

EDUARDO CORDERO Q.  
*Profesor Titular de  
Derecho Administrativo  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Doctor en Derecho,  
Universidad Carlos III de Madrid*

# CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



DERECHO PUCV

Colección Legal  
Serie Monografías y Escritos Reunidos  
Escuela de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso



CÁTEDRA DE  
DERECHO PÚBLICO  
PUCV

© Eduardo Cordero Q., 2023  
Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-8398  
ISBN: 978-956-6170-26-6

Derechos Reservados  
Tirada: 500 ejemplares

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso de los editores.

Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Avenida Brasil 2950  
Valparaíso

Editado por Editorial Libromar SpA

Se terminó de imprimir esta primera edición en agosto de 2023

Impresión: Castro & Mac Donald solo actúa como impresor

IMPRESO EN CHILE

CAPÍTULO IX  
EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El control de la Administración constituye uno de los elementos centrales del Estado de Derecho y tiene por objeto garantizar un sistema de frenos y contrapesos que permitan, por una parte, garantizar que el poder público se ejerza dentro de los cauces previstos en el ordenamiento jurídico y, a su vez, asegurar que se cumpla con los fines que se le han asignado a todos los órganos del Estado, particularmente aquellos que cumplen funciones administrativas.

*El control no constituye un principio, sino que se trata de un medio que se justifica en razón del fin que se pretende lograr, ya sea para garantizar el respeto del principio de legalidad, el respeto y promoción de los derechos fundamentales o de asegurar una gestión eficaz o eficiente. Sin perjuicio de esto, se trata de un instrumento de la mayor importancia, que ha estado presente en cada momento o época, como podemos ver en la vieja tradición castellano indiana de rendir cuentas de la gestión, o lo que se afirma actualmente desde la tradición anglosajana como es el *accountability*.*

Si bien el concepto de control evoca una realidad que nos parece conocida, lo cierto es que éste carece de contornos nítidos y aparece dotado de más de un significado. Lo mismo sucede con otros conceptos que tienen un significado similar, *v. gr.* vigilancia, supervisión, inspección o fiscalización. Esta constatación es especialmente cierta desde el punto de vista jurídico, en donde el control presenta un contenido y un significado que no es del todo preciso.

Ahora bien, el planteamiento del control del poder público supone asumir una perspectiva que:

- a) Requiere de una justificación respecto de su pertinencia y de la legitimidad en la cual se sustenta. Para esto, debemos establecer qué es el control.
- b) Luego, no se cuenta con una teoría general aceptada respecto del control, por lo que tampoco disponemos para su análisis de instrumentos claros y fiables.

Por esta razón, es necesario iniciar el estudio del control teniendo como punto de partida el propio texto de la Constitución.

Ahora bien, como referencia vamos a recurrir al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define la palabra control como "*Comprobación, inspección, fiscalización, intervención*". A su vez, comprobar es la "*acción y efecto de comprobar*", mientras que comprobar se define como "*Confirmar la veracidad o exactitud de algo*". Inspección es definida como "*acción y efecto de inspeccionar*", mientras que inspeccionar sería "*examinar, reconocer atentamente*". Fiscalización también es la "*acción y efecto de fiscalizar*", mientras que fiscalizar es "*hacer el oficio de fiscal*", que es la persona que "*averigua o delata operaciones ajenas*", como también se entiende como "*criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien*". Por último, supervisión es "*la acción y efecto de supervisar*", mientras que supervisar es "*ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros*". Como se puede apreciar, se colocan como elementos rectores del concepto la comprobación y formarse un juicio respecto de la corrección, veracidad o exactitud de lo que se controla.

## II. EL CONTROL EN LA CONSTITUCIÓN

Si se revisa el texto constitucional, es posible comprobar lo siguiente:<sup>1763</sup>

- a) Nuestra Carta fundamental utiliza de forma consciente y frecuente el término control y, por tanto, aparece consagrada como una categoría jurídica específica.

Los preceptos constitucionales que utilizan el término control pueden agruparse en la forma siguiente:

- a) La Contraloría General de la República, en el control de la legalidad de los actos de la Administración (artículos 98 y 99).
- b) El Tribunal Constitucional, en el control de constitucionalidad de las leyes (artículo 93).

<sup>1763</sup> Sobre esta materia, se ha seguido la metodología y el plan de exposición de LUCIANO PAREJO ALFONSO, haciendo las debidas adecuaciones al Derecho chileno. Véase PAREJO (2003), pp. 1076-1089.

- c) El Servicio Electoral, en el control del gasto electoral (artículo 18, 60 inciso 7º, 94 bis y 125).
- d) El Estado, en el control de las acciones de salud, en el marco del derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9).
- e) Órganos a cargo de la supervigilancia y control de las armas (artículo 103).

También utiliza como sinónimo la expresión fiscalización. Así, se refiere a la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del Gobierno (artículo 52); la fiscalización de los procesos electorales que cumple el Servicio Electoral (artículo 94 bis); la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos del Fisco por parte de la Contraloría (artículo 98); fiscalizar el cumplimiento de las normas de control de armas (artículo 103); la fiscalización de los servicios públicos por parte del Gobernador Regional que dependan o se relacionen con el gobierno regional (artículo 111).

Tampoco se menciona expresamente, pero de los artículos 7, 19 N° 3, 38 inciso 2º y 76, se deriva el control jurisdiccional que corresponde a los tribunales de justicia respecto de los actos de los órganos de la Administración del Estado.

En consecuencia, el del control es un estricto concepto jurídico-constitucional.

- b) De estas disposiciones constitucionales se deduce que el control se refiere a una función o actividad que tiene por objeto primario: a) la acción, actividad, gestión o cometido o, en su caso, las decisiones, los actos o las actuaciones de un tercero (una entidad o un órgano público), o b) las entidades o los órganos públicos de control en cuanto ejercen dicha actividad.

El control siempre se refiere a una actividad. Ocurre que, desde el punto de vista jurídico, el control de la actividad puede tener por objeto principal bien esta en sí misma considerada, es decir, pretende solo extraer consecuencias respecto de esta objetivamente, pero también puede tener por finalidad primordial concluir desde la actividad sobre el sujeto (entidad u órgano) que la realiza.

Por tanto, el control supone dos sujetos diferenciados (el controlado y el controlante) y dos actividades distintas (la controlada y la controlante), siendo estas últimas necesariamente sucesivas en su desarrollo (aunque sea en el plano lógico), puesto que la de control presupone lógicamente la existencia de la controlada. El control consiste, pues, en un examen y una valoración, conforme a cierto criterio, de su objeto propio, la actividad controlada. Implica, por ello, una relación jurídico-pública específica trabada por razón de y basada justamente en la competencia de "control" atribuida a un sujeto público -entidad u órgano- sobre otro sujeto -entidad u órgano- (su actividad).

