

## LECCIÓN OCTAVA EL CONTROL PÚBLICO

*SUMARIO: I. MARCO CONCEPTUAL. 371. El concepto de control público. 372. Los estándares de control. 373. Principios del control público. 374. Generalidad. 375. Expansivo. 376. Publicidad. II. DESCRIPCIÓN DE LOS TIPOS DE CONTROL. 377. La Administración como sujeto controlado. 378. Clasificación del control. 379. Según el objeto. 380. Control de legalidad. 381 Control de gestión. 382. En cuanto a la oportunidad. 383. Control preventivo. 384. Controles represivos. 385. En cuanto al órgano que realiza el control. 386. Control interno. 387. Control externo. 388. Control social o ciudadano. III. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO DE CONTROL. 389. El Origen de la Contraloría. 390. Es un órgano constitucional. 391. Es una autonomía constitucional. 392. Las contiendas de competencia con la Corte Suprema. 393. En principio se encuentra sujeta a su control la totalidad de la Administración Pública e incluso los privados. 394. No puede intervenir en asuntos de carácter litigioso. 395. Funciones y atribuciones. 396. El control de legalidad de los actos de la Administración mediante la toma de razón. 397. La toma de razón es un control objetivo. 398. La toma de razón recae sobre actos de la Administración. 399. La exención del trámite de toma de razón. 400. La toma de razón es un control preventivo e impeditivo. 401. La toma de razón es un procedimiento de examen. 402. La toma de razón es un procedimiento de regulación constitucional y de LOC. 403. Actitudes de la CGR en el trámite de toma de razón. 404. Tramitación de la toma de razón. 405. Efectos de la toma de razón. 406. Fiscalizar el ingreso e inversión de los fondos del Fisco. 407. Llevar la contabilidad general de la nación. 408. Examen y Juzgamiento de las cuentas. IV. CONTROL DE GESTIÓN. 409. Importancia del control de gestión. 410. El presupuesto como eje del control de gestión. 411. Control presupuestario y control de la Administración. 412. Las lógicas del control presupuestario en sistema chileno. 413. Presupuestos por resultados y sus instrumentos de uso. 414. Los efectos en el sistema de derechos. V. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 415. Panorama general. 416. El objeto del contencioso y sus acciones. 417. Contencioso de nulidad. 418. Contencioso de plena jurisdicción. 419. Contencioso de interpretación. 420. Contencioso represivo. 421. Contencioso cautelar. 422. La legitimación para interponer*

*acciones contenciosas administrativas. 423. El recurso de protección como contencioso administrativo. 424. La cuestión esencial del contencioso: la actividad administrativa sujeta a control judicial. 425. Impugnación de la actividad formal. 426. Impugnación de la actuación material. 427. Impugnación de la inactividad administrativa. 428. El estándar de revisión. 429. El estándar de legalidad general. 430. La delimitación del control: juzgar y administrar son dos funciones constitucionales distintas. 431. ¿Cómo enfrentar los problemas de deferencia?*

## I. MARCO CONCEPTUAL

371. EL CONCEPTO DE CONTROL PÚBLICO. Se afirma que el control es de la esencia y está íntimamente vinculado al régimen democrático de gobierno<sup>1159</sup>. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle es menester la existencia de un sistema que implique garantías de respeto e independencia de su gestión, así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad; es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente. De este modo, es evidente que en el Estado constitucional no hay poderes libres ni inmunes al control. El control de la actividad administrativa, por lo tanto, es una exigencia natural de un Estado que se proclama *de derecho*, porque somete a todos los poderes públicos al orden jurídico, con lo que se proscribire su arbitrariedad y limita estructural y funcionalmente sus posibilidades de actuación<sup>1160</sup>.

Así, cuanto más avanzada, más compleja y más plural sea una sociedad, más necesidad va a tener de generar mecanismos de control del poder político. Sólo con ellos es posible preservar el carácter democrático, en tanto que la esencia de la democracia no reside en el imperio sin límites de la mayoría, sino en el compromiso histórico entre los diferentes grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría<sup>1161</sup>.

<sup>1159</sup> SILVA CIMMA (1994) 15.

<sup>1160</sup> PEÑA FREIRE (1997) 285.

<sup>1161</sup> Sobre el valor de la opinión como instrumento de decisión política, ver, entre otros, HABERMAS (1981).

Es indudable que la existencia de un conjunto de poderes jurídicos de decisión en un ámbito jurídico acotado de competencias, implica, al mismo tiempo, la existencia de una serie de mecanismos de control que cautelen el correcto ejercicio de esas potestades<sup>1162</sup>. Ello deriva, en primer lugar, de la propia configuración institucional de las potestades en un Estado democrático de derecho, entendiéndose éstas como poderes jurídicos finalizados (poderes–deberes), donde su ejercicio debe enmarcarse, en los principios esenciales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico y, además, en las normas constitucionales que delimitan sus competencias y garantizan los derechos fundamentales de las personas. Desde esta perspectiva, el control se transforma en el vehículo efectivo de limitación del poder, considerándose dentro de éste, a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político para supervisar el ejercicio de los poderes públicos<sup>1163</sup>.

La noción de control es antigua y de origen lexicológico complejo y diverso, que da cuenta de visiones en principio diferentes sobre el mismo fenómeno, aunque en verdad se corresponden a énfasis diversos. En español, la palabra tiene dos acepciones, por un lado está vinculada a la “comprobación” de hechos, circunstancias y competencias, y por la otra “dominio y mando” de otros<sup>1164</sup>. Ambas denominaciones dan cuenta del sentido que esta palabra tenía originalmente en el francés y en el inglés, de la cual nuestro idioma sintetiza como denominación común<sup>1165</sup>.

Así, se puede sostener que en las acepciones existen dos criterios en común. En primer lugar, la dualidad de sujetos; en segundo lugar, la existencia de unas reglas de actuación con las que puede ser contrastada la actuación sometida a control, lo que supone que tal contraste debe estar orientado hacia la corrección de la actividad controlada, lo que supone la existencia de una consecuencia de ésta<sup>1166</sup>.

---

<sup>1162</sup> Sobre separación de poderes y sus implicaciones constitucionales modernas en las dinámicas del control público ver, entre otros, CAROLAN (2009); TANTELELIAN (1995) 901; WIESER (1990) 1405.

<sup>1163</sup> ARAGÓN REYES (1995) 69.

<sup>1164</sup> Vid. [www.rae.es](http://www.rae.es). Indica que 1. m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. 2. m. Dominio, mando, preponderancia.

<sup>1165</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE (1997) 206, 207; ARAGÓN REYES (1995) 69, 70.

<sup>1166</sup> RUBIO LLORENTE (1997) 207.

Pero más allá de estas denominaciones, es un hecho indiscutido que el control de los poderes públicos, y en particular de la Administración, es la necesidad de limitar el ejercicio del poder público. Esta limitación, de la forma expuesta anteriormente, supone que el uso recto y correcto de la actividad estatal no es un problema de buena fe de las autoridades, o de rectitud ética de sus comportamientos, incluso de su trayectoria (que muchas veces se confunde tras la reacción a la crítica), sino es consecuencia de la limitación a sus poderes exorbitantes y del rendimiento de cuentas que le deben a los ciudadanos, consecuencia inevitable de un Estado Democrático. Esto explica que no basta con invocar razones, sino que es necesario explicitarlas y explicarlas (fundamentación), pero además basarse en fundamentos aceptados democráticamente como legítimos, pues de lo contrario serían arbitrarios. La base del control público es la práctica que realizan los operadores del Estado de sus competencias, y la manera como a estas deben reconocérseles límites. En otras palabras, poder limitado es siempre poder controlado.

Lo anterior explica que el control tenga múltiples formas, muchos agentes y variadas modalidades, lo que implica que existen diferentes sujetos que lo ejercen con diferentes criterios (estándares), cuestión de la que nos encargaremos a continuación.

372. LOS ESTÁNDARES DE CONTROL. El control consta en un juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora, y no presupone necesariamente relaciones de superioridad; sin perjuicio que, de hecho, todas las relaciones de superioridad implican un control entre figuras equiparadas y entre figuras recíprocamente independientes, ya entre particulares, ya entre órganos del Estado, ya entre el Estado y los particulares.

Por lo dicho, resulta evidente que el control no es propiamente un acto, sino que el desarrollo lógico de una actividad comprobadora, por lo que requiere necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de su fase activa envuelve un juicio de valoración, que como se dijo, puede importar la adopción de medidas de distinta significación, dependiendo si hubo conformidad o disconformidad con el término de comparación efectuada, lo que le resta conceptualmente la idea de autonomía.

Sin embargo, la doctrina tradicionalmente enfrenta dos áreas a partir de las cuales varían diferentes estándares de control. El primero es el jurídico y el segundo es el político.

De antiguo se sostenía que el Estado se escindió en dos grandes ámbitos de actuación: el jurídico, lo que exigía la sujeción del poder al derecho; y el político, exento de dicho control. Sobre esta diferencia se han producido los más acalorados debates y orientaciones de fundamentación<sup>1167</sup>.

El *control jurídico* implica un juicio de conformidad al derecho, en sus diversas fuentes, y corresponde al esencial en un Estado Democrático. Él es necesario, indispensable, objetivado al tener un canon fijo que es una norma abstracta, ejercido por terceros que deben actuar con imparcialidad y objetividad, de manera que es interorgánico, y por último quien ejerce ese control no es un limitador de la actuación del controlado, sino una actualizador de los límites preestablecidos por el derecho<sup>1168</sup>.

---

<sup>1167</sup> Un ejemplo de ello es el origen del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) en *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, quien en sus múltiples ediciones se ha hecho cargo de este debate conceptual. En particular en el prólogo de la cuarta edición (1998) se enfrenta al Prof. Luis Ortega, quien en el prólogo del libro de Nuria GARRIDO CUENCA (1998) en el cual defiende la vigencia del acto de gobierno bajo la figura de la denominación “actos de gestión política”, señala que “si el poder político se somete totalmente al Derecho el poder se traslada a quien crea, aplica y dice lo que el Derecho es y a todo el círculo de profesionales implicados en este proceso de definición del Derecho”.

Sobre esto GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) 17, que esta “nueva interpretación implica una reconfiguración (incluso una negación) del Estado de Derecho”. “No resulta fácilmente imaginable que las argumentaciones que Ortega expone –evitar la caída del Estado de Derecho en un sistema de dominio de ciertos estamentos profesionales y la necesidad absoluta de crear espacios de autonomía, exentos del derecho, para el ejecutivo, dotado de poderes ‘soberanos’– puedan llegar a convertirse en fundamentos de sentencias constitucionales”.

En idéntico sentido, se puede encontrar, aunque en una intensidad algo diferente, el debate en torno a la discrecionalidad administrativa, *vid.*, SÁNCHEZ MORÓN (1994); GARCÍA DE ENTERRÍA (1998); PEÑARRUBIA IZA (1995); DESDENTADO DAROCA (1997); IGARTUA SALAVERRÍA (1998) (2002) 113; SESIN (2004); SAAVEDRA (2011).

<sup>1168</sup> ARAGÓN REYES (1995) 82-84. Por esta razón afirma RUBIO LLORENTE (1997) 208, en el “control jurídico no existe dominio ni superioridad del órgano controlante sobre el controlado, pues aquél carece de criterios o de voluntad propios. Sus decisiones, que por eso han de ser motivadas, no hacen otra cosa que aplicar al caso concreto la regla preestablecida y no operan sobre la existencia del órgano controlado, sino simplemente sobre los resultados de su actuación”.

En cambio, el control político es contingente y coyuntural; con criterios subjetivos, pues sus juicios no se basan en elementos preestablecidos normativamente; es voluntario; limitado; y es realizado por órganos políticos (en Chile, por la Cámara de Diputados), lo que supone por definición que no es imparcial y técnico<sup>1169</sup>; se realiza por medio de apreciaciones efectuadas sobre bases de doctrinas, ideologías o concepciones filosóficas que conducen a la formulación de juicios de conveniencia, mérito o de oportunidad sobre lo obrado o no por el Gobierno<sup>1170</sup>. Su importancia se encuentra en que a través de él se hace efectiva, en el marco de un Estado Democrático, la cláusula de poderes jurídicos limitados y de separación de poderes, lo que supone un contraste de criterios y una exposición a la crítica pública por parte del Gobierno y la Administración. Por esta razón, se afirma que el control político implica un contraste con varios criterios de actuación y no tiene por finalidad la reprobación, sino que buscan efecto sobre el electorado<sup>1171</sup>.

Si bien estas distinciones son las básicas, en nuestra opinión de un tiempo a esta parte, sobre todo desde la generación orgánica de los procesos de reforma del Estado, las condiciones de eficiencia y eficacia de las competencias públicas han sofisticado el tradicional control interno de la Administración. Sin perjuicio de lo que analizaremos en su oportunidad, hoy el control de gestión, es decir, aquel que realiza el Gobierno y que se encuentra vinculado a la forma en que se lleva a cabo la ejecución de las políticas públicas, considera no sólo aspectos relacionados con la legalidad, que resulta evidente por ser un control intraorgánico, sino que también se extiende a la oportunidad y conveniencia de ellas<sup>1172</sup>. En efecto, el control

---

<sup>1169</sup> ARAGÓN REYES (1995) 82.

<sup>1170</sup> CEA EGAÑA (1993) 10.

<sup>1171</sup> RUBIO LLORENTE (1997) 219.

<sup>1172</sup> Por ejemplo, el artículo 52 de la LOAFE, establece que “[c]orresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos”. “La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

de gestión que hoy es el arquetípico de la autoridad administrativa, si bien considera pautas objetivas previas establecidas en la normas (elemento del control jurídico), el hecho de que se relacione con los resultados esperados de las potestades y políticas públicas, genera que este control no sea imparcial y que sea realizado por sujetos que no tienen independencia de su decisión, pues son esencialmente jerárquicos dentro de las potestades de Gobierno y Administración del Presidente de la República. Lo anterior, no implica un juicio despectivo sobre esta situación, sino que es el diagnóstico de una realidad, sobre todo cuando este control está asociado a los resultados, y tiene efectos sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos, todas cuestiones que analizaremos en su oportunidad.

Una última cuestión nos parece relevante señalar en esta parte. Lo que caracteriza al control, además de los elementos previos, es el resultado o consecuencia. En otros términos, el control genera consecuencia, de hecho es imposible concebirlo sin tal calidad, pero este sólo se extiende a los actos, no a las personas<sup>1173</sup>. Los problemas de conducta serán un problema de responsabilidad, pero no del control como medio de la evaluación de la actividad estatal.

373. PRINCIPIOS DEL CONTROL PÚBLICO. En virtud de estas consideraciones es posible señalar que el control tiene tres principios básicos: generalidad, expansividad y publicidad.

374. GENERALIDAD. Este principio supone que el control tiene un contenido multiplicador en todo el ámbito de actuación del Estado. Todo es susceptible de ser controlado, tanto en la actividad material, jurídica, contable, gestión, etc. Lo que a veces se expresa, son ciertas restricciones, en cuanto a la titularidad de los correspondientes controles.

Esta característica conlleva entonces a que existen diversas figuras tipificadas de control, tales como el control de cuentas, el control de legi-

---

A su vez el artículo 21B de la LOCCGR señala que “[l]a Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

<sup>1173</sup> ARAGÓN REYES (1995) 94, 95.

timidad, el control de mérito o de oportunidad o el control de gestión. La clasificación de las tres primeras toma en cuenta el tipo de norma de juicio de comprobación de la regularidad de funciones; en cambio el último, de gestión, tiene en cuenta el objeto del control.

En síntesis, ningún campo de la actividad administrativa se encuentra exenta de control, pues como la Administración no tiene potestades originarias o propias al margen de la asignación legal, cualquier interés o fin, aún novedoso e imprevisto, que asumiera la Administración, podrá ser reconducido a la Constitución, que afina un inquebrantable principio: la instrumentalidad del poder público<sup>1174</sup>.

375. *EXPANSIVO*. En el régimen chileno, se ha instalado lo que se denomina control expansivo o difuso de la juridicidad de los actos de la Administración. Ello significa que existe un complejo de variadas modalidades de control jurídico atribuidas a distintos organismos y autoridades (por ej. Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Tribunales ordinarios, Tribunal de la Contratación Pública, etc.) dotados de autonomía e independencia para ejercer cada una de sus irrenunciables potestades. De allí resulta, en principio, que cada órgano de control mantiene sus prerrogativas sin interferencia de los demás; o bien, ya que se ejercen en diferentes momentos, dependiendo de si el acto examinado aún se encuentra en estado de gestación, o si se adquirió ese carácter y se introdujo al mundo jurídico (controles preventivos y represivos). Como su objetivo final es la tutela del orden jurídico quebrantado, y en consideración a la unidad de efecto que persiguen (impedir el nacimiento de las decisiones irregulares, si son controles preventivos; dejar sin efecto las que ya han entrado en vigor, si son controles represivos), se darán entre estas modalidades diversas relaciones, ya de concurrencia, ya de exclusión.

En el mismo sentido, es difuso en la media que en el ámbito de la evaluación de fines, resultados, eficiencia y eficacia son posibles de asumir mecanismos de control en un sinnúmero de instrumentos tales como evaluación de programas gubernamentales, indicadores de desempeño, balances de gestión integral, evaluación de proyectos, etc.

---

<sup>1174</sup> PEÑA FREIRE (1997) 285.

376. PUBLICIDAD. Por último, un aspecto central es la publicidad de la actividad de control, que se expande sobre dos aspectos: por un lado, en los objetos sujetos a control; y por el otro, en los resultados del mismo.

Cada una de las cosas que hemos planteado como hemos analizado el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información son aplicables a este principio del control, de modo que nos remitimos a lo analizado en esa parte de este libro. (Ver N°s. 61 y 156).

## II. DESCRIPCIÓN DE LOS TIPOS DE CONTROL

377. LA ADMINISTRACIÓN COMO SUJETO CONTROLADO. De los poderes del Estado, la Administración es el más controlado. Esta gran cantidad de controles a que está sujeta no se observa respecto de los otros poderes del Estado, siendo probable que tal situación sea consecuencia de que, en nuestra opinión, no existe poder estatal de tanta significación cotidiana para los ciudadanos y para el desarrollo institucional del Estado de Derecho. Así por ejemplo, el Poder Legislativo está sujeto al control de constitucionalidad de las leyes que aprueba, al que ejerce el pueblo en las elecciones y al que ejerce el Ejecutivo durante el proceso de tramitación de las leyes. Por su parte, el Poder Judicial tiene el control que ejerce el Parlamento a través del juicio político.

La diferencia entre el Ejecutivo y los otros dos poderes del Estado no radica, pues, en la ausencia de controles en estos dos últimos, sino en la variedad de controles a los que está sujeto<sup>1175</sup>.

La Administración se encuentra sometida a diversos controles, que pueden tener diversas clasificaciones, según sea el criterio que determine el control. Si bien existen múltiples clasificaciones de control, seguiremos las tradicionales señaladas en el Derecho Chileno. En términos esquemáticos podemos observar los siguientes:

---

<sup>1175</sup> En este sentido SANTAMARÍA PASTOR (2004 b) 179.

<i>Tipo de control</i>	<i>Órgano competente</i>
Control político.	Cámara de Diputados (art. 52 N° 1 CPR).
Control de legalidad interno.	Administración activa (art. 24 CPR). Autoridades y Jefaturas (arts. 11 y 12 LOCB-GAE).
Control de legalidad y constitucionalidad externo.	Contraloría General de la República (arts. 98 y 99 CPR). Tribunal Constitucional (art. 93 N°s. 4, 9 y 16 CPR). Tribunales de Justicia (arts. 21 y 38.2. CPR). Tribunal de Contratación Pública (LBCA).
Control de mérito.	Autoridades y jefaturas (arts. 11 y 12 LOCB-GAE).
Control de oportunidad y conveniencia.	Autoridades y jefaturas (arts. 11 y 12 LOCB-GAE).
Control de gestión.	Administración activa (art. 52 LOAFE). Dirección de Presupuestos (art. 23 DFL N° 106 de 1960, modificado por la Ley N° 19.646).
Control contable o financiero de legalidad.	Contraloría General de la República (art. 98).
Control contable o financiero de mérito.	Administración activa (art. 52 LOAFE).
Control de razonabilidad.	Administración activa (arts. 11 y 12 LOCB-GAE). Tribunales de Justicia (art. 20 CPR). Tribunal de Contratación Pública (LBCA). Contraloría General de la República (LOCCGR).
Control ciudadano o popular.	Derecho de acceso a la información pública (LAIP). Participación ciudadana obligatoria (ej., LBMA y LGUC).
Control de protección y garantía de derechos fundamentales.	Tribunales Superiores de Justicia (art. 20 CPR). Contraloría General de la República (arts. 98 y 99 de la CPR).

378. CLASIFICACIÓN DEL CONTROL. Las clasificaciones en derecho regularmente corresponden según los énfasis que los investigadores desean exponer, por lo que en principio se corresponden a lo que en teoría se pretende enfatizar. De antiguo son reconocidas las tipologías expuestas por Loewenstein<sup>1176</sup>, Jellinek<sup>1177</sup>, Aragón<sup>1178</sup>, así como las reseñadas entre nosotros por Silva Cimma<sup>1179</sup>, seguido por Ferrada<sup>1180</sup> y Carmona<sup>1181</sup>.

Así, ocuparemos la clasificación convencional que distingue el control según: el objeto, la oportunidad y el tipo de órgano que lo realiza. De esta manera efectuaremos una visión panorámica, para que en lo que sigue nos reframos a los relevantes en particular.

379. SEGÚN EL OBJETO. Supone identificar la finalidad para la cual se encuentra estructurado el sistema de control.

380. CONTROL DE LEGALIDAD. Por un lado se distingue el *control de legalidad o legitimidad*, que se refiere a la conformidad con la norma del acto controlado, de ahí que sea considerado de carácter objetivo. Este tipo de control se caracteriza porque el derecho lo es todo. La norma jurídica constituye el canon de valoración, los agentes de control, el propio resultado, su procedimiento. Es decir, no es sólo como sucede con el control político en que únicamente el derecho formaliza, institucionaliza jurídicamente los instrumentos a través de los cuales el control se efectúa.

La legalidad controla no sólo las expresiones externas de la Administración, actos administrativos, sino también el procedimiento a través de los cuales los organismos llegan a sus decisiones.

La competencia para realizar el control de legalidad se encuentra al interior de la Administración, en las autoridades y jefaturas (arts. 11 y 12 de la LOCBGAE), aunque considerando la oportunidad y eficiencia,

---

<sup>1176</sup> LOEWENSTEIN (1986) 232.

<sup>1177</sup> JELLINEK (1999).

<sup>1178</sup> ARAGÓN REYES (1995) 82.

<sup>1179</sup> SILVA CIMMA (1994) 41.

<sup>1180</sup> FERRADA BÓRQUEZ (2000).

<sup>1181</sup> CARMONA SANTANDER (2002).

es decir, la condición de eficiencia de la medida; y fuera de ella como en la Contraloría General de la República (art. 98 CPR), los Tribunales de Justicia (art. 38 inciso 2° CPR), el Tribunal Constitucional (art. 93 CPR).

381. CONTROL DE GESTIÓN. Por su parte, el *control de gestión* es una de las modalidades más recientes de control de la Administración. Tiende a verificar y evaluar la forma como los servicios públicos han realizado su actividad, la consonancia de esa actividad con las decisiones, planes y programas preestablecidos, y el cumplimiento o incumplimiento por parte del fiscalizado de los objetivos y metas previamente trazados, especialmente en la inversión de los caudales y bienes puestos al servicio de la Administración.

Se trata de una posibilidad amplia de fiscalización, ya que a través de la gestión del servicio se puede revisar no sólo la legalidad de sus actos, sino lo que a la postre ha de resultar más importante, la eficacia con que el servicio cumplió su cometido.

Este tipo de control se caracteriza por ser de las maneras más modernas de comprender el poder estatal, a través de la figura de la nueva gestión pública o *new public management*. Se caracteriza por ser un control típicamente procedimental ya que implica, por su naturaleza, una metodología abierta, no contradictoria y libre de formas, con posibilidad de apertura a instancias superiores.

El control de gestión es entonces un control sobre la corrección de la ejecución y de las funciones. Se trata de poner en orden todo lo que no es conforme con la regla. Puede conllevar, como se ha expresado, variadas medidas tales como anulaciones; o podrán ser impeditivas, impidiendo que el acto adquiera la eficacia; también hay medidas de carácter sancionatorio, ya al interior o al exterior, respecto de los particulares.

En el sistema nacional el control de gestión –donde se encuentra la eficiencia, eficacia y oportunidad de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado– corresponde, en primer lugar, a la Administración activa, Poder Ejecutivo, como lo dispone el artículo 52 de LOAFE<sup>1182</sup>.

---

<sup>1182</sup> El artículo 52 de la LOAFE señala que:

“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

Este tipo de control, en principio, no lo puede realizar ningún órgano público ajeno a esta Administración, es decir, no pueden realizar control de gestión ni la Contraloría General<sup>1183</sup>, los Tribunales de Justicia o el Parlamento, lo que lo dota en nuestra opinión de un espacio de inmunidad difícilmente compatible con el sistema de distribución de competencias públicas; en segundo lugar, al interior de la Administración corresponde el control de gestión a las autoridades y funcionarios de dichos órganos, como lo disponen los artículos 11 y 12 de la LOCBGAE, lo que supone una manifestación del control interno.

La Ley N° 19.646, de 1999, estableció nuevas atribuciones a la Dirección de Presupuestos, asociadas al control de gestión. En efecto, dicha disposición legal modificó el DFL N° 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda, estableciendo que corresponderá a la Dirección de Presupuestos “requerir, sistematizar y procesar [...], información acerca de los objetivos de gestión, así como la evaluación de programas gubernamentales de los organismos y servicios regidos por el Título II de la Ley N° 18.575, promoviendo la mejor utilización de los recursos” (art. 2º, N° 23). Por su parte le corresponderá, también, “orientar y supervisar la confección de balances anuales de la gestión operativa y económica y del cumplimiento de objetivos y metas, a que se hubieren obligado” (art. 2º, N° 24). Por su parte, la Ley N° 19.896 le entregó atribuciones para realizar la evaluación de programas sociales, fomento productivo y desarrollo institucional incluidos en los presupuestos de los servicios públicos.

Por último, existe la Auditoría Interna de Gobierno, que fue creada mediante Decreto Supremo N° 12, de 1997, como órgano asesor del Presidente de la República. Su objetivo fue desarrollar instrumentos,

---

relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

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

<sup>1183</sup> Este criterio se ve reafirmado por la reciente modificación a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (N° 10.336), al agregar un artículo 21 B, que señala:

“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”.

principalmente de naturaleza financiera y presupuestaria, lo que se tradujo en la formulación de planes sectoriales de auditoría general de gobierno, supervisado por unidades técnicas operativas en cada Ministerio denominados Auditores Ministeriales. Este órgano no debe ni puede interferir las funciones y competencias de la Contraloría (art. 3º, DS 12/97)<sup>1184</sup>, ni tampoco, en nuestra opinión, aquellas que correspondan a la Dirección de Presupuestos<sup>1185</sup>.

382. EN CUANTO A LA OPORTUNIDAD. Considerando el momento en el cual se ejerce el control, éste se puede clasificar en:

383. CONTROL PREVENTIVO. En primer lugar distinguimos al *control preventivo*. Mediante él, es la propia Administración la que está facultada para ejercitar controles previos, ya sea por medio de órganos internos con específicas competencias fiscalizadoras (contralorías internas); u órganos externos a la autoridad emisora, cuya opinión previa es requerida antes de adoptar una determinación.

También el Senado, en los casos en que el Ejecutivo requiere contar con su venia o aprobación para tomar una decisión (por ej., art. 53, N° 5, CPR), ejerce una especie de control anticipado.

---

<sup>1184</sup> La LOCCGR establece en el artículo 21 A que:

“La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Conforme a lo anterior, a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

El Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador.

Sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General, los servicios públicos sujetos a su fiscalización podrán contratar auditorías de sus estados financieros a empresas particulares externas”.

<sup>1185</sup> En este sentido ver MORAGA GUERRERO (2000) 635.

Es de esta misma naturaleza la fiscalización que realiza la Contraloría a través de la toma de razón (art. 98) y el Tribunal Constitucional en los casos que el Presidente de la República no se conforme con la representación del Contralor fundada en la constitucionalidad de un decreto o resolución (art. 93, N° 9 CPR).

Los tribunales de justicia también ejercen una especie de control preventivo, cuando por la vía de medidas cautelares, ordenan en el procedimiento constitucional de protección, la suspensión de la tramitación de un acto administrativo cuando se acredite fehacientemente la amenaza a un derecho constitucional indubitado, o bien durante el proceso licitatorio se da alguna condición de ilegalidad o arbitrariedad, en el marco de las competencias del Tribunal de Contratación Pública<sup>1186</sup>.

384. CONTROLES REPRESIVOS. Por su parte, los *controles represivos*, como su nombre lo indica, operan después de la entrada en vigencia de los actos administrativos. Por tanto, la finalidad de los mecanismos posteriores de control consiste en dejar sin efecto los actos administrativos contrarios a derecho, aunque antes hayan sorteado sin tacha ni reproche alguno los controles preventivos.

Los controles jerárquicos y de supervigilancia que ejerce la misma Administración activa (de oficio o a petición de parte), son formas de fiscalización *a posteriori* que pueden llegar hasta la modificación o invalidación de un acto administrativo si después de su emisión se advierte que adolecía de vicios de ilegalidad originarios.

