constitucionalidad de la Administración por dos vías: (a) por el control preventivo en la toma de razón; (b) por la potestad para interpretar la ley aplicable a la Administración.

¿Qué incentivos tuvo esto? Que, en la medida que en el sistema legal se fue complejizando la función de la Administración durante en el siglo XX, la presión por tratar de resolver las controversias en el ejercicio de atribuciones fue progresivamente llevando a la Contraloría a tener un rol protagónico no solo en el control del gasto público, sino que también en el de la aplicación de la legalidad administrativa: disponiendo de una potestad de interpretación general, fue transformándose en legislador positivo en la medida que cubrió las omisiones legislativas en las regulaciones básicas de la Administración.

Ello explica que, en la medida que la Contraloría se fue consolidando, la Administración no solo debía someterse al derecho legislado, sino que también al que declaraba ella. Solo eso explica que, durante largos años, pese a la carencia de leyes de procedimientos administrativos o contratos públicos, se mantuviese una Administración con cierta uniformidad⁴⁴.

Muchos son los ejemplos que demuestran esta circunstancia. Durante la década de los 50 y los 60, la principal dictaminación de la Contraloría se concentró en las materias estatutarias. El sesgo que manifestó en ese período es especialmente relevante para entender lo que vendrá, sobre todo en la manera de entender la legalidad administrativa⁴⁵.

Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia, Proyectos., (Armada de Chile) 1982; Pantoja Bauzá, R., "Los tribunales contenciosos administrativos", en 82 GJ, 3; Soto Kloss, E., "La competencia contencioso – administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia", RCHDUC, V. I, 349-359.

44 Hay muchos ejemplo, pero quizás el más decidor de la situación sea la ausencia, hasta el año 2003 (en que se dictó la ley N° 19.880), que no existiera entre nosotros normas la comunicación del acto administrativo (notificación o publicación). Fue el Dictamen N° 61.403 de 1961, que estableció la regla de procedencia y desde ese momento, salvo norma legal expresa, esa era la norma que regulaba la comunicación del acto administrativo. Ese criterio se encuentra en el contenido y redacción de los artículos 45 y 48 de la LBPA.

45 Como explica Pantoja Bauzá, nota 21, 226 para "la jurisprudencia administrativa, el sector público no solo está regido por un Derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen y la fiscalización de su cumplimiento, están centralizadas, única y exclusivamente, en la Contraloría

Mientras el mandato de su ley orgánica era que le correspondía informar en materias de remuneraciones, estatuto administrativo y funcionamiento de los servicios públicos “para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”; que en relación a las materias de gastos de los fondos públicos debía informar cuando se suscitaren “dudas para la correcta aplicación de las leyes”; que solo sus dictámenes podían hacerse valer como jurisprudencia administrativa; y que, finalmente, no podía informar en asuntos que “por su naturaleza sean propiamente litigiosos” o que estén “sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”; la práctica administrativa llevó a la Contraloría a pronunciarse en materias que iban más allá de la aplicación de la ley por parte de los organismos administrativos, transformándose en una jurisprudencia que tendió a resolver conflictos asignativos y, por lo tanto, a transformarse progresivamente en un organismo de solución de controversias, primero al interior del Estado y luego entre los particulares y el Estado.

Por otro lado, durante la primera parte del ejercicio de los potestades de interpretación administrativa, el organismo contralor se concentró en elaborar un conjunto de criterios y principios aplicables a la función pública, en materias derechamente no legisladas.

Así sucedió, desde la década de los 50, con el concepto de probidad administrativa, el desarrollo del concepto institucional del Estatuto Administrativo, el régimen jurídico de los actos administrativos y el régimen de garantías de los funcionarios públicos⁴⁶.

A finales de los 60 y principios de los 70, la Contraloría (y su jurisprudencia) se transformó en determinante para resolver los problemas de diseño organizacional de la Administración chilena, en el contexto de caos normativo de las décadas anteriores⁴⁷.

General de la República”.