- c) La actividad susceptible de ser objeto de control puede pertenecer:
  - A la misma función o poder constitucional en que se integra la controlada, dentro de un mismo ordenamiento. Esta técnica de control se denomina *intrafuncional o intraordinamental*

Es el caso de la forma de control que realiza la Contraloría respecto de la Administración del Estado, como lo dispone el artículo 98 de la Constitu-

ción, de la cual también forma parte. En consecuencia, cabe calificar a esta técnica de control como *intrafuncional e intraordinamental*.

- A distinta función o poder constitucional de la actividad controlada. Así, los controles de la Cámara de Diputados sobre los actos del Gobierno y del Tribunal Constitucional sobre los actos del Poder legislativo. En consecuencia, cabe calificar a esta técnica de control como *interfuncional e interordinamental*.

Es el caso de las concretas formas de control contempladas en los siguientes preceptos constitucionales:

1. Atribuidas directamente a Cámara de Diputados, ya sea para formular observaciones o adoptar acuerdo al Gobierno; solicitar determinados antecedentes; citar a los ministros de Estado y la formación de comisiones especiales (artículo 52).
  2. Las facultades del Servicio Electoral, en la fiscalización de los procesos electorales y el control en el gasto electoral (artículo 18, 60 inciso 7º, 94 bis y 125).
  3. La Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón de los actos de la Administración, la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos a través del examen y juzgamiento de cuentas (artículos 98 y 99).
  4. El Poder Judicial, en el control de los actos de la Administración mediante las herramientas propias de la actividad jurisdiccional: conocer, resolver y ejecutar (artículos 7, 19 N° 3, 32 inciso 2 y 76).
- Y a una función peculiar que, por sus características, es capaz de desplegarse respecto de cualesquiera otras funciones-poderes constitucionales, como sucede la que realiza el Tribunal Constitucional.

La actividad del Tribunal Constitucional tiene una posición propia en la estructura del Estado (no formando parte del Poder Judicial) y está vinculada solo a la Constitución (norma que preside, articula y sostiene el entero ordenamiento en el que se insertan los distintos ordenamientos territoriales derivados de la específica organización autonómica del Estado que constituye), cumple una función peculiar capaz de traducirse en el ejercicio de controles sobre los diferentes poderes públicos y sus actividades. Que la intervención del Tribunal Constitucional se traduce también en un verdadero control, resulta de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, a través del control preventivo de constitucionalidad de las leyes (obligatorio y facultativo), como el control represivo previo requerimiento de decretos supremos, decretos con fuerza de ley y decretos promulgatorios emanados del Gobierno, y actos de representación de la Contraloría (artículo 93).

Por lo tanto, la actividad de control atraviesa la estructura y el funcionamiento del Estado en su conjunto o globalmente considerado; de forma tal que es una actividad dispersa o distribuida, de forma desigual, por los tres poderes o funciones clásicas, en todo el ámbito territorial. Además, se trata de una atribución que contribuye al orden de los poderes/funciones públicos/as constituidos, es decir, permite determinar la estructura y el funcionamiento ordenados y equilibrados del Estado en su conjunto o como un todo, en la medida que representa y actualiza los límites precisos para el ejercicio del poder y de las funciones que se controlan, en el marco del orden constitucional.

En todo caso, en la Constitución predominan los mecanismos de control *interfuncionales* y, sobre todo, *interordinamentales* (entre funciones y órganos) sobre los *intrafuncionales* e *intraordinamentales* (al interior de la función o del órgano).

Por ejemplo, la facultad fiscalizadora (función) de la Cámara de Diputados (órgano), recae sobre los actos (función) del Gobierno (órgano). De esta forma, estamos ante un control interfuncional e interordinamental. Por otra parte, un control intrafuncional e intraordinamental se puede encontrar en la facultad exclusiva del Presidente de controlar a sus ministros, así como en el control que ejerce la Contraloría sobre la Administración activa.

- d) El control en la Constitución no tiene un contenido y alcance homogéneo. De esta forma, se concreta de manera diferente en los diversos supuestos. Para tal efecto, se consideran factores como: los órganos controlados, la actividad controlada y las técnicas concretas de control. Así, se forma una relación jurídico-pública de control entre las entidades que intervienen, que comprende una diversidad en la tipología jurídico-positiva de figuras de control.

Por su parte, frente al concepto genérico de control o fiscalización previsto en la Constitución, se consideran formas o modalidades concretas (acuerdos u observaciones, solicitud de antecedentes, interpelación o citación de ministros, toma de razón, etc.), sin perjuicio que también se establezcan por el legislador tipificaciones concretas de técnicas de control, especialmente cuando se hace una referencia genérica (*v. gr.* fiscalización del proceso electoral o de los ingresos y gastos de fondos públicos, o control del gasto electoral):

Así, la Constitución considera en sus disposiciones varios aspectos que debemos tener presente.

- 1º. Se hace una clara diferenciación entre el control en sentido genérico y regulaciones específicas, aunque no se indica que forman parte

del concepto genérico de control, como sucede con la aprobación (artículos 32 N° 15; 53 N° 8 y 9; 54; 78; 83; 85, entre otras); autorización (artículos 32 N° 19; 61; 63 N° 7; 80; y 83, entre otros); supervisión (artículos 19 N° 18 inciso final; 41; 42; 94 bis; 103; 111); investigación (artículos 51 N° 1 letra c); o el examen (artículo 98).

- 2º. Se contempla la posibilidad que un mismo ente u órgano pueda ser titular de distintas potestades de control, para lo cual este cuenta con diversas técnicas. Así, por ejemplo, Contraloría puede controlar la legalidad de los actos administrativos y también la correcta inversión de los recursos públicos a través del examen y juzgamiento de cuentas. Esto se denomina *compatibilidad subjetiva*.

Además, se contempla también una *compatibilidad objetiva*, es decir, que dos o más técnicas de control puedan recaer sobre un mismo objeto. Así, la Cámara de Diputados puede fiscalizar los actos del Gobierno desde un punto de vista político y la Contraloría desde una perspectiva jurídica y financiera.

- 3º. Es posible articular los diversos tipos y técnicas de control para crear un sistema eficaz y que permita mayor eficiencia. En primer término, los niveles o alcances del control no serán necesariamente uniformes, ya que las técnicas podrán ser de diversa intensidad, partiendo desde la simple obtención de información, la comprobación, la realización de una valoración de las actuaciones (legalidad, eficacia y eficiencia), llegando a la formulación de un juicio (validez del acto o responsabilidad), hasta la adopción de medidas de diversa textura y eficacia.

En efecto, dado el diseño institucional que establece la Carta fundamental, es posible reconducir la clasificación del control en tres grandes grupos: el control político, administrativo y judicial. En este terreno, el elemento común en todos estos casos es siempre la valoración o el juicio que se forma el órgano de control, ya que esta actividad siempre implica, cuando menos, una actividad de comprobación y examen desde un determinado criterio de medida o referencia. Sin embargo, aquello no ocurre con la consecuencia que de la valoración y el juicio pueda y deba seguirse o, en otros términos, la medida subsiguiente a la eventual comprobación de una deficiencia en la actividad controlada. Así, la actividad de fiscalización de la Cámara de Diputados se puede expresar en acuerdos u observaciones, que no se traduce en posibles sanciones que se puedan aplicar a la autoridad de Gobierno. De esta manera, la pretensión de extraer consecuencias de mayor porte del resultado del control coloca en la necesidad de recurrir a la entrada en juego

del concepto genérico de control, como sucede con la aprobación (artículos 32 N° 15; 53 N° 8 y 9; 54; 78; 83; 85, entre otras); autorización (artículos 32 N° 19; 61; 63 N° 7; 80; y 83, entre otros); supervisión (artículos 19 N° 18 inciso final; 41; 42; 94 bis; 103; 111); investigación (artículos 51 N° 1 letra c); o el examen (artículo 98).