La Contraloría General, si bien carece de potestades invalidatorias directas, en ejercicio de sus atribuciones dictaminantes (arts. 5°, 6°, 9° y 19 LOCCGR), puede ordenar a la Administración activa que altere o deje sin efecto sus decisiones irregulares.

También pueden ejercer controles posteriores los Tribunales de Justicia, conociendo de acciones jurisdiccionales de rango constitucional (arts. 12, 19 N° 24, 20 y 21 CPR) o simplemente legales (art. 38 inc. 2° CPR; arts. 15

---

<sup>1186</sup> Sobre contenido y extensión de las competencias cautelares de los jueces aplicables también a las impugnaciones de actos administrativos, ver MARÍN (2004).

y 54 LBPA) que se franquean a los afectados por actos administrativos, o contratos administrativos (Tribunal de la Contratación Pública, Ley N° 19.886); el Tribunal Constitucional (en los casos del art. 93, N°s. 12 y 16 de la CPR); la Cámara de Diputados (art. 52, N° 1, CPR).

385. EN CUANTO AL ÓRGANO QUE REALIZA EL CONTROL. Esto es considerando el tipo de sujeto que debe ejercer la potestad de control, ésta se puede clasificar en:

386. CONTROL INTERNO. El *control administrativo es interno* cuando lo realizan los órganos de la propia Administración activa y de la misma rama de donde proviene el acto examinado. En otros términos, es la propia Administración quien investiga, comprueba y, en su caso determina el resultado de la legalidad y la eficacia con que actúan sus propios organismos. Es decir, el control interno es aquel control efectuado por un órgano que forma parte de la Administración controlada<sup>1187</sup>.

Es necesario puntualizar que la obligación que le asiste a la Administración activa de adoptar e implementar mecanismos expeditos y eficaces para resguardar el ordenamiento vigente frente a sus propias decisiones, arranca de la investidura que la Carta Fundamental ha conferido al Presidente de la República (art. 24) como “Jefe” de Estado y de su deber de ejercer el gobierno y la administración del Estado, “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, razón por la cual le compete “guardar (a él) y hacer guardar” (a los demás órganos que forman parte de la Administración del Estado) la plena vigencia y sumisión a los preceptos constitucionales y a las leyes (art. 27, inc. 4°, CPR).

De esta manera, todo órgano emisor de actos administrativos está sujeto siempre a un sistema de “autocontrol”, que ejercerá de oficio o a petición de parte (recurso de reconsideración) y, según sea su posición dentro de la Administración, puede también estar sometido a control jerárquico que

---

<sup>1187</sup> El objetivo de este control será no sólo de legalidad, son también de eficiencia y eficacia, así como finalista de las actividades de la Administración activa. Esta forma de interpretar el control es consecuencia del contenido y redacción de los artículos 52 y 53 de la LOAFE, que encomienda este tipo de control a la Administración activa, y el control externo a la Contraloría, al cual sólo le correspondería un control de legalidad de forma de las actuaciones.

el superior del cual depende dicho órgano emisor realizará por su propia iniciativa o a petición de parte (recurso jerárquico)<sup>1188</sup>.

Sobre el particular, se destaca que la *vía graciosa* o recurso de reconsideración que el interesado puede impetrar para obtener la invalidación o revocación de un acto administrativo se asienta en el “derecho” constitucional de petición. Según la jurisprudencia administrativa, a la autoridad requerida le asiste la “obligación de dar respuesta al reclamante, resolviendo la materia en un plazo prudencial”<sup>1189</sup>. En ese orden de ideas, ha señalado expresamente que “el cumplimiento de ese deber de dar respuesta, exige adoptar, en un plazo prudencial, una determinación frente a lo pedido, que puede consistir en un pronunciamiento que acoja o deniegue lo solicitado, según proceda, o bien en el caso de que la autoridad carezca de competencia, debe limitarse a declarar ese hecho, dándose debido conocimiento de la respuesta al solicitante o a su apoderado”<sup>1190</sup>.

La jurisprudencia judicial ha ratificado dichos criterios, al señalar que al negarse la autoridad pública a pronunciarse ante la solicitud de un afectado que es agraviado por una decisión de un órgano administrativo, “lo coloca en una situación de desigualdad ante el ordenamiento jurídico frente al propio órgano del Estado llamado a resolver [...] ya que impide cualquier reproche legal y logra a su vez que el particular interesado se encuentre en la imposibilidad práctica de conocer si existe o no un mérito para intentar un reclamo legal. Se produce así una desigualdad ante el ordenamiento jurídico que contraviene, perturba o amenaza la garantía contemplada en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución”<sup>1191</sup>. Como lo afirmara nuevamente la jurisprudencia de la Corte Suprema, al no acoger ni rechazar una solicitud, la autoridad deja al afectado “en situación desmembrada para actuar procesalmente y defender con expedición en términos igualitarios sus derechos”<sup>1192</sup>.

---

<sup>1188</sup> Vid. Capítulo IV LBPA.

<sup>1189</sup> Dictámenes N°s. 66.037 de 1960, 70.768 de 1972, 47.045 de 1980, 14.024 de 1981, 26.074 de 1984. En este sentido se pronuncian los artículos 8° y 24 de la LBPA.

<sup>1190</sup> Dictamen N° 951 de 1983. En este sentido se pronuncian los artículos 14 y 41 de la LBPA.

<sup>1191</sup> *RDJ*, T 86, (1989) Sección 5ª, pp. 191 a 197.

<sup>1192</sup> *RDJ*, T 87 (1990), Sección 5ª, pp. 169 a 172; *RDJ*, T 88 (1991), s. 5ª, pp. 193 a 201.

A su vez, el *control jerárquico* opera al interior de la Administración de todas las entidades y servicios que componen la Administración, ya que sus integrantes, los funcionarios públicos, están afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado, debiendo así acatar las órdenes que le dirija el superior (art. 7° LOCBGAE), al que le asiste la potestad de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Esta fiscalización se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (art. 12 LOCBGAE).

A su vez, existen en la legislación una serie de controles internos de carácter previo, o sea, que operan antes de que la respectiva decisión haya sido tomada. Estos son:

(a) Los consejos u órganos colegiados, a los que se les ha atribuido directamente facultades para fiscalizar la actuación de los respectivos Jefes Superiores y de los subordinados de éstos, o con facultades para pronunciarse previamente acerca de los actos que ese jefe Superior proyecta emitir (por ej. Concejos Comunales; Consejo Regional<sup>1193</sup>; direcciones colegiadas de Servicios Públicos por ej., Consejo Nacional de la Cultura y las Artes). Es preciso recordar que de conformidad al artículo 12 de LOCCGR “el Contralor General de la República tendrá derecho de asistir, por sí o por delegado, a las sesiones de los Consejos de las instituciones cuya fiscalización le esté encomendada”.

(b) Las unidades de control interno denominadas Contralorías internas, que son dependencias insertas al interior de las entidades de la Administración que también colaboran en la tarea de fiscalizar el apego a la legalidad financiero-contable que deben resguardar los actos del respectivo servicio. A ellas se refiere el artículo 18 de la LOCCGR al señalar que “los servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República deberán organizar las oficinas de control que determine este Organismo, en los casos y de acuerdo con la naturaleza y modalidades propias de cada entidad. Los contralores, inspectores, auditores o empleados con otras denominaciones que tengan a su cargo estas labores quedarán sujetos a la

---

<sup>1193</sup> FERRADA BÓRQUEZ (2000) 606.

dependencia técnica de la Contraloría General y en caso de que aquellos funcionarios representen actos de sus jefes, éstos no podrán insistir en su tramitación sin que haya previamente un pronunciamiento escrito de ese organismo favorable al acto”.

387. CONTROL EXTERNO. Se entiende por control externo aquel cuyo examen, juicio, y en su caso exigencia de responsabilidades sobre la actividad administrativa, es realizada por un órgano ajeno a la Administración pública (activa), especializado en algún aspecto en relación a dicha actividad, pero ante todo, independiente del Poder Ejecutivo (que es el principal sometido a este control).

En el sistema chileno se distinguen, aunque sin que dicha distinción esté exenta de críticas, tres tipos del control externo: el Político, el de los Tribunales y el de la Contraloría.

En efecto, en primer lugar es obvio que si la actividad unilateral de la Administración debe supeditarse a la legalidad, al legislador le está reservado un lugar dentro del sistema constitucional de control sobre actos administrativos. Ahora bien, la norma general es que las atribuciones de fiscalización que incumban al Parlamento operan después que las determinaciones del Ejecutivo han sido adoptadas por éste, configurando, por ende, típicas modalidades de control *a posteriori*. Tal cosa ocurre con la facultad de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos de Gobierno (art. 52, N° 1, CPR) o de modo indirecto, a través de los conflictos constitucionales planteados ante el Tribunal Constitucional (art. 93, N° 16, CPR).

La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados es exclusiva, en orden a que excluye cualquiera atribución semejante que pudiere suponerse al Senado, pero sin que ello comporte privar de las potestades contraloras que se ha asignado a otros organismos.

La actividad controlada abarca todo el ámbito del Gobierno y la Administración, entregada al Presidente de la República y a los entes comprendidos en los sectores centralizados y descentralizados a través de los cuales el Estado cumple sus funciones, según veremos.

La función fiscalizadora es de la Cámara de Diputados como “órgano”, en sentido que no requiere el concurso de otro sujeto para su ejercicio. Para

ejercer la función, este órgano plural, debe hacerlo en la forma prevista por la Constitución, según las modalidades que adopte. De allí entonces, que la función fiscalizadora de los actos de gobierno no puede ser ejercida por los diputados en forma individual, ya que tal facultad compete exclusivamente a la Cámara de Diputados como órgano constitucional, según veremos en detalle más adelante.

Por otro lado, y como tendremos ocasión de analizar con más detención, la Constitución asigna a un órgano autónomo, Contraloría General de la República, la misión fundamental de ejercer el control de la legalidad de los “actos de la Administración”. Una de las modalidades de fiscalización que realiza la CGR se expresa en el trámite de “toma de razón”, etapa en la cual se verifica si el acto se ajusta a la Constitución y la ley; otra es la de fiscalizar la inversión de los fondos del Fisco; la de examinar y juzgar las cuentas; así como la de llevar la contabilidad general de la nación.

Por último, todas las determinaciones que tome la Administración *son revisables en sede judicial* y en todos sus aspectos (control de la competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, etc.), ya que la misma Constitución ha tenido que consagrar una única excepción muy limitada<sup>1194</sup>.

En la actualidad, sin perjuicio de lo que se dirá en otra parte de este libro, hay un sistema de control judicial en que cabe distinguir tres situaciones: asuntos en que los tribunales ordinarios son competentes por texto expreso, p. e. la reclamación por el acto expropiatorio; asuntos en que son competentes tribunales especiales por mandato expreso de ley, p. e. el Tribunal de Cuentas; asuntos en que son competentes los tribunales ordinarios por mandato constitucional producto de la reforma de 1989, aquí cabe la acción reparatoria a que se refiere el art. 38 de la Constitución y la anulatoria que se configura por los arts. 7º y, 19 Nº 3.

388. CONTROL SOCIAL O CIUDADANO. Entendemos por control social aquél que la sociedad efectúa sobre el ejercicio del poder. La diferencia con el

---

<sup>1194</sup> El artículo 45 de la CPR señala que durante los estados de excepción constitucional “[l]os tribunales no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias invocadas por la autoridad para decretar” alguna de las medidas que permiten dichos estados de excepción.

control externo y el control político reside en el hecho de que el derecho juega, en este último, un papel mucho menos intenso<sup>1195</sup>. En el control social los medios de control no están completamente contemplados puesto que es un control no institucionalizado. Al no existir una regulación normativa de los mecanismos mediante los cuales pueda ejercerse el control social, estos operan de forma difusa. Sin embargo, el papel del derecho en relación al control social consiste en su previsión y la garantía de su ejercicio. En otras palabras, el control social debe estar previsto por los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas, reconociendo y protegiendo su ejercicio, toda vez que sólo en una sociedad de personas libres puede haber control social del poder<sup>1196</sup>. El control social del poder en el Estado Democrático Constitucional, como ejercicio del derecho a la libertad de los ciudadanos, debe estar protegido y garantizado por los poderes públicos.

Si bien el control institucionalmente ejercido sobre el poder es uno de los elementos esenciales del Estado constitucional y, por lo tanto, del fundamento jurídico sobre el cual se apoya la condición de personas libres<sup>1197</sup>, el control de la acción del Gobierno no se lleva sólo a cabo mediante entes u órganos institucionalizados, constitucionalmente habilitados para ejercer funciones de fiscalización política. No se puede olvidar la fiscalización política que corresponde a los ciudadanos, representada a través del cuerpo electoral, en relación a la toma de decisiones, tanto del Poder Ejecutivo como Legislativo, que le afectan directamente.

Tampoco podemos olvidar las tensiones históricamente existentes entre el Parlamento, como órgano representativo, y los representados, cuya voluntad debe ser respetada. La polémica no es nueva: la democracia representativa comporta, según Rousseau, un importante riesgo, puesto que convierte a los representantes del pueblo soberano en los soberanos representantes del pueblo, y eso comporta la falsificación y deslegitimación de la esencia y naturaleza de la institución parlamentaria. El poder que se entrega al gobernante, mediante un proceso electoral, se convierte siempre en un poder real cuyo control se hace prácticamente inviable. Es por este motivo que todos los intentos, proyectos e instituciones que se

---

<sup>1195</sup> ARAGÓN REYES (1995) 38.

<sup>1196</sup> ARAGÓN REYES (1995) 38.

<sup>1197</sup> ZOETHOUR-VAN DER TANG-AKKERMANS (1993); ARAGÓN REYES (1995).

dieron en la historia (éforos, tribunos, censores, síndicos, etc.) para controlar el poder efectivo, resultaron siempre fallidos<sup>1198</sup>. Esto significa, según la lógica rousseauiana, que la única forma de controlar al representante por parte del representado no puede ser otra que la de no efectuar por éste una delegación definitiva de soberanía<sup>1199</sup>. Sin embargo, resulta difícil defender el mandato imperativo, puesto que esto desvirtúa el sentido de la institución parlamentaria.

La tensión dialéctica entre la legitimación de la representación y la necesidad de conservar el Parlamento ha sido resuelto, en sentido de considerar que la legitimidad de origen del Parlamento se ha hecho indiscutible con una representación creada a través de los mecanismos de sufragio universal. Por ello la legitimidad de ejercicio tendrá que asegurarse, no a través del mandato imperativo<sup>1200</sup>, sino mediante la opinión pública.

A diferencia de lo que sucedía en el siglo XIX, en el que los Parlamentos se insertaban en la estructura de la sociedad burguesa, obteniendo así su legitimidad, la única forma correcta de planear hoy la legitimidad<sup>1201</sup>, según la formulación señalada, es la que deriva de la idea de representación: “la opinión pública no concede legitimidad de origen a la institución parlamentaria. Lo que hace es actuar como mecanismo de control de su legitimidad de ejercicio”<sup>1202</sup>.

Es, de este modo, el pueblo, organizado mediante el cuerpo electoral, a quien le corresponde ejercer en última instancia el control político, mediante la celebración de elecciones<sup>1203</sup>. El electorado adquiere así, la categoría

---

<sup>1198</sup> DE VEGA (1995) 238.

<sup>1199</sup> DE VEGA (1995) 238.

<sup>1200</sup> Esta era la línea rousseauiana, que defendía los principios de la democracia directa.

<sup>1201</sup> DE VEGA (1995) 239

<sup>1202</sup> Según el propio DE VEGA (1995), la tensión entre opinión pública y representación pasará a ser la interrogante más grave de la vida política del presente, precisamente por afirmarse el valor de la opinión pública como mecanismo de control de la legitimidad democrática. Aquí aparecerá el problema de la validez de la opinión pública y su carácter general, advertido por HABERMAS.

<sup>1203</sup> En la explicación tradicional de LOEWENSTEIN (1986) 326, la Democracia Constitucional es un sistema político bajo el que la totalidad del pueblo, organizado como electorado y movilizado para la acción política por los partidos, participa libremente en el proceso del poder.

de detentador del poder, ejerciendo un control final sobre el Gobierno y el Parlamento. Y es en esta fiscalización final del ejercicio del poder donde habrá de tenerse en consideración la influencia que, en la formación de la opinión de los ciudadanos, tienen los medios de comunicación en una democracia de masas<sup>1204</sup>.

La relación entre los Parlamentos (o instituciones representativas) y los medios de comunicación, en cuanto instrumentos de interpretación de la opinión pública, se debe eminentemente a la confluencia de tres circunstancias<sup>1205</sup>: la imposición del Estado constitucional representativo como forma de organización del poder político a finales del siglo XVI y a lo largo del XVIII en Inglaterra y desde finales del XVIII en Estados Unidos y el continente europeo; a la formación de una opinión pública correlativa a la existencia del Estado representativo a la que la dirección de este último debe responder; y al desarrollo de unos medios de comunicación a través de los cuales la opinión pública de la sociedad se expresa y se crea simultáneamente<sup>1206</sup>.

Por ello, toda definición de democracia lleva implícita la necesidad de correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la acción de los poderes públicos<sup>1207</sup>. La toma de decisión y la ejecución de las políticas públicas por parte de los órganos de la Administración, deben enmarcarse bajo el control de los ciudadanos, y este control puede adoptar distintas modalidades e intensidades; según quien lo ejerza, en función de los instrumentos que utilice, del momento procesal en el que el control se efectúe, de la finalidad pretendida con el control concreto, etc. En este sentido, el control de Gobierno que efectúen los ciudadanos y que se articula en prácticamente todos los sistemas democráticos a través de distintos procesos participativos, tiene que instrumentarse a través de métodos o sistemas de

---

<sup>1204</sup> MARTÍNEZ ELIPE (2000) 66. Tampoco cabe olvidar la gran influencia que ejerce, tanto positiva como negativamente, la opinión pública, en la actuación política de los detentadores del poder.

<sup>1205</sup> PÉREZ ROYO (1995) 19.

<sup>1206</sup> Sobre el derecho a recibir información y su garantía estatal, ver VILLAVARDE MENÉNDEZ (1995).

<sup>1207</sup> FREIXES SANJUÁN (1998) 443.

control que aseguren real y eficazmente la correspondencia entre la voluntad expresada por los ciudadanos y la acción de los órganos de gobierno. Y ahí aparece el protagonismo que ha ido adquiriendo la opinión pública como instrumento de decisión política: la opinión pública puede llegar a ser un condicionante de múltiples aspectos de la vida política y, sobre todo, del proceso de toma de decisión<sup>1208</sup>.

En este contexto se encuentra el derecho que tienen los ciudadanos para solicitar acceso a la información pública, pudiendo incluso exigir tutela en la protección de ese derecho como lo hemos visto (ver N° 61).

Otra manifestación del control ciudadano, son los procesos obligatorios de participación ciudadana en la elaboración de los actos de la administración.

Así, por ejemplo, la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente establece que las personas podrán imponerse del contenido del “estudio de impacto ambiental y del tenor de los documentos acompañados” (art. 28). Dichas personas podrán “formular observaciones al Estudio de impacto ambiental”. Frente a estas opiniones el Estado tiene como obligación “ponderar las referidas observaciones, debiendo notificarlas a quienes las hubieren formulado”, éstas deberán ser debidamente ponderadas “en la resolución calificatoria del proyecto”. Si éstas no fueren ponderadas debidamente, las personas que las hubieren formulado se encuentran legitimadas para “presentar un recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que hubiere dictado”(art. 29).

Por su parte, la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone que es obligación de los Municipios, respecto de los Planes Reguladores Comunes, exponer públicamente el proyecto de plan para que los interesados formulen sus observaciones por escrito, debiendo ponderarlas debidamente (art. 43).

---

<sup>1208</sup> El problema es según FREIXES (1998), como ya anunciábamos antes analizando a HABERMAS, el de saber si lo que se expresa a través de lo que sociológicamente se denomina opinión pública, se corresponde con la voluntad de los ciudadanos. Sin embargo, un análisis de estas características superaría la intención de este trabajo.

### III. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO DE CONTROL

389. EL ORIGEN DE LA CONTRALORÍA. La Contraloría General de la República es un órgano Administrativo (art. 1° LOCBGAE), de rango constitucional (arts. 98 y 99 de la CPR), que constituye el órgano de control administrativo por excelencia en el sistema constitucional chileno. Su origen complejo está vinculado a los orígenes del control de cuentas en el inicio de la República.

En efecto, el Tribunal mayor de Cuentas, que constituye un antecedente directo de la Contraloría, data del año 1820. En efecto, en virtud de un Senado Consulto, dictado por O'Higgins, el 8 de junio de 1820, se creó el Tribunal mayor de Cuentas, organismo investido de amplias facultades en materia de hacienda. El Tribunal mayor de Cuentas sólo duró hasta el año 1828, en que fue suprimido por una ley del 7 de diciembre de ese año, y reemplazado por tres órganos diferentes: una Comisión de Rezagos, una Inspección de Cuentas y una Mesa de Residencia.

Los organismos antes mencionados fueron, posteriormente, reemplazados por la Contaduría mayor y el Tribunal Superior de Cuentas, creados en virtud de una Ordenanza dictada por el Presidente Joaquín Prieto y su Ministro don Joaquín Tocornal, en el año 1839. Tenía facultades para “tomar razón de las leyes, decretos, reglamentos, presupuestos de gastos y resoluciones administrativas que comprometieran fondos públicos”. En el evento que esos decretos no estuvieran de acuerdo con las normas jurídicas vigentes, el Contador mayor debería representarlos al Ejecutivo, el cual podía, no obstante esta representación, ordenar que se tramitaran, debiendo así hacerlo la Contaduría, pero dando cuenta de ello al Congreso. Igualmente, esta oficina estaba facultada para emitir los informes que le solicitaran los Ministerios o los Tribunales de Justicia. El Contador mayor era juez de cuentas de primera instancia y fallaba los juicios de cuentas. En el evento de que el funcionario que rendía las cuentas fuera condenado por el Contador mayor, podía recurrir de apelación ante el Tribunal mayor de Cuentas.

En el año 1875 se produjo la reorganización de las oficinas de Hacienda, creándose, de esta forma, la Corte de Cuentas. Estaba constituida por un Presidente, tres vocales y un Fiscal. La Corte de Cuentas, al igual que

la Contaduría mayor, “tomaba razón de todo decreto de pago con cargo a gastos fijos o variables y de las sentencias absolutorias o condenatorias que en materia de hacienda expedían los Tribunales de Justicia”. Si los decretos respectivos no se ajustaban a la ley, la Corte debía presentarlos al Presidente de la República, pero éste podía insistir en su tramitación, caso en el cual la Corte estaba obligada a darles curso, dando cuenta a la Cámara de Diputados.

El 20 de enero de 1888 se dictó una ley creando el Tribunal de Cuentas en reemplazo de la Corte de Cuentas del año 1875. Sus funciones fueron sustancialmente las mismas de la anterior Corte de Cuentas. En cuanto a su composición estaba formada por su Presidente, tres Ministros, un Fiscal y un Relator Secretario.

Sobre la base del proyecto elaborado por la Misión Kemmerer<sup>1209</sup> se dictó el DFL N° 400 bis de 26 de marzo de 1927, del Ministerio de Hacienda, que creó la Contraloría General de la República. Su estructura definitiva fue señalada en forma casi igual a la actual por el DFL N° 258 de 26 de junio de 1932, y por el Decreto Orgánico N° 935, de 30 de abril de 1933.

Por esta razón se afirma que estas circunstancias le dieron su originalidad, única en el mundo de los organismos de control externo de la Administración pública: la facultad de pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos y hacer vitalicio el cargo de

---

<sup>1209</sup> 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 a que dio origen, fue el 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 FERNANDOIS (2005) 96-101.

Contralor general. Su creación representa una de las concreciones que ha adquirido el principio de legalidad que informa todo nuestro sistema jurídico y que de una manera tan admirable como suscita recoge el artículo 7º, inciso 2º<sup>1210</sup>.

390. ES UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL. Se afirma que los órganos de control externo han adquirido históricamente una gran importancia y protagonismo en los sistemas democráticos, en la medida que su razón de ser lleva intrínsecamente relacionada una función de equilibrio entre los distintos poderes del Estado. En nuestra opinión, la función fiscalizadora que desempeña la Contraloría en cuanto órgano de control externo permite garantizar un equilibrio entre los diferentes poderes públicos, siendo su existencia clave para explicar la correlación de fuerzas en nuestro Estado Democrático.

De ahí, entonces, que el carácter de órgano constitucional es fundamental para la existencia de la CGR. En efecto, se encuentra regulada en los artículos 98 y 99 de la CPR, y por mandato de ella misma en una LOC. El carácter constitucional lo tiene como consecuencia de la ley de reforma constitucional N° 7.727, del año 1943. La Constitución de 1980 se diferencia en forma importante de la de 1925 en esta materia, pues otorga un capítulo aparte a la Contraloría; la del 25 sólo le concedía un artículo.

Este reconocimiento supone que la CGR es un órgano constitucional y no uno constitucionalmente relevante<sup>1211</sup>. En efecto, en tal calidad es la Carta Fundamental la que no sólo la denomina, sino que establece el núcleo de sus competencias públicas, que por ese hecho se transforman en únicas, exclusivas y excluyentes<sup>1212</sup>.

391. ES UNA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL. El artículo 98 de la CPR señala que “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá [...]”.

---

<sup>1210</sup> PANTOJA BAUZÁ (1994) 203, 204.

<sup>1211</sup> Distinción que comenzó con JELINEK (1999); en el mismo sentido GARCÍA PELAYO (1981) 11.

<sup>1212</sup> Efecto de esta concepción es el debate que se encuentra detrás de la contienda de competencia entre la CGR y los tribunales superiores de justicia, sobre el control judicial de la toma de razón como competencia constitucional, que se analizará más adelante.

De la precitada disposición se evidencia, que la CGR queda comprendida dentro de la denominada categoría de órganos constitucionalmente autónomos. Estos son organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones.

Son organismos que están al margen de los vínculos jurídicos-administrativos, pues escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles. Son, en definitiva, organismos acentralizados<sup>1213</sup>.

Como señala el Tribunal Constitucional<sup>1214</sup>, citando al profesor Manuel Daniel Argandoña, en relación a la autonomía “suele haber imprecisiones derivadas de su significado etimológico y semántico. En verdad, ‘autonomía’ significa el poder de darse su propia ley o norma, poder que, aplicado a un órgano administrativo, puede resultar equívoco, puesto que la administración está subordinada a la ley y sus órganos sólo pueden estar regidos por las normas que sean o deriven de la ley. Como la competencia que se radica en los órganos o servicios descentralizados es para administrar determinados intereses sin la jerarquía del Poder Central, sería más bien una situación de ‘autarquía’ la de estos entes: autarquía significa la atribución de administrar por sí mismo”. Agrega, también, que la autonomía no consiste tanto en la potestad reglamentaria del órgano autónomo, “cuanto en la facultad de realizar su cometido administrativo sin sujeción a la jerarquía del poder central”<sup>1215</sup>. “Que, también el profesor Enrique Silva Cimma en su obra ‘Derecho Administrativo Chileno y Comparado’, dice, refiriéndose a la autonomía de ciertos órganos del Estado: ‘De allí es que, tratándose de los entes o servicios autónomos que el legislador crea para satisfacer una función pública determinada, el principio de la jerarquía administrativa desaparece en relación al Supremo Administrador del Estado, y aquellas actividades pasan a desarrollarse con independencia más o menos amplia,

---

<sup>1213</sup> PANTOJA BAUZÁ (1998) 311-313.

<sup>1214</sup> STC Rol N° 78, C. 17 a 19; Rol N° 216, C. 6 a 8.

<sup>1215</sup> STC Rol N° 216, C 7.

según sea el ámbito espacial y legal de esa autonomía. Naturalmente que, siendo doctrinariamente esta denominación de índole general, pueden quedar comprendidas dentro de ella las instituciones personificadas de la más diversa índole. En otras palabras, hablamos de ‘entes autónomos’ en oposición a ‘servicios dependientes de la Administración Central’; y es por eso que podrán ubicarse dentro de aquella terminología tanto los servicios que se denominan establecimientos públicos, como los que en Chile son llamados servicios o instituciones fiscales, semifiscales y empresas del Estado. Y todos ellos son órganos de administración autónoma, porque con más o menos extensión disponen de atribuciones administrativas que han de ejercer con independencia del Poder Central y sin quedar –insistimos– subordinados a él”<sup>1216</sup>.

La CGR, entonces, es un organismo constitucionalmente autónomo, con lo cual se inserta en el mundo administrativo como organismo acentralizado, sometido sólo a la Constitución y a la ley.

Sin embargo, la circunstancia que determinados organismos de la Administración sean autónomos, no significa que quedan al margen de la ley. La autonomía sólo tiene como efecto desvincular al órgano de un centro de decisiones que condicione, dirija o planifique las funciones.

Por tanto, al ser autónoma, se encuentra sometida a la Constitución y a la ley. Es decir, el hecho que este organismo sea autónomo, no significa que tenga un poder de autorregulación equivalente al legislador. El legislador es el que condiciona, dirige o planifica la actividad de dicho organismo<sup>1217</sup>.

En síntesis, la CGR tiene autonomía orgánica y funcional. Desde la perspectiva orgánica, significa que no recibe instrucciones ni está sujeta a la dependencia jerárquica de otros órganos constitucionales. Las otras autoridades no tienen otra intervención en ella que no sea la designación del Contralor General. Este es nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Desde la perspectiva funcional, significa que le corresponden una competencia y una función pública privativa, definida

---

<sup>1216</sup> STC Rol N° 216, C. 8.

