

Chapter Title: CAPÍTULO X: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Book Title: Curso de Derecho Constitucional III

Book Author(s): Ángela Vivanco Martínez

Published by: Ediciones UC

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt15hvst3.10>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



Ediciones UC is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Curso de Derecho Constitucional III*

JSTOR

VII.

CAPÍTULO X: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Noticia histórica

Cuando se fundó la ciudad de Santiago, en 1541, se manifestó el propósito de manejar la administración de la naciente colonia con el objetivo de contar con normas que velaran por los fondos y la probidad en la conducta de las autoridades.

Fue así como la autonomía de la función fiscalizadora de la gestión pública se fortaleció a partir del establecimiento de la Real Audiencia, inaugurada en 1567.

Sin embargo, en el siglo XVIII dicho organismo perdió importancia y sus atribuciones en la materia fueron asumidas por un organismo denominado Contaduría Mayor de Cuentas, dotado de facultades fiscalizadoras, consultivas y normativas, el cual comenzó a funcionar en 1808.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, podemos afirmar que los orígenes de la Contraloría General de la República propiamente tal se remontan al Senado Consulto de 8 de junio de 1820, que establece los Tribunales de Cuenta; la Ordenanza de 18 de mayo de 1839, que organiza la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas; y a la ley de 20 de enero de 1888, que perfeccionó apreciablemente estas instituciones.

Al Tribunal de Cuentas se le encargó el examen y juzgamiento de todas las ventas que deben rendir los empleados y los establecimientos o personas que administraran, recaudaran o invirtieran valores fiscales o de beneficencia pública. Este Tribunal se dividía en dos secciones: una encargada del examen de cuentas y la otra, del juzgamiento de ellas.

Durante la primera administración del presidente Arturo Alessandri Palma, una comisión de expertos economistas norteamericanos, contratada por el Estado de Chile y conocida como Comisión Kemmerer,⁷⁹¹ realizó un estudio del estado de la Administración Pública chilena, cuyos resultados se concretaron en un informe que proponía la creación de un nuevo organismo

⁷⁹¹ En honor a su presidente, el señor Edwin Walter Kemmerer, profesor de economía política de la Universidad de Princeton.

denominado Contraloría, el cual debería encargarse de la contaduría y de las inspecciones fiscales de la Administración Pública.

En el gobierno de Emiliano Figueroa Larraín, basándose en el mismo informe y a través del Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, del 12 de mayo de 1927, se creó la denominada Contraloría General de la República.

La Contraloría mantuvo sus funciones básicas establecidas solo como estatuto legal, hasta que en 1943 se consideró que, sobre la base de sus especiales e importantes funciones, debería ser consagrado constitucionalmente su establecimiento y sus funciones primordiales. La Ley de Reforma Constitucional N° 7.727, del 23 de noviembre de 1943, en el gobierno de Juan Antonio Ríos, introdujo en el artículo 21 de la Constitución de 1925 a la Contraloría, incluyéndola dentro del capítulo relativo a las garantías constitucionales, señalando sus atribuciones fiscalizadoras.⁷⁹² Al crearse la Contraloría General de la República con base constitucional, se institucionalizó el control básico de la Administración Pública.⁷⁹³

Este estatuto se mantuvo vigente hasta que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución reestructuró el órgano, manteniendo su consagración constitucional, pero modificando su estructura material. Y es importante destacar que es primera vez que un texto constitucional le dedica un capítulo especial (el décimo) a la Contraloría General de la República.

2. Naturaleza jurídica

Artículo 98:

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

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad, cesará en el cargo.

⁷⁹² Dicha ley establecía que “un órgano autónomo con el nombre de Contraloría General de la República fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley. Se exceptúan de esta disposición las cuentas del Congreso Nacional, que serán juzgadas de acuerdo con sus reglamentos internos”.

⁷⁹³ Marienhoff, Miguel: “El control administrativo de legitimidad en Chile”, en *La Contraloría General de la República* (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977), p. 155.

La Contraloría, según lo dispone el artículo 98 de la propia Constitución, es un órgano constitucional autónomo, lo que significa que es un órgano independiente, distinto jerárquicamente, no subordinado, activo y funcionalmente no dependiente. En ese mismo sentido, la propia Contraloría define su misión al establecer, a través de la Resolución Exenta 01556, de 25 de octubre de 2000, que aprueba su doctrina institucional: “La Contraloría General de la República de Chile es un Organismo Superior de Control de la Administración, dotado de autonomía y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección y debido uso del patrimonio público, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y la fidelidad y transparencia de la información financiera, finalidades que deben lograrse con un alto nivel de exigencia”.⁷⁹⁴

El fundamento de lo anterior lo encontramos en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, en la que se estableció que era un principio fundamental que la función de la Contraloría fuera independiente, pues es la única forma de que pueda actuar sin estar sujeta a presión alguna.⁷⁹⁵ De hecho, se puede afirmar que el fundamento constitucional de la Contraloría rodea de autoridad e independencia al funcionario que la preside, quien puede actuar con objetividad. Solo sobre tal estructura es posible pretender un control eficiente.⁷⁹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, hay que decir, eso sí, que la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 22 de diciembre de 1992⁷⁹⁷ sostuvo que, aunque constitucionalmente autónoma, la Contraloría carece de personalidad y patrimonio propios y el Contralor no tiene la representación de los intereses económicos del Estado, ya que su Ley Orgánica Constitucional N° 10.366 no le otorga tal facultad, por lo que no debe ser emplazada judicialmente, sino demandarse al Fisco.⁷⁹⁸

El hecho de que el Contralor goce de inamovilidad, tenga la Contraloría independencia económica, y deriven sus atribuciones directamente de la Constitución y la ley, es síntoma suficiente para afirmar que se trata de una función del Estado.⁷⁹⁹ Y esa fue la postura que adoptó la Comisión Ortúzar luego de escuchar las exposiciones de los profesores Enrique Evans y Mario Verdugo.⁸⁰⁰ Pero no se puede dejar de decir que este tema no está zanjado en la doctrina, aunque en lo que sí hay consenso es en que en la “toma de razón” la Contraloría reviste la calidad de órgano del Estado si se considera que actúa en el hecho como coadministrador, ya que si dicho trámite no se cumple, el acto no nace a la vida jurídica.⁸⁰¹

Por último, y siguiendo al profesor Silva Bascuñán: “Teniendo en cuenta la pluralidad, variedad y trascendencia de las facultades que se le conceden, la Contraloría General de la República

⁷⁹⁴ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo IX (citado), p. 191.