- 2º. Se contempla la posibilidad que un mismo ente u órgano pueda ser titular de distintas potestades de control, para lo cual este cuenta con diversas técnicas. Así, por ejemplo, Contraloría puede controlar la legalidad de los actos administrativos y también la correcta inversión de los recursos públicos a través del examen y juzgamiento de cuentas. Esto se denomina *compatibilidad subjetiva*.

Además, se contempla también una *compatibilidad objetiva*, es decir, que dos o más técnicas de control puedan recaer sobre un mismo objeto. Así, la Cámara de Diputados puede fiscalizar los actos del Gobierno desde un punto de vista político y la Contraloría desde una perspectiva jurídica y financiera.

- 3º. Es posible articular los diversos tipos y técnicas de control para crear un sistema eficaz y que permita mayor eficiencia. En primer término, los niveles o alcances del control no serán necesariamente uniformes, ya que las técnicas podrán ser de diversa intensidad, partiendo desde la simple obtención de información, la comprobación, la realización de una valoración de las actuaciones (legalidad, eficacia y eficiencia), llegando a la formulación de un juicio (validez del acto o responsabilidad), hasta la adopción de medidas de diversa textura y eficacia.

En efecto, dado el diseño institucional que establece la Carta fundamental, es posible reconducir la clasificación del control en tres grandes grupos: el control político, administrativo y judicial. En este terreno, el elemento común en todos estos casos es siempre la valoración o el juicio que se forma el órgano de control, ya que esta actividad siempre implica, cuando menos, una actividad de comprobación y examen desde un determinado criterio de medida o referencia. Sin embargo, aquello no ocurre con la consecuencia que de la valoración y el juicio pueda y deba seguirse o, en otros términos, la medida subsiguiente a la eventual comprobación de una deficiencia en la actividad controlada. Así, la actividad de fiscalización de la Cámara de Diputados se puede expresar en acuerdos u observaciones, que no se traduce en posibles sanciones que se puedan aplicar a la autoridad de Gobierno. De esta manera, la pretensión de extraer consecuencias de mayor porte del resultado del control coloca en la necesidad de recurrir a la entrada en juego

de otros controles, como serían las responsabilidades en juicio constitucional que se puede perseguir mediante una acusación constitucional (artículo 52 N° 2); la denuncia de hechos constitutivos de delitos, las eventuales responsabilidades administrativas que se pueden hacer efectivas a través de Contraloría o los mecanismos de control judicial para privar de validez un acto o hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por el daño causado. Por lo tanto, la comprobación de deficiencias o irregularidades, es decir, del juicio negativo sobre la actividad controlada por medidas propias del órgano controlante capaces de incidir en la validez o la eficacia de la actividad controlada solo es posible en los prototipos o modelos de control político, administrativo y jurídico.

- e) El conjunto de los tipos y mecanismos de control tiene su centro de gravedad u objeto en el Ejecutivo, entendido como el complejo integrado por el Gobierno y la Administración pública que de él depende. Así sucede con la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados; las atribuciones de la Contraloría General de la República (control de legalidad, toma de razón, examen y juzgamiento de cuentas), y el control jurisdiccional.

En suma, con independencia de la heterogeneidad orgánica y funcional, así como del distinto alcance de las técnicas de control, parece claro que en la Constitución se regula y, por tanto, define una función o actividad de control que tiene una funcionalidad específica en el Estado, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. En el orden constitucional es discernible, en efecto, un verdadero esquema o sistema de control, que guarda relación con y está al servicio del orden constituido para los poderes públicos. Por ello mismo, el contenido de aquella función es, claramente, de regulación y dirección de ese orden en su dimensión dinámica. En el esquema de control, es decir, en este como categoría, existen desde luego elementos comunes, que le otorgan autonomía y un perfil propio:

- La diferenciación orgánica y funcional que se presenta en el control. Así, concurren dos voluntades: la del sujeto controlante y la del controlado, dando lugar a una relación jurídico-pública específica.
- La existencia una actividad que es objeto de control, susceptible de ser confrontada con un criterio o medida de valoración, conforme a la técnica de control que se utilice (jurídica, de gestión, financiera).
- El desarrollo de una actividad de control y, como tal, comprensiva de los momentos o fases ideales de información (investigación, supervisión, vigilancia), examen y comprobación (juicio), y adopción de la medida o las medidas procedentes.

En conclusión: *el control es una función que se puede definir como una actividad de confrontación o comprobación (con emisión de un juicio), que un ente u órgano realiza respecto de la actividad de otro y que conlleva (sobre la base del juicio emitido) la adopción de una medida (de contenido y alcance diverso), con producción de efectos positivos o negativos también diversos, conforme a la medida adoptada, y que recae sobre dicha otra actividad, ya sea una decisión o acto o un conjunto de decisiones o actos del ente u órgano controlado o el ente u órgano mismo.*

Corroboran la conclusión así alcanzada el origen etimológico y el significado del vocablo control en el lenguaje común.

En efecto, el término control es un barbarismo o extranjerismo (concretamente un galicismo), que ha tardado en penetrar en Italia y España, aunque ha acabado implantándose precisamente como concepto genérico, ante la insuficiencia en el terreno de las relaciones interadministrativas territoriales con los entes de la Administración local, del vocablo propio "tutela", lo cual resulta altamente significativo.<sup>1764</sup>

Viene de *contro* (elemento para la formación de palabras compuestas, como es el caso de "controversia") y *rotulus* (esquema, plan, idea, modelo; lo que vale decir criterio o medida). El idioma francés acaba catalizando los anteriores elementos, surgiendo *contre role* y luego *contrôle*, en relación inicialmente con el examen contable (la confrontación de nuevos asientos con los originales).

El vocablo implica, pues, un juicio comparativo, con subsecuente reacción en el caso de que aquel arroje una discordancia con el criterio, la medida o el patrón de referencia determinante.

Pasa en todo caso al Diccionario de la Lengua precisamente a través de la América de habla hispana, como consecuencia de las primeras experiencias jurídico-políticas tras la independencia (el recurso al modelo francés, por reacción frente al español).

Es significativo y concluyente que en el Diccionario de la Real Academia (que indica que procede del francés) se consignent, precisamente por el orden en que se exponen, las siguientes acepciones: 1. comprobación, inspección, fiscalización, intervención; 2. dominio, mando, preponderancia; 3. oficina, despacho, dependencia, etc. donde se controla; 4. punto de control; 5. torre de control; 6. regulación, manual o automática, sobre un sistema, y 7. mando o dispositivo de control.