<sup>1217</sup> CORDERO VEGA (2001) 6.

por la Constitución y su LOC y que ejerce con independencia de los otros órganos del Estado. Esta función es eminentemente fiscalizadora<sup>1218</sup>.

En consecuencia, la Contraloría, según su autonomía constitucional, no puede ver afectadas sus atribuciones ni menos que éstas se supediten al control de otras entidades o poderes del Estado, pues lo contrario significaría que ésta sería una mera instancia de resolución, cuyo manejo y control estaría supeditado a otros órganos públicos<sup>1219</sup>.

392. LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA CON LA CORTE SUPREMA. Sin embargo, en torno quizá a la competencia más relevante reconocida en la Constitución al ente contralor como es la toma de razón, es cuando se ha puesto en examen el carácter autónomo de sus competencias. Estas son las contiendas de competencias que durante la década de los 90 el Senado resolvió frente a los tribunales superiores de justicia.

En ocho oportunidades, desde 1993 en adelante, la Contraloría General de la República ha planteado una contienda de competencia ante el Senado respecto de recursos de protección interpuestos contra la toma de razón efectuada por ella o contra la abstención de dicho acto. Éstas evidenciaron dos formas de enfrentar los medios de control de la Administración, la institucional y la judicial<sup>1220</sup>.

En síntesis, la CGR ha sostenido que la toma de razón no es posible que sea impugnada mediante el recurso de protección<sup>1221</sup>, pues su propósito es precisamente resguardar la legalidad. La Contraloría es un organismo autónomo, lo que significa que la Constitución le garantiza la más absoluta independencia respecto de los demás órganos del Estado, de manera que el Contralor al ejercer la función de toma de razón, en la medida que lo haga en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber constitucional que le impone la Constitución de efectuar el control de legalidad de los actos de la Ad-

---

<sup>1218</sup> CARMONA SANTANDER (2002) 4.

<sup>1219</sup> Dictamen N° 39.570 de 2000.

<sup>1220</sup> *Vid.* OLGUÍN RICHTER (2002); ALDUNATE LIZANA (1999) 225; FERNÁNDEZ (1996) 47; RÍOS ÁLVAREZ (1994) 7.

<sup>1221</sup> *Vid.* ITURRIAGA (1993) 63.

ministración. Tal como lo demuestra la historia fidedigna de la CPR, uno de los límites del recurso de protección es que no pueda desordenar las competencias de los diversos órganos, pues implicaría alterar la reglas de competencia constitucional, lo que implica que una Corte de Apelaciones no puede entrar al fondo de la decisión de toma de razón, lo que bajo ningún evento genera indefensión de los afectados.

En cambio, los tribunales han sostenido que no existe tal contienda, porque<sup>1222</sup> la toma de razón no es un acto jurisdiccional. Este es un acto administrativo previo, indispensable para la validez del acto administrativo que se revisa, como tal no conlleva ni puede conllevar el ejercicio de jurisdicción, lo que significa que las Cortes de Apelaciones, por su parte, no pueden abstenerse de conocer de un recurso de protección válidamente interpuesto, como consecuencia del principio de la inexcusabilidad. No es razonable confundir la toma de razón con sus consecuencias: una cosa es la potestad administrativa, privativa y excluyente que el Contralor General tiene sobre el trámite de toma de razón; otras son las consecuencias del ejercicio de dicha facultad; lo que supone que la autonomía constitucional de que goza la CGR no puede ser invocada como argumento para eximir del control jurisdiccional la toma de razón, pues el rol de los tribunales es distinto al de la CGR, en el sentido de que a éstos les corresponde esencialmente la tutela de derechos de las personas, de manera que invocar la improcedencia del recurso de protección para impugnar la toma de razón, es dejar en la indefensión a los ciudadanos.

En todas las oportunidades en que al Senado le ha tocado resolver las contiendas planteadas por la Contraloría General de la República ha resuelto a favor de este organismo. Ha señalado que el Contralor, en la medida que ejerce el control de legalidad en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber fundamental que le imponen los artículos 98 y 99 de la Carta Fundamental. Aceptar la impugnación de la toma de razón mediante un recurso de protección importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de su función

---

<sup>1222</sup> Vid. LIBEDINSKY TSCHORNE, M., "Opinión de la Corte Suprema sobre contienda de competencia", *RDUFT*, Año I, N° 1, 1993, pp. 75 y ss.

privativa. De este modo, la única posibilidad de interponer un recurso de protección contra la Contraloría por el ejercicio de la toma de razón, es que éste se funde en que la Contraloría ejerce dicha facultad fuera de los casos previstos y en forma inoportuna.

393. EN PRINCIPIO SE ENCUENTRA SUJETA A SU CONTROL LA TOTALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INCLUSO LOS PRIVADOS. De conformidad a la CPR, la CGR ejerce el control de legalidad sobre los “actos de la Administración”, fiscaliza el ingreso y la inversión de los “fondos del fisco, las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes”; examina y juzga las cuentas “de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades”.

De este modo, resulta evidente que la Carta Fundamental tiene vocación de universalidad para el control de la Administración<sup>1223</sup>, en otros términos para el complejo orgánico de carácter técnico y profesional que ejerce la función administrativa, incluidos los municipios (art. 38)<sup>1224</sup>.

Sin embargo, el legislador sistemáticamente durante muchos años ha ido excluyendo órganos administrativos del control de la Contraloría, lo que para algunos es de dudosa constitucionalidad<sup>1225</sup>.

En efecto, el artículo 16 de la LOCCGR establece que “[l]os servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y en general todos los servicios públicos creados por la ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República [...]”. A continuación el inciso segundo señala que “[t]ambién quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus

---

<sup>1223</sup> Ver en este sentido SILVA BASCUÑÁN (2003) 186; VARGAS POBLETE (2000).

<sup>1224</sup> Sobre el control pleno de la CGR ver STC Roles N°s. 92 y 178.

<sup>1225</sup> AYLWIN (2001) 603.

Sobre la huida del control público ver SILVA CIMMA (2000) 180.

operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

En relación a los órganos y servicios, por ejemplo, el artículo 53 de la LOCM excluye a los municipios del trámite de toma de razón; en el mismo sentido, y amparado en su carácter constitucional, no se encuentran sujetos a su control ni el Banco Central y tampoco el Ministerio Público.

En el caso de las Empresas del Estado, como consecuencia de la interpretación del contenido y redacción del artículo 19, N° 21 de la CPR, en el sentido de que el Estado empresario debe someterse a las normas del “derecho común”, el legislador las desprendió del control público por parte de la CGR<sup>1226</sup>. Por ejemplo, el artículo 14 del DL N° 2.758, de 1979, sobre negociación colectiva, permitió que el Presidente de la República, por la vía de un DFL modificara “el régimen jurídico de las empresas del Estado, con el objeto de que puedan someterse a las disposiciones” de dicha ley. Específicamente permitió “derogar normas limitativas de remuneraciones”, “establecer el régimen laboral a que éste quedará sujeto”. Por otra parte, el artículo 20 del DL N° 2.950, del mismo año, señaló que en las empresas a las que se aplicaba el anterior DL “las normas jurídicas que rigen las relaciones laborales de dichas empresas y sus trabajadores quedarán sujetos al criterio formal aplicable al sector privado en lo concerniente a la interpretación, fiscalización y control de su cumplimiento. *Para estos efectos no serán considerados servicios públicos*”, lo cual ha impedido la fiscalización adecuada de las remuneraciones de las Empresas del Estado.

En el mismo sentido se expresó la Ley N° 19.132, de 1992, que estableció a Televisión Nacional como “persona jurídica de derecho público”, “empresa autónoma del Estado” (art. 1°), siendo aplicables las normas

---

<sup>1226</sup> En las discusiones de la Ley N° 19.170, de 1992, que modificó las reglas de la Empresa de Ferrocarriles del Estado se sinceró este objetivo. En efecto, se sostuvo que asimilar las empresas del Estado al régimen privado busca equiparar “para que pueda competir en igualdad de condiciones sin beneficios adicionales, pero tampoco con otros gravámenes, en el sector privado”. “Sin duda un ente como la Contraloría no podría efectuar auditorías a una empresa privada que desarrolla una actividad productiva, pues ello sería absolutamente paralizante”. Intervenciones de los H. Senadores Otero y Zaldívar (Andrés), *Diario de sesiones del Senado*, sesión 61, 20 de mayo de 1992.

de la precitada ley “y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen las sociedades anónimas abiertas” (art. 35). Por esta razón la empresa queda “sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros [...]” (art. 33), quedando afecta al control de la CGR en “los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima privada abierta” (art. 34). Similar criterio aplicó a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, mediante la Ley N° 19.170, de 1992 (arts. 38 y 40).

No obstante lo anterior, la CGR puede excepcionalmente fiscalizar órganos completamente privados, siempre y cuando se dé una condición: sean receptoras de fondos públicos, de lo contrario existe incompetencia<sup>1227</sup>. En efecto, el artículo 25 de la LOCCGR señala que la CGR puede fiscalizar “la correcta inversión de los fondos fiscales que cualquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”. Con el objeto de permitir una mejor fiscalización se dictó la Ley N° 19.862, de 2003, por medio de la cual se establece un registro de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, imponiendo como obligación, entre otras, la inclusión en dicho registro del “resultado de los controles efectuados por la Contraloría” (art. 4°).

394. NO PUEDE INTERVENIR EN ASUNTOS DE CARÁCTER LITIGIOSO. De acuerdo a lo previsto en la Ley N° 10.336, artículo 6°, inciso tercero, la CGR no puede intervenir ni informar en asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, disposición que tiene por objeto evitar que este Organismo de Control entre a dictaminar acerca de materias entregadas al conocimiento del Poder Judicial, a fin de garantizar la no intervención en el ejercicio de las atribuciones que, privativamente, le corresponden a ese Poder del Estado.

La jurisprudencia administrativa ha concluido que este principio es válido tanto tratándose de juicios pendientes como, con mayor razón, res-

---

<sup>1227</sup> Vid. Dictamen N° 28.972 de 1998.

pecto de aquellos en que ya se dictó fallo en cuanto al fondo del problema jurídico sometido a conocimiento. En consecuencia, existiendo ya un pronunciamiento de un Tribunal de Justicia sobre el mismo asunto planteado por el peticionario, la CGR debe abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la materia<sup>1228</sup>.

Sin embargo, una vez pronunciado un dictamen éste se debe aplicar, sin perjuicio de las acciones judiciales que contra él se ejerzan. En otros términos, la acción judicial contra un pronunciamiento de Contraloría o como consecuencia de él no lo transforma en litigioso para efectos del artículo 6º, pues la CGR ya se pronunció, por lo cual sólo cabe aplicarlo<sup>1229</sup>. Es más, no puede ejercer un órgano administrativo una acción judicial en contra de un dictamen para transformarlo en litigioso y por esa vía suspender sus efectos “porque la aplicación de ese criterio, puede afectar las facultades que constitucional y legalmente le asisten, y avalaría el incumplimiento de los dictámenes por servicios sometidos a su fiscalización”<sup>1230</sup>. En este sentido, “no puede aceptarse el uso por los municipios de cualquier vía jurisdiccional como mecanismo destinado a solucionar diferencias de opinión respecto de la interpretación de las normas administrativas efectuada por Contraloría en ejercicio de sus facultades, mediante la emisión de dictámenes obligatorios para dichos servicios, sin desmedro que puedan solicitar la reconsideración de los mismos, forma normal de revisión de las decisiones de esta entidad, pues de admitirse que cada vez que un alcalde no esté conforme con lo resuelto por Contraloría, pueda impugnar el acto por vía judicial, menoscabaría las facultades que, en cuanto organismo superior de control de la Administración, le confiere el ordenamiento jurídico institucional y coloca al servicio fiscalizado en una situación de rebeldía

---

<sup>1228</sup> Dictamen N° 17.116 de 2005. En el mismo sentido Dictámenes N°s. 5.485 de 1994 y 28.455 de 1996.

<sup>1229</sup> Señala la jurisprudencia que “la interposición de acciones judiciales por parte de los servicios públicos fiscalizados por Contraloría, no inhibe a este organismo fiscalizador para ejercer las facultades que el ordenamiento constitucional y legal le confieren. Por tanto, la Universidad debe, pese haber iniciado juicio respecto de la situación de ex académico, dar cumplimiento a los dictámenes emitidos con anterioridad por Contraloría, en ejercicio de sus atribuciones”. Dictamen N° 11.752 de 2003.

<sup>1230</sup> Dictamen N° 39.570 de 2000. En este sentido Dictámenes N°s. 32.981 de 1999, 49.449 de 1999, 138 de 1998.

e incumplimiento de una obligación que le impone aquél, pues cuando se deja de cumplir un dictamen lo que se incumple es la norma interpretada legítimamente, dado que un dictamen es la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a Contraloría a quien la Constitución y la ley encargan ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración y, entre otras la facultad para emitir tales pronunciamientos en derecho, los que son obligatorios tanto para la autoridad del servicio como para sus funcionarios afectados y encargados del cumplimiento<sup>1231</sup>.

Concordante con lo anterior, la CGR no se puede pronunciar sobre el cumplimiento de cláusulas contractuales establecidas en un contrato público y que se refieren a los comportamientos de la Administración, aunque sea aprobada por un acto administrativo, pues constituirían hechos de carácter litigioso que sólo serían competencias de los tribunales ordinarios y no del órgano contralor<sup>1232</sup>.

En otras circunstancias, para la jurisprudencia administrativa si un órgano estatal y el afectado tienen versiones diferentes sobre los hechos de un asunto, es por esa sola circunstancia litigioso, pues para su resolución cada parte en conflicto deberá probar sus dichos, debiendo someterse al conocimiento de tribunales<sup>1233</sup>.

395. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES. Según el artículo 98 de la CPR, la CGR tiene las siguientes funciones y atribuciones:

(a) Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, que de conformidad al artículo 99 se realiza a través de la toma de razón.

(b) Fiscalizar el ingreso y los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.

(c) Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo dichos bienes.

---

<sup>1231</sup> Dictamen N° 39.570 de 2000.

<sup>1232</sup> Vid. Dictamen N° 44.930 de 2002. En el mismo sentido Dictámenes N°s. 13.793 de 2002, 6.351 de 2000, 25.190 de 1989, 24.885 de 1990, 17.660 de 1997.

<sup>1233</sup> Dictámenes N°s. 28.704 de 1981, 13.321 de 1993 y 5.666 de 2001.

(d) Llevar la contabilidad general de la nación.

(e) Las demás que determine su ley orgánica. Entre ellas destacan: (i) emitir dictámenes jurídicos<sup>1234</sup>; (ii) registro del personal de la Administración del Estado; (iii) registro de las declaraciones de intereses; (iv) recopilar y editar leyes, reglamentos y decretos de interés general.

Las funciones definidas en la Constitución y la ley implican el ejercicio de una competencia privativa y constitucional de control, distinta a la Administrativa a la cual hace mención el artículo 24 y siguientes de la CPR, cuestión que corresponde al Presidente de la República (art. 24) y a la Administración activa (art. 38).

Por esta razón, los pronunciamientos de la CGR sólo corresponden que sean expedidos en relación a acciones u omisiones que afecten a sujetos determinados y no a la comunidad en general, ya que éstas afectan a cuestiones de oportunidad, conveniencia, mérito y oportunidad; de suceder de otro modo, el rol de control de la Administración que realiza la CGR se transformaría en la de gestión y coadministración de los servicios públicos, lo que significaría violentar las reservas institucionales reconocidas por la Carta Fundamental a cada una de ellas<sup>1235</sup>.

396. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE LA TOMA DE RAZÓN. El control de legalidad al cual hace mención el

---

<sup>1234</sup> “En cumplimiento de esta facultad la CGR debe interpretar las normas legales y ejercer un control de legalidad, mediante la emisión de dictámenes obligatorios, los que deben ser cumplidos, sin perjuicio de que el servicio y/o las personas afectadas con dicho pronunciamiento, puedan solicitar reconsideración de él, mecanismo administrativo normal para revisar las decisiones de este ente fiscalizador”. Dictamen N° 31.581 de 2005.

“De acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia administrativa, los dictámenes de la Contraloría General no sólo 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 general”. Dictamen N° 5.698 de 2005. Con igual criterio Dictamen N° 34.053 de 1999.

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”. Dictamen N° 2.406 de 1998.

<sup>1235</sup> Vid. Dictamen N° 1.896 de 1999.

artículo 98 de la CPR se realiza según el artículo 99 mediante la toma de razón. Esta institución es la más característica del control público chileno, y diferencia a la Contraloría de las otras instituciones de control externo existentes en el Derecho comparado, regularmente vinculadas al control de fondos públicos, a través de instituciones relacionadas a las auditorías o a los Tribunales de Cuenta<sup>1236</sup>.

La toma de razón es una forma de fiscalización jurídica a la que deben someterse los actos de la Administración antes de que éstos surtan efectos<sup>1237</sup>. Consiste en el análisis que el Órgano de Control efectúa sobre un acto administrativo para verificar la conformidad con el derecho objetivo, lo que supone la verificación de la juridicidad de los actos de la Administración<sup>1238</sup>. Se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, 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.

Lo que se pretende con este control es impedir la vigencia y aplicación de actos de la Administración que son contrarios al mismo, 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 ley.

397. LA TOMA DE RAZÓN ES UN CONTROL OBJETIVO. Esto supone que este control se realiza de conformidad a unos estándares normativos, jurídicos y abstractos, establecidos con anterioridad, que deben ser utilizados por un órgano imparcial, en el sentido de que no se encuentra sometido a un control jerárquico propio de la Administración activa. Su objetivo es buscar la conformidad del acto con el ordenamiento positivo; se busca constatar la corrección jurídica, la conformidad con el derecho, para con ello velar por la integridad del orden jurídico, gozando incluso de poderes impeditivos.

---

<sup>1236</sup> AYLWIN (2001) 602.

<sup>1237</sup> ARÓSTICA (1991) 132.

<sup>1238</sup> RECARBARREN DELGADO (1969) 69.

El problema es la delimitación de este estándar en relación a la finalidad y conveniencia de las decisiones. La jurisprudencia administrativa ha señalado que el control de mérito o finalidad de los actos administrativos corresponde a la Administración activa y no a la CGR, de manera que constituyen competencias privativas estos controles<sup>1239</sup>, de lo cual se deduce que estos elementos no forman parte del parámetro de control objetivo<sup>1240</sup>.

Sin embargo, el problema se suscita cuando la diferencia resulta difícil de apreciar. Esto sucede en particular en el ejercicio de competencias disciplinarias por parte de la Administración activa. En efecto, sostiene la CGR que “aunque la Administración activa no se encuentra en el imperativo de aplicar en definitiva las mismas medidas propuestas por Contraloría [en un procedimiento disciplinario], ello no puede significar una infracción a la legislación vigente, ni al principio de juridicidad previsto en los artículos 6º y 7º de la CPR y 2º de LOCBGAE, toda vez que las resoluciones que dicte la autoridad administrativa, sean sancionatorias o absolutorias, se encuentran sometidas al control de juridicidad de esta entidad, estén o no afectas al trámite de toma de razón. Por consiguiente, pueden ser representadas”<sup>1241</sup> por el órgano contralor.

Este criterio también ha sido utilizado en lo relativo a gasto público, en tanto dispone que no le corresponde a la CGR definir los destinos de los recursos públicos para el financiamiento de actividades que claramente corresponden a las funciones de Gobierno y Administración; así como determinar el contenido de las políticas públicas por dicha vía. Sin embargo, ese cuestionamiento sí es posible cuando, aun en el ejercicio de competencias privativas, la autoridad administrativa decide realizar gastos, aun en

---

<sup>1239</sup> Vid. Dictámenes N°s. 59.030 de 1979; 24.065 de 2002; 8.479 y 52.144 de 2003; 44.074 de 2004; 315.122, de 2005.

<sup>1240</sup> Como afirma SILVA BASCUÑÁN (2004) 175, “si la competencia del Contralor comprende conocer y puntualizar los hechos que motivan el acto administrativo, no queda por cierto incluida en su tarea la apreciación de la conveniencia o inconveniencia del acto en relación a la situación que lo genera ni formular juicios acerca de la mayor o menor racionalidad, solidez o adecuación que presenta dicho acto desde el punto de vista del problema que lo causa”.

<sup>1241</sup> Dictamen N° 32.350 de 2005. En este sentido Dictámenes N°s. 7.744 de 2000, 43.507 de 2000, 15.999 de 2001, 23.824 de 2003.

nobles tareas, pero al margen de la legalidad presupuestaria, todo lo cual implica que no existe en ese caso un juicio sobre el mérito, sino sobre un estándar de control objetivo: la legalidad del gasto<sup>1242</sup>.

398. LA TOMA DE RAZÓN RECAE SOBRE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN. Según el artículo 99 de la CPR los únicos actos sujetos a la toma de razón son los decretos y resoluciones. Éstos, de conformidad al artículo 3° de la LBPA, son las formas de manifestación externa de los actos administrativos. Por esta razón, entonces, no se encuentran sujetos a trámite de toma de razón las instrucciones y otros actos de comunicación interna de la Administración. Pareciera razonable concluir, que la toma de razón tiene sentido para los terceros, los ciudadanos, los que pueden verse afectados por la dictación de un acto ilegal o inconstitucional.

399. LA EXENCIÓN DEL TRÁMITE DE TOMA DE RAZÓN. Sin embargo, en muchos casos la ley exime del trámite de toma de razón, por ejemplo a las Municipalidades (art. 53. LOCM), o bien autoriza a eximir de este trámite<sup>1243</sup>. Esto es lo que sucede como consecuencia de la facultad conferida al Contralor para que pueda eximir “a uno o más ministerios o servicios del trámite de toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que conceden licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados ‘por orden del Presidente de la República’. Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad” (art. 10, inciso 5° LOCCGR)<sup>1244</sup>.

---

<sup>1242</sup> Cfr. Dictámenes N°s. 47.311 de 2002 y 25.406 de 2003.

En el mismo sentido se ha pronunciado cuando se refiere a procesos calificatorios. Vid. Dictámenes N°s. 1.932 de 1993, 13.796 de 1994, 30.739 de 1998, 12.412 de 1997 y 25.237 de 2005.

<sup>1243</sup> Sin embargo, la Contraloría exige que se sometan a las reglas del control de reemplazo, regulado en la Resolución N° 520, de 1996. Vid. Dictamen N° 612 de 2004.

<sup>1244</sup> La jurisprudencia administrativa señala que al eximir los actos administrativos de dicho trámite es una facultad exclusiva del Contralor, de manera que los servicios no pueden adjudicarse interpretaciones en tal sentido. Dictamen N° 37.503 de 2004.

La exención de la toma de razón se encuentra establecida en la Resolución N° 1.600, de 2008<sup>1245</sup>. Dicha resolución sostiene que se exime de “toma de razón los decretos y resoluciones del rubro salvo los que se dicten sobre las siguientes materias consideradas esenciales”, sin perjuicio que para la jurisprudencia un mismo acto administrativo puede contener materias afectas y exentas del trámite de toma de razón<sup>1246</sup>. Como se puede apreciar, la regla de la resolución de exención invierte el criterio establecido por la ley. Mientras ésta permite la exención para “materias que no considere esenciales”, la resolución declara todo como no esencial, y deja la toma de razón para la esencialidad. Esta forma de configurar la exención ha sido criticada por la doctrina, pues se afirma que de esta manera se convierte en excepcional el control preventivo que desempeña la Contraloría, resintiéndose gravemente el control jurídico de la Administración<sup>1247</sup>. Sin embargo, la Contraloría ha justificado esta forma de proceder considerando el hecho de que sería imposible llevar a cabo las competencias de control sin afectar seriamente la eficiencia administrativa si se procediera de una manera diferente<sup>1248-1249</sup>.

---

<sup>1245</sup> A juicio de SOTO KLOSS (1996) la sola existencia de la competencia de exención en la ley es inconstitucional. En efecto, afirma que el precepto debe estimarse inconstitucional por cuanto literalmente la Carta Fundamental, al imponer el trámite, no contempla excepción alguna, de manera que, al conceder la ley orgánica facultades al contralor para eximir de tal trámite, en las materias que indica, la contradeciría manifiestamente. Para SILVA BASCUÑÁN (2003) 202, la norma no merece tacha de inconstitucionalidad si se tiene presente que el constituyente ha confiado categóricamente al legislador precisar los decretos y resoluciones que deben tramitarse en la Contraloría (art. 88 inciso 1°, actual art. 99 inciso 1°), encargo que, formulado sin condición por el constituyente, permite al legislador autorizar al alto funcionario para definir materias que, por su menor trascendencia, no requieran el trámite.

Este criterio fue el aceptado en la CENC (sesión 329, p. 1801), y por el propio Tribunal Constitucional (STC Roles N°s. 45 y 64).

<sup>1246</sup> Dictamen N° 20.585 de 2004.

<sup>1247</sup> SOTO KLOSS (1982) 395; en un sentido propósito, es decir, comprendiendo las razones pero recomendando una reforma legal, FERRADA BÓRQUEZ (2000) 616.

<sup>1248</sup> Vid. ARÓSTICA (1991) 158.

<sup>1249</sup> Durante la discusión de la Ley N° 20.044 (D.O. 23.08.2005), que autoriza a las Universidades Públicas (definidas como servicios públicos para la jurisprudencia) a contratar empréstitos u otras obligaciones financieras con el objeto de ordenar sus pasivos, se discutió la posibilidad de excluir del trámite de toma de razón los actos administrativos de estos órganos con el objeto de dotarlos de mayor eficiencia. Dicha tesis finalmente se desechó, entre otras razones pues la CGR, mediante Dictamen N° 26.019 de 2004, sostuvo que una exención de estas características era extremadamente peligrosa para el sistema jurídico, pues la inadvertencia

La exención del trámite de toma de razón no significa que se encuentre exento de control. En efecto, la Resolución N° 1.600 establece lo que se denomina *control de reemplazo*. Éste consiste en que cada uno de los decretos y resoluciones que tengan la categoría de “exento” deben numerarse correlativamente de manera diferente a las otras resoluciones, con indicación expresa de que tienen la calidad de “exento”. Los originales deben archivar de manera independiente, con sus antecedentes, quedando a disposición de la CGR para su ulterior examen, cuestión que se realiza con visitas inspectivas *in situ*<sup>1250</sup>.

Sin embargo, existen algunos actos administrativos, que atendidas las materias que contienen, deben, pese a su carácter “exento”, quedar sometidos al trámite de registro (art. 10). *El registro* es un acto de ejecución material en virtud del cual la CGR incorpora a un registro público una relación detallada del contenido del acto administrativo de que se trate, que regularmente se encuentra vinculada a materias relativas a personal y dotación<sup>1251</sup>. Este es el sentido del artículo 10 de la Resolución, y que

---

de ilegalidades que se produciría permitiría consagrar situaciones jurídicas difícilmente enmendables con posterioridad, y que la toma de razón permite realizar un control hoy de manera adecuada.

<sup>1250</sup> Vid. Dictamen N° 34.290 de 2003.

<sup>1251</sup> SILVA CIMMA (1992) 206.

Según la jurisprudencia administrativa esto explica que el registro busque precaver eventuales transgresiones de las disposiciones que en materia de incompatibilidades contempla la legislación. Dictamen N° 29.664 de 2001.

En este sentido sostiene la CGR que “ese trámite [el registro] no constituye prueba de legalidad, pues consiste en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros del personal que este Organismo lleva al efecto, lo que no excluye la posibilidad de que esta Entidad de Control, en virtud de sus facultades constitucionales y legales expresas mencionadas precedentemente, pueda fiscalizar, con posterioridad a dicho trámite, el cumplimiento de la ley por parte de los órganos de la Administración y en la situación planteada, de las Municipalidades, a través de la emisión de dictámenes, como ha sucedido en la especie, con el Dictamen N° 18.623, de 2005. Como puede advertirse, este ente de fiscalización, por una parte, está obligado a registrar las resoluciones municipales relativas al personal y, por otra, debe necesariamente ejercer el control de legalidad de las mismas, siendo ambas funciones distintas e independientes entre sí, encontrándose la primera consagrada en el artículo 53 de Ley N° 18.695 y la segunda, en los artículos 87 y 88 de la Constitución Política; 1°, 5° y 6°, de la Ley N° 10.336 y 51 y 52 de Ley N° 18.695”. Dictamen N° 33.912 de 2005.

Afirma que “si bien es cierto el trámite de registro no es en sí mismo un control de legalidad previo de un acto municipal, no obsta a que la Contraloría, en el ejercicio de las facultades

además se ha incorporado como exigencia en materia de honorarios, como consecuencia de su conceptualización como dotación.

El problema central que se ha planteado es si mediante el trámite del registro puede la CGR ejercer un control de legalidad. Según la jurisprudencia administrativa esto es posible como consecuencia de que el velar por la legalidad del comportamiento administrativo es una competencia genérica de la Contraloría, toda vez que “la circunstancia de que el registro consista en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros de personal que este organismo fiscalizador lleva, no excluye, en caso alguno, el ejercicio de control de legalidad sobre el mismo, el que puede realizarse de un modo anterior, simultáneo o posterior a dicho trámite”<sup>1252</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha sido más bien variable en el tiempo, no obstante ha coincidido en los últimos años en que el registro no es la competencia idónea para el control de legalidad. En efecto, la Corte Suprema ha dicho que la resolución que se encuentra exenta del trámite de toma de razón y sólo sujeta a registro es porque CGR carece de facultades legales para ello, de modo que es, por lo tanto, ilegal y arbitraria su conducta si pretende llevar a cabo, respecto de actos administrativos exentos, el examen correspondiente a actos sujetos a la toma de razón<sup>1253</sup>.