46 Por ejemplo, sostuvo que cuando el Código del Trabajo se aplicaba a los organismos administrativos, éste tenía la calidad de Estatuto Administrativo (ver, entre otros, dictámenes N° 8.419, 9,525 y 12.165, de 1983, en donde se hace referencia a esa antigua jurisprudencia).

47 Ver, por ejemplo, el clásico dictamen N° 23379 de 1959 en donde sostuvo que “(...) la legislación no ha señalado explícitamente lo que ha de entenderse por sector público, solo lo contraponen al concepto de sector privado. desde el punto de vista etimológico y de los principios del derecho público, supone la idea de autoridad o de intervención del estado. el conjunto de organismos integrantes del estado constituyen el sector público, en contraposición a los organismos o empresas que actúan por iniciativa privada o al margen del estado. Así, instituciones semifiscales, empresas del estado y organismos autónomos pertenecen

En 1974, el entonces contralor Humeres tomó una decisión que cambiaría adelante la manera de entender la jurisprudencia administrativa. En dicho año se establecieron, por vía dictamen-instrucción, los requisitos que debían cumplir las solicitudes de dictámenes tanto de parte de los organismos públicos cuanto de los particulares. Afirmaba⁴⁸:

Toda consulta que se dirija a la Contraloría General deberá emanar del respectivo Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación o de la Jefatura Superior del Servicio (...).

Toda consulta que se formule a Contraloría deberá ser acompañada de un informe de la Fiscalía, Departamento legal o Asesoría Jurídica del respectivo servicio (...).

*La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o **particulares que se refieran asuntos a 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.***

La expresión del Contralor Humeres es determinante para comprender qué rol jugaba la Administración. Al señalar que los particulares podían solicitar dictamen cuando existiera agravio de una situación jurídica subjetiva,⁴⁹ la

al sector público pues constituyen especies de servicios públicos, lo cual significa que empleados de estos servicios, cualquiera sea su condición jurídica, pertenecen a ese sector”.

Por su parte el dictamen N° 65.338, de 1963 señaló que lo que caracterizaba al sector público es el estar sometido “a un procedimiento de derecho público, a un régimen jurídico especial”.

Y el ya clásico dictamen N° 64.792 de 1970, donde ordenó la gran dispersión institucional de la administración chilena del siguiente modo: “los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de administración central y del sector autónomo o de administración descentralizada, según la personalidad jurídica que los habilite para actuar y atendiendo a la naturaleza de sus recursos. Así, son servicios fiscales o de administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del fisco, del estado en sentido restringido. son entes autónomos o de administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas. Se entiende que una institución (fiscal o semifiscal), se caracteriza por ser un servicio personificado que persigue fines de progreso general, de fomento o de índole social. Lo peculiar en una empresa es el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y que por lo mismo, su actividad ordinaria se traduzca en celebrar o ejecutar actos de comercio”.

48 Dictamen N° 24.841, de 1974.

49 A esto se debe agregar la circunstancia de que progresivamente la Contraloría comenzó a aceptar

Contraloría estaba anticipando su rol como organismo de tutela subjetiva, es decir, como un “tribunal administrativo”.

Así, hasta la década de los 90, la Contraloría se irá pronunciando progresivamente sobre cuestiones que involucran a los particulares, poniendo énfasis en los principios procedimentales⁵⁰, extendiendo su función a cuestiones tales como el otorgamiento de pensiones, tarifas y regulación urbana⁵¹. Un hito central en esa relación fue la dictación de la ley de bases del medio ambiente de 1994. A partir de ella, la Contraloría se transformó en organización admi-

la presentación de particulares en el trámite de toma de razón sobre la base del derecho de petición, generando un sistema de impugnación desformalizado.

La doctrina general en esta materia se encuentra en el Dictamen N° 47.272, de 2008. Afirma:

(...) “la toma de razón es una función que la Constitución Política de la República y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General.

Asimismo, que en el ejercicio de esa función ni la Constitución ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría General a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino solo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de la Carta Suprema.

En tales circunstancias, el deber de la Contraloría General de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta, desde luego, a que la Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría General de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón”.