### III. EL CONTROL COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PÚBLICA

El análisis de las normas constitucionales nos entrega datos esenciales para perfilar el concepto de control, que son, sintéticamente, los siguientes:

<sup>1764</sup> Véase TOLIVAR (1981).

- a) El control se centra en la función ejecutiva, esto es, en la actividad del complejo integrado por el Gobierno y la Administración pública;
- b) Existe un predominio del tipo de control interfuncional e interordinamental;
- c) Existen diversidad de técnicas de control y heterogeneidad del contenido y alcance de la actividad desarrollada a través de estas;
- d) Nos encontramos con diversos órganos que realizan esta función, y
- e) La articulación de los mecanismos de control permite contar con un sistema con contenido y sentido propio.

Pues bien, sobre esta base es posible sostener que:

1. El control tiene un carácter histórico y su evolución ha estado vinculada al desarrollo del Estado. Así, frente a un mayor desarrollo del Estado y sus actividades, el control se hace más extenso, intenso y complejo. En este sentido, es posible advertir tres líneas de desarrollo:
  - a) Para asegurar el funcionamiento del aparato estatal, considerando su mayor extensión territorial y un aumento de sus actividades y cometidos, se exige un mayor flujo de recursos económicos y de mecanismos para llegar a todos los territorios del Estado. Así, se hace necesario un control sobre la Hacienda pública, que es una de las primeras manifestaciones del control a través del Tribunal de Cuentas, una de las instituciones más antiguas de la Corona española y que hemos heredado desde los orígenes de nuestra vida republicana. A su vez, se deben crear cargos para controlar la organización en todo el territorio. Así aparece la técnica comisarial (que viene de la comisión o mandato privado, que se otorga a una autoridad en un territorio determinado por parte del monarca), y que marca el tránsito desde un Estado estamental de carácter medieval al Estado absoluto, a fin de mantener su unidad.

Quizás una de las contribuciones poco conocidas del Derecho administrativo, ha sido la obra de Miguel de Cervantes, *"El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha"*, escrito estando en prisión por un juicio de cuentas. En efecto, Cervantes fue comisario del Rey para sacar trigo y fabricar con él bizcocho destinado al abastecimiento de la Armada. En 1589, presentó una cuenta "de gastos menudos que hice en la molienda que tuve en la ciudad de Écija", y en la que se equivocó, dando con sus huesos en la cárcel. Sería absuelto por el Consejo de guerra y consiguió que le nombrasen, en 1594, comisionado para el cobro de varios atrasos de impuestos en el reino de Granada y de cuyos embrollos sobrevino la

célebre prisión de Cervantes en Cárcel de Sevilla, donde se engendró el Quijote.<sup>1765</sup>

- b) El surgimiento de las entidades locales en el siglo XIX, particularmente de las municipalidades, dotadas de cierta autonomía, exigía mantener su unidad e integración del Estado a través de una técnica de control. Con tal objetivo se tomó la técnica del Derecho civil de la "tutela", considerando las entidades locales como menores sujetos a las instancias territoriales superiores (el Estado). Así, se desarrolla el denominado control de tutela o supervigilancia desde el Estado central a las entidades descentralizadas.

En Chile la Administración local a partir de la independencia se mantuvo en torno a la figura de los cabildos. Solo con fecha 8 de noviembre de 1854 se promulga la primera Ley de Municipalidades, la cual subordinó los municipios al poder central, de manera que los Gobernadores y Subdelegados tenían atribuciones para controlar sus actos, como asimismo la facultad de suspender las resoluciones municipales que perjudicaran el orden público.

Con fecha 22 de diciembre de 1891 se dictó una nueva Ley de Municipalidades que se denominó de la Comuna Autónoma. Esta fue considerada una conquista de la revolución del mismo año y otorgaba una independencia al poder municipal de la cual no gozaba desde el período colonial. Sin embargo, el país no estaba preparado ni cívica ni culturalmente para un sistema de descentralización administrativa de tal envergadura. Esta creación, en cierto modo artificiosa, terminó con un cercenamiento de las amplias e importantes atribuciones de las municipalidades, las que, en caso de subsistir, quedaron sujetas al control estatal variando de mecanismos de jerarquía al control de tutela.

La técnica de la tutela tiene como finalidad institucional el aseguramiento de la supremacía de la instancia y los ordenamientos territoriales superiores o más generales sobre los inferiores o más particulares. La trascendencia de esta vertiente de la construcción del Estado explica suficientemente la relevancia constitucional de los controles interordinamentales, desde el nivel central a la Administración descentralizada.

- c) Con el fortalecimiento del Estado de Derecho, resulta necesaria la limitación y la sujeción efectiva a Derecho del poder público y, especialmente, del complejo constituido por el Gobierno y la Administración. En este punto y como es bien conocido, la evolución conduce desde el autocontrol al heterocontrol pleno (político y jurídico); plano que evoluciona hacia la judicialización actual. Así,

<sup>1765</sup> Véase HERNÁNDEZ ESTEVES (2015), pp. 21-99.

parte desde el Parlamento y pasa a los Tribunales. Sin embargo, se desarrollan una serie de técnicas intermedias que son más diversas y sofisticadas, especialmente en el ámbito administrativo. De esta forma, junto a la permanencia del control político basado en el criterio del interés general y del control judicial pleno articulado sobre el principio de legalidad, han cobrado creciente importancia los controles de eficiencia y eficacia en la gestión, como consecuencia de colocar en un primer plano los aspectos económico-financiero y de calidad y efectividad de la acción del poder público.

2. Esta evolución ha tenido como resultado la existencia de diversas técnicas de control, todas las cuales tienen un objetivo o función común: ser un mecanismo que regula la estructura y funcionamiento del Estado, en la medida que es el poder público establecido conforme al orden constitucional. A su vez, estas técnicas de control se han ido articulando ante un orden que es complejo y para el cual no es suficiente la simple aplicación del principio de la división de los poderes del Estado, en miras para lograr el objetivo del control: una real limitación del poder. Esta mayor complejidad en la organización del Estado se aprecia en el desplazamiento que se ha ido experimentado de su centro de gravedad hacia el Ejecutivo (Gobierno y la Administración), el que además se ha ido fragmentando desde el punto de vista organizativo, con entidades territoriales (Gobiernos Regionales y municipalidades) y órganos autónomos o independientes.

En definitiva, el control se ha ido ampliando y diversificando sus técnicas siguiendo la evolución que ha experimentado el propio Estado. De esta forma, *contamos con una verdadera función de control*, independiente de cada una de las técnicas en que se materializa o concreta.

Conforme a lo expuesto, es posible dar respuesta a los problemas que se han planteado sobre la materia:

- a) En primer término, la separación entre el carácter único o plural del control. Esta cuestión es, en rigor, falsa, pues cabe sin duda una construcción común de los controles, sin por ello privar de su economía y lógica a cada uno de los mecanismos y técnicas en que se plasman, es decir, sin imponer a estos un tratamiento único que los desnaturalice. La unidad no es en este caso contradictoria con la pluralidad.