400. LA TOMA DE RAZÓN ES UN CONTROL PREVENTIVO E IMPEDITIVO. Se trata de un control preventivo, es decir, se ejerce antes que el acto opere en la vida jurídica, y es impeditivo en la medida que si adolece de vicios de legalidad o constitucionalidad debe ser representado, es decir, no puede continuar con el objeto de perfeccionarse como acto administrativo.

---

constitucionales y legales de que ha sido dotada, realice un examen jurídico del mismo con el propósito de establecer si se ajusta o no a derecho. Así, si el acto no se ajusta a derecho, se procede a registrar con observaciones y se devuelve a la municipalidad pertinente a fin de que ésta las subsane. Con todo, el hecho que un acto se registre con observaciones, en ningún caso implica que no quede registrado por este Organismo de Control, por cuanto, ello es independiente de su estudio legal”. Dictamen N° 25.079 de 2003. Con igual criterio Dictámenes N°s. 14.799 de 1997, 32.148 de 1997, 24.943 de 1987, 5.104 de 1997 y 35.022 de 1997.

<sup>1252</sup> Dictamen N° 28.372 de 2003.

<sup>1253</sup> *RDJ*, T. 85, Sección 5ª, p. 67.

En el Derecho Administrativo chileno ha existido cierta discusión sobre el hecho de determinar cuál es el rol de la toma de razón durante el trámite de un acto administrativo. En otros términos, resolver si este es necesario para la existencia del acto o bien es un requisito de eficacia. La consecuencia de una u otra alternativa no es inocente, toda vez que optar por la primera supone desconocer los efectos de una manifestación administrativa, si no cumple con el trámite; y optar por la segunda impone reconocer la existencia de un acto, pero ineficaz.

En efecto, para unos el control preventivo de legalidad es un requisito de la eficacia del acto administrativo. Se sostiene que el proceso de eficacia de los actos comprende igualmente trámites sucesivos, cuyo objeto es dotar al acto de una efectiva capacidad de producir efectos. Entre estos trámites se considera a la toma de razón, y a la notificación o publicación del acto administrativo<sup>1254</sup>.

Para otros, la toma de razón no es un trámite de eficacia del acto administrativo, pues mientras no opere, el acto no ha nacido a la vida jurídica; es una mera vía de hecho. Sin toma de razón, se afirma, simplemente no hay decisión administrativa; sin que la CGR declare la juridicidad de ella y tome razón, no hay acto administrativo. De manera que este procedimiento forma parte de la elaboración del acto administrativo<sup>1255</sup>. Abonando esta tesis, la jurisprudencia administrativa señala que “la toma de razón es un requisito integral del acto, esto es constituye un requisito de la existencia del acto administrativo, de modo que antes de que se lleve a cabo dicho control de legalidad el decreto o resolución aún no nace a la vida del derecho y sólo tiene el carácter de un proyecto de acto administrativo”<sup>1256</sup>.

En mi opinión, la toma de razón es un trámite de eficacia, por las siguientes razones:

---

<sup>1254</sup> SILVA CIMMA (1992); MADARIAGA GUTIÉRREZ (1993) 120, 121; RECABARREN (1969) 81.

<sup>1255</sup> En este sentido SOTO KLOSS (1977) 174, 176; con igual criterio CARMONA SANTANDER (2002) 10; ARÓSTICA (1991).

<sup>1256</sup> Dictámenes N°s. 14.609 de 1959 y 57.309 de 2003.

(a) En primer lugar, la toma de razón no es un requisito de todos los actos administrativos, toda vez que, como se ha visto, la mayoría de ellos se encuentran exentos de este trámite, por lo que la vigencia del acto no se vincula con su cumplimiento. De serlo, es absolutamente inconsistente la facultad de exención del trámite que tiene el contralor y sus consecuentes efectos.

(b) Por otra parte, la propia Constitución reconoce que la toma de razón se realiza sobre actos dictados, y no sobre proyectos de actos. Esa es la interpretación razonable en nuestra opinión de los arts. 98 y 99 de la CPR, en cuanto aplica la toma de razón a “actos”, no a pretensiones de voluntad o declaración.

(c) La LOCCGR señala que sólo se pueden cumplir los decretos o resoluciones después de la toma de razón, bajo apercibimiento de sanción<sup>1257</sup>. Sin embargo, pueden excepcionalmente ejecutarse antes del trámite, cuando se refieran a actos (fundados) que “dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas” (art. 10, inciso 7º, LOCCGR)<sup>1258</sup>, sin que ello afecte la validez del mismo. Este es el criterio reconocido en la CENC cuando a propósito de la discusión de la disposición constitucional de la toma de razón se desechó reconocer el carácter preventivo en el texto constitucional<sup>1259</sup>. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, cuando ha resuelto que no es inconstitucional que determinadas medidas contempladas en resoluciones administrativas pueden cumplirse antes de la toma de razón<sup>1260</sup>, y que puede disponerse

---

<sup>1257</sup> Vid. art. 154 LOCCGR.

<sup>1258</sup> Más adelante la ley establece sólo una regla de responsabilidad cuando la Contraloría considere al acto administrativo ilegal o inconstitucional, señalando que “la Contraloría [si] 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”.

<sup>1259</sup> Sesión 322, p. 1709.

<sup>1260</sup> STC Rol N° 22.

el cumplimiento de una resolución antes de su toma de razón cuando, de esperarse, pueda resultar ineficaz<sup>1261</sup>.

(d) Asimismo, la LBPA excluye del trámite de elaboración y dictación del acto al trámite de toma de razón. En efecto, las etapas de iniciación, instrucción y finalización no contemplan a la toma de razón. Esto explica que el inciso 2º del artículo 1º señala que este trámite se regulará por la CPR y la LOCCGR.

Todo lo anterior, confirma entonces, que la toma de razón constituye una etapa que dota de eficacia al acto administrativo, pero no define su existencia.

Por otro lado, la toma de razón no consiste sólo en un juicio o pronunciamiento que emite la CGR en uso de sus potestades legales, mediante el cual verifica la juridicidad de los decretos y resoluciones, sino que también consiste en impedir, en caso de juicio desfavorable, el nacimiento al mundo jurídico de un acto disconforme a derecho. Es decir, por la toma de razón se busca un doble objetivo:

(a) Que el acto se conforme a derecho, es decir, sea dictado por un órgano con investidura, dentro de su competencia y de acuerdo a la forma legal.

(b) Que se salvaguarde el ordenamiento jurídico y sus principios sobre la base de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a derecho.

401. LA TOMA DE RAZÓN ES UN PROCEDIMIENTO DE EXAMEN. La toma de razón implica un examen de parte del órgano contralor. Es decir, no es un acto de conocimiento, en virtud del cual sólo debería hacer notar el hecho, que capta. La toma de razón no consiste en la mera captación de un hecho, sino que es el ejercicio de una potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e impedimento si el acto no se ajusta a derecho. De ahí que en algunas ocasiones deba interpretar el derecho y entrar a verificar el fin y el motivo del acto. Es decir,

---

<sup>1261</sup> STC Rol N° 64.

la toma de razón puede significar determinar si el hecho o acto cabe en el contenido normativo.

Como se ha afirmado, este control de legalidad implica un examen que ha de comprender tanto los aspectos de constitucionalidad como los de su legalidad en sentido estricto, por lo cual supone una condición de juridicidad amplia<sup>1262</sup>.

Eso distingue a la toma de razón del registro. Mediante este último trámite, como hemos señalado, la Contraloría anota en determinados libros o registros ciertos actos, con el objeto de dejar constancia de ellos. Pero el acto que se registra ya ha nacido al mundo del derecho.

Por excepción, existen ciertos decretos y resoluciones que van a toma de razón después de haberse aplicado: los *decretos de aplicación inmediata*. Estos son aquellos en que la toma de razón está pospuesta para después de su entrada en vigencia, como única manera de evitar que las medidas que conllevan no pierdan su oportunidad, eviten males mayores o bien se desvirtúen con su aplicación posterior<sup>1263</sup>. De ahí que se les considere una excepción, puesto que no tienen un control preventivo por parte del órgano contralor. La toma de razón se pospone, no se suprime. Por esta razón el TC ha resuelto que no es inconstitucional que determinadas medidas contempladas en una resolución administrativa puedan cumplirse antes de la toma de razón<sup>1264</sup>, lo anterior tiene aún más sentido si de esperar dicho trámite la aplicación del acto resultará ineficaz<sup>1265</sup>.

---

<sup>1262</sup> SILVA BASCUÑÁN (2004) 159.

<sup>1263</sup> El artículo 10 inciso 7º de la LOCCGR establece que “[e]l Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República, podrá, por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas. El decreto o resolución que se acoja a la autorización prevista en este inciso deberá expresar la circunstancia en que se funda”.

<sup>1264</sup> STC Rol N° 22.

<sup>1265</sup> STC Rol N° 64.

402. LA TOMA DE RAZÓN ES UN PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y DE LOC. En otros términos, a la toma de razón no se le aplica la LBPA. En efecto, el artículo 1º, inciso 2º, señala que “[1]a toma de razón de los actos de la Administración del Estado se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”.

Por esta razón no se aplica a este trámite ninguno de los derechos y garantías de los cuales dispone la ley<sup>1266</sup>.

403. ACTITUDES DE LA CGR EN EL TRÁMITE DE TOMA DE RAZÓN. La CGR, en ejercicio de su facultad de control de la legalidad y constitucionalidad, puede adoptar las siguientes actitudes:

En primer lugar, puede *observar* el decreto o resolución. La observación es el acto por el cual la CGR suspende el pronunciamiento definitivo de su control, remitiéndolo a su autor en la Administración, por considerar que adolece de vacíos o vicios que hacen improcedente la toma de razón. La Administración puede conformarse con el criterio del Contralor y reparar el acto, enviándolo nuevamente a trámite. También puede no hacer nada, es decir, renunciar a que el acto surja a la vida jurídica. Pero la observación, a diferencia del alcance, permite que la Administración reaccione. Además, mientras el alcance se refiere a una parte del acto, la representación se refiere a todo él, pues es el decreto el que se representa, aunque sea con un vicio parcial.

Una segunda alternativa que puede adoptar la CGR respecto del acto enviado a trámite de toma de razón, es *que lo curse pero con alcance*. El *alcance* es el acto de toma de razón pero en el cual la CGR corrige, de oficio, ciertos vicios, vacíos o defectos o le otorga un sentido determinado, sin que implique realizar una actividad impeditiva sobre el acto. Así, ejemplos de alcances pueden ser la precisión de la referencia efectuada; implicar entender que la aplicación del acto o una norma administrativa debe entenderse en tal o cual sentido, en cuyo caso tiene un efecto inter-

---

<sup>1266</sup> Dictamen N° 11.724, de 2004.

pretativo; también puede consistir en señalar la vigencia del acto<sup>1267</sup>. El alcance forma parte del acto sobre el cual recae, en la medida que si se considera que la toma de razón es un procedimiento independiente<sup>1268</sup>, que opera como condición de validez del acto, el alcance define la aplicación del mismo; y en seguida, una vez publicado el acto alcanzado, la Administración no puede reconsiderar la parte del acto afectado con el alcance. Lo anterior supone que el alcance siempre debe ser publicado en el DO con el acto alcanzado<sup>1269</sup>.

En tercer lugar, puede *representar* el decreto o resolución. La representación es el acto por el cual la CGR hace presente al Presidente de la República los vicios de orden legal o constitucional que impiden la toma de razón del acto<sup>1270</sup>. Esto se traduce en una comunicación en que funda-

---

<sup>1267</sup> El *alcance* tiene bastante en común con la *interpretación conforme* de la CPR, con la que es posible encontrar simetrías en su finalidad. SANTAMARÍA PASTOR (2004 b) 222, 223, afirma que “al ejercitar el que se denomina derecho de comprobación, el operador jurídico suele encontrarse ante el dilema de que la norma analizada es susceptible de interpretaciones diversas; unas, contrarias a la Constitución, y otras, compatibles con ella. Pues bien, la regla de interpretación conforme obliga al operador jurídico a utilizar, en tal caso, la interpretación de la norma [que] sea ajustada a la CPR, excluyendo las que sean contrarias a la misma; de tal forma que la competencia de rechazo sólo deberá ejercerse cuando la norma analizada sea inequívocamente contraria a la CPR, esto es, cuando no sea razonablemente posible interpretar su texto, sin forzarlo, de modo que resulte compatible con aquella. El principio de la “interpretación conforme” (que tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, como un medio para minimizar en la medida posible la emisión de sentencias anulatorias de leyes, creadoras de vacíos normativos de consecuencias altamente perturbadoras en el tráfico jurídico) se basa en lo que ha dado en llamarse “presunción de ajuste a la Constitución”: esto es, una suerte de beneficio de la duda que debe concederse a todo legislador democráticamente elegido, al que se ha de suponer fiel al texto fundamental”.

<sup>1268</sup> Vid. art. 1º, inciso 2º, LBPA.

<sup>1269</sup> Esa interpretación es consecuencia del correcto sentido del inciso 2º del artículo 154 de la LOCCGR, en tanto señala que cuando la Administración envíe al DO para efectos de publicación, las transcripciones de los actos “[...] deberán hacer estampar en ellas la constancia de que los respectivos decretos y resoluciones han sido totalmente tramitados”.

<sup>1270</sup> Para SILVA BASCUÑÁN (2004) 160, resultaría *inconstitucional* un acto administrativo si en “su gestación no se ajusta a un requisito formal dispuesto por la Carta o si lo ordenado queda fuera de la órbita de competencia de la potestad reglamentaria o si su esencia normativa es incompatible con la sustancia constitucional. Tales causales se afirman en las propias bases institucionales sentadas en el Capítulo I, conforme a las cuales los preceptos constitucionales obligan a todo órgano (art. 6º.1), el cual actúa válidamente sólo si cumplen los requisitos que

menta los motivos o causales porque a su juicio el acto adolece de ilegalidad o inconstitucionalidad y lo devuelve, en consecuencia, al Ministerio respectivo<sup>1271</sup>.

Frente a la representación, pueden adoptarse algunas de las siguientes alternativas. En primer lugar, es factible que la Administración o bien los particulares directamente afectados soliciten a la Contraloría, sobre la base de nuevos antecedentes, la reconsideración de lo concluido originalmente. También el Presidente de la República puede dictar un Decreto de Insistencia<sup>1272</sup>, caso en el cual esta entidad fiscalizadora debe necesariamente

---

el precepto indica (art. 7º.1) y ha de moverse en términos estrictos dentro de la autoridad o derechos expresamente conferidos en la Carta o la ley (art. 7º.2). Se opondrá, entre tanto, a la ley [*ilegalidad*] el acto administrativo si no se ajusta a los requisitos formales dispuestos por ella o si lo que en el decreto o reglamento se disponga está en desacuerdo con la preceptiva de la ley en relación a la cual se expresa la potestad reglamentaria o tocante a cualquiera otra norma jurídica positiva promulgada o consuetudinaria a que corresponda reconocer fuerza o jerarquía de la ley”. En el caso de los simples decretos y las resoluciones, también incurren en ilegalidad si contradicen o afectan el contenido material y formal de un “reglamento” supremo, como consecuencia de la legitimación por derivación de la cual están dotados los actos administrativos, lo que es un efecto de la inderogabilidad singular de la potestad reglamentaria.

Por su parte VERDUGO, NOGUEIRA, PFEFFER (1994) 280, dentro del examen de juridicidad, estiman que un acto viola la Constitución si contiene preceptos que sólo pueden disponerse por ley, si excede el campo de la potestad reglamentaria, si en su generación se omiten trámites o exigencias prescritas por la Carta Fundamental, o si se vulneran los derechos y garantías consagrados por ésta. Por su parte, se opondrá a la ley, si su texto está en desacuerdo con el contenido de ésta o consigna requisitos no establecidos por el legislador.

Para FIAMMA (1985) 264, el control de constitucionalidad de la Contraloría puede recaer sobre aspectos de forma y fondo. Dentro de los vicios de forma se pueden incluir los vicios relativos al órgano competente, procedimiento de elaboración del acto, plazo, etc. En cuanto a los vicios de fondo, se puede incurrir al dictar un acto administrativo en violación material de la Constitución, derivada especialmente de la contradicción entre el contenido material del acto y el contenido material de la Constitución. Por último, el control de fin, el control de discrecionalidad, el control de los conceptos jurídicos indeterminados y el control respecto de los derechos garantizados por la Constitución constituyen algunos de los principales detectores paramétricos de la pureza constitucional del acto administrativo, que la Contraloría debe considerar en su examen de constitucionalidad.

<sup>1271</sup> SILVA CIMMA (1992) 205.

<sup>1272</sup> Como señala SILVA CIMMA (1992) 234, el *Decreto de Insistencia* es aquel que dicta el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros de Estado, ordenando a la Contraloría que tome razón del acto administrativo, que previamente ha sido representado por dicho organismo, *sólo por razones de legalidad* (art. 99 CPR).

cursar el documento representado. Si se trata de las materias respecto de las cuales no procede este último<sup>1273</sup>, no le queda más alternativa que recurrir al TC. Finalmente, el órgano administrativo puede dictar un nuevo acto ajustándose a las observaciones formuladas<sup>1274</sup>.

La última alternativa que puede adoptar la CGR en ejercicio de su facultad de control de la legalidad y constitucionalidad, es *tomar razón* del acto, en cuyo caso se producirán los efectos que veremos.

---

El supuesto central sobre el cual descansa el Decreto de Insistencia es que supone una disputa interpretativa entre la Contraloría y el Presidente de la República (Gobierno), tema respecto del cual la CPR, dado que dicha discrepancia es legal, favorece al Presidente si desea insistir en el acto. Frente a dicho acto el Contralor no debe sino tomar razón, sin embargo se encuentra obligado a remitir los antecedentes a la Cámara de Diputados (art. 10 LOCCGR), en el evento de proceder a algunas de las modalidades de control político; en otros términos esta disputa legal sale del ámbito de la relación Contraloría-Administración.

Desde el retorno a la democracia en 1990 sólo se ha dictado un Decreto de Instancia, que correspondió a la remoción de la rectora de la Universidad de Playa Ancha. Vid. Dictamen N° 25.316 de 1990.

La regulación constitucional del Decreto de Instancia fue bastante discutida en la CENC, esencialmente pues hasta la vigencia del sistema democrático (1973) la facultad de insistir procedía en todas las hipótesis, es decir, legalidad y constitucionalidad. El objetivo consciente de los autores de la Constitución fue limitar esa competencia a la legalidad, dejando la discrepancia constitucional en manos del TC. Vid. Sesiones N°s. 326, 359 y 415 de la CENC.

Para un análisis más detenido sobre el decreto de insistencia en su origen y configuración constitucional ver SILVA CIMMA (1992) 237; VARGAS POBLETE (2000); VARGAS DELGADO (2000) 439.

<sup>1273</sup> El art. 99 de la CPR restringe el Decreto de Insistencia en las siguientes hipótesis:

- Decretos que excedan gastos.
- Decretos con fuerza de ley.
- Decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional.
- Decreto o resolución por ser contrario a la Constitución.

Si las hipótesis recaen en las materias contrarias a la Constitución, el Presidente de la República sólo puede recurrir al TC con el objeto de resolver la discrepancia interpretativa, de conformidad a las reglas de competencia señaladas en el art. 93, N° 9 de la CPR.

En consecuencia, en el caso de decretos que excedan de gastos es improcedente cualquier medio de resolución de discrepancias interpretativas, es decir, no procede ni el Decreto de Insistencia, como tampoco hay competencia del TC. A su vez en el caso de los DFL y los promulgatorios, existe otra regla de competencia de conocimiento del TC, que es la señalada en el art. 93, N°s. 4 y 8.

<sup>1274</sup> Dictamen N° 47.148 de 1998.

404. TRAMITACIÓN DE LA TOMA DE RAZÓN. La toma de razón la pueden efectuar el Contralor General y el Contralor Regional. También puede hacerlo el Subcontralor en virtud de una subrogación o de una delegación.

La toma de razón la debe hacer la CGR en el plazo de 15 días contados desde la recepción del decreto o resolución. Sin embargo, existen excepciones: la primera es el caso referente a que la propia CGR, por motivos graves y calificados, puede prorrogar por otros 15 días el plazo para tomar razón; la segunda es en el caso de leyes especiales<sup>1275</sup>.

Recientemente la ley<sup>1276</sup> ha facultado al Contralor para determinar que actos administrativos podrán someterse al trámite de toma de razón por medios electrónicos, que permitan la comunicación directa y la verificación de la existencia de la documentación respectiva en manos de la Administración.

No obstante lo anterior, la ley obliga a que una vez realizada la toma de razón por medios electrónicos, el servicio mantenga en soporte papel en sus oficinas los documentos y antecedentes que sirvieron de base a la toma de razón electrónica, salvo que cumplan las normas de digitalización de documentos.

Aunque la norma está contemplada para la tramitación de la toma de razón en términos genéricos, su propósito normativo es agilizar este trámite en los actos administrativos asociados a personal.

405. EFECTOS DE LA TOMA DE RAZÓN. La toma de razón acarrea tradicionalmente<sup>1277</sup>, tres efectos:

(a) Permite que pueda continuar con su tramitación dentro de la etapa de ejecución del acto administrativo. Después de la toma de razón viene otra etapa: la publicación del acto; sólo después de ésta, el acto produce efectos. Por esta razón la LBPA establece que una vez publicado o noti-

---

<sup>1275</sup> Art. 10 LOCCGR.

<sup>1276</sup> Ley N° 20.766.

<sup>1277</sup> ARÓSTICA (1991) 161-167.

ficado el acto éste constituye un título de intervención material que tiene ejecutoriedad<sup>1278</sup> y es exigible frente a los particulares<sup>1279</sup>.

(b) Origina la presunción de legalidad. Ésta consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y constitucionales, que es perfecto, y que tiene, por tanto, valor y eficacia jurídica<sup>1280</sup>.

No obstante lo anterior, esta conclusión debe ser matizada. En efecto, los actos administrativos tienen una presunción de legalidad, pero no por efecto de la toma de razón, sino por el hecho de provenir de autoridad pública que ejerce poder público de conformidad a las exigencias impuestas por la CPR (arts. 6º y 7º), de manera que parcialmente actualiza la soberanía (art. 5º, inciso 2º). Por esta razón, entonces, el artículo 3º de la LBPA otorga dicha presunción al acto (conjuntamente con la de imperio), con indiferencia de la condición del trámite (afecto o exento).

Por otra parte, es necesario considerar el marco de restricciones que debemos reconocer a la autotutela administrativa<sup>1281</sup>. La presunción de legalidad, cuyo origen corresponde al derecho italiano, tiene efectos *iuris tantum*, no definitivos o *iuris de iure*, puesto que opera hasta que los interesados la destruyan, admitiendo por lo tanto prueba en contrario en todo tipo de procedimientos en los que se discuta su validez. Ello significa asimismo que esta presunción de legalidad desplaza al ciudadano la carga de la prueba de entablar la pertinente acción para evitar que el acto pueda considerarse consentido, e impidiendo así la presunción que beneficia a la Administración y la eficacia inmediata de aquél<sup>1282</sup>. Sin embargo, tal como se afirma, esta expresión que pretendía explicar las causas jurídicas de la autotutela declarativa es técnicamente incorrecta: el que el acto se presume válido no supone, necesariamente, que pueda modificar por sí solo, de

---

<sup>1278</sup> Vid. Artículos 50 y 51 LBPA.

<sup>1279</sup> Art. 3º LBPA.

<sup>1280</sup> Vid. STC Rol Nº 116, C. 2 a 7.

<sup>1281</sup> Vid. entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA (1995); LÓPEZ RAMÓN (1998). Entre nosotros aunque radicalizando el argumento y expandiéndolo desde el origen regalano (que no compartimos como punto de análisis), ARÓSTICA (1991 b) 7.

<sup>1282</sup> GARCÍA MACHO-BLASCO DÍAZ (2005) 297.

modo autoritario, situaciones jurídicas de otros sujetos. La presunción, sólo expresa de modo bastante crítico la imposición al destinatario del acto de la carga de recurrirlo si desea privarle de eficacia<sup>1283-1284</sup>.

Lo anterior no supone siquiera que la carga de la prueba deba ser siempre del ciudadano que impugna. Ello dependerá de la naturaleza del procedimiento administrativo que da origen al acto (de oficio o a petición de interesado), de las condiciones técnicas de los hechos (colaboración probatoria), de los indicios de arbitrariedad, entre otros. Por eso esta presunción despliega una eficacia meramente extraprocesal, siendo obligación de la Administración siempre acreditar los presupuestos fácticos que invoca para actuar, correspondiéndole siempre un rol activo en la prueba del acto impugnado, sin que sea de exclusividad del ciudadano afectado la prueba de todas las condiciones invocadas. La exigencia de motivación del acto exige siempre, para que no sea arbitrario, no sólo invocar las razones y hechos en los que se basa, sino también probarlos

---

<sup>1283</sup> SANTAMARÍA PASTOR (2004 II) 146.

<sup>1284</sup> En el derecho chileno se entiende con habitualidad que la presunción de legalidad es equivalente a la presunción de validez. Si bien la LBPA se refiere a la primera, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a ambas como sinónimos, lo que tiene efectos en el debate sobre la nulidad de derecho público y la invalidación. En este sentido ver JARA SCHNETTLER (2004) 125-139.

Sin embargo, como afirma REBOLLO PUIG (2005) 596 “legalidad y validez son conceptos distintos, como distintos son la ilegalidad y la invalidez. Aunque la invalidez es consecuencia de la ilegalidad, no sólo son distintas sino que tienen alguna autonomía. Y es que, mientras que la ilegalidad entraña una simple confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, la invalidez es una consecuencia que el mismo ordenamiento prevé teniendo en cuenta muchos factores, intereses y valores jurídicos y que por ello no anuda siempre a toda ilegalidad, ni siquiera a las ilegalidades más graves. Sólo a algunas y en algunas condiciones formales y materiales. La invalidez es un régimen que el ordenamiento establece sólo para ciertas ilegalidades en ciertas circunstancias y condiciones”. Más adelante señala que esto significa que si se constata la ilegalidad de un acto en una resolución administrativa (o incluso judicial), para declarar una consecuencia jurídica distinta de la invalidez: ni es necesario para esa otra consecuencia que la invalidez esté declarada antes ni que se declare simultáneamente y es posible, incluso, que no se declare después. El acto en cuestión seguirá siendo presumido válido. Se habrá destruido la presunción de legalidad pero no la presunción de validez. Debe afirmarse, en suma, que los cauces para apreciar la ilegalidad de un acto —o sea, para destruir la presunción de legalidad— son más amplios y diversos que los que se admiten para destruir la presunción de validez; y que la presunción de validez es más fuerte o resistente que la presunción de legalidad”.

adecuadamente. Por esta sencilla razón, cualquiera sea la impugnación del acto, el juez deberá solicitar siempre el expediente del procedimiento que sirve de base al acto.

Así entonces, esta presunción no toca a los tribunales, quienes pueden, en ejercicio de sus potestades, declarar la nulidad o dejar sin efecto los actos cursados por la Contraloría si son contrarios a derecho<sup>1285</sup>. De este modo, no existen actos administrativos fuera de la órbita de control de los tribunales por el hecho de haber sido tomados razón; todas las decisiones administrativas son revisables en sede jurisdiccional y en todos sus aspectos, a pesar que hubiesen ido a control de legalidad de la CGR.

Además, para la jurisprudencia administrativa, si bien la toma de razón otorga una presunción de legalidad del acto que permite su ejecución, no impide que el mismo sea invalidado si posteriormente se comprueba que contenía vicios o se fundaba en supuestos irregulares<sup>1286</sup>. A su vez esto no significa que dicho trámite agote la potestad fiscalizadora de la máxima entidad de control<sup>1287</sup>.

(c) Provoca el desasimio de la Contraloría. Ello significa, por una parte, que carece de la disponibilidad de su propio acto, es decir, no puede retirar, ni dejar sin efecto, ni alterar o modificar su toma de razón<sup>1288</sup>. Por la otra, que no puede hacer un “segundo juicio” sobre su juridicidad, sin

---

<sup>1285</sup> El Tribunal Constitucional señala, STC Rol N° 116, C. 3 y 7, que “el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 [98] y 88 [99] de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales”. De manera que “de aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser impugnados *a posteriori*, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades” que establece la Constitución al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial.

<sup>1286</sup> Dictamen N° 32.350 de 2003. En este sentido también los Dictámenes N°s. 71.415 de 1968, 21.409 de 1984, 16.211 de 1979, 917 de 1990, 17.799 de 1990, 25.517 de 1992, 2.781 de 1993, 19.920 de 1993, 18.168 de 1996, 46.234 de 2001, 11.676 de 2002.

<sup>1287</sup> Dictamen N° 17.799 de 1990.

<sup>1288</sup> Vid. Dictamen N° 9.205 de 2005.

perjuicio de las facultades que tiene la Administración activa para invalidar sus propios actos<sup>1289</sup>.

406. FISCALIZAR EL INGRESO E INVERSIÓN DE LOS FONDOS DEL FISCO. Es importante precisar cuándo nos encontramos frente a fondos fiscales, pues es en éstos en los que recae la fiscalización de la Contraloría. En otras palabras, ellos definen el objeto de control.