50 Ver en este sentido Cordero Vega, L., “El procedimiento administrativo: Desarrollo y perspectivas”, en *Derecho Administrativo*. 120 años de cátedra, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 332 y sgts.; González Méndez, M.F., “El procedimiento administrativo en Chile. Aporte de la Contraloría General”, en *Contraloría General de la República y Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional, 2002, 343 y sgts.

51 Los casos Santa Rosa de Las Condes (CA, Santiago, Rol N° 8344-2005), Sporting de Viña, (CA, Santiago Rol N° 531-2006), Sagrados Corazones (CA, Santiago Rol N° 811 - 2006) y Plaza Las Lilas (CA, Santiago Rol N° 3137, 2006), son el mejor ejemplo de cómo se ha manifestado la tensión que enunciamos. En todos casos, la Corte Suprema confirmó las sentencias de la Corte de Apelaciones mediante las cuales objetaba al órgano contralor que al pronunciarse sobre competencias privativas de la autoridad administrativa, se encontraba sustituyendo a la Administración activa.

Concretamente, afirman, con diferentes matices, que “el control de legalidad de la Contraloría General de la República debe efectuar de los actos de la administración es de carácter formal. En consecuencia, no puede entrar a analizar aspectos sustantivos que han sido conocidos y decididos por órganos de la administración que se encuentran legalmente facultados para ello, más aún si la decisión se ha adoptado previo cumplimiento de los procedimientos legales que precisamente garantizan la transparencia y publicidad que requieren los actos administrativos”.

nistrativa a cargo de decisiones abiertamente de adjudicación⁵².

De los años 2000 en adelante, ese deambular permitirá consagrar un modelo que sobrepasa al control de legalidad objetivo, para ir transformándose progresivamente en un control subjetivo de tutela con consecuencias claramente adjudicativas. La justicia administrativa comenzó, entonces, a ejercerse progresivamente a través de la jurisprudencia administrativa.

IV. Lo que viene: la necesidad de una reforma

Como sostuvimos en un trabajo anterior⁵³, hoy más que nunca es indispensable discutir sobre la Contraloría, su rol y sus competencias, pues, curiosamente, pese a su gran protagonismo constitucional (es una autonomía regulada en la Constitución), no ha ingresado en ninguna de las etapas de los procesos de reforma del Estado de las últimas décadas.

En ese trabajo, tratamos de demostrar que la toma de razón, instrumento más representativo de la competencia de control del órgano contralor, estaba sustentado en cuatro argumentos falaces desde el punto de vista jurídico, lo cual es respaldado por la evidencia empírica⁵⁴.

Sosteníamos que la Contraloría ha tenido un rol estabilizador básico en la Administración Pública chilena, sobre todo ante la ausencia de regulación normativa. Y este rol estabilizador lo ha jugado a través de sus competencias de “interpretación de la ley administrativa”.

Este rol estabilizador ha significado que la Contraloría norme algunas situaciones. Esta forma de intervenir ha sido positiva, pero a través de ella la Contraloría también ha expandido sus competencias a materias donde

52 En este sentido ver Vargas I., “La función de la CGR y la fiscalización ambiental”, en Primer Diálogo sobre instrumentos y gestión ambiental para el Chile del Bicentenario, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2006, disponible en www.derecho.uchile.cl/cda/cda/dialogos/1_dialogos.html

53 Cordero Vega, L., “La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias”, 69 Revista de Derecho Público, V.2, 139-166.

54 Indicábamos que parecía adecuado rediseñar su contenido y no seguir apreciándola como un verdadero dogma de fe. En nuestra opinión, hay suficientes argumentos para cuestionar su utilidad, dado que nada indica que su actual funcionamiento sea verdaderamente útil (en términos agregados) para el funcionamiento de la Administración, en el sentido de que, al existir poderosa evidencia que demuestra en qué lugar está concentrado este control de legalidad (personal), hay otros instrumentos más adecuados que la toma de razón, para su solución.

las decisiones son difíciles de diferenciar de aquellas que corresponden a la Administración activa.