En segundo lugar, la consideración del control como función o solo como actividad de una función. El control es desde luego una función y no por ello una mera actividad ni, concretamente, una actividad materialmente jurídico-administrativa, como también se ha pretendido desde la tradicional clasificación de la actividad administrativa

en activa, consultiva y de control. El control actual no es fruto de un proceso de expansión de una actividad originariamente administrativa, en el curso del cual ha desbordado el ámbito propio del poder ejecutivo para establecerse también en el propio de otros poderes (naturalmente en calidad de actividad accesoria). Antes bien, el control es el resultado del desarrollo, la acumulación y la articulación de múltiples y distintas actividades-funciones que han acabado adquiriendo un contenido común por exigencias del sistema estatal en su misma evolución y constituyendo así, en este, una específica función.

- b) En consecuencia, las categorías establecidas de función y actividad no sirven para la caracterización del control. Pues desde el esquema suministrado por dichas categorías clásicas, este sería tanto una función como una actividad. Más bien consiste, conforme resulta del análisis del orden constitucional que ha quedado hecho, en una función específica y típica del sistema estatal que resulta de la operatividad –en su conjunto– de múltiples actividades de las distintas funciones-poderes constitucionales; actividades, desarrolladas conforme a una lógica y economía determinadas, sin perder por ello, cada una, su individualidad. Justamente esta heterogeneidad es la que permite al control ser una verdadera función en el sentido aquí propugnado.
- c) En tercer lugar, está la cuestión tradicional de la estructura única o doble de la función-actividad de control, es decir, la relativa a si esta consiste solo en un juicio o más bien en un juicio seguido necesariamente de una medida. El planteamiento tradicional pierde, sin embargo, entidad y relevancia, si se considera que, en el control, el juicio y la medida subsecuente son elementos necesarios, sin que de ello pueda concluirse en modo alguno ni sobre la finalidad de estos, ni tampoco sobre un contenido, alcance y efectos únicos para ninguno de los dos.
- d) Y, en cuarto y último lugar, la cuestión de la finalidad del control. La doctrina, a fin de elaborar una teoría general del control se ha detenido especialmente en el dato de la finalidad, centrándose especialmente en la de garantía. Lo cierto es, sin embargo, que esta cuestión carece de verdadero sentido en el plano propio de cada uno de los mecanismos o de las técnicas: ya que estos tienen, en cada caso, la finalidad concreta que proceda en función de su objeto particular, en el contexto de la relación jurídico-pública específica que determinen entre los sujetos controlantes y controlados. Adquiere propiamente sentido sólo en el plano del papel que desempeña el control como conjunto de mecanismos y técnicas puesto al servicio de la preservación constante de la estructura y el funcionamiento del Estado definidos por la norma fundamental.

Este último enfoque, al propio tiempo que permite huir de los esquemas conceptuales establecidos (hoy en crisis) y, por tanto, evitar toda sustantivación por hipostásis, posibilita un planteamiento mucho más matizado –desde la conciencia de la crisis del edificio jurídico-público establecido– y una clara contribución a la necesaria reconstrucción de ese edificio, en el sentido de pasar de la visión estática y fragmentada que actualmente facilita e impone (fundamentalmente por razón de su fijación teórica objetiva en los actos) a una nueva visión dinámica y más real, basada en las relaciones jurídicas, gracias al abandono de los tradicionales prejuicios existentes en el Derecho público a su plena y frontal admisión entre el poder público y los ciudadanos y al reconocimiento de que tales relaciones están articuladas –como las jurídico-privadas– sobre derechos-deberes subjetivos (de los sujetos públicos y de los sujetos privados).

Esa nueva visión permite, en efecto, reconocer y absorber la diversidad de las posiciones en que pueden encontrarse los sujetos públicos (entes u órganos) en las diferentes relaciones trabadas entre ellos por razón del control, abandonando así el esfuerzo distorsionante de su caracterización por referencia a una posición genérica y supuestamente única.

En definitiva, el control del poder público vendría a ser la ordenación del orden social, una suerte de código genético, que asegura la permanente reproducción del Estado como sistema complejo, es decir, como organización y estructura (Estado-poder) y conjunto de reglas (Estado-ordenamiento) conforme a sus propias características, tal como estas han sido impresas en el orden constitucional, dándole estabilidad-permanencia y permitiendo su apertura-evolución.

#### IV. CLASIFICACIÓN DEL CONTROL

Se pueden hacer diversas clasificaciones del control. Por ahora, solo nos vamos a ocupar de las tres más relevantes.

- a) En cuanto a su *oportunidad*, el control se clasifica en preventivo o represivo, ya sea que tenga lugar antes de la dictación del acto (*v. gr.* trámite de toma de razón) o una vez que este ha entrado en vigencia, como ocurre con el control judicial.
- b) En cuanto a su *contenido*, habitualmente se distingue entre control de legalidad y control de gestión. El control de legalidad tiene por objeto comprobar que la actuación de un órgano administrativo guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, como sucede con el trámite de toma de razón y la acción de nulidad de un acto administrativo.

Por su parte, el control de gestión dice relación con el cumplimiento de los objetivos y metas que debe cumplir un servicio (eficacia) y la óptima utilización de los recursos disponibles (eficiencia), como se puede apreciar en los informes de auditoría o gestión que se hacen a los servicios públicos. En todo caso, ambos conceptos no se pueden separar totalmente, ya que la eficacia y la eficiencia constituyen conceptos jurídicos (artículo 5º de la LBGAE) y en muchas ocasiones los controles de gestión también conllevan un control de legalidad en la forma de disponer de los recursos públicos.

- c) Por último, en cuanto a la *naturaleza del órgano que realiza el control*, se distingue entre un control político (Cámara de Diputados), un control administrativo (*v. gr.* Contraloría) y un control judicial.

A continuación, haremos el análisis de cada uno de estos mecanismos de control, aunque comenzaremos con un órgano que es difícil de poder encajar en estas categorías, como es el Defensor del Ciudadano o el Ombudsman.

## V. EL DEFENSOR DEL CIUDADANO O EL OMBUDSMAN

El Defensor del Pueblo o del Ciudadano ha sido reconocido por la doctrina como una garantía institucional de los derechos de las personas frente a la Administración, en todo orden, incluyendo las prestaciones que debe realizar con el objeto de satisfacer sus necesidades públicas. Su origen se encuentra en la figura del *Ombudsman*, consagrado por primera vez en la Constitución de Suecia de 1809. Su función era ser un "mandatario o representante del Parlamento", para controlar la actividad de la Administración y de los propios órganos jurisdiccionales, con el objeto de asegurar el respeto a la ley y la protección de las libertades públicas. La principal característica es que su eficacia no descansa en el poder público —de hecho, no tiene potestad sancionadora—, sino en la autoridad moral que tiene la persona que ejerce la función.