⁷⁹⁵ *Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 307, 26 de julio de 1977, p. 1.395.

⁷⁹⁶ Marienhoff, Miguel: ob. cit., p. 156.

⁷⁹⁷ Caso Televisión Nacional de Chile con Contraloría, Rol N° Rol 5.901-93

⁷⁹⁸ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo IX (citado), p. 194.

⁷⁹⁹ Sin perjuicio de que algunos autores sostienen que no se trata de un poder diferenciado del Estado. Ellos afirman eso, pues corresponde encuadrarlo dentro del Poder Ejecutivo, y por eso es que se trataría simplemente de un órgano administrativo dotado por la Constitución de plena autonomía para el cumplimiento de sus cometidos. Los poderes estatales siguen siendo los tres clásicos: Legislativo, Judicial y Ejecutivo. Cfr., por ejemplo, Marienhoff, Miguel: ob. cit., p. 156.

⁸⁰⁰ Cfr. *Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 341, 30 de agosto de 1977, pp. 1.541-1.553 y 1.556-1.562.

⁸⁰¹ Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 317.

constituye una de las autoridades que, en términos más amplios y de los modos más diversos, participa en el ejercicio de la soberanía a que se refiere el artículo 5 de la Carta”.⁸⁰²

Es necesario decir que la Contraloría General de la República forma parte de la Administración del Estado, como lo indica el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1986, y en ese sentido también se ve regulada por dicho cuerpo legal, a excepción de su Título II, por expresa disposición del artículo 21, inciso segundo, de la misma ley.

3. El Contralor General de la República

Según el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República N° 10.336, publicada en el Diario Oficial el 7 de julio de 1964, y sus modificaciones: “La Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la República”.

De acuerdo al inciso final del artículo 98 de la Constitución y del artículo 3° de la Ley citada, “el Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.”⁸⁰³ Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad”.

El Contralor, conforme a las facultades que le concede su Ley Orgánica, nombra al Subcontralor y a los demás empleados de Contraloría. De acuerdo al artículo 2° de dicha norma, el “Subcontralor reemplazará al Contralor en los casos de ausencia o vacancia y mientras se nombre, en este último caso, al titular”.⁸⁰⁴

A) Requisitos para ser nombrado Contralor

Esta materia fue modificada por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050. Hasta su publicación, la Constitución no establecía los requisitos para ser designado Contralor, encontrándose estos en el artículo segundo de la Ley 10.336. Dicha disposición exigía el título de abogado para poder desempeñar tanto el cargo de Contralor como el de Subcontralor.

Hoy esto ya no es así, pues del artículo 98, inciso segundo, de nuestro Código Político, se desprenden los requisitos para ser nombrado Contralor:

⁸⁰² Ídem, p. 191.

⁸⁰³ Durante la vigencia de la Carta de 1925, el Contralor también era nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Sin embargo, tal facultad presidencial no estaba consignada en la Constitución; ella tan solo tenía un reconocimiento legal.

⁸⁰⁴ El artículo 27 de la Ley Orgánica en estudio señala las funciones que le caben al Subcontralor: “a) Reemplazar al Contralor General en los casos de ausencia temporal o accidental, o mientras se nombre al titular en caso de vacancia; b) Estudiar especialmente los asuntos que por disposición del Contralor pasen a su despacho y presentar a éste los informes o proyectos de resolución que emanen de su estudio; c) Firmar ‘Por orden del Contralor’ la parte del despacho del Contralor General que éste señale por resolución escrita, pudiendo incluir en ella los pronunciamientos sobre la toma de razón de los decretos y resoluciones respecto de determinadas materias, sin perjuicio de la responsabilidad constitucional del Contralor; d) Dirigir la labor de examen de cuentas, y e) Cooperar, en general, a la labor que corresponde al Contralor de acuerdo con la ley”.

- a) Tener a lo menos diez años de título de abogado.
- b) Haber cumplido cuarenta años de edad.
- c) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Solo las personas que cumplan con esos requisitos podrán aspirar al cargo de Contralor. Se ocupó la palabra “aspirar” porque todavía faltan dos requisitos que cumplir para obtener el cargo.

El primero es que esa persona sea designada por el Presidente de la República. Y el segundo es que esa persona sea aprobada por el Senado, necesitando un quórum de tres quintos de sus miembros en ejercicio.

B) Otras disposiciones relativas al Contralor

El artículo 52 N° 2, letra c) de la Carta Fundamental, incluye al Contralor entre aquellos funcionarios que, en virtud de su jerarquía, pueden ser acusados por la Cámara de Diputados por notable abandono de deberes. Al Senado le corresponderá en definitiva resolver como jurado si acoge o no la acusación.⁸⁰⁵ En nuestra historia republicana solo una vez ha sido destituido un Contralor por medio de este mecanismo: en 1945, la Cámara de Diputados encontró culpable y el Senado destituyó a Agustín Vigorena.⁸⁰⁶ La razón esgrimida para hacerlo fue por haber tomado razón en decisiones que debió representar.⁸⁰⁷

Hay que señalar también que el Contralor General de la República no puede ser candidato a diputado ni a senador, por así disponerlo el artículo 57 N° 6 de la Constitución.

Además, cabe destacar que el Contralor General de la República integra el Consejo de Seguridad Nacional, según el artículo 106 de la Constitución Política.⁸⁰⁸

Por último, en lo que respecta a la cesación en el cargo, la Constitución solo hace referencia a que el Contralor cesará en su cargo al cumplir 75 años.

Lo anterior no significa que no existan más causales, ya que el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República N° 10.336 establece: “La remoción del Contralor de la República y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial firme tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los ministros de los tribunales superiores de justicia y por las causales señaladas para los ministros de la Corte Suprema”. Y, además, no hay disposición que impida que este renuncie al cargo.