Para entender este concepto, es necesario desentrañar brevemente el significado e importancia del término Fisco. Se sostiene que el Fisco constituye al Estado patrimonialmente desenvuelto. Se dice que de antiguo el derecho chileno ha conocido este concepto. En efecto, el Código Civil lo contempla en los artículos 547, 995, 1579, 2471 y 2472. Así, el Fisco constituye una persona jurídica de derecho público y sujeto de derechos patrimoniales. El Estado es, entonces, propietario, acreedor y deudor, y desde este punto de vista, sus relaciones jurídicas se regulan, en principio, por las mismas normas que reglan las relaciones jurídicas de los particulares, sin que por eso pierda su carácter de persona jurídica de derecho público<sup>1290</sup>.

De este modo, los “fondos del Fisco” son aquellos que le corresponden al Estado como titular y, en consecuencia, son los que puede destinar para el cumplimiento de su función pública. Por ello, el Sistema de Administración Financiera del Estado, de conformidad a la LOAFE, establece en el artículo 1º, que éste “comprende el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado”. Esos son, entonces, los fondos del Fisco y, en consecuencia, los únicos susceptibles de ser fiscalizados por la Contraloría General de la República.

La jurisprudencia afirma que en virtud de este imperativo se encuentran sometidos a la fiscalización de Contraloría todos los servidores que perciben fondos públicos<sup>1291</sup>. Por esta razón, los funcionarios de la CGR deben mantener una relación equidistante con los servicios que fiscalizan,

---

<sup>1289</sup> Dictámenes N°s. 14.058 de 1969, 92.080 de 1971, 8.099 de 1973, 30.117 de 1993, 30.117 de 1993, 25.768 de 1995 y 11.724 de 2004.

<sup>1290</sup> SILVA CIMMA (1994) 138-141.

<sup>1291</sup> Dictamen N° 17.820 de 2004.

de manera que no se pueden relacionar, siquiera como colaboradores de actividades de interés público, con los servicios por ellos fiscalizados<sup>1292</sup>.

Frente a la complejidad que fue adquiriendo la determinación de la denominación “fondos del Fisco”, la Ley N° 19.817 decidió sustituir la denominación “fondos del Fisco” por “fondos públicos” del artículo 25 de la LOCCGR, con el objeto de actualizar y precisar adecuadamente su extensión, que consiste concretamente en fiscalizar solamente si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. Cabe hacer presente que con anterioridad a dicha reforma legal, el aludido artículo 25 empleaba la expresión “fondos fiscales” en vez del término “fondos públicos”. La modificación tuvo por objeto precisar que a la Contraloría General le compete fiscalizar, para los fines que señala, no sólo la correcta inversión de los fondos que el Fisco otorgue a título de aporte o subvención a cualquier persona o institución privada, en virtud de leyes permanentes; sino que también los aportes o ayudas financieras que, fundados en normas de esa índole, efectúen a personas o entidades particulares los organismos públicos que poseen personalidad jurídica y patrimonio propios distintos al del Fisco. Precisamente, en la historia fidedigna del establecimiento de la norma<sup>1293</sup>, se dejó constancia que la sustitución de la expresión “fondos fiscales” por “fondos públicos” se debe a que “existen hoy numerosas entidades con patrimonio propio que tienen fondos públicos, pero no necesariamente pertenecen al fisco y, por otra parte, muchas veces estos dineros se asignan incluso a instituciones privadas, pudiendo vigilar la Contraloría General la inversión correcta de esos fondos”<sup>1294</sup>.

Desde esta perspectiva adquieren la calidad de fondos públicos, para la CGR, no sólo los señalados en la Ley de Presupuestos directamente, o aquellos que proveen de aportes semi directos, sino que también los fondos que se constituyen a través de la condonación de intereses de deuda externa, toda vez

---

<sup>1292</sup> Frente al requerimiento de funcionarios para realizar el Censo, ha señalado la CGR que este “involucra el actuar y los recursos de organismos de la administración estatal en los términos establecidos en la ley [...], sujetos a fiscalización de contraloría, [...] ya que lo contrario, afectaría la autonomía e independencia que el ordenamiento jurídico impone a esta entidad de control para el correcto desempeño de la función fiscalizadora, que en sus diversas modalidades, el mismo le ha asignado”. Dictamen N° 46.979 de 2001.

<sup>1293</sup> Sesión N° 63, de 2001, de la Cámara de Diputados.

<sup>1294</sup> Dictamen N° 1.736, 2003.

que éstos son “de propiedad del gobierno de Chile hasta que los desembolsa a través de donaciones en favor de organizaciones no gubernamentales que presenten proyectos destinados a cumplir las finalidades” de un fondo<sup>1295</sup>.

Esto implica que el órgano contralor se atribuya competencias amplias para fiscalizar. En efecto, señala que “compete a la institución contralora fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la administración de los recursos del Estado, pudiendo exigir a los servicios públicos los informes necesarios que le permitan la comprobación de los ingresos y gastos correspondientes a la gestión”<sup>1296</sup>.

Existe también competencia contralora cuando privados perciben fondos públicos para realizar actividades de interés general. Esta circunstancia ha sido sistemáticamente reconocida en las leyes de presupuestos en la medida que imponen a todas las organizaciones no gubernamentales<sup>1297</sup> que reciban ingresos del erario nacional indicar el uso o destino de dichos fondos, los cuales quedarán sujetos a la fiscalización de la CGR, conforme a las instrucciones impartidas por dicho organismo respecto de la rendición de cuentas, coherente con las facultades que le encomienda la LOCCGR.

La aplicación de esta norma generó la necesidad de regular a quienes percibían dichos fondos. Con dicho objeto se dictó la Ley N° 19.862, que dispuso del establecimiento de un registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos, obligando a la CGR incorporar en dicho registro los resultados de su fiscalización (art. 4°).

---

<sup>1295</sup> Dictamen N° 3.481 de 2000.

<sup>1296</sup> Dictamen N° 37.352 de 1999.

<sup>1297</sup> Uno de los aspectos complejos es definir quiénes tienen la calidad de Organizaciones No Gubernamentales. Sin embargo, siguiendo a HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2002) 75, podríamos aproximarnos a una definición, sosteniendo que son órganos no integrantes de la Administración ni de ningún poder del Estado, de manera que son entidades privadas, sin que la personalidad jurídica como trámite formal les dé esas características, sin perjuicio de las exigencias legales de tener determinadas formas con el objeto de percibir fondos públicos. En todo caso, es la ausencia de ánimo de lucro lo que define su contenido más concreto. Las ONGs representan el sentido de grupos intermedios a los cuales la Constitución les da un rol prevalente (art. 1°, inciso 2°), por lo cual en la determinación de sus objetivos e integración carecen de intervención estatal. En tal sentido, no son creadas por ley; a lo más, la autoridad les reconoce u otorga personalidad jurídica. Se desenvuelven en sus actividades como un privado, pudiendo hacer todo aquello que no les esté prohibido.

El control que establece la ley es doble. Por una parte, respecto del uso o destino de los recursos. Por la otra, respecto de la fiscalización de la CGR. En lo que se refiere al control de destino, la ley señala que las ONG que reciban ingresos públicos deben indicar el uso o destino de dichos fondos. El fundamento de esta obligación radica en la necesidad que tiene el Estado de asegurar que los fondos se empleen en los propósitos que se tuvieron en cuenta al transferirlos. Si el beneficiario del aporte no está obligado a devolver un aporte estatal, por lo menos debe emplearlo en los fines que el órgano o servicio público estableció. La obligación de la ONG se traduce, en primer lugar, en que no puede emplear los recursos en otros fines que los convenidos o dispuestos. La ONG no puede apartarse del objetivo para el cual le fueron donados los recursos. En segundo lugar, la ONG debe señalar al órgano o servicio público que le efectuó la transferencia, en qué gastó específicamente los ingresos, o sea, en qué los invirtió, qué cubrió con ellos. Para verificar que los fondos están correctamente empleados, es esencial conocer el monto y destino de los egresos financiados con fondos fiscales.

407. LLEVAR LA CONTABILIDAD GENERAL DE LA NACIÓN. La CGR tiene por obligación constitucional establecer la contabilidad nacional, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Ministerio de Hacienda y a la Dirección de Presupuestos, en el marco de las regulaciones presupuestarias<sup>1298</sup>. El objetivo de la contabilidad gubernamental, es que sea un órgano externo a los gestores quienes establezcan la manera y modo en que se registran los hechos económicos al interior de la Administración, con la finalidad de disponer de información adecuada para las finanzas públicas, así como velar por la utilización correcta de los recursos públicos.

La contabilidad de la nación es uno de los procesos del Sistema de Administración Financiera del Estado, regulado en el DL N° 1.263, y es definido como “el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos”<sup>1299</sup>.

---

<sup>1298</sup> Artículos 9° y ss. de la LOAFE.

<sup>1299</sup> Art. 1° LOAFE.

En este sistema, a la CGR le corresponden dos grandes funciones: la de contabilidad<sup>1300</sup> y la de control de legalidad del gasto<sup>1301</sup>. El proceso de contabilidad supone la determinación de las reglas para registrar los hechos económicos que afectan al Estado y sus instituciones, de manera de informar sobre la situación financiera, patrimonial y presupuestaria, del país, sector o cada servicio en particular. La de control, implica la realización de un conjunto de actividades destinadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos del Estado, de conformidad a las reglas legales respectivas.

Uno de los aspectos claves en la gestión contable de la nación es la clasificación presupuestaria<sup>1302</sup>, que si bien le corresponde a la Dirección de Presupuestos, tiene un efecto sobre las competencias de la CGR, por un lado, en torno a la forma en que se contabilizan los recursos, y por el otro, pues acota los rubros del gasto público, es decir, dado que determinados recursos están en una parte del clasificador presupuestario, éstos no pueden ser utilizados en otro rubro. Operar al margen de esta mera fórmula contable implica actuar ilegalmente y, por lo tanto, genera efectos sobre la legalidad del acto y la responsabilidad del funcionario.

La competencia principal de la CGR es, en esta materia, establecer los principios, normas y procedimientos del sistema de contabilidad de la nación, siendo responsabilidad de los órganos administrativos su diseño y operación<sup>1303</sup>. De este modo, la CGR consolida la información presupuestaria y patrimonial que emana de los sistemas contables institucionales y prepara los estados informativos de la gestión financiera<sup>1304</sup>.

408. EXAMEN Y JUZGAMIENTO DE LAS CUENTAS. A la Contraloría General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de

---

<sup>1300</sup> Artículos 63 y ss. de la LOAFE.

<sup>1301</sup> Artículos 51 y ss. de la LOAFE.

<sup>1302</sup> Actualmente se encuentra establecido en el DS N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

<sup>1303</sup> Artículos 63 LOAFE y 34 LOCCGR. En la actualidad las instrucciones sobre contabilidad general de la nación están determinadas en el Oficio Circular N° 60.751, de 2004, con el objetivo de adecuarlas a la nueva clasificación presupuestaria.

<sup>1304</sup> De conformidad a la ley (art. 69 LOAFE), es obligatoria la elaboración de tres estados consolidados sobre: situación presupuestaria, financiera y patrimonial. Sin perjuicio de ello, la CGR podrá elaborar otros.

la Constitución Política, le corresponde el examen y juzgamiento de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo bienes de las entidades sometidas a su fiscalización. La CPR distingue entre examen de cuentas y el juzgamiento de las mismas, entregando la regulación específica de ambas actividades a la LOCCGR.

La idea de examen y juzgamiento responde a la necesidad de disponer de un control externo del gasto público. En efecto, la idea central de este tipo de control es que la Administración debe disponer de la inversión de los recursos públicos aprobados por el Parlamento. Los ingresos (tributos) y los gastos (presupuestos) dependen de la voluntad del Parlamento (esto es una cuestión que no debe olvidarse si se quiere enfrentar adecuadamente este conflicto). Sin embargo, en el modelo nacional es la propia Administración la que fiscaliza el gasto, aunque sea una institución autónoma, dejando al Parlamento un control de eficiencia<sup>1305</sup>.

La ejecución presupuestaria, desde la perspectiva del gasto, debe ser controlada precisamente, por tratarse el presupuesto de un instrumento de distribución del poder entre los distintos órganos políticos del Estado. Cualquier intento de analizar y controlar la estructura y funciones del Estado, sin considerar en profundidad su Presupuesto, carece de relevancia jurídica y política<sup>1306</sup>. Por esta razón, no basta con el control interno efectuado por

---

<sup>1305</sup> En los modelos comparados se conocen dos sistemas: el jurisdiccional francés y el parlamentario británico. El primero, a través de los sistemas de Tribunales de Cuentas; y el segundo, a través de modelos de auditoría. Pero en ambos, no cabe duda que el control del gasto se realiza para proporcionar información adecuada a quien tiene la competencia definitiva: el Parlamento.

<sup>1306</sup> Por esta razón resultan inadmisibles cláusulas legales que eximen del examen y juzgamiento de cuentas a determinados organismos públicos, aunque tengan autonomía constitucional, como es el Ministerio Público.

La jurisprudencia administrativa ha señalado que “el Ministerio Público queda excluido del juzgamiento de las cuentas efectuado por Contraloría y los funcionarios de aquél, que administren fondos, no quedan sujetos a la obligación de rendir fianza de fidelidad funcionaria. [C]ircunstancia que [L]ey N° 19.640 art. 90, establezca que el Ministerio Público se sujetará a las normas del DL N° 1.263/75, no modifica lo anterior, porque si bien artículos 54 y 56 de dicho decreto ley, reiteran las facultades que Ley N° 10.336 encomienda a Contraloría en cuanto al examen y juzgamiento de cuentas de los organismos del sector público y en relación con la rendición de fianza, no procede entender que somete al Ministerio Público al juzgamiento de cuentas ni al régimen de caución, dado que la interpretación de aquellas disposiciones debe hacerse atendiendo a un criterio lógico y sistemático, y a una debida armonía entre ellas. Así, referencia que citado art. 90 realiza a DL

la propia Administración sobre el gasto que ella ejecuta. El control interno, financiero y de legalidad es imprescindible para un buen funcionamiento de la Administración y del gasto público. Sin un control interno, efectuado con carácter previo, por la propia Administración, el control externo pierde eficacia, profundidad, relevancia y utilidad.

De esta manera, la Ley N° 10.336, establece en su artículo 95, que el examen de cuentas tiene por objeto fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República y la inversión de los fondos de esas corporaciones, comprobando, en ambos casos, si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su ingreso y su aplicación a gastos. Además, la citada disposición agrega que el examen de cuentas tiene por objeto comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad<sup>1307-1308</sup>.

---

N° 1.263, se entiende en el sentido que el Ministerio Público sólo está sometido a las disposiciones de ese texto, que rige en general, la administración de los fondos y el sistema presupuestario, que implica lo relativo a la formulación y ejecución presupuestaria, considerando que su presupuesto se considera anualmente en la ley respectiva". Dictamen N° 33.847 de 2003.

<sup>1307</sup> Desde esta perspectiva a la Contraloría le está negada la posibilidad de ejercer un control de eficiencia y eficacia del gasto por la vía legal, mas esa negación no existe a nivel constitucional. La situación en esta materia en el Derecho comparado es diversa. Entre los Estados que prevén expresamente el ejercicio de este tipo de control, encontramos el Tribunal de Cuentas español, en los EE.UU. y Alemania donde la *General Accounting Office* y el *Bundesrechnungschol* (Tribunal de Cuentas Federal) respectivamente, tienen competencias para pronunciarse sobre la eficacia, la eficiencia o la economía de una decisión financiera adoptada por la Administración, e incluso para determinar si una decisión política ha sido la mejor que se podía haber adoptado desde un punto de vista económico; Francia, donde la *Cour des Comptes* ha asumido competencias en relación al control sobre una buena gestión financiera "*bon emploi des fonds*"; Austria, Canadá, Suecia y hasta el Tribunal de Cuentas de la UE, donde además del control de legalidad y de regularidad del gasto, deben emitir un informe sobre la buena gestión financiera, valorando los resultados (control de eficacia), la economía y la eficiencia. Entre los países en los que la legislación no prevé la realización de este control de oportunidad, los órganos respectivos centrándose fundamentalmente en el de estricta legalidad contable, encontramos, entre otros: Inglaterra, donde el control de eficacia lo realiza la *House of Commons*; Italia, donde la *Corte di Conti* se ocupa únicamente de la legalidad del gasto o del aspecto formal; lo mismo sucede en Bélgica.

<sup>1308</sup> Otro aspecto clave vinculado, es el ejercicio o no de competencias discrecionales en materia de gasto público. El caso más relevante de los últimos años fue el gasto incurrido en un programa del Gobierno denominado AUGE (Acceso Universal de Garantías Explícitas). En

Por otra parte, siguiendo el tenor del artículo 98 de la CPR, se puede afirmar que en el juzgamiento siempre importa la existencia y ejercicio de la actividad jurisdiccional. Desde esta perspectiva, el juzgamiento de las cuentas es uno de carácter contable o financiero, que puede ser definido como “aquella potestad soberana de decidir necesariamente en un caso concreto, sobre actos o conductas –objetiva o subjetivamente– en relación con la Hacienda Pública, actuando las normas jurídicas que la regulan, y en caso de alcance, ejecutar el reintegro y resarcimiento que se imponga al

---

efecto, el Gobierno decidió pagar por publicidad de este programa que se encontraba en trámite legislativo en el Parlamento. La oposición señaló que este gasto era propaganda electoral, pues la ley de presupuestos sólo autorizaba a pagar en publicidad respecto de programas vigentes. La Contraloría objetó el gasto señalando que era ilegal. El Gobierno sostuvo que este gasto se enmarcaba dentro de las competencias discrecionales de la autoridad, por lo cual la CGR no podía involucrarse.

Sobre este punto el órgano contralor afirmó, en el Dictamen N° 25.406 de 2003:

“[D]ebe precisar que al emitir el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, esta Contraloría General no se inmiscuyó, ni cuestionó la viabilidad técnica del ‘Plan AUGE’. Tampoco verificó ni evaluó si el Ministerio de Salud había cumplido con los fines y las metas programadas respecto de la política de salud del Gobierno, a través del ‘Plan AUGE’, ni se pronunció sobre aspectos de mérito de dicho plan, ni mucho menos acerca de la conveniencia de formular un nuevo sistema de salud por parte del Gobierno y del Poder Legislativo.

Por lo tanto, entender que a través del referido dictamen esta Entidad Fiscalizadora se pronunció sobre aspectos que son propios de la competencia de la Administración, significa atribuir a ese pronunciamiento un alcance que no se condice con su contenido ni con las atribuciones que la Constitución Política y Ley N° 10.336 han conferido a este Organismo Fiscalizador, ni tampoco con la interpretación que de sus facultades ha hecho la propia jurisprudencia administrativa.

En este contexto, debe reiterarse que el mencionado Dictamen N° 47.311, de 2002, analizó la procedencia de los desembolsos en publicidad y difusión del ‘Plan AUGE’ efectuados por el Ministerio de Salud, examinando si los antecedentes proporcionados por esa Secretaría de Estado acreditaban suficientemente el cumplimiento de los requisitos que el artículo 16 de la Ley de Presupuestos para el año 2002, había contemplado para tales efectos.

De lo expuesto aparece de manifiesto que, en la especie, la Contraloría General se ha limitado a examinar la legalidad de una actuación administrativa específica, a la luz de una regulación de carácter general aplicable al Sector Público, fiscalización que ha tenido por objeto verificar si el Ministerio de Salud actuó conforme a derecho al momento de comprometer los desembolsos cuestionados, todo ello dentro del marco jurídico que la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 le han fijado a esta entidad fiscalizadora, para efectuar el control de la legalidad de los actos de la Administración en relación con el ingreso e inversión de los fondos públicos”.

Sin embargo, con posterioridad el Tribunal de Cuentas de segunda instancia, consideró que al haber actuado de esta forma la CGR había calificado el mérito.

responsable en la sentencia; función que se realiza mediante la atribución plena y exclusiva, dentro del orden constitucional, a un órgano jurisdiccional específico del Estado, instituido, en principio, de garantías de independencia e imparcialidad y la observancia de determinadas normas legales que regulan la actuación, dentro de la relación jurídico-procesal de aquélla, y de los demás sujetos que actúan en la misma<sup>1309</sup>.

Es decir, se trata de enjuiciar la responsabilidad contable en la que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Esto es, una acción que se ejerce respecto de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. De este modo, al aparecer configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional, supone aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial en el que aparecen los elementos objetivos y formales que caracterizan al proceso.

En este contexto, es necesario resolver si en el caso específico del juzgamiento de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo bienes de las entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República, se puede afirmar que lo dispuesto en el precepto constitucional que dispone que dicho juzgamiento está entregado al Organismo de Control, induce a un aparente error interpretativo que, sin embargo, no existe como tal. En efecto, al señalar el artículo 98 de la Carta Fundamental, que está entregado a la Contraloría General el examen y juzgamiento de las cuentas, da a entender que existe una duplicidad de funciones que son ejercidas por un solo ente público, dentro de las cuales se encuentra el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que es propia de los Tribunales de Justicia creados por ley. Sin embargo, la actividad jurisdiccional, que importa el juzgamiento de las cuentas, no es propiamente ejercida por la Contraloría General, sino por el Juzgado de Cuentas, que es un Tribunal de la República dotado de potestad jurisdiccional y de una competencia específica, distinta e independiente de

---

<sup>1309</sup> NOFUENTES GARCÍA MONTORO (1982) 1042.

la que tienen los otros tribunales que forman parte del Poder Judicial, al tenor de lo establecido en el artículo 5º, inciso final del Código Orgánico de Tribunales<sup>1310</sup>.

Lo anterior significa que el Juzgamiento de las Cuentas se produce luego de haberse practicado un examen de las mismas, del cual se derivaron observaciones que no fueron subsanadas en tiempo y forma por las personas que tenían a su cargo los bienes de las entidades fiscalizadas. En tal caso, la Unidad de la Contraloría General que llevó a cabo tal examen formulará un reparo que tendrá por objeto poner en marcha la actividad jurisdiccional, no del Órgano de Control, sino del Juzgado de Cuentas que se inserta en su estructura, pero que ejerce una función diametralmente distinta y sujeta a un procedimiento especial, de carácter contencioso, que se encuentra regulado en el Título VII de la LOCCGR<sup>1311</sup>.

La responsabilidad de los cuentadantes derivada de los hechos establecidos en un Juicio de Cuentas, es generalmente civil patrimonial, ya que su finalidad es establecer la existencia de un hecho ilícito, ya sea doloso o culposo, que ha causado daño al patrimonio público. La responsabilidad de los cuentadantes no está determinada por el incumplimiento de sus obligaciones como funcionarios o personas que reciben bienes para el cumplimiento de determinados objetivos, sino por un hecho imputable en

---

<sup>1310</sup> En este sentido la Corte Suprema ha señalado que “[n]o es admisible la alegación formulada por el Contralor General de la República de ser improcedente el recurso de queja deducido en contra de su sentencia en tanto juez de segunda instancia en el juicio de cuentas, por cuanto, tratándose de un tribunal, la propia Constitución ha conferido en su artículo 79 inciso 1º a la Corte Suprema ‘la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación’”. Corte Suprema, 23 de agosto de 1990 (recurso de queja). Martínez Aravena, Óscar (en juicio de cuentas, en contra de sentencia del Contralor General de la República). *RDJ*, Tomo LXXXVII (1990), Nº 3 (septiembre-diciembre), Sección 5ª.

<sup>1311</sup> El Juicio de Cuentas se inicia por medio de la formulación de un reparo, el cual constituye la demanda y que puede tener su origen en un examen de cuentas o en las conclusiones consignadas a una investigación sumaria o en un sumario administrativo. En el primer caso, el reparo será formulado por el Jefe de la Unidad de la Contraloría General que haya practicado el correspondiente examen de cuentas y, tratándose de Juicios de Cuentas que se originen en las conclusiones derivadas de una investigación o sumario administrativo, por aplicación de los artículos 61, inciso final y 129 de la Ley Nº 10.336, el Contralor General deberá disponer que se eleven los antecedentes al Juez de Cuentas para que determine y haga efectiva la responsabilidad de los afectados.

su conducta, sea en grado de dolo o de culpa, que causa daño. En consecuencia, el juicio de cuentas no puede consistir en un reproche objetivo.

El objetivo del Juicio de Cuentas es establecer y determinar únicamente la responsabilidad civil de los cuentadantes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieren existir o de los delitos que paralelamente se establezcan, como consecuencia del principio de independencia de las sanciones. Este principio cobra especial importancia tratándose de hechos que hayan sido materia de una investigación sumaria o de un sumario administrativo, en los cuales se determine que los afectados son merecedores de una sanción pecuniaria, siendo las conclusiones de dichas encuestas sumariales suficientes para los efectos de iniciar el respectivo Juicio de Cuentas<sup>1312</sup>.

#### IV. CONTROL DE GESTIÓN

409. IMPORTANCIA DEL CONTROL DE GESTIÓN. El contemporáneo control de gestión, y su relevancia para el Derecho Administrativo, parte del reconocimiento de que la forma y modo en que ha evolucionado la relación entre los presupuestos públicos y la ejecución de competencias públicas, impone que la forma en que se evalúa la manera en que se realizan dichos gastos genera una mejoría de la calidad de servicios que provee el Estado, y como lógica consecuencia, una mejor titularidad de derechos por parte de los ciudadanos.

Si bien podemos estar de acuerdo en que para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, es necesario financiarlos, en otros términos los derechos cuestan dinero<sup>1313</sup>, es cierto también que los ciudadanos deben exigir al Estado que esos recursos destinados a la satisfacción de sus derechos, deben ser invertidos de manera adecuada de conformidad a los criterios de interés público y competencia que les exige la propia Constitución.

410. EL PRESUPUESTO COMO EJE DEL CONTROL DE GESTIÓN. Desde este punto de vista, la relación entre el Parlamento y el Ejecutivo en el rol que les

---

<sup>1312</sup> Art. 129 LOCCGR.

<sup>1313</sup> Cfr. HOLMES-SUNSTEIN (1999); PAUNER (2001) 191.

corresponde respecto a los recursos públicos<sup>1314</sup>, desde su recaudación hasta sus gastos, es una de las dinámicas más atractivas en los análisis sobre la teoría del poder público que tempranamente detectara Laband<sup>1315</sup>. Es cierto,

---

<sup>1314</sup> El papel que le corresponde al Legislativo no consiste únicamente en determinar la previsión de los gastos autorizada anualmente (mediante la aprobación de la Ley de Presupuestos); ni en cómo deben priorizarse las distintas partidas presupuestarias (normalmente tarea que corresponde al Ejecutivo). Sino, y sobre todo, en comprobar cómo el presupuesto ha sido definitivamente gastado.

<sup>1315</sup> Sobre el protagonismo histórico del presupuesto y los orígenes del Derecho Público ver LABAND (1979), así como la introducción al libro realizada por RODRÍGUEZ BEREJO. La cuestión relativa a la naturaleza jurídica del presupuesto, nacida en Alemania a finales del S. XIX, refleja el hecho de que el Parlamento no ostenta competencias plenas en materia presupuestaria y se considera a la Ley de Presupuestos como una ley formal.

Los argumentos de esta tesis son los siguientes: por una lado debe distinguirse el presupuesto (elaborado por la Administración) de la ley que lo aprueba (elaborada por el Parlamento). Aunque el acto de la administración debe ser aprobado por el Legislativo, esto no convierte en ley material el acto aprobado. La ley de aprobación es pues una ley en sentido formal puesto que el Legislativo no está ejerciendo una función propiamente legislativa, sino de control político de la actividad del Gobierno. De ello podemos deducir que el Legislativo no ostenta iniciativa legislativa en materia presupuestaria, ni puede modificar el presupuesto, sino que debe aprobarlo o rechazarlo en bloque, en la medida que es la propia Administración la que mejor conoce las necesidades financieras del Estado. El valor jurídico del Presupuesto, no deriva de la intervención legislativa en esta materia, sino del derecho propio del Gobierno de la misma. Como señala RODRÍGUEZ BEREJO, “aunque sinuoso razonamiento, no deja de ser brillante: primero se entiende que la ley de presupuestos es únicamente el articulado, en tanto que los estados de ingresos y de gastos son un acto de la Administración, un cuerpo separado al que se ha unido aquél. Luego apoyándose en la teoría de la separación de poderes del Estado se dice: puesto que el presupuesto, en sí mismo (...) no es un acto legislativo, sino un acto administrativo, entra dentro de las atribuciones normales del gobierno; por lo que el Legislativo carece de competencias para modificar el Presupuesto, pues de otro modo sería una violación al principio de separación de poderes”.

Fue en esta línea en que el TC Chileno se pronunció el año 1997 cuando resolvió la disputa entre el Gobierno y el Parlamento (STC Rol N° 254), relativo a las competencias del Presidente en la aprobación del Presupuesto.

Sostuvo el TC que:

“Ello implica que el poder administrador está facultado para usar las potestades indispensables, las que deberán contar con la flexibilidad necesaria para que no pierdan el sentido que la Constitución señala para tan importante materia en el desarrollo integral del Estado” (C. 2).