La institución tuvo un importante éxito, por lo que también fue recepcionada en otras Constituciones. El proceso se inició en los países escandinavos: Finlandia (1919), Noruega (1952) y Dinamarca (1954). Luego siguieron los países europeos, como Alemania en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, desarrollada posteriormente en la Ley de 26 de junio de 1957; en el Reino Unido, en 1967, con la Ley del Comisario Parlamentario; en Francia, en 1973, con la institución del "*Médiateur*" (actual *Défenseur des droits*); y España, en la Constitución de 1978, siendo nombrado por los Cortes en 1982, luego de la aprobación de su ley orgánica en 1981. Por último,

su reconocimiento se ha extendido a prácticamente toda Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

A pesar de su notable éxito, lo cierto es que la doctrina no presenta un criterio uniforme en torno a su valoración, existiendo incluso críticas respecto de su real eficacia en la protección de las libertades públicas. En todo caso, el Defensor del Pueblo desempeña una función que complementa los mecanismos de control de la actividad de la Administración.

Ahora bien, el *Ombudsman* tiene como misión fundamental la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas. A su vez —y como se ha dicho— se trata de una “magistratura de opinión y persuasión”, por lo que su control no está orientado solo a la legalidad de los actos de la Administración, sino que a situaciones que miran a la eficacia en su gestión y, especialmente, en donde estén comprometidos los derechos y libertades públicas.

En cuanto a su nombramiento, por regla general corresponde al Parlamento. Así, en España, es elegido por las Cortes Generales; en Holanda, es elegido por la Cámara Baja del Parlamento; en Suecia, el Parlamento elige uno o varios *Ombudsman*; en Argentina es elegido por el Congreso por los 2/3 de los miembros presentes de ambas Cámaras (Diputados y Senadores); en México, es designado por el Congreso de la Unión, y en Perú, es elegido por al menos las dos terceras partes del Congreso de la República. Una excepción es Francia, en que lo designa el Presidente de la República, pero responde ante el Presidente y el Parlamento.

Como bien indica Pedro Pierry, “*el aspecto más novedoso del Ombudsman lo constituye el de ser un canal expedito por el cual los habitantes del país pueden ejercer el derecho de reclamar contra los actos u omisiones de la Administración, que en la práctica no se ejerce. Es importante destacar que incluso en aquellos países como Francia, famoso por su excelente jurisdicción contencioso administrativa, el porcentaje de individuos víctimas de abusos o ilegalidades por parte de la Administración, que reclama ante los tribunales Administrativos, es mínimo, y está constituido en gran parte por funcionarios públicos y en relación con materias concernientes a la carrera administrativa. Esto, que se debe en parte a lo complejo y lento de los procedimientos y a la actividad que el propio reclamante debe desplegar durante su tramitación, no ocurre con respecto al Ombudsman*”.<sup>1766</sup>

En cuanto a sus funciones, en general le corresponde iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación para determinar

<sup>1766</sup> PIERRY (2017), pp. 289-290.

los actos, hechos u omisiones de la Administración pública y sus funcionarios, ante violaciones a los derechos humanos o que impliquen el ejercicio ilegítimo, abusivo o defectuoso de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Además, sin perjuicio de los reclamos y observaciones que pueda presentar en cada caso, el informe que anualmente debe entregar cada año, es un importante factor disuasivo para que la Administración corrija sus procedimientos y mejore su gestión.

En Chile se han presentado cuatro iniciativas para la creación de esta institución:

- a) En la Presidencia de don Patricio Aylwin, sobre la creación del Defensor del Pueblo, en 1991 (boletín N° 332-07);
- b) Durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, mediante dos iniciativas, en los años 2000 (boletín N° 2605-07) y 2003 (boletín 3420-07), y
- c) En el primer gobierno de Michelle Bachelet, en el año 2008 (boletín N° 6232-07).

Sin embargo, ninguno de estos proyectos avanzó en su trámite legislativo. En su lugar, se han creado comisiones asesoras presidenciales para la protección de los derechos de las personas, pero no se trata de órganos que tengan autonomía del Gobierno, como tampoco potestades significativas.

Esto ha dado lugar al surgimiento de algunas iniciativas privadas, como ha sido el Anuario de Derechos Humanos, que es elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, y también el del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Un paso relevante se ha dado con la creación por la Ley N° 20.405, de 2009, del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), que es una corporación autónoma de derecho público destinada a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas que habitan en Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Este organismo es autónomo e independiente de todos los poderes públicos.

Le corresponde, entre otras funciones, elaborar un informe anual sobre sus actividades, la situación nacional de derechos humanos y hacer recomendaciones para su debido resguardo y respeto. Dicho informe debe ser presentado al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema. Adicionalmente, lo puede enviar a la ONU, la OEA y organismos de defensa de derechos humanos. Además, debe comunicar al Gobierno y a distintos órganos del Estado su opinión sobre situaciones

relativas a derechos humanos que ocurran en nuestro país. Para ello puede solicitar informes al organismo pertinente. También puede iniciar (en el ámbito de su competencia) acciones legales ante los Tribunales de Justicia, que pueden ser querellas por crímenes de lesa humanidad, tales como tortura, desaparición de personas, etc. y, de igual forma, presentar recursos de protección o amparo.

## VI. EL CONTROL POLÍTICO: LA CÁMARA DE DIPUTADOS

### § 1. Introducción

Nuestra Constitución, siguiendo a este efecto a su predecesora de 1925, ha consagrado como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la de "Fiscalizar los actos del Gobierno" (artículo 52 N° 1 de la Constitución), expresión que ha dado lugar a una larga discusión en torno a su alcance y sentido dentro del sistema institucional establecido por la Ley Fundamental. Esta norma es tributaria del número 2) del artículo 39 de la Constitución de 1925, de una redacción bastante similar.<sup>1767</sup> Sin embargo, su sentido no tuvo el mismo alcance en la mente de sus redactores en relación con la práctica efectiva que se hizo de la misma.

Como bien lo destaca Alan BRONFMAN, detrás de esta norma existió la idea de que se estaban manteniendo algunas de las bases del sistema parlamentario, ya que un acuerdo u observación negativa por parte de la Cámara hacia alguno de los ministros, debía significar necesariamente la renuncia del mismo, por razones de dignidad o decoro.<sup>1768</sup> No obstante, este no fue el sentido que tuvo la citada norma en la práctica constitucional, pues como bien sostuvo la doctrina más autorizada, la Carta de 1925 significó el paso

<sup>1767</sup> Esta disposición encuentra, a su vez, su antecedente en las facultades que le entregaba la Constitución de 1833 a la Comisión Conservadora para "ejercer la supervigilancia [...] sobre todos los ramos de la administración pública" y en especial velar por la observancia de la Constitución y las leyes y representar al Presidente de la República los abusos o atentados cometidos por las autoridades que de él dependen (artículo 58, en los términos introducidos por la reforma de 1874). Constituyen también precedentes las prácticas parlamentarias del período 1891-1925, que contemplaban como mecanismos de fiscalización a las preguntas e interpelaciones a los ministros, así como el nombramiento de comisiones investigadoras. Véase NAVARRO (1991), pp. 71-74.