⁸⁰⁵ Para más detalle, ver acápite dentro del capítulo destinado al estudio del Congreso Nacional sobre la acusación constitucional.

⁸⁰⁶ Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 319.

⁸⁰⁷ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), p. 179.

⁸⁰⁸ Para más detalle, ver capítulo destinado al Consejo de Seguridad Nacional en esta misma obra.

4. Atribuciones

Sus atribuciones se encuentran determinadas en el inciso primero del artículo 98 y en el artículo 99 de la propia Constitución:

Artículo 98:

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

Artículo 99:

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

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

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

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

De acuerdo al primer precepto citado, corresponde a la Contraloría:⁸⁰⁹

⁸⁰⁹ Hay que decir que, en virtud de la Ley Sobre Acceso a la Información Pública N° 20.285, la Contraloría sufrió modificaciones en su regulación relativa a dicha materia. El artículo segundo, inciso segundo, de dicha ley señala: Artículo 2°: “La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente”. Por su parte, el artículo 5° de las disposiciones transitorias establece: Artículo 5°: “Modifícase la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, N° 10.336, incorporándose en el Título X, el siguiente artículo 155, nuevo:

“Artículo 155. La Contraloría General de la República se rige por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

1. El control de legalidad de los actos de la administración.
2. La fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y demás organismos y servicios que determinen las leyes.
3. Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades.

“La publicidad y el acceso a la información de la Contraloría General se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II, Título III y artículos 10 al 22 del Título IV.

“Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, el que se instruirá conforme a su respectiva ley orgánica. Las sanciones por infracción a las normas de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, serán las consignadas en dicha ley.

“El Contralor, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley”.

Sobre el artículo recientemente citado, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 10 de julio de 2008, Rol N° 299, dijo: “Considerando **TRIGESIMOSEXTO**. Que la disposición transcrita precedentemente, según lo previsto en su inciso segundo, hace aplicable, *‘en lo que fuere pertinente’*, al Organismo Contralor, entre otras, las normas contenidas en el Título III *–‘De la Transparencia Activa’–* de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado que es aprobada por el **ARTÍCULO PRIMERO** del proyecto de que se trata.

Dentro del referido título de la ley se encuentra el artículo 8°, que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, *‘si alguno de los organismos de la Administración’* no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos, y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7° de la misma legislación. Añade el referido precepto que la *‘acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de esta ley’*; **TRIGESIMOSÉPTIMO**. Que, en diversas oportunidades –como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 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.

Atendido lo expuesto anteriormente y velando por el carácter autónomo que le asigna la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República, en su artículo 98, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional del mismo organismo por el **ARTÍCULO QUINTO** del proyecto de ley en estudio, en el entendido de que a aquél no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”. Además, el Tribunal Constitucional dispuso que **“El inciso quinto del artículo 43 del ARTÍCULO PRIMERO se ajusta a lo dispuesto en la Ley Fundamental, en el entendido de que la limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Constitución, en lo que fuere procedente.**

- **El inciso segundo del nuevo artículo 155 que se incorpora a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, N° 10.336, por el ARTÍCULO QUINTO,** es constitucional en el entendido de que a aquel Organismo de Control Administrativo no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado que es aprobada por el **ARTÍCULO PRIMERO** de la misma iniciativa en estudio.

- **El aludido nuevo artículo 155** es asimismo constitucional en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República. La referencia que se hace en el inciso final del mismo precepto al artículo 32, debe entenderse efectuada al artículo 33 de la normativa legal a la que se hace referencia”.

4. Llevar la contabilidad general de la nación.
5. Desempeña las demás funciones que le encomiende su ley orgánica.

Por ejemplo, tiene la posibilidad de revisar los sumarios administrativos que se hayan seguido en los servicios o reparticiones públicas en contra de determinados funcionarios.⁸¹⁰

En este punto conviene hacer una distinción entre fiscalización y control. Siguiendo el debate llevado a cabo en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, por fiscalización se entiende el acto de vigilar que una conducta se adecue a ciertas pautas; en cambio, el control, además de lo anterior, implica la facultad de decidir si una conducta se adecua o no a las pautas o normas preestablecidas.⁸¹¹ El constituyente sostuvo, además, que la función de control debía ser unitaria y general, pues debe ejercerse por un solo organismo y debe fiscalizarse todo lo que por su naturaleza admita fiscalización. También debe ser profesional y técnica; jamás debe ser política.⁸¹² Además, debe proteger los valores jurídicos esenciales del país, y velar por la eficiencia y eficacia en la consecución de los fines de la administración del Estado. Finalmente, un principio básico de la función de control es que esta debe estar dotada de imperio; las decisiones de la Contraloría deben ser respetadas por los funcionarios que están sometidos a su fiscalización.⁸¹³

Por su parte, en el artículo 99 de la Constitución se encuentra la fuente constitucional de las potestades específicas de la Contraloría: la toma de razón y la representación.

A) Clasificación

La Contraloría despliega, dentro de sus potestades, las siguientes funciones:

1. **Función jurídica:** Se encuentra constituida por el control de legalidad de los actos de la administración, a través de las instituciones de toma de razón y de representación.
2. **Función contable o financiera:** La Contraloría fiscaliza el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos que le corresponde examinar, y debe llevar la contabilidad general de la nación.
3. **Función jurisdiccional:** A la Contraloría le corresponde juzgar las cuentas de las personas que administran bienes de las entidades arriba mencionadas.

⁸¹⁰ “No posee, sin embargo, facultades sancionadoras. Porque la Contraloría examina o realiza sumarios administrativos y dispone una sanción, pero esta sanción siempre es un simple consejo a la administración, la que puede aplicarlo o no; puede aplicar esa sanción, una superior, una inferior o ninguna”. *Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 307, 26 de julio de 1977, p. 1.395.

⁸¹¹ Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 320.

⁸¹² “Para evitar lo que ha sucedido en otros países, donde el Contralor es designado por la mayoría del Congreso –mayoría que puede ser cambiante– e indudablemente tiene que estar grato con esa mayoría o acomodarse a las nuevas mayorías que existan. Entonces no puede tener la independencia necesaria para fiscalizar a los poderes del Estado”. *Ibidem*.