“Lo cual supone ver al Presupuesto como ‘un instrumento de política fiscal’ que baraja la variable de ingreso y gasto público, lo que explica que éste contenga elementos de periodicidad, discrecionalidad y condicionalidad que lo distinguen de las leyes tradicionales” (C. 16).

también, que las dinámicas de los modelos de sistemas políticos tiene fuerte incidencia, a lo menos durante buena parte del siglo XX, en la forma y modo en que se resuelven estas relaciones<sup>1316</sup>, lo que es aún más evidente en mi opinión desde los años 80 y claramente durante los 90, en donde la disciplina fiscal se transforma en una de las cuestiones más relevantes de la política pública<sup>1317</sup>, por lo tanto la forma y modo en que se ejecutan los presupuestos, con fuerte impacto en la macroeconomía, importan no sólo a los gestores, sino también al Derecho y en particular al Derecho Administrativo, que definirá los espacios legítimos de intervención del gasto, así como las reglas de control que lo harán efectivo.

---

“Que, el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico. Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas. La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos. En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal. Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina de que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley” (C. 19).

<sup>1316</sup> La historia constitucional chilena así lo acredita. El propio TC (Rol N° 254) se hizo cargo de esta circunstancia señalando que “[l]a historia nos muestra que la guerra civil de 1891, bajo el gobierno de Balmaceda, se originó en su disputa con el Congreso a raíz de la discusión de la Ley de Presupuestos. Dicha experiencia hizo que el constituyente de 1925 se cuidara de regular en forma exhaustiva el tema. La detenida regulación constitucional, que proviene del texto de 1925, procura evitar así lo que sucedió en el pasado, durante la vigencia de la Constitución de 1833, cuando con el pretexto del despacho de la Ley de Presupuestos el Parlamento presionaba y ejercía influencia sobre el Ejecutivo. Por su parte, respecto de la Constitución de 1980, debe ponerse de relieve, como lo destaca el profesor don Alejandro Silva Bascañán que “todo lo relativo al Presupuesto Anual se encuentra sumido en el propósito sustancial de darle unidad de manejo tributario y financiero al sector público, entregando la responsabilidad de su formulación y ejecución al Presidente de la República, como una de las manifestaciones del vigoroso presidencialismo consagrado en la Constitución de 1980” (C. 23).

<sup>1317</sup> Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO (1995) 127. Sobre el proceso chileno, ver SCHAMIS (2002) 29-84; LARRAÍN-VERGARA (2000) 71-107.

El control de gestión está apuntado al hecho de que éste autoriza a velar no sólo porque las normas jurídicas que permitan los gastos se cumplan, sino que también se puede realizar una valoración sobre los programas de gasto público elaborados por el Gobierno. Esto se traduce en que el Parlamento, a través de la gestión de los presupuestos por la vía de programas, traslada al Ejecutivo la carga de la prueba para demostrar la legitimidad de sus programas públicos. Un programa es legítimo, a los ojos de esta forma de control, cuando éste ha seguido los resultados por los que inicialmente fue concebido. Es decir, esta concepción de las normas presupuestarias, y la necesidad cada vez más urgente de elaborar presupuestos y programas presupuestarios por programas y objetivos por parte del Ejecutivo (sobre quien recae la iniciativa legislativa en la materia), produce como consecuencia, la habilitación a los órganos del control, para que puedan evaluar si aquellos programas u objetivos han sido alcanzados.<sup>1318</sup>

En definitiva, el ciclo presupuestario, clave en la comprensión de los actuales sistemas de control de gestión, sólo tiene sentido si es interpretado desde la perspectiva de la separación de poderes y los conceptos de pesos y contrapesos, a los cuales hemos hecho mención *en N° 371*. El Ejecutivo elabora el proyecto de Ley de Presupuestos (es decir, establece

---

<sup>1318</sup> El TC en la STC Rol N° 1867, afirmó que, junto a los clásicos principios que regulan el presupuesto (legalidad, equilibrio presupuestario, preponderancia del Ejecutivo, anualidad, unidad, universalidad y especialidad) existe ahora el de transparencia, que obliga al Ejecutivo entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional (C. 30). Que dicho principio ha sido instaurado paulatinamente, en las sucesivas leyes de presupuesto o en modificaciones legales específicas, siendo ejemplos de ello la incorporación permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, hecha por la Ley N° 19.875; o la remisión al Congreso Nacional de los informes de evaluación de programas sociales, de fomento productivo y desarrollo institucional que se determinen año a año, contemplada por la Ley N° 19.896. Este principio revela una tendencia que se enmarca dentro del giro que significó la reforma constitucional del 2005 para los órganos del Estado, con la instauración del artículo 8°. Esto obliga a la publicidad de sus actuaciones. Complementando dicha regulación, la Ley N° 20.285 configuró un derecho de acceso a la información pública, que puede invocar cualquier persona. Si bien este derecho es configurado por el legislador respecto a la relación que deben tener con las personas los órganos del Estado, ello no obsta a que la publicidad y la transparencia también sean predicables respecto de las relaciones entre órganos del Estado (C. 31). Que, además, dicha instauración revela un proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo, extremadamente delicado, que el Tribunal, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos (C. 32).

una priorización en las partidas presupuestarias que van a conformar el gasto público, en función de sus objetivos políticos)<sup>1319</sup>. El Legislativo aprueba la Ley de Presupuestos en virtud de su función constitucional de representación popular, aunque con muchísimas restricciones para él<sup>1320-1321</sup>. Con ello habilita al Ejecutivo para que actúe, atendiendo y respetando el principio de legalidad del gasto<sup>1322</sup>, que en materia presupuestaria es definido por el TC como de carácter flexible<sup>1323</sup>. A su vez órganos de control interno (Dirección de Presupuestos) y Externos (Contraloría) velarán

---

<sup>1319</sup> Hoy en día, la dificultad y la dimensión de los asuntos públicos, el protagonismo económico del Estado y la complejidad de sus actuaciones y actividades han situado al Parlamento en una inferioridad flagrante de condiciones respecto al Gobierno. Éste dispone de muchos más medios y recursos, de un mayor grado de especialización entre su personal, y de una tecnificación mucho más sofisticada y moderna. En este sentido ver GARCÍA MORILLO (1997) 141.

<sup>1320</sup> En este sentido lo enuncia el propio TC, STC Rol N° 254, C. 17. En el mismo sentido STC Rol N° 1867.

<sup>1321</sup> El artículo 67 de la CPR señala que:

“El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente.

La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos.

No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza”.

<sup>1322</sup> Art. 32 N° 20 CPR.

<sup>1323</sup> STC Rol N° 254, C. 19. “Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, o no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así”. De manera que “es un hecho que la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones legislativas del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República, criterios que deben tenerse presente para la interpretación” (C. 21). “La Ley de Presupuestos es una ley marco y,

por la ejecución correcta de los fondos públicos, desde la perspectiva de la finalidad y la legalidad. Finalmente, el Parlamento comprobará que la ejecución de aquel presupuesto originalmente aprobado por él, ha sido ejecutado por el Gobierno conforme a su voluntad, mediante el funcionamiento ordinario de la Comisión Mixta de Presupuestos<sup>1324</sup>. Sólo así se podrá poner fin a todo el proceso de ejecución presupuestaria: una vez que el Legislativo tenga un conocimiento real y ajustado de la gestión de los fondos públicos por el Gobierno y la Administración, y pueda efectivamente

---

por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución” (C. 22), de manera que el principio de legalidad “recibe una aplicación atenuada y flexibilizada” (C. 24).

<sup>1324</sup> En efecto, el Parlamento, preocupado ante la evidencia de que la posibilidad de ejercer una fiscalización efectiva de la acción administrativa se le ha ido escapando de su control, intenta crear mecanismos para poder obtener (y retener) cierto conocimiento sobre aquellas actividades que considera políticamente más sensibles. Y si en algún terreno esa condición se pone de manifiesto con absoluta claridad, es precisamente en lo relativo al control de gastos.

Esta es una de las razones que lleva a la dictación de la Ley N° 19.875 (DO 20.05.2003) que estableció la existencia de la Comisión Mixta Permanente de Presupuestos (mediante una modificación a la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional). Su objetivo es “realizar un seguimiento de la ejecución de la ley de presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario [...]. Para los efectos de realizar el seguimiento, la comisión especial podrá solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria que sea proporcionada por el Ejecutivo de acuerdo a la ley, poner dicha información a disposición de las Cámaras o proporcionarla a la comisión especial que deba informar el siguiente proyecto de Ley de Presupuestos. Contará para ello con una unidad de asesoría presupuestaria. En caso alguno esta tarea podrá implicar ejercicio de funciones ejecutivas, o afectar las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, o realizar actos de fiscalización” (art. 19 Ley N° 18.918).

Esta norma es consecuencia de lo que se ha denominado la batalla por el gasto público. Afirma VALENCIA ESCAMILLA (2002), que “[a]nte la escasa intervención del legislativo en la elaboración de las políticas públicas de los gobiernos, el control presupuestal se ha convertido en un arma que ha sido considerada como la única o la más conveniente para el Legislativo en el sentido de ganar espacios en la ‘batalla por el gasto’. Se trata de un proceso en el que el titular del gobierno y sus funcionarios se ven forzados a negociar con los legisladores y controlar desde su ámbito el proceso presupuestario. También es en este sentido que los legisladores en esta ocasión ceden sus prerrogativas a cambio de beneficios políticos. Por ejemplo, aprobar el presupuesto con relación a la seguridad social resulta benéfico para un legislador o una fracción parlamentaria, porque se trata de una medida popular que responde a presiones políticas y preferencias públicas, y ayuda a mantener u obtener el apoyo de cierto grupo de interés que se pretende representar, o al conjunto de electores que votarán a favor del partido. En este caso, el control se flexibiliza por la negociación y el pacto entre ambos poderes”.

pronunciarse sobre ella. He aquí el sistema de frenos y contrapesos. Ningún poder actúa, al menos teóricamente, sin la posibilidad de ser controlado y en su caso, corregido por el otro<sup>1325</sup>.

La dinámica del presupuesto responde a una relación de control entre los poderes públicos, pero a su vez incide fuertemente como medio de gestión de los servicios que provee el Estado y de la calidad de derechos de los cuales son sujetos los ciudadanos. Recibir buenos o malos servicios, está vinculado directamente con la forma y modo en que las personas ejercen las acciones jurisdiccionales en contra del Estado, lo que implica que el presupuesto no sólo supone una consideración contable, sino una real consideración de las extensiones de las potestades y los derechos<sup>1326</sup>.

---

<sup>1325</sup> Esta es la idea que subyace también a la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley N° 20.128), cuando señala:

“Artículo 1°. El Presidente de la República, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones, mediante decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Hacienda, establecerá las bases de la política fiscal que se aplicará durante su administración, que deberá incluir un pronunciamiento explícito acerca de las implicancias y efectos que tendrá su política sobre el Balance Estructural correspondiente al período de su administración. Copia de este decreto, así como de las modificaciones que se le introduzcan durante su vigencia, deberán ser remitidas a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial de Presupuestos a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional”.

<sup>1326</sup> La dinámica de la relación entre derechos, potestades y recursos públicos disponibles se encuentra sensiblemente expuesta, por ejemplo en lo relativo al Derecho a la Salud. En otros términos las prestaciones sanitarias, una mezcla entre potestad pública y derecho fundamental, quedan expuestas en esta materia, y suponen una opción por el contenido del sistema de derechos, o por su cobertura hasta el límite de los recursos. En este sentido ver el debate expuesto por HIERRO (2002). En el Derecho Administrativo ha sido tratado por PEMAN GAVÍN (2005) 43-118, quien señala que uno de los problemas centrales que atraviesa la Administración Sanitaria, atendida las complejidades actuales (progreso técnico y científico y los cambios sociales que producen modificaciones en los patrones de morbilidad), son el *quantum* prestacional, la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria y la universalización o no de las prestaciones.

El modelo legal chileno optó por esta última. En efecto, en la reciente aprobación de la Ley N° 19.966 (DO 03.09.2004) sobre Acceso Uniforme de Garantías Explícitas, ha quedado en evidencia ésta al señalar que “[e]l Ministerio de Salud dictará las normas e instrucciones generales sobre acceso, calidad y oportunidad para las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud no contempladas en el artículo anterior, tales como

De este modo, el impacto del *new management* público<sup>1327-1328</sup> exige dimensionar no sólo la actividad administrativa de una manera diferente, sino que también sus medios de control. En efecto, las circunstancias económicas actuales exigen una nueva concepción de la gestión pública que se basa en tres parámetros fundamentales: el equilibrio financiero estable, la calidad y la eficiencia en los servicios públicos, y la transparencia de la gestión<sup>1329</sup>.

411. CONTROL PRESUPUESTARIO Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN. En el contexto relatado, la disposición de información y aplicación de instrumentos que midan de diversas formas, desempeño, evaluaciones de diversas clases, cumplimiento de objetivos o metas, etc., la aplicación de los recursos presupuestarios, que a su vez se empleen tanto en la formulación y discusión de nuevos presupuestos, como en la generación pura de información de dominio público para efectos de someter al control ciudadano los gastos; constituyen todos instrumentos que se desplazan en una dirección correcta, a una mayor transparencia de los gastos y una mayor exposición del uso

---

estándares de atención y gestión de tiempos de espera, *teniendo presente los recursos físicos, humanos y presupuestarios disponibles*”.

<sup>1327</sup> CANSINO MUÑOZ-REPISO (2000) 53, 54, señala que la filosofía de la nueva gestión pública puede resumirse en las siguientes características: a) una mayor desregulación y un mayor énfasis en el establecimiento de objetivos bien determinados y seguimiento de su grado de consecución; b) descentralización de la gestión, lo que se traduce en el establecimiento de agencias para el desarrollo de funciones concretas, con objetivos y responsabilidades bien determinados; c) énfasis en la responsabilidad de los gestores a los diferentes niveles en que se encuentren situados, buscando asimismo el logro de una motivación adecuada para la introducción de mejoras en el funcionamiento de las entidades y departamentos que integran el sector público; d) establecimiento de un sistema de evaluación de gestión que pueda hacer un seguimiento eficaz del cumplimiento de objetivos, la determinación de responsabilidades y la motivación para la calidad de la gestión; e) una orientación hacia el cliente de la función pública, que esencialmente es el ciudadano, introduciendo, asimismo, criterios y valores de referencia tomados del mercado, en el lado de la demanda, y f) una atención a los mercados desde la perspectiva de la oferta (costos) analizando los precios y las condiciones de referencia que ofrezcan estos mercados, tanto los externos al sector público como los internos, concretados en actuaciones de otras entidades ubicadas en el sector público para desarrollar actividades asimilables a las que en cada circunstancia se consideren.

<sup>1328</sup> Sobre el impacto del *new management* en los modelos presidenciales y su relación con la Administración, ver PERCIVAL (1995).

<sup>1329</sup> MONTESINOS JULVE (2000) 39.

de los recursos, con un análisis alimentado por información de los programas, lo que permite medir adecuadamente los resultados del actuar de la Administración Pública.

Los de esquemas de control de presupuesto, si bien siempre han existido en términos de mecanismos de control del correcto empleo de los recursos públicos, recientemente han adquirido importancia por la eclosión de enfoques que relevan la transparencia y posibilidad de control sobre el uso de los recursos; los enfoques hacia los resultados en la ejecución de los servicios públicos, medidos como productos o servicios que son entregados a los ciudadanos; el empleo de indicadores de desempeño o estándares específicos de desempeño para la ejecución de actividades públicas.

La provisión de servicios públicos desde el Estado, ya directamente, ya bajo las modalidades de tercerización o externalización, posee diferencias concretas con la provisión privada de servicios, y también tiene complejidades adicionales signadas por la multiplicidad y heterogeneidad de mandantes (ciudadanos) que requieren los servicios que se prestan; la carencia de valores de transacción verificables de las prestaciones, toda vez que muchas provisiones de servicio público constituyen prestaciones gratuitas; y las dificultades en el establecimiento de objetivos de los servicios públicos, así como la vinculación compleja entre los productos provistos y resultados<sup>1330</sup>. No obstante la serie de dificultades que encara la orientación hacia los resultados en la formulación presupuestaria, en cuanto mecanismo de control, debe indicarse que ello constituye hoy una importante reorientación de la Administración, conjuntamente con un postulado de las modernas teorías sobre administración y control del Estado.

El caso chileno<sup>1331</sup>, exhibe una serie de hitos e instrumentos en ese sentido, los que serán someramente analizados más adelante, pero cuya aplicación sistemática y sostenida constituye un logro de la gestión administrativa, y la introducción de herramientas de gestión que, con enfoques estratégicos, permiten ejercer control de los recursos, y por esa vía controlar la acción

---

<sup>1330</sup> Vid. FREEMAN (2000).

<sup>1331</sup> Vid. GUZMÁN (2005), contiene la experiencia chilena detallada en la materia; RAMÍREZ ALUJAS (2004).

de la Administración, siempre con la mira de que estos se empleen adecuadamente en programas, proyectos y actividades que contribuyen a alcanzar metas y objetivos estratégicos de los servicios. Por otro lado, el enfoque del presupuesto por resultados, y sus diversos elementos, han permitido mejorar la formulación presupuestaria, pues en general estos instrumentos se inscriben en los ciclos presupuestarios, constituyendo información que los organismos públicos u otros órganos independientes generan para ser discutidos tanto en las instancias internas de la Administración (Ministerio de Hacienda, DIPRES), como en el Congreso.

412. LAS LÓGICAS DEL CONTROL PRESUPUESTARIO EN SISTEMA CHILENO. La Constitución Política establece la base de la regulación de los presupuestos del sector público. En efecto, determina los ingresos (art. 19, N° 20), la iniciativa (art 65, inciso 3°), la aprobación y condicionamiento parlamentario (art. 67), y la legalidad del gasto (art. 32, N° 20) y de los actos que impliquen recursos (art. 100).

De este modo, una importante fuente de control de la actividad estatal radica en el otorgamiento de los recursos presupuestarios, en la aplicación de los mismos a los objetivos determinados por las necesidades públicas a satisfacer, y, finalmente en el seguimiento y monitoreo de su correcta inversión a los objetivos aplicados. Todo ello por el papel que cabe a la ordenación material de estos recursos en la actividad estatal productora de bienes y servicios para satisfacer necesidades públicas<sup>1332</sup>.

Los distintos estados en que la inversión de recursos pudiera hallarse, o los logros que de la aplicación de los mismos devienen, pueden hallarse en el amplio arco que va desde el producto o servicio, generado en forma más bien inmediata luego de la gestión efectuada para llevarlo a cabo, hasta los resultados de mediano o largo plazo, denominados impactos, y que podrían considerarse como los objetivos finales de la intervención, porque constituyen, verdaderamente un cambio de condiciones buscado y encontrado por medio de la actividad pública.

---

<sup>1332</sup> El artículo 11 de la LOAFE señala que “[e]l presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”.

A nivel legal los órganos intervinientes en el proceso presupuestario, y a los que cabe atribuir papeles en la gestión de los recursos para el presupuesto, anualmente son el Ministerio de Hacienda (Dipres); el Congreso Nacional, en sus comisiones correspondientes a cada Cámara y la Comisión Especial Mixta de Presupuestos; y los servicios públicos integrantes de la Administración activa y que son considerados en la Ley de Presupuestos.

La intervención de todos ellos está regulada y su participación en el ciclo de formulación presupuestario se encuentra acotada y detallada. El ciclo de formación del presupuesto, constituye, de este modo, un estadio de control de la actividad pública efectuada con los recursos aportados, toda vez que, conforme a las tendencias modernas, este ciclo emplea gran cantidad de información generada a partir de la ejecución de los presupuestos anteriores, y su evaluación y medición cuantitativa y cualitativa<sup>1333</sup>.

La articulación en la entrega de esta información corresponde a la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda que coordina la discusión presupuestaria, inicialmente hacia la Administración, en la que se conciben los presupuestos de los servicios al interior de un presupuesto de partida o presupuesto ministerial; luego, es este mismo órgano que, alimentado por los datos del trabajo presupuestario con los organismos públicos, presenta los resultados de los diversos instrumentos ante el Legislativo, durante el proceso de discusión presupuestaria.

Esta dinámica de discusión constituye un primer control de suma importancia, donde temas relacionados al escrutinio político de los gastos públicos, a la estructura que este gasto va a revestir, a los productos servicios u objetivos estratégicos que con esos gastos se persigan, van a ser, precisamente, objeto de la discusión cruzada de los actores electos popularmente, previas presentaciones desde el Ejecutivo. Y cada vez más va revistiendo importancia la ocupación en este proceso de los datos del rendimiento anterior. Se cumplen de esta forma ciclos importantes de control, pues los propios parlamentarios que conocieron determinados

---

<sup>1333</sup> El artículo 9º de la LOAFE señala que el sistema presupuestario “estará constituido por un programa financiero a tres o más años plazo y un presupuesto para el ejercicio del año, el que será aprobado por ley”. De este modo, “el programa financiero es un instrumento de planificación y gestión financiera de mediano plazo del Sector Público” (art. 10).

programas cuentan con la información disponible relativa al cumplimiento de los mismos.

En ese contexto, y precisamente a raíz de protocolos de acuerdo que se han suscrito entre el Ejecutivo y el Parlamento, temáticas como la evaluación obligatoria de determinados programas gubernamentales, tienen actualmente un espacio en nuestra legislación, que incluso considera la evaluación de terceros<sup>1334</sup>.

Los enfoques de Nueva Gestión Pública, ponen énfasis en los resultados, la transparencia, el control del gasto, etc., y uno de sus contenidos lo constituye precisamente el establecimiento de cada vez más completos indicadores de resultado o desempeño.

Los principales objetivos del sistema presupuestario tienen que ver con la consecución de disciplina fiscal; la eficiencia en la asignación de recursos, los que habrán de distribuirse de acuerdo a prioridades gubernativas, pero también a la efectividad de los programas; y, por último un objetivo de eficiencia operacional, promoviendo la eficiencia en la entrega de los servicios.

Estos objetivos enunciados pueden lograrse con una gestión presupuestaria basada en resultados, enfoque que tiene en nuestro país una serie de

---

<sup>1334</sup> La Ley N° 19.986 ha establecido la obligatoriedad de la evaluación de programas públicos, que originalmente fueron implementados a través de instrumentos no legales, como los protocolos de acuerdo entre el Ejecutivo y el Parlamento, y cuyos resultados y usos en la formulación presupuestaria fueron bien evaluados, de tal modo de estimar necesaria su inclusión a nivel legal.

La norma señala que “anualmente se efectuará la evaluación de los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo institucional incluidos en los presupuestos de los servicios públicos que se determinen mediante uno o más Decretos del Ministerio de Hacienda, con sujeción a los procedimientos, entidades participantes, marcos de referencia y mecanismos que se establezcan en el o los respectivos decretos. Asimismo los órganos y servicios públicos regidos por el título II de la Ley N° 18.575, deberán confeccionar y difundir anualmente un informe que incluya una cuenta de gestión operativa y económica del año precedente, con el cumplimiento de objetivos, tareas y metas, de acuerdo a las instrucciones que imparta el Ministerio de Hacienda”.

herramientas que lo desarrollan y alimentan<sup>1335</sup>, a la vez que inscriben nuestra gestión en los avances contemporáneos en la materia.

En el nivel institucional, el art. 15 de la LOAFE establece que la DIPRES es el organismo técnico encargado de proponer la asignación de los recursos financieros del Estado, así como de orientar y regular el proceso de formulación presupuestaria, y regular y supervisar la ejecución del gasto público. Todo esto sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la Contraloría General de la República.

Todas estas funciones la DIPRES las cumple a través del establecimiento de un sistema de información administrativa y financiera. Dentro de las funciones de control, la Ley de Presupuesto del sector Público, establece una serie de Informaciones que el Ministerio de Hacienda debe proporcionar a las Comisiones de Hacienda del Senado y la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial de Presupuestos, estableciendo en cada caso un plazo para ello<sup>1336</sup>.

El presupuesto de la nación es un instrumento técnico legislativo altamente complejo; en él se da cuenta de los ingresos y los gastos que se encuentran provistos o autorizados de realizar los entes públicos para consecución de las funciones que las leyes les asignan. El presupuesto detallado es formulado y desagregado en una serie de clasificaciones de ingreso y gasto. Sin perjuicio de la versión general y resumida de la Ley de Presupuestos que corresponde publicar en el Diario Oficial, en que se

---

<sup>1335</sup> Evaluación *ex ante* de proyectos; Evaluación *ex post* de Programas; Indicadores de Desempeño, Programa de Mejoramiento de Gestión; Establecimiento de Fondos Concursables; y Balance de Gestión Integral.

<sup>1336</sup> a) Informe de Ejecución Presupuestaria Mensual de ingresos y gastos del Gobierno Central; b) nómina mensual de decretos de transferencias; c) informe de Ejecución presupuestaria trimestral de ingresos y gastos del gobierno central, a nivel de subtítulos; d) informe de ejecución trimestral del presupuesto de ingresos y gastos de las partidas de la ley a nivel de capítulos y programas aprobados en cada uno de ellos; e) informe financiero trimestral de las empresas del Estado y de aquellas en que el Estado y sus instituciones o empresas tengan aporte o capital igual o superior al cincuenta por ciento. Informe semestral de deuda pública bruta y neta del gobierno central y de la deuda bruta y neta del Banco Central; f) copia de los Balances anuales y estados financieros semestrales de las empresas del Estado nominadas en la ley; g) copia de contratos de préstamo suscritos con organismos multilaterales.

presenta la información agregada, básicamente por razones de espacio, cada servicio tiene un presupuesto detallado<sup>1337</sup>.

La idea de que el presupuesto tiene determinadas metas, que constituye un instrumento que proyecta acciones, que los recursos deben ser aplicados a ciertos objetivos, se halla reiterada en el art. 16 de la LOAFE, en que se indica que el sistema de control financiero comprende todas las acciones orientadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos del Estado. A verificar fundamentalmente el cumplimiento de los fines, el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y la obtención de las metas programadas por los servicios que integran el sector público.

---

<sup>1337</sup> Estas clasificaciones presupuestarias, conforme art. 16 de la LOAFE, deberán proporcionar información para la toma de decisiones, como también permitir vincular el proceso presupuestario con la planificación del sector público. Además, las clasificaciones utilizadas deben posibilitar el control de la eficiencia con que se manejan los recursos públicos a nivel nacional, regional y local.

Estas funciones o atribuciones que se asignan al clasificador, precisamente apuntan al sentido que el sistema presupuestario constituye un importante modo de ejercer control de la Administración por la vía de incidir en la gestión que de los órganos se reclama, y para los cuales se les dota de potestades, competencias técnicas y recursos.

Constituyen entonces elementos de importancia la existencia de clasificaciones presupuestarias operativas y útiles, pues, cada vez que se van sofisticando y depurando las herramientas de gestión, las locaciones presupuestarias adquirirán relevancia de estar bien establecidas, y dar cuenta adecuadamente de cuáles son las funciones que habrán de cumplirse con determinados recursos.

El actual clasificador presupuestario ha sufrido recientes modificaciones y se encuentra aprobado por Decreto Supremo N° 854, de 29 de septiembre de 2004.

El clasificador y sus divisiones adquieren también importancia creciente en la racionalidad interna que desarrollan los propios órganos de la Administración en su ejecución presupuestaria. Por ejemplo al determinar ciertos objetivos estratégicos, o ciertos productos que tendrán relación con los indicadores de desempeño en los que deberán llevar determinadas porciones de recursos asociados, los que habrán de localizarse en las asignaciones de gastos pertinentes del clasificador.

Estas clasificaciones presupuestarias se aplican en forma integral a todos los organismos del sector público y corresponden a la necesidad de desagregar y definir el contenido de los conceptos de ingresos y gastos que deberán observarse para la ejecución presupuestaria e información pertinente.

Entonces, la disposición de los ingresos y gastos en un clasificador tiene un objetivo ordenatorio, y de entrega de información, ambas funciones que también se relacionan al despliegue de control por sobre los recursos empleados en los órganos públicos. Un simple análisis del clasificador ordena, por ejemplo, las fronteras o aplicaciones legítimas de los gastos que los servicios deberán efectuar para cumplir sus comisiones.

Luego, la diferenciación de los ámbitos de control está constituida por el artículo 52 de la LOAFE, el cual delimita las acciones que a la CGR competen en el control financiero, en términos que sólo le corresponde la fiscalización del “cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado”. El mismo texto determina que las competencias relacionadas al control finalista de los recursos presupuestarios, corresponde a la Administración activa, en tanto señala que “[l]a verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos, son funciones que le competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

Es importante indicar el giro que esta disposición contiene, pues despliega de inmediato y con claridad dos orientaciones diversas del control que, en todo caso, deben desarrollarse en complemento y armonía para asegurar los fines que, en definitiva, debe tener toda intervención de recursos públicos sobre las necesidades de las personas. Así, el control de gasto, *ex post*, desde una perspectiva contable y de correcta inversión de los recursos, con el empleo de una serie de procedimientos preestablecidos, que compete a la Contraloría General de la República, tiene su complemento en las medidas y sistemas que el propio Ejecutivo establece, básicamente con la incorporación de una serie de elementos de evaluación/información que ingresan al ciclo presupuestario y que tienen la virtud de recopilar y ordenar información, de procesarla y detectar la utilización efectiva del gasto en torno a metas prediseñadas, las que, a su vez, guardan relación con objetivos estratégicos y metas más globales de las correspondientes reparticiones públicas. En este diseño e implementación resultan capitales varios organismos públicos, procesos que son liderados y dirigidos desde la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda que ha reforzado su institucionalidad<sup>1338</sup>, del mismo modo que todos los servicios públicos han reforzado sus capacidades institucionales para cumplir con los requerimientos de información y procesamiento que se generan desde las herramientas de evaluación y presupuesto por resultados.