<sup>1768</sup> BRONFMAN (1993), p. 147, y (1991-1992), pp. 293 y ss. No obstante, el Presidente Alessandri fue un partidario tenaz de la idea contraria, esto es, de eliminar los vicios del parlamentarismo, especialmente en lo que decía relación con la censura ministerial, pensamiento que manifestó de forma categórica al interior de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1925. Véase NAVARRO (1991), pp. 74-75.

decisivo desde un peculiar sistema parlamentario a un férreo sistema presidencial, en donde la mentada disposición alejaba cualquier posibilidad de control efectivo de la Cámara sobre el Gobierno, ya que el Presidente de la República no tenía obligación alguna de prescindir del ministro cuestionado o de cambiar la política adoptada y que fuese objeto de dicha observación o juicio.<sup>1769</sup>

Con estos antecedentes, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) se hizo cargo de esta materia en las Sesiones 340º, de 15 de marzo de 1978,<sup>1770</sup> 341º de 22 de marzo<sup>1771</sup> y 353º, de 19 de abril de 1978.<sup>1772</sup> Para tal efecto, mantuvo el grueso de la disposición de la Carta de 1925,<sup>1773</sup> introduciéndole las siguientes modificaciones:

- a) Se cambió el orden que tenía en la Carta del 25, colocándolo en primer lugar, previo a la acusación constitucional. Con esta modificación los comisionados querían evitar una interpretación que llevara a confundir a la facultad fiscalizadora con la acusación constitucional, pues la primera bien podría entenderse como paso previo a esta, siendo que eran atribuciones distintas;
- b) Se dejó constancia expresa que la obligación del Gobierno se entendía cumplida con el solo hecho de entregar su respuesta, sin dar pie a una calificación del mérito de la misma, pues podría dejar la puerta abierta al parlamentarismo;
- c) Se estableció un plazo de 30 días para evacuar esta respuesta, lo cual era un vacío evidente de la Constitución de 1925;
- d) Se facultó para que cualquier diputado pudiera solicitar antecedentes al Gobierno siempre que contara con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, en el entendido que la fiscalización de los actos del Gobierno era una garantía que el sistema político establecía a favor de las minorías.

<sup>1769</sup> Véase ESTÉVEZ (1949), pp. 317-318, y SILVA BASCUÑÁN (1963), p. 115. Esta misma opinión la mantiene en la edición del año 2000, v. 6, p. 100.

<sup>1770</sup> Véase Actas CENC, pp. 2034-2041.

<sup>1771</sup> *Idem*, pp. 2050-2070.

<sup>1772</sup> *Idem*, pp. 2224 a 2232.

<sup>1773</sup> Tal disposición estaba redactada en los siguientes términos: "Art. 39. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2º. Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución, la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los Diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República. Los acuerdos u observaciones no afectarán la responsabilidad política de los ministros y serán contestados por escrito por el Presidente de la República o verbalmente por el Ministro que corresponda".

Con la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, se introdujeron importantes novedades en relación con la interpelación de los ministros de Estado y la conformación de Comisiones especiales investigadoras, que no tenían hasta dicha época un reconocimiento constitucional. Sin embargo, es importante determinar tres elementos centrales de esta facultad: qué se entiende por fiscalizar (2), el alcance del concepto de "gobierno", como objeto de fiscalización (3), y los medios de fiscalización (4).

## § 2. ¿Qué es fiscalizar?

Uno de los temas más complejos respecto de esta facultad exclusiva de la Cámara de Diputados ha sido el alcance de la expresión *fiscalizar*, pues no habiendo sido definida por la ley ni siendo claro el sentido natural de la misma, se ha tenido que recurrir al contexto de la disposición para delimitar su alcance.<sup>1774</sup> De esta forma, esta expresión tiene un alcance distinto del entendido tradicionalmente, lo cual hace que su sentido, como facultad privativa de la Cámara de Diputados, sea bastante peculiar.

Es por tal razón que los autores han distinguido entre el concepto de *controlar* y de *fiscalizar*. Así, controla quien vela porque los actos respeten el conjunto de normas que integra nuestro ordenamiento, lo cual en buenas cuentas se traduce en la vigencia efectiva del principio de legalidad o juridicidad en los términos consagrados en los artículos 6 y 7 de la Constitución. En cambio, el concepto de fiscalización sería más amplio o tendría, a lo menos, una significación distinta, puesto que su objeto sería el de emitir un juicio u opinión respecto de la conveniencia o la oportunidad de las decisiones adoptadas por el Gobierno en el ejercicio de sus funciones.<sup>1775</sup>

En este sentido, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, elaboró bajo la vigencia de la Constitución de 1925 un informe, en donde analiza con bastante lucidez el sentido que tiene esta facultad:

<sup>1774</sup> En este sentido, no se puede seguir el sentido amplio que entrega el Diccionario de la Lengua Española, que es el de criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro, ya que esta facultad es reconocida a toda persona en virtud del artículo 19 N° 12 de la Constitución. Véase CEA EGAÑA (1993), pp. 7-10. Por su parte, el concepto tradicional de fiscalización está estrechamente unido a la posibilidad de sancionar o compeler al fiscalizado a fin de que cumpla su función, cuestión que no ocurre en este caso, debido al carácter incompleto que tiene el citado numeral 1 del artículo 48, al excluir la responsabilidad política. En este mismo sentido, véase CEA EGAÑA (1980), pp. 162-164.

<sup>1775</sup> Por todos, véase BRONFMAN (1993), pp. 158-159.

"... la fiscalización, según el texto constitucional vigente, significa el enjuiciamiento del acto de un tercero. El acuerdo o la observación [...] es un juicio valorativo de algún hecho. Entretanto, a la razón de ser o filosofía de la institución, se llega a la conclusión de que ese acuerdo u observación tiende de algún modo a confirmar o rectificar la conducta del Gobierno, y lógicamente, ello se hace con una finalidad política, o mejor dicho pretende tener influencia política. En efecto, la Cámara desearía, en lo posible, que el Ejecutivo acomodara su conducta a lo que su acuerdo y observación formula o señala. El sentido de la institución es dar a una de las ramas del Parlamento, en este caso la Cámara de Diputados, el derecho de influir en las decisiones del Gobierno mediante auténticos acuerdos o sugiriendo observaciones que no pueden ser indiferentes para éste, que debe contestarlas o satisfacerlas. Intrínsecamente, la fiscalización supone que para el Gobierno no es ni puede ser indiferente lo que opine la Cámara de Diputados. Se ha querido entonces, impedir que el Senado suplante a la Cámara de Diputados en esta tentativa de rectificar o confirmar determina línea de acción del Gobierno".<sup>1776</sup>

En nuestra opinión, este es el sentido que mejor se acomoda a la expresión fiscalización, dentro del contexto y con los medios que la Ley fundamental prevé, vale decir, la posibilidad de influir en las decisiones políticas del Gobierno, ya sea para confirmar la línea política seguida o para disentir de la misma, de forma transparente y pública frente a la comunidad.<sup>1777</sup>

Además, se debe tener presente que este concepto está especialmente asociado a los medios que establece la Constitución, punto en que la propia Comisión del Senado insistió al señalar que la facultad fiscalizadora consistía justamente en adoptar acuerdos o sugerir observaciones al Presidente de la República.<sup>1778</sup>

Ahora bien, en virtud de las recientes reformas, creemos que el sentido de la disposición no ha cambiado, sino que se ha visto reforzado en los siguientes términos:

<sup>1776</sup> ACUÑA (1971), p. 347. En esta obra se encuentra reproducido este Informe que es de 26 de mayo de 1966. También es interesante el concepto que formula Gutemberg Martínez, quien entiende fiscalizar "como la emisión de un juicio de valor, formulado a la luz del examen de un determinado acto de Gobierno, hecho en correspondencia con el ordenamiento jurídico y con los principios consensualmente aceptados por la sociedad que dicen relación con el bien común, entendido este como la esencia ética y jurídica orientada a evitar actos de corrupción, abusos de poder y otros que puedan exceder las rectas facultades del gobernante". Véase MARTÍNEZ (1998), p. 30.