⁸¹³ *Ibidem*.

A.1) Estudio particular de sus funciones

a) Función jurídica

La Contraloría ejerce el control de la legalidad y constitucionalidad de los decretos y resoluciones que deben tramitarse ante este órgano, a través de la potestad denominada “toma de razón”.

a.1) Toma de razón

i) Concepto

La toma de razón es un examen tanto formal como sustantivo respecto de si la norma en cuestión se encuentra ajustada a la ley aplicable o a la Constitución, sin pronunciarse respecto de la idoneidad o materia de que versa el decreto o resolución. No se hace una crítica del decreto o resolución, del acierto o desacierto de su contenido, ni tampoco se emite un pronunciamiento sobre la prudencia o consistencia de lo ordenado, pues todo ello escapa al examen en que consiste.⁸¹⁴

La toma de razón es un examen preventivo de los decretos y otras resoluciones de la potestad reglamentaria que se encuentran afectos al trámite de toma de razón, como los decretos con fuerza de ley. Se trata de un control a priori de los actos de la Administración, y ejercido por lo general antes de que ellos produzcan sus efectos.

Dentro del procedimiento de elaboración del acto administrativo, el trámite de toma de razón es quizás la etapa más importante, por cuanto sin él simplemente no hay actuación jurídica posible. Es decir, sin que la Contraloría se pronuncie favorablemente acerca de la juridicidad de fondo y de forma del decreto o resolución, tomando razón de él, no habrá nacido a la vida del derecho. Salvo, como se verá más adelante, que el Presidente de la República insista, en los casos en que constitucionalmente es procedente, que se tome razón de él, o que el Tribunal Constitucional resuelva que no es contrario a la Constitución.

Se ha sostenido que la toma de razón es un acto trámite inserto en el procedimiento de elaboración del acto administrativo; que el ejercicio de poder jurídico del contralor es una fase procedimental dentro de este procedimiento de elaboración, y que en definitiva no hay acto administrativo sin la toma de razón, pues solo se trataría de un proyecto de acto: no habría actuación jurídica posible sin ese pronunciamiento, que, de ser desfavorable, impediría el acceso de la vida jurídica del acto.

Se trata de un control jurídico de la actividad administrativa, control que viene a asegurar la expresión del principio de legalidad administrativa.⁸¹⁵

La legalidad administrativa puede existir sin necesidad de control, en el caso de haber hombres dotados de gran sentido de la misma; sin embargo, la imperfección humana siempre termina por

⁸¹⁴ Otra definición puede ser la del profesor Verdugo: “La ‘toma de razón’ consiste en un pronunciamiento o examen acerca de la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que de conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría, como asimismo de los decretos con fuerza de ley”, en Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 321.

⁸¹⁵ Fiamma Olivares, Gustavo: “¿Apreciación de los hechos o interpretación de derecho?”, en *La Contraloría General de la República*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977, p. 191.

imponer criterios antijurídicos, lo cual hace necesaria la vigilancia constante de la actividad administrativa en relación con su sujeción al ordenamiento jurídico.⁸¹⁶

ii) Procedencia

Según el precepto constitucional en estudio, le corresponderá a la ley determinar qué decretos y resoluciones deben ser tramitados por la Contraloría.

En un principio, el legislador sostuvo que todo decreto o resolución debía enviarse a la Contraloría para cumplir con su control de legalidad y constitucionalidad, eximiéndose del trámite tan solo aquellos que expresamente se exceptuaren. Sin embargo, luego el sistema se desvirtuó por razones de orden práctico, exceso de trabajo y celeridad en el cumplimiento de la función contralora, lo que llevó al legislador a delegar en el Contralor la facultad de eximir del examen previo de juridicidad aquellas decisiones administrativas que recayeran en materias de fácil tramitación, o que se supone no dan origen a mayores problemas jurídicos.

Ello se ha concretado en la Resolución N° 1.600 de la Contraloría General de la República de fecha 5 de noviembre de 2008, que fija normas sobre la exención del trámite de toma de razón, la que establece como regla general la exención.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1° de la norma citada dispone: “Deberán siempre enviarse a toma de razón los decretos que sean firmados por el Presidente de la República. Cumplirán igual trámite los reglamentos que firmen los jefes de Servicio, siempre que traten de materias sometidas a toma de razón, y las resoluciones a que se refiere el artículo 2°, letra i), del Decreto Ley N° 1.028, de 1975, cuando diga relación con decretos afectos”.

Por otra parte, existen decretos y resoluciones exentos de toma de razón en virtud de texto legal expreso; por ejemplo, así ocurre con las resoluciones que dicten las municipalidades⁸¹⁷ y los decretos firmados por orden del Presidente de la República.

Se debe destacar que el hecho de que una decisión administrativa se exima del trámite de toma de razón no significa en modo alguno que la Contraloría no cumpla con su función fiscalizadora, la que lleva a efecto por otras vías: controles inspectivos, control de resultados globales, etcétera, los cuales aunque no son tan eficaces a primera vista, tienen como ventaja el logro de una mayor agilidad en la actuación del órgano administrativo.

En consecuencia, solo quedan sometidos al trámite de toma de razón:

- a) Los decretos y resoluciones que estén expresamente dispuestos en la resolución en comentario.⁸¹⁸
- b) Decretos con fuerza de ley (artículo 99, inciso segundo, de la Carta Fundamental).
- c) Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional (artículo 99, inciso tercero, de la Constitución Política).

⁸¹⁶ *Ibíd.*

⁸¹⁷ Cfr. Artículo 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695.