Además, desde su origen, el modelo tras el cual ha descansado el sistema jurisprudencial de la Contraloría, se ha basado en el ejemplo francés; por lo menos eso es lo que se ha buscado⁵⁵. En relación a ello, parece razonable preguntarse cuánto de actividad jurisdiccional se encuentra en el ejercicio de esta competencia, considerando que las facultades están establecidas para casos particulares. Si se utiliza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tratar de precisar el contenido de la función jurisdiccional, la respuesta sigue siendo ambigua⁵⁶.

El dictamen de la píldora es solo un ejemplo de la ductilidad de la jurisprudencia administrativa, en la medida que el caso concreto le permite ir diseñando un conjunto de principios que ya no solo gobiernan a la Administración, sino que también a los particulares que recurren a ella. En resumen: adjudica y regula.

Durante el siglo XX, la Contraloría no solo experimentó un proceso de implementación de su potestad de control, sino que también se vio afectada por la evolución de la teoría legal⁵⁷.

55 Siguiendo la explicación que Parada, R., *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, (Marcial Pons) 2008, 71, por lo pertinente sobre la aplicación del Derecho administrativo por principios del Derecho francés, siguiendo a Rivero, “Desde el principio, pues, las leyes administrativas establecen disposiciones, no a la vista de categorías jurídicas definidas abstractamente en términos generales [como sucede en el Derecho privado o el Derecho penal codificado luego de la revolución], sino a la vista de casos concretos. Así, por ejemplo, la ley administrativa ignoró, en principio, la responsabilidad del poder público en general, aunque lo admitiera en casos concretos, y asimismo ignoró hasta los últimos tiempos el concepto y el régimen jurídico de la función pública, limitándose a conceder ciertas garantías a este o aquel cuerpo de funcionarios./ Pragmática, concreta, incompleta, dejando fuera de sus supuestos campos amplísimos la ley administrativa no podía, pues, prestar al juez administrativo los mismos servicios que el Código Civil al juez ordinario. Pero el Consejo de Estado francés no se va a atrincherar tras el silencio de la ley para rehusar su fallo (...) el Consejo de Estado no sintió nunca con respecto a la ley escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del juez civil; como reflejo natural de su situación junto a las fuentes del poder, apoyado sólidamente por éste, ha sido siempre espontáneamente en vanguardia. De otro lado, las necesidades prácticas de la vida administrativa, para las cuales su posición le hacían especialmente sensible, no permitían dejar sin solución los litigios de la vida cotidiana, creando el Derecho cuando el Derecho faltaba, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales. Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho administrativo francés en los intersticios de la ley y por la acción espontánea del juez./Ahora bien el Consejo de Estado no ha vacilado en hacer firma por su propia autoridad una nuevas reglas (...) [presentándose] como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas que no deben su autoridad a los textos, pero que vinculan tanto como la ley su actividad”.

56 Ver SSTC Roles N° 124; 165; 176; 214; 309; 346; 386; 472; 499; 502; 504; 515; 555 y 681.

57 De la objetividad a la subjetividad. Para estas explicaciones ver Kelly, J.M., *History of Western Legal*

No es de extrañar que, durante la primera mitad del siglo, su rol se concentrara en un estándar objetivo de control de los actos administrativos con referencia a la Constitución y la ley, dejando a los jueces el rol de la cuestión subjetiva (derechos). La progresiva subjetividad de la condición jurídica del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, que evidentemente se trasladó a nuestra literatura, hizo que la Contraloría, ocupando el estándar de constitucionalidad y legalidad, comenzará a subjetivizar el control jurídico⁵⁸ y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa⁵⁹, legitimando su intervención no solo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino que también en la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas.

Pero por otro lado, al ampliar la cobertura de la vinculatoriedad de su jurisprudencia y derechamente afirmar que ésta, más allá del mandato explícito de su ley, “no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto de la materia de que se trate, por lo que mientras constituyan jurisprudencia vigente, son de aplicación general”, se ha transformado en un legislador positivo.