---

<sup>1338</sup> El año 2000, la función de evaluación del Ministerio de Hacienda se ha visto fortalecida con la creación de la División de Control de Gestión de DIPRES.

El instrumento de las evaluaciones, que constituyen una de las más capitales formas de ejercer un control sobre el gasto que lo relaciona con el cumplimiento efectivo de objetivos. Al respecto varios sistemas han iniciado y llevado adelante experiencias exitosas en esta materia<sup>1339</sup>. Particularmente en nuestro país, y con anterioridad a la obligación legal, introducida por la Ley N° 19.896, ya era empleada la evaluación como un insumo importante en la elaboración presupuestaria y componente básico en la toma de decisiones respecto del futuro de ciertos programas.

De este modo, desde hace un tiempo, los sistemas de control y responsabilización pública<sup>1340</sup> vienen cambiando su centro desde un control de procedimientos, reglas y normativa, hacia un control por desempeño, rendimiento y resultados.<sup>1341</sup> En Chile, de acuerdo a las disposiciones que anteriormente se señalaron, básicamente un control extra Administración como es la CGR genera controles del primer tipo, con base legal y una larga práctica en la materia. Por otra parte, el control propiamente de desempeño, y la responsabilidad por el desempeño, encuentra en los instrumentos del presupuesto por resultados, una serie de avances, y desde lo institucional se lidera por la estructura central presupuestaria. En ellos participan tanto algunos generadores de información externa<sup>1342</sup>; como los propios servicios con sus unidades especialmente capacitadas; como la denominada Auditoría Interna de Gobierno, entidad que participa de ambas clases de controles, pues, en forma interna, intraservicios públicos, denominada Consejo de Auditoría Interna de gobierno, que, bajo una estructura vinculada directamente al Presidente de la República, instala auditores en los Ministerios y servicios descentralizados, cuyas tareas vinculan aspectos tanto normativos como de eficacia y eficiencia de las acciones públicas. A estas auditorías también se les ha asignado un papel en algunos de los

---

<sup>1339</sup> P. ej. Caso Australiano *Two Generation of Performance Evaluation and management system in Australia*, en Banco Mundial, Operation Evaluation Department, marzo 2004.

<sup>1340</sup> Que equivalen a la denominación inglesa de *Accountability*, también aplicable a actividades empresariales privadas.

<sup>1341</sup> Ver ZAPICO GOÑI (1997).

<sup>1342</sup> Véase el caso de las evaluaciones *ex post*: Evaluación de Programas Públicos, Evaluación Comprehensiva del gasto, Evaluación de impacto.

instrumentos del presupuesto por resultados, efectuando labores de verificación de cumplimiento en los programas de mejoramiento de gestión.

413. PRESUPUESTOS POR RESULTADOS Y SUS INSTRUMENTOS DE USO. La actividad pública que se lleva a cabo con los recursos del presupuesto, tiene varios problemas, provenientes de la propia naturaleza de la actividad, tales como la heterogeneidad o poca visibilidad de los objetivos de los servicios encargados de llevar la actividad a cabo, pues muchas veces estos servicios ya poseen dinámicas de antiguo funcionamiento que complejizan volver a enfocarlo en prestaciones a los que pueda aplicarse lógicas evaluativas; del mismo modo resulta compleja la vinculación entre productos y resultados de la actividad pública, pues los resultados no necesariamente se producen en plazos útiles a los ciclos de formulación de presupuesto, o bien están intervenidos por variables externas, lo que aleja su vinculación al producto; por otro lado, los servicios o productos públicos carecen de relaciones transaccionales, que sí tienen los servicios privados, ya por ser gratuitos o bien altamente subsidiados, por lo que no siempre se dispone de un indicador agregado de resultados de gestión, tal como serían las ventas de un producto o servicio privado, o bien el balance como indicador de ejercicio.

El enfoque del presupuesto por resultados, y el empleo de una serie de instrumentos que tanto controlen ejecución presupuestaria, como permitan ver en qué medida los objetivos públicos se cumplen, se relaciona a dos temas capitales, como son el diseño y caracterización de los instrumentos que resulten adecuados y la determinación de cómo se incorporan los juicios evaluativos de los instrumentos en acciones concretas de formulación presupuestaria o de ejecución incidiendo en la implementación de los proyectos.

Una importante característica de los instrumentos empleados, tiene que ver con que son mecanismos e iniciativas de mejoramiento de la gestión pública en el proceso presupuestario, incorporadas en el ciclo presupuestario, y por tanto útiles en la toma de decisiones recaídas sobre formulación de presupuesto. Esta integración permite también el aprovechar las sinergias positivas que se producen en sus condiciones y requisitos de implementación.

En la actualidad, nuestro sistema emplea los siguientes instrumentos que se ligan al enfoque de presupuesto por resultados: a) indicadores de desem-

peño; b) evaluaciones de programas e institucional (también denominada comprehensiva del gasto); c) establecimiento de fondo concursable para el financiamiento de programas públicos; d) programa de mejoramiento de gestión (PMG), y e) Balance de Gestión Integral.

414. LOS EFECTOS EN EL SISTEMA DE DERECHOS. De lo que hemos señalado es posible concluir que todas las dinámicas del control de gestión han puesto en evidencia variados aspectos que, aunque conocidos, regularmente no se consideran, pero que en definitiva suponen un gran impacto para la actividad de la Administración Pública.

En primer lugar, los órganos administrativos no sólo tienen la asignación de una competencia legal formal, en el marco de lo que tradicionalmente se entiende y comprende de conformidad al artículo 7º, inciso 1º, de la CPR, sino que la asignación presupuestaria también es legal (arts. 67 y 100 de la CPR, LOAFE).

De este modo, la Administración no sólo tiene límites legales, sino que además presupuestarios. Por esta razón, los órganos administrativos no sólo no pueden cometer abusos o excesos en el ámbito de sus competencias, sino que como resultado de la asignación legal tampoco lo pueden realizar en materia presupuestaria<sup>1343</sup>.

En consecuencia, la Administración se encuentra sometida a dos restricciones, ambas definidas por el Parlamento. La primera le indica lo que tiene que hacer (competencia), la segunda, con qué lo tiene que hacer (presupuestos).

---

<sup>1343</sup> La LOAFE lo establece del siguiente modo. Por un lado define al sistema de administración financiera del Estado como “el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su *aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado*” (art. 1º), de manera que “todos los ingresos que perciba el Estado deberán reflejarse en un presupuesto que se denominará del Sector Público, sin perjuicio de mantener su carácter regional, sectorial o institucional. Además, *todos los gastos del Estado deberán estar contemplados en el presupuesto del Sector Público*” (art. 4º), definiendo el presupuesto, entonces, como “una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, *compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos*”. Así, el presupuesto de gastos “son estimaciones del *límite máximo* a que pueden alcanzar los egresos y compromisos públicos” (art. 19).

Queda en evidencia entonces, que la relación de ambas restricciones tiene un impacto notable para la Administración y los ciudadanos. Para la Administración, pues establece un horizonte finito de posibilidades de actuación, sea porque la ley lo indicó, sea porque se lo permite el presupuesto. Lo relevante para efectos de medir adecuadamente los efectos jurídicos, es que la relación entre competencia legal y presupuesto sea equilibrada, pues de lo contrario, por ejemplo más competencia frente a menos presupuestos, suponen incumplimientos que tiene efectos (responsabilidad, invalidación, etc.), que deberán medirse en cada caso.

Para los ciudadanos dicha relación también tiene efectos, pues para nadie es un misterio que buena parte de los derechos y libertades de los cuales gozan las personas dependen en mayor o menor medida de las actividades y prestaciones por parte de la Administración. En efecto, en muchas ocasiones la libertad personal depende del rol de la seguridad policial; la libre iniciativa privada depende de las reglas de organización de los mercados que determine la Administración; la adquisición de propiedad, de las condiciones de acceso que se permita; las prestaciones sanitarias de las coberturas o seguros que otorgue, etc. De manera que a los ciudadanos no les debe ser indiferente la forma y modo en que se ejecuten los gastos por parte de la Administración, ya que de la eficacia en el gasto depende la calidad de los servicios y prestaciones que reciban de la Administración.

Por esta sencilla razón el control de gestión, como control finalista, no sólo debe ser prerrogativa de la Administración activa, DIPRES en nuestro caso, por el contrario, es peligrosa la regla de exclusión de la LOAFE por parte del control externo (CGR), toda vez que resulta razonable que si es el Parlamento quien confiere potestades y determina los recursos (aunque nada más los apruebe), es evidente que los órganos de control externo deben estar a su servicio y no al de la Administración activa, que para estos efectos es el sujeto controlado. En el mismo sentido, alejar al control externo del control de gestión es peligroso para los propios ciudadanos. La Administración no puede hacer con los recursos públicos lo que se le antoje. En efecto, las potestades son limitadas al igual que los presupuestos, pero los derechos de los ciudadanos son bastantes, al igual que sus necesidades. De manera que la Administración y el Parlamento, cuando deciden año tras año los presupuestos, priorizan los tipos de derechos de los cuales

serán titulares los ciudadanos durante un período determinado. En efecto, si no todos los recursos públicos van a sanidad, es evidente que año tras año decidimos presupuestariamente cuántas personas deberán morir por no recibir prestaciones sanitarias<sup>1344</sup>.

En ese contexto, no es absurdo pensar que el control de gestión resulta de evidente importancia no sólo para las finanzas públicas, sino que sobre todo para los derechos de los cuales deben disfrutar los ciudadanos y a los cuales la CPR les otorga el carácter central, siendo la Administración una organización vicarial e instrumental para dichos intereses.

Este criterio es el que debe ser aceptado, en tanto la LOCBGAE considera como una infracción a la probidad (sancionable vía destitución) el hecho que los funcionarios contravengan “los *deberes de eficiencia, eficacia y legalidad* que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del *ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración*” (art. 62, N° 8). Si esta circunstancia es cierta para los funcionarios, también lo es para la Administración como organización a la cual sirven esos funcionarios, de manera que el estándar de eficiencia frente a los derechos de los ciudadanos, supone una condición de control (de los jueces, la CGR), que tiene efectos sobre los actos (invalidación) o bien sobre las consecuencias de éstos (responsabilidad).

## V. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

415. PANORAMA GENERAL. Es una cuestión relativamente pacífica en la literatura legal que para que exista un robusto Estado de Derecho los actos de la Administración deben estar plenamente controlados, de manera que no existan actos y materias exentas del control judicial<sup>1345</sup>.

Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como ins-

---

<sup>1344</sup> Para un estudio adecuado de la incidencia de la gestión administrativa en los derechos de los ciudadanos ver TOMÁS MALLÉN (2005); PONCE SOLÉ (2001).

<sup>1345</sup> Esta idea se encuentra expresada en CORDERO VEGA (2007).

trumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable.

En el modelo constitucional chileno, ese sistema de control está discriminado separadamente. Por un lado, para la tutela de derechos, que es competencia de los Tribunales de Justicia según el artículo 38, inciso 2º de la CPR<sup>1346</sup>; y por la otra para velar por la legalidad general de los actos de la Administración, que está a cargo de la Contraloría General de la República, según los artículos 98 y 99 de la CPR<sup>1347</sup>.

El primero habitualmente se denomina contencioso subjetivo (porque está llamado a tutelar un derecho o interés legítimo concreto) y el segundo se denomina contencioso objetivo (porque su propósito es contrastar la legitimidad del acto con el ordenamiento jurídico, con indiferencia de la afectación de un derecho o interés concreto).

Uno de los problemas centrales del sistema legal chileno es que durante largo tiempo ha adolecido de claridad sobre el sistema de resolución de controversias entre los particulares y el Estado.

Tras las revoluciones liberales, tres fueron los sistemas de solución de controversias que se debatieron en el Derecho Comparado durante el siglo XIX. El primero y tradicional, fue buscar un sistema de solución de controversias *fuera del Poder Judicial* y que en la condición de expertos resolvieran esas disputas. Ese modelo fue el contencioso francés y fue objeto de múltiples críticas<sup>1348</sup>. El segundo, fue el del *fuero común*, pues

---

<sup>1346</sup> “Artículo 38, inciso 2º. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

<sup>1347</sup> “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 [...]”.

“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 [...]”.

<sup>1348</sup> Vid. WALINE (2008) 555.

no había que reconocerle al Estado privilegios de ningún tipo. Esa es la explicación del modelo inglés y la crítica de Dicey al sistema francés, en cuanto constituía un sistema legal de privilegios para el Estado<sup>1349</sup>. El tercero, fue el que reconoció *dentro del Poder Judicial jurisdicción especializada*, que constituyó el gran triunfo de los liberales alemanes en ese siglo<sup>1350-1351</sup>.

Bajo esos tres sistemas, los Derechos Públicos de los diferentes países se debatieron abiertamente. En el caso chileno, pese a algunas explicaciones iniciales, el modelo común se impuso hasta la Constitución de 1925. Con su dictación, la Constitución buscó establecer un sistema de solución de competencias contenciosa administrativa, tras el mítico artículo 87<sup>1352</sup>. Esa norma nunca se dictó, lo cual generó controversias de dos tipos: (a) por un lado, la discusión doctrinaria si esos tribunales debían o no pertenecer al Poder Judicial, y (b) por el otro, quienes eran competentes para conocer de las cuestiones contenciosas administrativas mientras esos tribunales no se crearan<sup>1353</sup>.

---

<sup>1349</sup> Vid. HARLOW-RAWLINGS (2009) 4-22.

<sup>1350</sup> Vid. KÜNNECKE (2007) 11-24.

<sup>1351</sup> Esta tensión en la evolución fue muy evidente en el caso del Derecho español, que ha estado sometido a distintos modelos. Por ejemplo, ha conocido del sistema judicial especializado tras la Ley N° 29 de 1998 un sistema judicial ordinario en el modelo constitucional de 1812; un sistema administrativo que operó desde 1845 y un sistema mixto que funcionó desde 1888 hasta la ley de 1956.

<sup>1352</sup> La norma señalaba:

“Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

<sup>1353</sup> Es el caso por ejemplo de la Sentencia Socotransco con Fisco, de 1964. El caso se refería a que la Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada (Socotransco) interpuso acción en juicio ordinario contra el Fisco por la dictación del DS N° 571, de 1962, del Ministerio de Economía, mediante el cual disolvió la sociedad mencionada y nombró una comisión liquidadora. En opinión de los demandantes dicho decreto era ilegal, de modo que la sociedad se encontraba en pleno ejercicio de sus derechos. El juez civil acogió a tramitación la demanda. El Presidente de la República interpuso contienda de competencia por falta de jurisdicción del tribunal ordinario, pues la competencia ejercida es privativa del Presidente, de manera que no puede el Poder Judicial involucrarse en ella, pues implicaría la sustitución del acto administrativo por el judicial.

Quizá la discusión más importante durante esos años fue la segunda. Los tribunales en general se declararon incompetentes, hasta aproximadamente la década de los 60 en donde, en el mítico caso de Juez de Melipilla con Presidente de la República, la Corte sostuvo que los jueces eran competentes para resolver esos asuntos, si a consecuencia de una acción común estaba comprometido un acto administrativo<sup>1354</sup>. Ocupó para eso, el principio de inexcusabilidad.

Este debate es significativo en el sistema legal chileno, porque desde fines de los 60 hasta principios de los 70 la Administración, utilizando diversos instrumentos, intervino principalmente el derecho de propiedad<sup>1355</sup>. El problema es que sin el artículo 87 implementado, los afectados quedaron sin acciones formales, de modo que los jueces sostuvieron su competencia directa mientras estos tribunales no se crearan.

---

La tesis de la Corte Suprema en ese caso fue que los tribunales ordinarios no eran competentes para conocer de la impugnación de legalidad en contra de los actos de autoridad, pues esta es una atribución propia de los tribunales contenciosos administrativos del artículo 87 de la CPR.

<sup>1354</sup> El caso es de 1967 y los hechos son los siguientes. El Presidente de la República, de conformidad a lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 12.927, había dictado el DS N° 931 de 1967, mediante el cual ordenaba la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la comuna de El Monte, designando interventor. El afectado interpuso un interdicto posesorio ante el juez de Melipilla, quien lo acogió a tramitación. El Presidente de la República interpuso contienda de competencias, pues en su opinión no puede ninguna otra autoridad calificar la legalidad o constitucionalidad de una medida, pues el Jefe de Estado estaría ejerciendo potestades en tanto “autoridad suprema de la nación”.

La Corte sostuvo que los tribunales ordinarios sí son competentes para conocer de un asunto en el que esté involucrado un Decreto Supremo, si la acción ejercida es de aquellas que la ley les reconoce expresamente, sin que por ello se afecte a la Constitución, sino que por el contrario implica su reforzamiento.

El caso juez de Melipilla implicó el inicio del camino a la tesis de la Corte de la plena competencia para conocer los asuntos contenciosos administrativos, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas.

Este caso afectó, además, una cuestión especialmente sensible por aquellos años y será la objeción de los Decretos de reanudación de faenas. Tras esta sentencia, la CGR se va a transformar en la principal institución que objetará la legalidad de algunos de estos decretos desde 1968 hasta septiembre de 1973 (ver en este sentido los Dictámenes N°s. 60.058 de 1962; 81.916 de 1968; 43.315 de 1971; 58.371 de 1971; 87.708 de 1971; 18.447 de 1972; 1.638 de 1973).

<sup>1355</sup> FAÚNDEZ (2011).

Sin tribunales y con auto autorreconocimiento de competencias a partir de los poderes genéricos de la jurisdicción, los jueces sometieron entonces los conflictos de los particulares con el Estado a las reglas generales. Es decir, las acciones ordinarias construidas desde el Código de Procedimiento Civil o el Código Civil, según fuera el caso, cuestión que se consagrará después de 1973<sup>1356</sup>.

Esa experiencia explica que tras el Golpe Militar los juristas del régimen promovieran un sistema de solución de controversias que dependiera directamente de la Constitución, justificando acciones de corte contencioso administrativo o que tenían tales efectos. Ese es el origen o las razones que explican el recurso de protección (art. 20), la nulidad de derecho público (art. 7º) y el sistema de responsabilidad del Estado (art. 38, inciso 2º).

Cada una de estas acciones han tenido una aplicación e historia propias, de un modo inorgánico, lo que se ha visto acompañado de una gran dispersión de soluciones contenciosas administrativas especiales destinadas a impugnar la legalidad de actos administrativos de un conjunto de autoridades públicas para los cuales son competentes jueces civiles, de policía local, laborales, de garantía, Ministros de Corte de Apelaciones, Cortes de Apelaciones, tribunales especiales como libre competencia, propiedad intelectual, tributario y aduanero, medioambiente, sólo por nombrar algunos<sup>1357</sup>.

Un sistema así construido, es confuso, no tiene orden consecutivo de impugnación y ha dado origen a una cantidad de controversias de muy distinta naturaleza, teniendo como aspecto central el problema de la certeza sobre la estabilidad del acto administrativo, porque éste puede ser impugnado casi por idénticas causales por distintas vías.

---

<sup>1356</sup> Esto será especialmente evidente en el Discurso inaugural del año judicial de 1973, que correspondió a Enrique Urrutia Manzano. El año 1976, la Corte Suprema aplicará íntegramente la tesis de la competencia judicial en el caso Undurraga Fonk y Undurraga Riesco con Comisión de Reforma Agraria.

<sup>1357</sup> Un detalle de esas competencias se encuentra en el informe de la División de Estudios de la Corte Suprema del año 2010. En el mismo sentido ver FERRADA BÓRQUEZ (2011).

A lo anterior se debe agregar, como ya hemos explicado<sup>1358</sup>, que en un sistema así de fragmentado, la potestad dictaminadora de la Contraloría ha operado como un sistema de solución de controversias entre los particulares y el Estado, sobre la base de un amplio concepto del derecho de petición, transformando a ese organismo en una alternativa contenciosa administrativa para los operadores del sistema legal.

En ese gran sistema de dispersión institucional y de acciones, a continuación se tratará de explicar resumidamente alguna fórmula de sistematización del objeto de las acciones contenciosas administrativas.

416. EL OBJETO DEL CONTENCIOSO Y SUS ACCIONES. En términos simples, podríamos sostener que el propósito de las acciones contenciosas administrativas en general es proveer de tutela judicial efectiva de los derechos de particulares en sus vínculos con la Administración, cuando ésta ha actuado contraviniendo el ordenamiento jurídico, llevando al juez a anular un acto, condenar a pagar una suma a la Administración por los daños que pudo ocasionar o reconocer una situación jurídica concreta, entre las más relevantes.

Tradicionalmente se sostuvo en Chile que el objeto de la acción contenciosa administrativa era un acto emanado de la Administración, que debe ser considerado y juzgado en sus diversos elementos: un órgano competente que lo emite, motivado por un antecedente o presupuesto legal, con un contenido determinado por la ley, dirigido al cumplimiento del fin previsto asimismo por el ordenamiento jurídico, precedido y revestido de las formas también legales<sup>1359</sup>.

Así las cosas, el eje sobre el cual descansa el contencioso administrativo, además de la necesaria intervención de un autoridad administrativa que se desea controlar, es el ejercicio de la jurisdicción, mediante un proceso sometido a las reglas generales de la intervención judicial, es decir: (a) derecho a una tutela judicial efectiva; (b) derecho a acceder a un tribunal; (c) prohibición de indefensión; (d) derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; (e) derecho a una resolución judicial sobre el fondo

---

<sup>1358</sup> CORDERO VEGA (2011).

<sup>1359</sup> DANIEL ARGANDOÑA (2002) 192-193.

debidamente motivada; (f) derecho a los recursos en contra de la decisión judicial; (g) derecho a ejecutar lo juzgado.

En nuestra jurisprudencia, la Corte Suprema se ha encargado originalmente de distinguir dos tipos de acciones, influenciada por el Derecho Francés: la de nulidad (o exceso de poder) y la patrimonial (o de plena jurisdicción), lo que para la Corte tiene efectos desde el punto de vista de las consecuencias de ambas acciones, considerando los efectos y las reglas de prescripción. Este criterio, originalmente establecido en el caso Aedo<sup>1360</sup>, ha sido expuesto gráficamente en el caso INP con Gómez Maturana<sup>1361</sup>, en donde señaló que: “la Corte considera necesario realizar una distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, *erga omnes* y requieren de una ley expresa que las consagre [...]. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, perteneciendo a esta clase la que se ha entablado en autos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante, la restitución de las sumas pagadas al demandado. Estas acciones declarativas de derechos, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto, contempladas en el Código Civil”<sup>1362</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista material y bajo la influencia del modelo francés, podríamos distinguir cinco tipos de contenciosos administrativos.

---

<sup>1360</sup> SCS, 37.11.2000, Rol N° 852-2000.

<sup>1361</sup> SCS, 26.06.2008, Rol N° 1672-2007.

<sup>1362</sup> Esta distinción subyace en el caso Ovalle Lecaros, resuelto por la Corte Suprema (01.06.2012, Rol N° 5225-2009) en donde a pesar de que se había interpuesto una nulidad de derecho público, calificó la demanda como patrimonial y aplicó las reglas de prescripción del Código Civil.

417. **CONTENCIOSO DE NULIDAD.** Tiene por propósito que el juez señale la ilegalidad de un acto administrativo y, en consecuencia, declare la nulidad del acto respectivo. Tradicionalmente, la acción que lo representa es el exceso de poder.

Dos cuestiones son relevantes para el debate de este contencioso. La primera, es quiénes se encuentran legitimados para interponerla y la segunda, respecto de qué vicios procede.

Sobre la legitimación, este tipo de contencioso tradicionalmente se configuró sobre la base de una legitimidad bastante amplia, atendido que lo que se encuentra tras su establecimiento era el cumplimiento de la legalidad objetiva. En Chile, sin embargo, la jurisprudencia ha exigido que quien solicite la nulidad de un acto administrativo concreto debe tener un concreto interés jurídico afectado, de manera que esta acción no puede ser entendida en términos de una acción popular, como se verá en un momento más.

En relación al segundo de los aspectos, la jurisprudencia judicial ha tendido a reconocer los vicios clásicos del exceso de poder como causal de nulidad. La Corte concretamente ha dicho que: “como es sabido la nulidad de derecho público constituye una sanción de ineficacia jurídica que puede afectar a un acto en que la autoridad que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes [1], fuera de la órbita de su competencia [2], o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinadas [3], o sin tener la autoridad conferida por ley [4]; o también que se hubiera violado directamente la ley en cuanto a su objeto, motivos o desviación de poder [5]; vale decir, debe haber producido algún vicio que produzca la referida sanción”<sup>1363</sup>.

Una cuestión adicional sucede cuando el juez conoce de la reclamación en contra de la decisión administrativa que termina un procedimiento administrativo de invalidación, establecido en el inciso final del artículo 53 de la LBPA<sup>1364</sup>. En tal caso, el juez tiene plena competencia para verificar el fondo de la cuestión debatida en ese procedimiento administrativo de

---

<sup>1363</sup> SCS, 01.06.2012, Rol N° 5225-2009.

<sup>1364</sup> “Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

nulidad, de manera que podría recalificar la decisión adoptada por la Administración al momento de resolver el asunto a consecuencia de que lo que se debate en ese procedimiento es la legitimidad del acto administrativo.

Ese criterio siguió la Ley N° 20.600 al establecer la competencia del Tribunal Ambiental en los casos de reclamaciones de los procedimientos administrativos que recaigan en las solicitudes de invalidación de actos administrativos ambientales<sup>1365</sup>.

418. **CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCIÓN.** Tiene por finalidad demandar a un organismo de la Administración para el restablecimiento o compensación a un derecho afectado, de manera que además de la nulidad del acto administrativo, es posible pronunciarse sobre la compensación económica de la afectación, así como obligar a la Administración a adoptar medidas concretas con el objeto de proteger o restablecer una situación jurídica concreta. Esto es lo que se denomina contencioso de plena jurisdicción, porque el juez tiene competencias completas para juzgar el actuar de la Administración<sup>1366</sup>.

419. **CONTENCIOSO DE INTERPRETACIÓN.** Es el que tiene por finalidad solicitar a un juez que resuelva la aplicación concreta de una norma legal, de modo que defina su interpretación en relación a un asunto concreto. Esto es lo que se denomina contencioso interpretativo y habitualmente en nuestro país se ejerce judicialmente a través de la acción de mera

---

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.

<sup>1365</sup> “Artículo 17. Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contados desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos”.

<sup>1366</sup> Vid. WALINE (2008) 588.

certeza<sup>1367</sup> y por la vía fáctica a través de la solicitud de dictaminación de la Contraloría, a consecuencia de sus potestades de interpretación de la ley administrativa.

420. CONTENCIOSO REPRESIVO. Tiene por objeto que el juez aplique medidas de gravámenes concretas a un particular, como puede ser en los casos en que la sanción debe ser aplicada por el juez y no por la Administración. Es lo que sucede en materia de derechos de los consumidores, pesca o libre competencia. En ellas la Administración carece de potestad sancionatoria directa, por lo cual se requiere recurrir a un tribunal para la aplicación de la misma.

La relevancia de esta distinción es que dependiendo del tipo de acción es la manera en que el juez puede terminar ejerciendo sus competencias.

421. CONTENCIOSO CAUTELAR. Tiene por propósito que el juez adopte medidas cautelares, conservativas o innovativas, con el objeto de que se impida que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Como se sabe, el propósito cautelar es funcional al fin perseguido por el proceso principal y, en consecuencia, busca una composición provisional del conflicto de que se trata<sup>1368</sup>.

Las medidas cautelares contra los actos de la Administración han sido una de las grandes discusiones y conquistas del Derecho Administrativo contemporáneo, esencialmente porque ha implicado una lucha contra la ejecutividad y autotutela del acto administrativo, es decir, contra las prerrogativas de interés público de la Administración, sobre todo en sistemas tradicionales de lo contencioso administrativo en donde la dilación de los procedimientos deja a los particulares con posibilidades acotadas de éxito contra un acto de la Administración. Por eso, es común afirmar

---

<sup>1367</sup> El caso más relevante de acción de mera certeza es la sentencia en el caso TVN con Fisco de Chile, a consecuencia de las potestades de fiscalización de la Contraloría en el caso de empresas públicas. Por medio de esta acción, TVN se excluyó de los controles financieros de CGR.

<sup>1368</sup> Es la idea tradicional tras las explicaciones de Carnelutti.

que ese debate se dio tras la mítica expresión “la batalla por las medidas cautelares”<sup>1369</sup>.

En Chile, ese objeto cautelar separado de un proceso en concreto de lo contencioso administrativo lo ha cubierto el recurso de protección, que por vacío institucional se ha transformado en el gran contencioso administrativo de nulidad en el derecho chileno, superando su estructura meramente cautelar para el cual fue diseñado.

Recientemente entre nosotros, esas medidas cautelares, conservativas e innovativas en materia de actos administrativos, han sido reconocidas en las competencias de los Tribunales Ambientales<sup>1370</sup>.

422. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS. Una cuestión relevante es determinar quiénes pueden interponer acciones contenciosas administrativas, especialmente las de nulidad, considerando especialmente que el artículo 38, inciso 2º, de la CPR requiere para exigir la tutela judicial la “lesión de derechos”.

El inicio de esa respuesta se encuentra en la LBPA, la que define la condición de legitimados en el procedimiento administrativo sobre la base de

---

<sup>1369</sup> El trabajo esencial en ese sentido es el de GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) 203. Sostuvo en ese trabajo que debería avanzarse con “resolución y con lucidez [en] la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales, más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando. Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible”.