⁸¹⁸ Cfr. Títulos I-IV de la Resolución N° 1.600 de la Contraloría General de la República, de 5 de noviembre de 2008.

iii) Características⁸¹⁹

1. Control preventivo

La toma de razón es un mecanismo de fiscalización jurídica a priori sobre los actos administrativos; vale decir, se ejerce antes de que ellos nazcan a la vida del derecho. En otras palabras, el control preventivo "...está destinado a procurar que el acto administrativo carezca de aquellos defectos que puedan ser evitados a través de la previsión en que consiste el trámite".⁸²⁰

Esta modalidad fiscalizadora preventiva –única en el derecho comparado– recae, pues, sobre las decisiones de la administración antes de que puedan ser consideradas como actos administrativos perfectos propiamente tales; esto es, recae sobre los proyectos de decretos y resoluciones.⁸²¹

El objetivo fundamental de este examen preventivo es frustrar el acceso o frenar el nacimiento de las determinaciones administrativas contrarias a derecho. Si el objetivo no se logra, pueden operar en plenitud los medios de control represivos que regula la ley chilena, representados por los recursos que se ventilan ante la propia Administración y por las acciones que los ciudadanos pueden intentar ante los jueces, entre otros.⁸²²

Como se desprende solo con mirar el texto constitucional, el carácter preventivo de la toma de razón no aparece explícitamente en este. El fundamento dado en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución⁸²³ (principalmente por el comisionado Guzmán) fue que hay veces en que, excepcionalmente, puede esta despacharse con posterioridad al cumplimiento del acto de autoridad.⁸²⁴

2. Control de juridicidad

La Constitución y la ley confieren a este órgano la fiscalización de legalidad tanto de los actos administrativos como de los ingresos y egresos, y le está vedado fiscalizar la conveniencia u oportunidad de los actos y contratos que emita o celebre la administración.

La toma de razón de un decreto supremo o de una resolución no consiste más que en el examen de constitucionalidad y legalidad de ese decreto o de tal resolución, el que se traduce en la práctica en

⁸¹⁹ Se ha tomado como base el acápite "Características de la toma de razón", en Aróstica Maldonado, Iván: "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, Santiago, Universidad de Chile, volumen 1991, N° 49, pp. 132-152.

⁸²⁰ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional* (citado), p. 163.

⁸²¹ 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*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977, pp. 165-189.

⁸²² De este modo, conociendo después la administración de un recurso jerárquico o de reconsideración, interpuesto en contra de uno de sus propios actos, y a pesar de haber sido cursado con anterioridad por la Contraloría, estará obligada a declarar la invalidación de ese acto si no se conforma a derecho. Y como la Contraloría al tomar razón de un decreto o resolución no resuelve definitivamente sobre su juridicidad, quien se sienta agraviado por ese acto puede también impugnarlo ante los tribunales de justicia, que es al que compete, según la Constitución, el esclarecimiento definitivo del derecho. Aróstica Maldonado, Iván: "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, Santiago, Universidad de Chile, volumen 1991, N° 49, p. 134.

⁸²³ *Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 322, 25 de octubre de 1977, p. 1.709.

⁸²⁴ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), p. 163.

un juicio lógico entre norma y decreto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas.

2.1. Control de legalidad

El control de legalidad comprende tanto el de su constitucionalidad como el de su legalidad en sentido estricto.⁸²⁵ De esta forma, es un “control amplio de juridicidad, o en otras palabras, de legalidad en un sentido genérico, que comprende todo lo que se vincula al mantenimiento del principio de la jerarquía normativa, pivote básico del Estado de Derecho”.⁸²⁶

2.1.1. Control de constitucionalidad

El artículo 6° de la Constitución consagra el principio de la vinculación u obligatoriedad directa e inmediata de las normas constitucionales. La Constitución es operativa y autosuficiente, y no puede quedar supeditada o condicionada por otras normas de inferior rango. Y como los preceptos constitucionales obligan “a toda persona, institución o grupo”, resulta que son destinatarios de este deber de acatamiento y sumisión tanto el legislador como el administrador. Por lo mismo, la toma de razón también debe velar por que los decretos y resoluciones se ajusten a lo dicho en nuestra Carta Fundamental.

Se ha estimado que “una norma reglamentaria viola la Constitución si contiene normas que sólo pueden disponerse por la ley, si excede el campo de la potestad reglamentaria, o si en su generación se omiten trámites o exigencias prescritos por la Carta Fundamental, o *si se atropellan los derechos y garantías consagrados por ésta*”.⁸²⁷

2.1.2. Control de legalidad en sentido estricto

La Contraloría no solo debe velar por que los actos de la Administración se ajusten a la Constitución, sino también por que sean acordes con la legislación vigente, habida cuenta del principio de la legalidad que los determina y condiciona, con arreglo a lo dispuesto, principalmente, en el artículo 7° de la Constitución. El decreto será contrario a la ley si “su texto está en desacuerdo con el contenido de ésta o consigna requisitos no establecidos por el legislador”.⁸²⁸

3. Control imprescindible

Lo que se envía a Contraloría no es un acto administrativo afinado, ya que acto jurídico es el que produce o está destinado a producir efectos jurídicos, y acá ocurre que la decisión administrativa jamás podrá generar sus efectos si no ha sido antes tomada de razón, salvo el caso excepcional de los actos de aplicación inmediata.⁸²⁹

⁸²⁵ Ídem, p. 159.

⁸²⁶ Ídem, p. 161.

⁸²⁷ Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 322.

⁸²⁸ Ibídem.

⁸²⁹ Los actos de aplicación inmediata son aquellos que primero se ejecutan y después son enviados a Contraloría para su toma de razón.

Sin toma de razón, en los casos en que ella es exigida, no cabe su aplicación. Es más, su ejecución, en el supuesto que se pretenda hacerlo, acarrea por ese solo hecho la pérdida del empleo del funcionario ejecutor. Y aun cabe agregar que no sería ejecución de un acto administrativo, sino de una vía de hecho.⁸³⁰

Ahora, como se dijo anteriormente al revisar el carácter preventivo de la toma de razón, hay casos en que esta no se lleva a cabo y el acto es válido. El Tribunal Constitucional resolvió que no es inconstitucional que ciertas medidas contenidas en resoluciones administrativas puedan cumplirse antes de la toma de razón (Sentencia de 13 de septiembre de 1984, Rol 22) y que se toma de razón cuando, de esperarse lo anterior, pueda resultar ineficaz (Sentencia de 16 de enero de 1989, Rol 64).⁸³¹ Un ejemplo de lo expuesto puede ser el caso de los nombramientos, cuando el funcionario asume de inmediato por razones impostergables de buen servicio; o de decretos o resoluciones que fijen tarifas o precios de artículos de primera necesidad, entre otros.⁸³²

4. Control impeditivo

La toma de razón no se traduce en un control meramente especulativo o en un simple juicio contemplativo que se limita a constatar la antijuridicidad o dejar constancia de la irregularidad cometida. Al contrario, se concreta en la imposibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de las decisiones (proyectos de actos administrativos) no conformes a derecho, y ello a través del ejercicio de poderes jurídicos impeditivos, de inhibición del proyecto de acto sometido a control jurídico.⁸³³ Lo que se pretende con este control es impedir la vigencia y aplicación de actos de la Administración que son contrarios a Derecho, lo que no impide que posteriormente sean impugnables ante los tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional, bajo las modalidades que establece la Constitución y la ley⁸³⁴.