Mientras nuestra teoría constitucional ha hecho grandes esfuerzos por tratar de comprender la posición de nuestro Tribunal Constitucional en su operación como legislador negativo y su tolerancia o no con el régimen democrático⁶⁰, desde su creación la Contraloría ha tenido competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos administrativos, de manera que, aun antes de la creación del Tribunal Constitucional en la reforma de 1970, la Contraloría era custodio de la Constitución.

Si a este rol se agrega la manera de entender su potestad de interpretación de

Theory, (Oxford University Press) 2006, 348-454; Van Caenegem, R.C., An Historical Introduction to Western Constitutional Law, (Cambridge University Press) 1996, 244-295.

58 Sobre este aspecto ver Ferrada Bórquez, J.C., “La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”, en La constitucionalización del Derecho Chileno, VVAA, (Editorial Jurídica de Chile) 2003, 63 y sgts.

59 En la actualidad la Contraloría sostiene que los particulares pueden recurrir a ella en defensa de sus derechos frente a la Administración. Ver en este sentido el Dictamen N° 39736 de 2007 relativo a la opinión del organismo en relación al proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación.

60 Ver un resumen de nuestro debate, con defensa de posición, en Zapata, P., Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 15-72. En términos comparados, ver Salazar Ugarte, P., La democracia constitucional. Una radiografía teórica, (Fondo de Cultura Económica - UNAM) 2006.

la ley aplicada por la Administración, si sus dictámenes no solo son obligatorios para el caso concreto sino que también deben aplicarse a “todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto de la materia de que se trate, siendo de aplicación”, además de custodio de la Constitución es legislador positivo.

Y si agregamos que, para la jurisprudencia Constitucional, la circunstancia de que ella sea una autonomía constitucional supone que no está sujeta a ningún organismo de control, salvo el coyuntural aplicado en la jurisdicción (de urgencia para la protección de derechos) o el político (por la acusación constitucional en contra del Contralor), lo cierto es que sus potestades son prácticamente ilimitadas⁶¹.⁶²

La Contraloría ha jugado un rol estabilizador en la Administración chilena, de eso no cabe duda. Sin embargo, la manera en que ha ejercido su potestad de dictaminación, más allá de sus resultados positivos, está sujeta a un conjunto de riesgos que colocan en entredicho un sistema democrático en que el derecho es legislado y está sujeto a escrutinio.

La Contraloría ha desarrollado sus facultades en el marco de un conjunto de incentivos institucionales: la necesidad de disciplinar la Administración y la ausencia de un sistema de solución de controversias entre el Estado y los par-

61 Ver STC Rol N° 1051, considerando 37. En donde señaló:

“Que, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol No 80-, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.

62 Parte de estas ideas se desarrollaron en Cordero Vega, L. “Jueces y Democracia”, IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional, Agosto de 2009. En ese momento concluimos “(...) la Contraloría (una autonomía con la extensión señalada) tiene la atribución no solo para interpretar la ley, sino que también la Constitución, que sus dictámenes al ser obligatorios para casos semejantes van más allá del precedente y se transforma en un legislador positivo, y que al permitir la posibilidad de que cualquiera concurra a solicitar un pronunciamiento ha transformado sus atribuciones en contenciosas, las que se traduce en el poder para adjudicar de un modo permanente circunstancias activas o pasivas en las personas, lo que lo transforma en un órgano jurisdiccional. Si a esto agregamos que buena parte de los temas de interés público pasan por esta institución, las consecuencias para el sistema institucional resultan abrumadoras. Un órgano diseñado para un control externo de la Administración, se ha transformado en legislador positivo, en un órgano de carácter jurisdiccional, interprete de la Constitución y con capacidad para adjudicar derechos, transformándose evidentemente en organismo contramayoritario regulador y jurisdiccional, sin las reglas del juego que debemos consensuar para ese tipo de instituciones”.

ticulares, que es una deuda vergonzosa de nuestro sistema legal.

Ocuparnos de una agenda de reforma en esta materia resulta indispensable. Los criterios de cómo se debe construir, los estándares que deben existir en esa revisión y la legitimación para recurrir, forman parte de otra investigación.