<sup>1370</sup> Ley N° 20.600, art. 24, inciso 1º:

“De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida”.

la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo. El artículo 21 de la LBPA, por su parte, determina que son interesados en el procedimiento administrativo (i) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; (ii) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y (iii) aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva en él.

Por tal motivo, entre nosotros se ha afirmado que la legitimación activa en los procesos administrativos, es la titularidad de derechos e intereses legítimos, trasplantando así las categorías utilizadas por el derecho español en este ámbito. Así, bajo esta premisa estarían legitimados para interponer una acción en un proceso administrativo el titular de un derecho subjetivo, es decir, aquel que ostenta un querer o poder hacer conferido por el ordenamiento jurídico y que le permite exigir su respeto de otras personas; como el titular de un interés legítimo, entendido como la “aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”<sup>1371</sup>.

Así las cosas, si se examina con detenimiento la forma en que estas disposiciones regulan el tema de la legitimidad activa, nos encontramos que en definitiva todas convergen en la idea de interés legítimo, basado en un concepto amplio de lesión, en la medida que si prosperase la pretensión, el titular obtendría siempre una utilidad (beneficio) o dejaría de sufrir un perjuicio efectivo de carácter material o jurídico<sup>1372</sup>.

La Corte Suprema por su parte, ha señalado que el interés que habilita a un particular para impugnar un acto administrativo debe ser legítimo, personal y directo. Así, ha señalado que: “[...] si bien un interés individual o colectivo cualquiera puede ser suficiente para otorgar la calidad de interesado en un procedimiento administrativo, y también en algunas acciones judiciales contempladas por la ley, como el denominado reclamo de ilegalidad municipal, para ser titular de la acción dirigida a obtener

---

<sup>1371</sup> FERRADA BÓRQUEZ (2011) 193.

<sup>1372</sup> CORDERO QUINZACARA (2005) 407.

tutela jurisdiccional, dicho interés debe ser de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho”<sup>1373</sup>.

Concordante con lo anterior, la misma Corte ha señalado que “[e]ste Tribunal de Casación ha señalado en varios fallos sobre la materia que en el ámbito contencioso-administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad de la especie los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, en primer término, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo lesionado, situación que no acontece con la demandante ya que según ella misma reconoció, no participó en el proceso de licitación de que se trata”<sup>1374</sup>.

423. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Como se sabe existe bastante consenso en la doctrina y la jurisprudencia que el recurso de protección es una *acción de carácter cautelar* que tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho de quien sea privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de las garantías protegidas por la Constitución<sup>1375</sup>, que implican la titularidad de derechos preexistentes<sup>1376</sup>, indubitados<sup>1377</sup> y no discutidos<sup>1378</sup>.

Por tal motivo se sostiene que la finalidad de esta acción es tutelar derechos frente a ciertos actos (u omisiones) que los lesionen (en el lenguaje constitucional: priven, perturben o amenacen). No se trata de una tutela abstracta de derechos ni de revisar el apego formal del funcionario o un

---

<sup>1373</sup> SCS Rol N° 5553-2007, C. 10.

<sup>1374</sup> SCS Rol N° 1428-2007, C. 13.

<sup>1375</sup> Desde el trabajo de Eduardo SOTO KLOSS (1982); (1984) 365. Del mismo modo CEA EGAÑA (2004) 643; VERDUGO-PFEFFER-NOGUEIRA (2005) 338.

<sup>1376</sup> Por ejemplo, en la sentencia Rol N° 6397-2008, la Corte Suprema sostuvo que el recurso de protección “constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y *derechos preexistentes* [...]”.

<sup>1377</sup> La Corte Suprema ha insistido que si no es posible inferir la existencia de un “derecho preexistente e indubitado” del cual esté gozando el recurrente, la acción de protección no puede prosperar (Rol N° 5040-2010).

<sup>1378</sup> La Corte Suprema ha indicado que “el recurso de cautela de garantías constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección *respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos*[...]”. (Rol N° 5118-2010).

privado a la legalidad. La clave de la protección es la tutela de un derecho fundamental lesionado en una dimensión subjetiva de éste, vale decir, sólo si la posición del individuo agraviado por la acción u omisión se encuentra amparada por un derecho fundamental. A la base de la acción de protección está la tutela de un derecho subjetivo, pero no de cualquiera, sino de un derecho público subjetivo<sup>1379</sup>.

Eso explica que la acción de protección sea un instrumento cautelar destinado a resguardar de modo urgente las garantías amagadas para restablecer el imperio del derecho, pero en modo alguno ha sido instituido como medio o sustituto jurisdiccional, de manera que por su intermedio *no se puedan declarar o constituir derechos*, y menos resolver cuestionamientos sobre puntos de interpretación jurídica.

Sin embargo, como lo ha demostrado la literatura chilena, la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular ha llevado a que los jueces terminen utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos, especialmente como medio de cuestionar la validez de los actos administrativos, llevando al juez de protección no sólo a pronunciarse sobre las vías de hecho en vía administrativa, sino que también a declarar la nulidad del acto administrativo. De este modo, este procedimiento de protección es concebido como una instancia de revisión de legalidad de la actuación administrativa, generada a instancia de parte, ya sea en protección de sus derechos e intereses o de los intereses públicos en general<sup>1380</sup>.

De los diversos problemas que genera, dos son las consecuencias más serias: (a) ha terminado por fundamentalizar los conflictos entre los particulares y la Administración, porque para poder recurrir de protección es necesario utilizar un derecho fundamental constitucional protegido; (b) la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto, pero al provenir de un procedimiento cautelar que no tiene forma de juicio –porque está destinado a dar solución cautelar bajo

---

<sup>1379</sup> GÓMEZ BERNALES (2005) 19-20.

<sup>1380</sup> FERRADA BÓRQUEZ (2005) 151-152.

condición de urgencia—, entonces no genera el efecto de cosa juzgada material, sino que tan sólo formal.

Por ejemplo, en materia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en donde la ley establece un mecanismo de reclamación administrativa<sup>1381</sup> y luego jurisdiccional ante un juez con competencia contenciosa administrativa<sup>1382</sup> especialmente regulado en el caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental<sup>1383</sup>, la Corte admite a tramitación y resuelve los recursos de protección como si fueran verdaderas acciones de nulidad de actos administrativos, anulando actos intermedios<sup>1384</sup> o finales<sup>1385</sup>, o bien sosteniendo que al no haber intervenido en la etapa de participación ciudadana no existe legitimación para interponer el recurso de protección con posterioridad<sup>1386</sup>, superando de ese modo cualquier idea de esta acción como cautelar y configurándola entonces como un tradicional contencioso de nulidad que prescinde de las acciones ordinarias legalmente establecidas.<sup>1387</sup>

424. LA CUESTIÓN ESENCIAL DEL CONTENCIOSO: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA A CONTROL JUDICIAL. El elemento esencial para que exista contencioso administrativo es que la pretensión que se deduzca ante el juez esté vinculada a una actividad de la Administración sometida a las reglas de Derecho Público. Es decir, quedan fuera de esta categoría las hipótesis en donde la Administración se somete a las reglas del derecho privado, como puede suceder en el caso de un contrato de arrendamiento.

Así, el objeto del contencioso se puede reducir a las pretensiones sobre las siguientes situaciones: (a) la actividad formal de la Administración

---

<sup>1381</sup> Artículo 20, Ley N° 19.300.

<sup>1382</sup> *Idem*.

<sup>1383</sup> Tras la dictación de la Ley N° 20.600 ese contencioso administrativo especial, es el Tribunal Ambiental.

<sup>1384</sup> Es la situación de los casos Castilla I y Río Cuervo.

<sup>1385</sup> Por ejemplo el caso de Castilla II y el Morro II.

<sup>1386</sup> SCS, 13.12.2011, Rol N° 8644-2011, también conocido como el Morro I.

<sup>1387</sup> Para un análisis de los efectos indefinidos del recurso de protección entre urgencia vs. seguridad jurídica, revisar BORDALÍ, (2006) 205-228.

Para la discusión sobre el problema del recurso de protección entre sustituto jurisdiccional o tutela de derechos fundamentales, revisar GÓMEZ (2005) 43.

mediante reglamentos, actos administrativos y contratos; (b) la actuación material y (c) la inactividad formal o material de la Administración.

425. IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD FORMAL. En el sistema legal chileno, salvo norma legal concreta, no existe regla de competencia general para los actos reglamentarios, es decir, para los actos administrativos emitidos por el Presidente de la República que establecen normas de alcance general y obligatorio que integran el ordenamiento jurídico. La única competencia general en esta materia es la que la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional para conocer de las impugnaciones por razones de legalidad y constitucionalidad de los Decretos Supremos del Presidente<sup>1388</sup>.

En el caso de los actos administrativos, la competencia de los tribunales es general, salvo en el caso de contenciosos especiales en donde el legislador ha dispuesto de reclamos en concreto como pueden ser los reclamos de ilegalidad municipal o regional, o aquellos establecidos en el caso de las superintendencias. Esto es relevante, porque la LBPA establece los criterios para la impugnación de los actos administrativos: (a) la regla general es que se impugnan los actos terminales de un procedimiento, no así los intermedios<sup>1389</sup>; (b) lo anterior salvo en el caso de los denominados actos trámites cualificados<sup>1390</sup>; (c) la LBPA no exige el agotamiento de la vía administrativa, pero sí otorga un derecho de opción en la impugnación de conformidad a las reglas del artículo 54<sup>1391</sup>.

---

<sup>1388</sup> En muy excepcionales casos existe norma que permite esa impugnación. Es lo que sucede, por ejemplo, en los casos de las normas de calidad o de emisión, o bien en materia de planes de descontaminación (art. 17, N° 1, Ley N° 20.600).

<sup>1389</sup> Artículo 15 LBPA.

<sup>1390</sup> Son aquellos que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento administrativo o producen indefensión, en términos simples son aquellos que en sí mismos generan una condición de agravio.

<sup>1391</sup> “Artículo 54. Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Planteadas la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

En el caso de los contratos administrativos, el sistema legal chileno dispone de la posibilidad de impugnación judicial a los actos preparatorios, es decir, aquellos que corresponden al procedimiento de licitación pública para lo cual habitualmente es competente el Tribunal de Contratación Pública. Desde ese punto de vista, los actos de cumplimiento, ejecución, interpretación, anulación o extinción del contrato son competencia del juez civil, de conformidad a la regla general de los contratos.

426. IMPUGNACIÓN DE LA ACTUACIÓN MATERIAL. Es también una cuestión contenciosa administrativa la impugnación de la actividad material de la Administración, habitualmente expuesta a través de la denominada vía de hecho, es decir, la intervención de una autoridad administrativa sin la cobertura normativa o de acto administrativo suficiente que justifique su actuación, permitiendo impugnar las intervenciones, aún bajo la apariencia de un acto, abiertamente ilegales.

Habitualmente se sostiene que lo que se busca con la decisión jurisdiccional en el caso de la vía de hecho es que: (1) se declare contraria a derecho la intervención administrativa realizada por vía de hecho; (2) se interrumpa o se ordene el cese definitivo de la vía de hecho; (3) se adopten las medidas adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica del recurrente<sup>1392</sup>.

Si se analiza la literatura explicativa tradicional sobre el recurso de protección entre nosotros, se podrá apreciar que el propósito inicial de esa acción, en el caso de la actuación de la Administración, estaba vinculado a impugnar las vías de hecho de la autoridad administrativa<sup>1393</sup>, que siguiendo el modelo francés original, era competencia de la jurisdicción civil y no de la contenciosa administrativa<sup>1394</sup>.

---

Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.

<sup>1392</sup> BLANQUER (2010 I) 951.

<sup>1393</sup> SOTO KLOSS (1982).

<sup>1394</sup> Vid. WALINE (2008) 550.

VEDEL (1980) 82, que para el Derecho Francés, fuente de este título de impugnación, que “un acto administrativo o una operación administrativa, no pierde su carácter administrativo aunque sean irregulares; en consecuencia, si un particular quiere obtener la anulación de un

427. IMPUGNACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. En materia contenciosa administrativa, siempre ha existido una discusión acerca de si es posible exigir al juez su intervención cuando la Administración sencillamente omite su actuación.

Se afirma que la inactividad, para que sea jurídicamente controlable, requiere de algunos presupuestos que la hagan procedente. La mera omisión no es por sí misma objeto de medida judicial, es indispensable que esté asociada a la existencia de un derecho personal a exigir a la Administración una prestación concreta<sup>1395</sup>. Por tal motivo, para que sea procedente el control judicial en ese caso es necesario: (a) la existencia de una obligación de la Administración de realizar una prestación generada por una norma, un acto o contrato administrativo; (b) que esa obligación constituya derechos a favor de una o varias personas determinadas que puedan exigir esa prestación.

La intervención judicial en estos casos buscará la realización de la prestación administrativa concreta, la ejecución coactiva del contenido obligacional de un acto administrativo atendida su ejecutividad o bien la reparación por los daños ocasionados ante esa inactividad, al constituir ésta una hipótesis de falta de servicio, porque la prestación no se realizó o bien fue incompleta.

Eso explica que la regla general es que no puedan ser impugnadas por esta vía actuaciones respecto de las cuales la autoridad administrativa dispone de alternativas discrecionales de actuación o bien corresponde a mandatos normativos asociados a políticas públicas de responsabilidad de la Administración por mandato legal.

---

acto irregular u obtener una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de dicho acto, debe dirigirse al juez administrativo. Sin embargo, en ciertos casos la irregularidad es tan grave o tan evidente que el acto no es atribuible, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los órganos estatales. Se dice entonces que hay vías de hecho, expresión concebida para designar el acto objeto de análisis en un puro hecho que no puede ni siquiera de modo erróneo pretender juridicidad. A partir de ahí, ya no es posible aplicar el principio de separación de autoridades administrativa y judicial, ya que el acto ha perdido incluso su carácter de acto administrativo. Ya no hay ‘actividad pública’”.

<sup>1395</sup> ESTEVE PARDO (2014) 263.

Por ejemplo, la jurisprudencia judicial ha sostenido que no se puede, ni aún por la vía cautelar, ordenar la entrega de medicamentos o tratamientos médicos cuando éstos responden a un propósito de política pública concreto.

La Corte Suprema, frente a un recurso de protección que solicitaba se ordenara a la Administración la realización de determinados exámenes, señaló que: “no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso se pretenden. Esto se fundamenta en que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, tales como el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”<sup>1396</sup>.

Una cuestión distinta será el caso en que la inactividad de la Administración dé origen a la caducidad de sus potestades o del procedimiento administrativo de que se trate. En tal caso, la inactividad genera una especie de sanción al ejercicio de la potestad. Este es el criterio que la Corte ha utilizado en los casos de decaimiento del procedimiento sancionador. En efecto, ha señalado que “la inactividad por un tiempo excesivo de la Administración en un procedimiento administrativo sancionatorio genera el efecto jurídico denominado ‘decaimiento del proceso administrativo sancionador’, es decir, su extinción y pérdida de eficacia. Las resoluciones administrativas posteriores a su generación que se producen con retardo indebido e injustificado son ilegales, al infringir los principios de Derecho Administrativo”<sup>1397</sup>.

428. EL ESTÁNDAR DE REVISIÓN. Resulta obvio que el estándar de revisión judicial lo constituye el derecho, en oposición a las consideraciones de mérito u oportunidad que son propias de la Administración activa y que por diseño constitucional corresponden a la Administración.

---

<sup>1396</sup> SCS, 21.09.2010, Rol N° 4396-2010.

<sup>1397</sup> Entre otras, SCS, 15.09.2010, Rol N° 4922-2010.

429. EL ESTÁNDAR DE LEGALIDAD GENERAL. El fundamento de ese estándar de revisión se encuentra en los artículos 6° y 7° de la CPR, así como en el artículo 2° de la LOCBGAE, que precisamente otorga acción contra los actos de la Administración que impliquen abuso o exceso, suponiendo por esa vía la violación del ordenamiento jurídico.

¿Pero qué implica jurídicamente esa afirmación? Significa que la Administración no sólo debe respetar la ley en términos formales, sino que sus decisiones no pueden ser arbitrarias, es decir, sin motivos o justificaciones legitimadas por el sistema legal. A este criterio ha contribuido el recurso de protección como medio de control de los actos administrativos, que le ha otorgado a los elementos de “legalidad y arbitrariedad”, las características propias de la revisión judicial<sup>1398</sup>.

De este modo, en el sistema legal chileno un juez tiene un amplio estándar de revisión de legalidad que se traduce, considerando la experiencia jurisprudencial, en los siguientes estándares<sup>1399</sup>:

(a) *Estándar de legalidad*. Lo que supone verificar la legalidad formal de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate, de modo que quien ejerza la competencia que se invoca y por medio del instrumento que justifica, efectivamente los tenga asignados por ley.

(b) *Estándar de razonabilidad*. Lo que significa que los jueces deben establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberán verificar que: (1) no ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa; (2) no ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional; (3) no ha violentado ningún derecho o garantía constitucional; (4) no ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas; (5) no ha actuado con desviación de fin o de poder; (6) que los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentran debidamente acreditados en el procedimiento administrativo.

---

<sup>1398</sup> Ver en este sentido SCS, 20.10.2011, Rol N° 8719-2011.

<sup>1399</sup> Estos estándares fueron expresados en el mensaje del Proyecto de Ley de Tribunal Ambiental, considerando la jurisprudencia chilena en materia de recurso de protección y teniendo como reglas de referencia en el Derecho Comparado en § 706 *Administrative Procedure Act* del Derecho Norteamericano y los artículos 70-71 de la *Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española*.

(c) *Estándar de procedimiento e información*. Lo que se traduce en: (1) establecer que el acto ha sido dictado de conformidad al procedimiento administrativo exigido por la ley; (2) que los actos dictados se encuentran respaldados mediante pruebas sustanciales, debidamente acreditadas en el procedimiento administrativo de que se trate; (3) que el acto administrativo disponga de información técnica adecuada que lo justifique.

Lo anterior implica que un juez, cuando resuelve una impugnación, dispone de atribuciones amplias para revisar el procedimiento de que se trate y verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión, considerando la naturaleza de la acción ejercida. En efecto, no es lo mismo esa competencia en el caso de la impugnación de nulidad de una decisión de contenido discrecional técnico en un procedimiento delimitadamente regulado, que en el caso de una acción de plena jurisdicción en donde el juez puede resolver una indemnización.

430. LA DELIMITACIÓN DEL CONTROL: JUZGAR Y ADMINISTRAR SON DOS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DISTINTAS. La distinción entre función judicial y administrativa se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adaptados a cada ámbito. Esta sería la función positiva de la distinción funcional, que permitiría el correcto funcionamiento de la sociedad. Existiendo distintas funciones a realizar por el Poder, cada una de ellas debe ser realizada preferentemente por los órganos preparados para realizarla, quedando así ese Poder repartido funcionalmente entre los órganos preparados para ejercerlo<sup>1400</sup>.

Regularmente el debate sobre el control judicial de la Administración se basa en la teoría de la separación de poderes y en la deferencia razonada, ambos como expositores de ciertos criterios prudenciales. El debate se plantea en relación a que si existe un “debe” entonces existe un “puede”. Esto lleva a que “deber” implica “poder”, criterio que se debe considerar habitual al pronunciarse sobre la regulación de la ley frente a la Administración. Esto, pues el juez se enfrenta a la cobertura legal, es decir, si la Administración cumple la identidad de la ley y el acto. De modo que el debate sobre el control debiera encontrar bases en los crite-

---

<sup>1400</sup> CORDERO VEGA (2007).

rios de autoridad y capacidad, en otros términos el juez debe considerar dos tipos de deferencia, basado en el hecho en que es el legislador el que entrega esas competencias: Autoridad<sup>1401</sup> y de Capacidad<sup>1402</sup>. En otros términos, llevar a cabo la exacta relación entre la construcción ambigua de una política pública definida por el legislador y la realización clara y real de dicha política<sup>1403</sup>.

La Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, en lo que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones<sup>1404</sup>. En el mismo sentido, se indica que en virtud de su constante exposición a un solo tipo de problemas, así como mediante la selección de personal por entrenamiento especializado, la actividad administrativa comporta un grado de especialización que los Tribunales y los Parlamentos, habida cuenta de su carácter generalista, rara vez podrían alcanzar. Aun cuando la actuación administrativa no tenga el conocimiento científico exigido o la experiencia técnica requerida para llegar a soluciones definitivas al comienzo de sus operaciones, el modelo expertocrático de la Administración imagina que con el tiempo la experiencia y la investigación producirán juicios administrativos crecientemente correctos<sup>1405</sup>. Por otra parte, el hecho de

---

<sup>1401</sup> Basada en una condición de legitimidad constitucional. El legislador entrega esa competencia normativamente a la Administración, mediante el acuerdo del Presidente de la República y el Congreso, como consecuencia del artículo 65.4. N° 2, lo que implica someter dichos órganos a las responsabilidades que el sistema constitucional diseña frente al Presidente y el Congreso.

<sup>1402</sup> Basada en una condición de confianza definida también por el legislador, es decir, la creación de un órgano estatal provisto por expertos. Esta es la idea que se encuentra tras el contenido y redacción del inciso 1° del artículo 38 de la Constitución, en cuanto afirma que “[una] ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y *los principios de carácter técnico y profesional* en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la *capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes*” [el destacado es mío].

<sup>1403</sup> MASHAW (2003).

<sup>1404</sup> GELLHORN Y LEVIN (1997) 2.

<sup>1405</sup> MASHAW (1985) 19.

que sea el Presidente de la República el titular de la función de gobierno y administración, así como el hecho de que la Administración esté condicionada jerárquicamente a su figura (artículo 38, inciso 2º CPR y art. 1º LOCBGAE), dota a la Administración de una legitimidad democrática mediata, con la correlativa responsabilidad política de aquél (art. 53, Nº 2 CPR) por su gestión, que la hace más adecuada para el servicio responsable de los intereses generales, desarrollado a través de la discrecionalidad de las políticas públicas implementadas por el Gobierno<sup>1406</sup>.

Todo lo anterior exige al juez una definición previa de los límites de sus competencias, para apreciar adecuadamente el problema que debe resolver, lo que no significa reconocer zonas exentas de control judicial, sino tan sólo una forma de aproximación del juez al conflicto que debe resolver, pudiendo anular las decisiones de los organismos técnicos, pero sin sustituir la competencia propia de la Administración al decidir el contenido de la solución final. Como sostiene la literatura, la función jurisdiccional presenta la especificidad de consistir en un control, que supone constitucionalmente una distinción de la función administrativa, diferenciación que no es lícito desconocer. Las instancias administrativas y de control judicial tienen ámbitos de actuación (competencias) necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa<sup>1407</sup>.

En efecto, existe una serie de consideraciones en los equilibrios de la condición de deferencia que es necesario tener en cuenta<sup>1408</sup> para ver si ésta se da con mayor o menor propiedad. El primer criterio es el *nivel de discrecionalidad* que se le ha reconocido explícitamente a la autoridad administrativa por parte del legislador, y siempre y cuando ésta sea constitucionalmente admisible. No lo sería cuando la discrecionalidad conferida sea de tal modo excesiva que impidiera la tutela judicial, y por esa vía un control adecuado de los jueces frente a la Administración. El segundo, es el *tipo de acto* sujeto de control, es decir, si en ellos se han considerado o no otros aspectos de legitimación colectivamente aceptados, por ej., participación ciudadana. El tercero es el *nivel técnico del acto*, lo que si bien desvía

---

<sup>1406</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1998).

<sup>1407</sup> PAREJO ALFONSO, (1993) 48-75.

<sup>1408</sup> Consideramos en este lugar las explicaciones realizadas por SARMIENTO (2004) 179-193.

el tema hacia la discrecionalidad técnica, no es exigible a la deferencia, cuando lo que se juzgan son los hechos que legitiman jurídicamente el acto; pero si el debate es sobre la apreciación de contenido de conformidad a una ciencia o técnica para la aplicación de la regla, el juez debe deferir. El cuarto criterio es el *origen democrático del órgano* del cual emana el acto administrativo: no tiene la misma condición de legitimación el acto que emana de una municipalidad, que el de un órgano administrativo de carácter técnico.

431. ¿CÓMO ENFRENTAR LOS PROBLEMAS DE DEFERENCIA? Si juzgar y administrar son dos funciones constitucionalmente diversas, de manera que mientras a las agencias administrativas dirigidas por el Presidente de la República les corresponde implementar las políticas públicas definidas por el Congreso transformándose en promotores institucionales—deben lograr el máximo bienestar posible con las competencias y recursos disponibles—, los jueces son esencialmente frenos institucionales, porque a ellos corresponde la protección de los derechos de los afectados actual o potencialmente por esos organismos y el control de la legalidad de sus actuaciones.

La pregunta que a continuación surge es, ¿bajo qué condiciones deben convivir en un sistema constitucional competencias delimitadas de ese modo?

No cabe ninguna duda, como se ha explicado hasta acá, que los jueces disponen de controles plenos de revisión de la legalidad de la intervención de los organismos administrativos, considerando incluso el escrutinio de los hechos sobre los cuales se basan esas decisiones, sencillamente porque esos hechos habitualmente condicionan el ejercicio de las potestades. Como tampoco cabe ninguna duda que ese control amplio, se extiende a evitar medidas arbitrarias, en tanto no justificadas legítimamente, especialmente en el caso de las potestades discrecionales.

Parte del problema surge porque el Congreso, cuando establece los marcos regulatorios, habitualmente encomienda a organismos administrativos, a los cuales el propio sistema legal les reconoce experiencia, la implementación y la decisión de elementos relevantes de una política pública. En otros términos, los marcos regulatorios sólo se completan con la intervención de esas agencias administrativas expertas.

Pero en el sistema constitucional, los jueces también son expertos, especialmente en la manera de entender las reglas de procedimientos, derechos individuales e interpretar las reglas de la Constitución. En otros términos, mientras los organismos administrativos pueden ser expertos en la técnica y en la decisión de política pública concreta, los jueces son los expertos en la aplicación del Derecho.

¿De qué depende entonces que los jueces puedan ser o no deferentes con la decisión técnica de un organismo, atendidas las razones de autoridad y capacidad a la cual nos hemos referido con anterioridad?

Una respuesta posible está en la manera en que deben conocer de los hechos. En efecto, un organismo administrativo tiene experiencia en los hechos que explican sus intervenciones técnicas y las definiciones de políticas públicas, de conformidad a los mandatos o misiones concretas establecidos por la ley a ese organismo<sup>1409</sup>, pero ello se da en un contexto denominado “visión túnel”, con el que se quiere señalar que lo único importante para ese organismo es su misión de política pública, sacrificando la integridad de la intervención estatal.

Esos hechos están condicionados a la existencia de un procedimiento administrativo, que define el contenido del acto (art. 41) y cuyos hechos que justifican la intervención y la medida tienen que estar acreditados en su interior (arts. 34 y 35), tal como lo establece la LBPA, de modo que el juez los puede controlar en su aplicación.

De este modo, cuando el Congreso le entrega expresamente a la autoridad administrativa la competencia para evaluar hechos, interpretar reglas técnicas, adoptar medidas de política pública, entonces hay una decisión consciente de que esas son competencias que le corresponden al organismo administrativo y no a los jueces. Es lo que sucederá, por ejemplo, en la adopción de una norma de calidad ambiental o en la identificación de los impactos concretos de un proyecto sometido al SEIA<sup>1410</sup>.

---

<sup>1409</sup> Vid. BREYER (2010) CAP. 9.

<sup>1410</sup> Esta fue por ejemplo la tesis de la Corte Suprema el año 2002 en el caso Itata y el 2005 en el caso Celco Valdivia.

La deferencia consiste única y exclusivamente, en la manera en que los jueces se aproximan a la decisión de un caso. No es la inmunidad del control judicial de un determinado asunto. Sólo trata de decir, que ahí en donde por una cuestión de conocimiento comparativo debe adoptar una decisión técnica el organismo respectivo, entonces el juez no puede sustituir esa decisión pura y simplemente. Esta cuestión es especialmente sensible cuando se ejerce el contencioso de nulidad sobre actos sometidos a la discrecionalidad técnica de la autoridad.

Esa deferencia no existe cuando el protagonista del conocimiento de los hechos es el juez. Eso sucederá, por ejemplo, en los casos de contenciosos de plena jurisdicción, cuando el juez deba determinar, en base a un procedimiento jurisdiccional sujeto a contradicción, si una determinada decisión estatal es o no constitutiva de indemnización. En ese caso, el juez es protagonista para la determinación del título de imputación y el monto indemnizable, no para la adopción de una decisión de política pública. Ahí entonces, el juez no tiene razones para actuar con deferencia.

En el caso del Derecho Administrativo chileno esta situación es particularmente compleja, porque el contencioso de nulidad, como ya se ha explicado, ha operado a través del recurso de protección, que como acción cautelar –por lo tanto de urgencia– requiere la existencia de un derecho indubitado. En tales condiciones –por lo menos desde la perspectiva módica– no resultaría aceptable invocar la deferencia de experto, porque lo inicial y prioritario es dar cobertura a la afectación de un derecho identificado que requiere de restablecimiento del imperio del Derecho.

Sin embargo, el problema se suscita cuando la lógica cautelar desaparece de la acción y el recurso se transforma en un contencioso de nulidad, sustituyendo a la jurisdicción común, porque en esas condiciones es difícil debatir sobre el protagonismo de los hechos en el procedimiento administrativo, ya que el control del acto administrativo queda sujeto a un procedimiento jurisdiccional que no tiene forma de juicio.