5. ¿Control formal o material?⁸³⁵

El control de la actividad de los órganos de la Administración debe ser severo y no puede limitarse a una mera confrontación superficial del acto administrativo con la ley que le sirve de base.

Sin embargo, una tesis sobre el aspecto del control jurídico sostiene que toda apreciación de los hechos desencadenantes de una potestad administrativa es de competencia exclusiva del órgano ejecutivo, por cuanto este es el que administra, y, consiguientemente, dicha apreciación no sería susceptible de fiscalización, careciendo la Contraloría de toda facultad de control de los hechos en cuanto desencadenantes de la actividad administrativa. Es decir, al Presidente de la República, en su carácter de supremo administrador, le compete la calificación de la conveniencia

⁸³⁰ 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* (citado), p. 174.

⁸³¹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), pp. 163-164.

⁸³² Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 326.

⁸³³ 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* (citado), pp. 176-177.

⁸³⁴ Cordero Vega, Luis: “La Contraloría General de la República y la toma de razón: Fundamento de cuatro falacias”, disponible en https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=350409, sitio consultado en marzo de 2014.

⁸³⁵ Se ha tomado como fuente doctrinaria para la elaboración de este acápite el artículo de Fiamma Olivares, Gustavo: “¿Apreciación de los hechos o interpretación de derecho?”, en *La Contraloría General de la República* (citado), pp. 191-202.

y oportunidad de los actos de la Administración; y el examen de legalidad y constitucionalidad que hace la Contraloría no se extiende a la calificación de los hechos, efectuada por el Ejecutivo, y que justifican la dictación de un acto administrativo.

La razón que se arguye para no controlar la apreciación de los hechos por parte de la Contraloría es el dogma de la separación de funciones; la apreciación de los hechos sería parte del administrar, y como esta función le compete al órgano ejecutivo, el control de tal apreciación implicaría invadir las funciones del administrador, más aún si la Contraloría tuviese una apreciación distinta, porque en ese caso esta estaría subrogando a aquel en su función si superpusiera su apreciación a la de este, todo lo cual sería contrario a la propia Constitución Política del Estado que otorga al órgano ejecutivo en exclusividad las funciones administrativas.

Quienes no están de acuerdo con este argumento señalan que sería una pretendida contraposición de funciones, por cuanto al Ejecutivo le corresponde administrar, pero en conformidad a la Constitución y a la ley, y a la Contraloría, por su parte, velar por que el Ejecutivo administre conforme a la Constitución y a la ley, y si la no apreciación de los hechos puede llevar a la ilegalidad del actuar administrativo, no se ve cómo Contraloría podría estar avasallando las competencias administrativas si lo único que estaría haciendo es cumplir con sus funciones de garante del principio de legalidad administrativa.

Lo mismo ha ocurrido respecto de la oportunidad y conveniencia del actuar administrativo: se dice que la Contraloría no tiene injerencia para controlarlo, por ser una tarea propia del órgano administrativo, pero no se puede pretender que un acto inconveniente o inoportuno contrario a derecho quede fuera del control de legalidad. El disociar la legalidad administrativa de la determinación de la oportunidad y de la conveniencia para dictar un acto administrativo, para dejar a esta determinación como una parte de la decisión administrativa incontrolable, es un error jurídico.

Para realizar el control lo primero en lo que se debe reparar es en la correspondencia entre la atribución realizada y su normatividad; es decir, si la atribución tiene o no cabida en el ordenamiento, y si tiene cabida, que se esté utilizando por la autoridad que corresponda y con las modalidades, excepciones, plazos, condiciones, requisitos, formalidades, trámites, etcétera, que esta imponga.

Luego se debe constatar si los hechos que sirven de base al acto existen, y si existen, determinar si corresponden o no a la atribución. En otras palabras, en el control se verifican tres procesos intelectuales: uno hacia el hecho, que es la aprehensión de esa realidad⁸³⁶; otro, hacia el derecho, hacia la norma, con el objeto de determinar su alcance y su finalidad; y por último, una vez probada la existencia del hecho, e interpretada la norma, otro con el objeto de comprobar si ese hecho es de aquellos que el legislador ha cubierto con la normatividad.⁸³⁷

El órgano administrativo que proyecta dictar un acto administrativo debe determinar si la norma alcanza al hecho que serviría de base a su acto, o sea, si el hecho cabe en la norma; es decir, el Ejecutivo no aprecia los hechos, sino que interpreta la ley. Si se siguiera la tesis de control formal, se estaría transformando al Ejecutivo en un intérprete exclusivo de la ley, pues toda vez que la ley

⁸³⁶ “Proceso por el cual no se trata de ‘apreciar’ los hechos, pues la realidad no es susceptible de interpretación, es una sola, es indivisible: existe o no, sino sólo se reduce a una mera constatación de su ocurrencia”. Ídem, pp. 199-200.

⁸³⁷ “Tampoco se trata aquí de calificar al hecho, sino de constatar su perfecta correspondencia con la norma”. Ídem, p. 200.

establece un concepto que responda a una apreciación de hecho, la Contraloría no tendría competencias para ponderar la apreciación que el Ejecutivo hubiese efectuado, pero dicha pretendida apreciación no viene a ser sino la interpretación de la norma aplicada.

Si la Contraloría, a pretexto de no ponderar la apreciación de los hechos, deja al Ejecutivo la interpretación de la ley, significa que esta no ejercería sus facultades de control al aceptar sin mayor análisis la interpretación dada por el Ejecutivo, con lo cual este queda en una posición inmejorable para avasallar la legalidad a través de una errada o torcida interpretación de la ley.

iv) Procedencia

Como se vio recién, solo quedan sometidos al trámite de toma de razón:

- a) Los decretos y resoluciones que estén expresamente dispuestos en la resolución en comento.⁸³⁸
- b) Decretos con fuerza de ley (artículo 99, inciso segundo, de la Carta Fundamental).
- c) Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional (artículo 99, inciso tercero, de la Constitución Política).

v) Actitudes posibles del Contralor

La decisión sobre la toma de razón o no de un decreto, resolución o decreto con fuerza de ley corresponde al Contralor, pero el examen y respectivo informe corresponde al Departamento de Toma de Razón.⁸³⁹ Una vez efectuado dicho examen, las posibilidades son las siguientes:

1. El Contralor hace observaciones formales al decreto o resolución, devolviéndolo a la autoridad que lo dictó a fin de que esta corrija las observaciones y lo devuelva a la Contraloría.⁸⁴⁰ Una vez subsanados los defectos advertidos, y devueltos los antecedentes al Contralor, este ya puede

⁸³⁸ Cfr. Artículos 1° al 3° de la Resolución N° 520 de la Contraloría General de la República, de 14 de diciembre de 1996.

⁸³⁹ Según el artículo 37 de la Ley Orgánica sobre Atribuciones y Organización de la Contraloría N° 10.336 corresponde al departamento de toma de razón: “a) Anotar y llevar el registro de las leyes que se promulguen por el Ejecutivo, cuando se reciba en la Contraloría el respectivo decreto promulgatorio; b) Estudiar los decretos supremos y las resoluciones de los jefes de Servicios a que se refiere el artículo 10° y proponer al Contralor la toma de razón de tales documentos o su representación u observación si no se ajustan a la Constitución o a las leyes, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del artículo 33° de esta ley; c) Llevar índices especiales para anotar, en detalle, las distintas tramitaciones de los decretos y resoluciones que ingresen a la Contraloría y dar a conocer al público, por medio de minutas escritas, el movimiento diario de tales piezas; esto es, de su recepción y despacho por la Contraloría, en la forma que lo resuelva el Contralor; d) Refrendar o anotar los decretos supremos o resoluciones con cargo a rubros variables del Presupuesto o a leyes o recursos especiales en los libros que para la contabilización preventiva de los compromisos fiscales deben llevarse, y e) Estudiar y proponer al Contralor, para su firma, previa certificación de los saldos por la oficina que corresponda, los informes o dictámenes que se soliciten por los distintos Ministerios para los efectos de los trasposos o suplementos de ítem o autorizaciones de gastos, con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica de Presupuestos”.

⁸⁴⁰ El artículo 11 de la Ley Orgánica de Contraloría señala al respecto: “De todos los decretos o resoluciones que fueren observados por errores de forma, se dará cuenta a la Secretaría General de Gobierno para los efectos de que ésta los ponga en conocimiento del Presidente de la República. El Secretario General de Gobierno deberá hacer las representaciones que procedan a los respectivos Ministerios o Servicios, a fin de que las faltas cometidas se consideren en los antecedentes del funcionario a que le fueren imputables y se le apliquen las medidas disciplinarias que correspondan, en su caso”.

tomar razón, salvo que a su juicio no hayan sido subsanadas correctamente las irregularidades o haya encontrado otras.⁸⁴¹

El Contralor está facultado para tomar razón de decretos y resoluciones, haciendo los alcances u observaciones que estime procedentes. Por ejemplo, rectificación de algún ítem al cual se imputarán los gastos; de referencias equívocas a textos legales que se invocan y que estén mal individualizados, y, en general, sobre ciertos errores u omisiones. En estos casos el decreto o resolución, estando ajustados a la Constitución y a la ley, se cursan con alcance.⁸⁴²

2. El Contralor toma razón, pues entiende que el decreto o resolución está ajustado a derecho y queda en condiciones de proceder a su publicación o notificación.

Otra posibilidad de impugnación, pero solo respecto de los decretos con fuerza de ley es que se les declare inaplicables para un caso concreto por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad, y por inconstitucionalidad.

Respecto de la posibilidad de impugnar una resolución emanada de la Contraloría por medio del recurso de protección, el tema no es fácil de responder.⁸⁴³ De hecho, ha sido el propio Contralor quien ha solicitado al Senado que se pronuncie sobre esta materia, formalizando contienda de competencias. Dicha Corporación, en sentencias pronunciadas los años 1994, 1995 y 1998, ha sostenido la siguiente tesis: “El Contralor General de la República al ejercer la función de toma de razón, en la medida en que lo haga en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (...) sólo cumple con el deber constitucional que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental (...), por lo que no es posible aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, pues ello importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa, lo que violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos”.⁸⁴⁴

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema desconoció la doctrina sostenida a través de los años por el Senado, cuando, en sentencia de 3 de septiembre de 1998, Rol 4.460-97, recurso de protección Sociedad Constructora Yelcho, consideró que la Corte de Apelaciones era el único órgano facultado para pronunciarse sobre el recurso y que no había podido existir contienda de competencias. Posteriormente, en un fallo dictado el año 2004, se insiste que las facultades constitucionales y legales de la Contraloría referidas al control de la juridicidad de los actos administrativos no debe entrar en colisión con las potestades jurisdiccionales de los tribunales, “*la que solo puede ser ejercida cuando la actuación del ente contralor se aparta de su función propia*”. Sin embargo, más reciente jurisprudencia ha precisado que “*el trámite de toma de razón constituye una función de carácter constitucional que es de uso exclusivo y excluyente del Contralor General, razón por la cual no puede ser impugnada a través de un recurso de protección*”⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional* (citado), p. 176.

⁸⁴² Verdugo, Mario y otros: *Derecho constitucional*. Tomo II (citado), p. 322.

⁸⁴³ Reflexión tomada de Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), pp. 164-168.

⁸⁴⁴ Considerando N° 15 del informe elaborado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el cual fue aprobado por el Senado el 5 de mayo de 1998.

⁸⁴⁵ C. A de Santiago, 16.03.2004, Rol N° 578/04, confirmada por la C. S., 5.05.2004, Rol 1.112/04. C.A. de Santiago, Rol N° 2767/2006, confirmado por la C. S., Rol N° 5057-2007. Ambas sentencias son comentadas por Navarro, Enrique: “Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante)

3. El Contralor representa por qué ha rechazado el respectivo decreto o resolución, por adolecer de algún vicio de constitucionalidad o de legalidad.

Normalmente, la Contraloría tiene un plazo de treinta días para pronunciarse. Este plazo puede reducirse a quince, o incluso a cinco días,⁸⁴⁶ si atendida la naturaleza de la orden o mandato, el Presidente solicitare tomar razón de él con urgencia, de lo cual deberá dejar constancia en el mismo decreto o resolución. Hay que decir que dicho plazo no es considerado fatal, ya que “de no respetarse, da origen tan sólo a las responsabilidades funcionarias del Contralor si el trámite se evacua fuera de plazo”.⁸⁴⁷

Excepcionalmente, frente a decretos o resoluciones que perderían su oportunidad de no producir sus efectos de inmediato, se ha autorizado su ejecución aun antes de la toma de razón de ellos.⁸⁴⁸

vi) Cuadro resumen explicativo de la toma de razón

Concepto	Examen preventivo, formal y sustantivo respecto de si la norma se encuentra ajustada a la ley aplicable y a la Constitución.	
Características del control	Preventivo	Mecanismo de fiscalización a priori: antes que los actos nazcan a la vida del derecho.
	De juridicidad	Examen de legalidad en sentido amplio, que incluye el de constitucionalidad y de legalidad en sentido estricto de los actos.
	Imprescindible	Para que nazca el acto a la vida del derecho; si no, tan solo será una vía de hecho.
	Impeditivo	Impide el acceso a la vida jurídica de las decisiones no conformes a derecho: inhibición del proyecto de acto sometido a control jurídico.
	Formal y material	El control de la actividad de los órganos de la administración debe ser severo y no puede limitarse a una mera confrontación superficial del acto administrativo con la ley que le sirve de base.

de la Contraloría General de la República en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 - N° 2, 2012 pp. 431-446.

⁸⁴⁶ El artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional en análisis, agrega al respecto: “La disposición del inciso anterior se aplicará especialmente cuando se trate de decretos o resoluciones que versen sobre las materias que se indican a continuación, en cuyo caso el plazo para el pronunciamiento del Contralor será de cinco días:

1) Reanudación de faenas, y

2) Fijación de excedentes exportables.

Los decretos y resoluciones que se refieren a las materias que se señalan a continuación, podrán ejecutarse aun antes de su toma de razón, debiendo ser enviados a la Contraloría dentro de los treinta días de dispuesta la medida:

1°. Fijación de tarifas o de precios o modalidades de importación o venta de artículos de primera necesidad o de uso o consumo habitual, cuando se encuentren sometidos a este régimen de control, y

2°. Cambios internacionales.

Las suplencias o interinatos en Servicios de urgencia y hospitalarios, en la enseñanza pública y en las oficinas unipersonales, podrán efectuarse aun antes de expedirse el respectivo decreto o resolución, pero, en todo caso, dicho decreto o resolución deberá dictarse y enviarse a la Contraloría dentro de los treinta días siguientes de dispuesta la medida. Si en los casos indicados en los dos incisos precedentes la Contraloría no da curso al decreto o resolución, podrá perseguir la responsabilidad administrativa del jefe que la dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de decreto supremo. Todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades que fueren pertinentes y de la facultad para insistir a que se refiere el inciso primero de este artículo”.

⁸⁴⁷ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), p. 176.

⁸⁴⁸ Caso analizado al examinar el carácter preventivo de la toma de razón.

Procedencia	a) Decretos y resoluciones determinados en virtud de la Resolución N° 520 de la Contraloría General de la República. b) Decretos con fuerza de ley. c) Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional.
Actitudes posibles del Contralor	1. Contralor hace observaciones formales al decreto o resolución, devolviéndolo a la autoridad que lo dictó a fin de que esta lo corrija. 2. Contralor toma razón, pues entiende que el decreto o resolución está ajustado a derecho y queda en condiciones de proceder a su publicación o notificación. 3. Contralor rechaza el decreto o resolución por adolecer de algún vicio de constitucionalidad o de legalidad.
Plazo para pronunciarse	Treinta días, el cual puede reducirse a quince o cinco, si atendida la naturaleza de la orden mandato, el Presidente solicitare tomar razón de él con urgencia, de lo cual deberá dejar constancia en el mismo decreto o resolución.

a.2) Representación

i) Concepto

Representar un decreto o resolución consiste en observar oficialmente, por medio de una comunicación escrita y fundada, que se envía al Presidente de la República, por intermedio del Ministerio que dio origen al decreto o resolución representado, las partes del texto propuesto que se estiman inconstitucionales o ilegales.⁸⁴⁹

Como se vio al analizar el control de constitucionalidad y el de legalidad en sentido estricto, se estima que una norma reglamentaria viola la Constitución si contiene normas que solo pueden disponerse por ley, si excede el campo de la potestad reglamentaria, o si en su generación se omiten trámites o exigencias prescritas por la Constitución, o si se atropellan los derechos y garantías consagradas por esta.

Por su parte, se opondría a la ley si su texto está en desacuerdo con el contenido de esta o consigna requisitos no establecidos por el legislador.

Respecto a los decretos con fuerza de ley, el Contralor examinará si el texto de estos cabe o no dentro de los términos de la ley habilitante o ley delegatoria, o si es contrario a la Constitución.

ii) Procedencia

En virtud del artículo 99, incisos segundo y tercero, las causales específicas para que proceda este acto de representación son:

- 1. Decretos o resoluciones impugnados por ilegalidad en sentido amplio.

⁸⁴⁹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*. Tomo V (citado), p. 176.