<sup>1777</sup> Los integrantes de la CENC también entendieron esta finalidad en un sentido similar, en la medida que la fiscalización busca "producir en la opinión pública un factor regulador o de control de la gestión del gobierno". Véase ACTAS CENC., sesión N.º 341, p. 2.641.

<sup>1778</sup> ACUÑA (1971), pp. 313 y 319. En el mismo sentido, *vid.* CEA EGAÑA (1993), p. 19.

- a) En primer lugar, se han ido creando una serie de mecanismos destinados no solo a enjuiciar políticamente la acción del Gobierno, sino para obtener la información necesaria a fin de que este juicio se sustente en antecedentes serios y confiables. En esta línea se debe entender la norma introducida por la CENC, al permitir que un parlamentario pueda solicitar antecedentes siempre que cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes. Por su parte, la reforma refuerza esta idea al permitir la constitución de comisiones especiales investigadoras y la citación de los ministros;
- b) En segundo término, constituye una importante herramienta a disposición de las minorías parlamentarias, las que si bien no podrán contar con los votos necesarios para aprobar los acuerdos u observaciones, sí pueden disponer del quórum necesario para la solicitud de antecedentes (un tercio de los miembros presentes), la constitución de comisiones especiales investigadoras (dos quintos de los diputados en ejercicio) y la citación de los Ministros de Estado a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo (un tercio de los diputados en ejercicio);
- c) Finalmente, constituye una facultad institucional, en la medida que debe ser ejercida por la Cámara o por sus órganos dentro de las vías institucionales que la propia Carta fundamental establece, como serían en este caso las comisiones permanentes y especiales fiscalizadoras. Con esto se quiere expresar que la facultad fiscalizadora corresponde a la Cámara de Diputados y no a sus miembros individualmente considerados.<sup>1779</sup>

En este nuevo marco, debemos entender que la facultad fiscalizadora, como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, sería aquella que tiene por objeto pronunciarse sobre la oportunidad o conveniencia de una determinada decisión adoptada por el Gobierno, así como la de enjuiciar políticamente su gestión, a través de la adopción de acuerdos u observaciones, la solicitud de antecedentes,<sup>1780</sup> la constitución de comisiones especiales

<sup>1779</sup> Véase Primer Informe del Senado (nota 11), p. 432. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que: "conviene recordar que la Constitución Política de la República asigna, en su artículo 48 número 1, como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados y no de cada uno de ellos en particular, la de fiscalizar los actos de gobierno, lo que debe hacerse en la forma que allí mismo se indica. Únicamente en el caso del inciso 2º de dicho numeral se permite la fiscalización individual, pero siempre requiere el apoyo de parte de los miembros de la Cámara, de tal manera que tampoco resulta efectivo el argumento de que se priva u obstaculiza al recurrente el ejercicio de una facultad que, en estricto rigor, no posee de modo individual" (SCS Rol N° 3.106-2000, de 22 de marzo de 2001, Palma Iruarizabal, Joaquín con I. Municipalidad de La Serena).

<sup>1780</sup> Debemos hacer una prevención en este sentido, en la medida que la solicitud de antecedentes aparece como uno de los mecanismos para hacer efectiva la fiscalización, en

investigadoras y la citación de los ministros a fin de recabar información respecto del ejercicio de su cargo, con la finalidad de influir políticamente en la gestión del Gobierno dentro de los cauces institucionales, sin que implique la responsabilidad política de los ministros, quienes se mantendrán en sus cargos mientras cuenten con la confianza del Presidente de la República.

### § 3. Los “actos del Gobierno”

La fiscalización tiene por objeto lo que se ha denominado “actos del Gobierno”, expresión que también ha dado lugar a cierta discusión en torno a su sentido y alcance. La cuestión se ha centrado en establecer si la expresión *Gobierno* tiene un alcance funcional u objetivo, como actividad, o es de naturaleza orgánica o subjetiva. En este último caso, queda también por establecer qué cuerpo orgánico reconoce la denominación de Gobierno.

En cuanto al primer problema, existe acuerdo en la doctrina en el sentido que la expresión actos del Gobierno alude a la actividad realizada por un complejo orgánico que se conoce bajo esta denominación. Sin embargo, esta primera conclusión resulta de descartar aquella posición funcional, la cual distingue entre actos sujetos a control jurisdiccional (actos de administración) y aquellos actos que están exentos de dicho control (actos de gobierno).<sup>1781</sup>

---

los términos consagrados en el texto original de la Carta de 1980, y conforme lo acordó la propia CENC, pero no es menos cierto que en muchos casos los diputados prefieren utilizar la facultad contenida en los artículos 9 y 10 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, que obliga a los organismos de la Administración del Estado a proporcionar los informes y antecedentes específicos que le sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados. Por su parte, en el Primer Informe en el Senado, el senador VIERA-GALLO advirtió que en la práctica se esquivo el *quorum* previsto establecido en el inciso 2º del número 1 del artículo 48, solicitando estos antecedentes a través de la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, que es el órgano interno facultado para este efecto (p. 420). Además, hay que tener presente que esta disposición también está establecida a favor del Senado, de manera que resulta dudoso que esté enmarcada dentro de las facultades fiscalizadoras, más aún si el propio inciso final del artículo 9 de esta ley señala que esta facultad es sin perjuicio de la establecida en el número 1) del artículo 48 de la Constitución. Véase de la misma opinión, BRONFMAN (1993), pp. 160-161.

---

<sup>1781</sup> Esta fue la primera opinión a la cual arribó la CENC, en su sesión 309: “El señor Bertelsen expresa que, evidentemente, debe hacerse la distinción, difícil pero posible, que la doctrina indica entre actos de gobierno y actos administrativos. Los primeros, como es indudable, no pueden ser objeto de un control de nulidad; pero los segundos, sí. Estos últimos son de ordinaria ocurrencia: disposiciones de jefes de servicio, de autoridades regionales, que son, en definitiva, los actos que en forma más directa e inmediata afectan a los particulares [...] El señor Ortúzar (Presidente) agrega que es evidente que, como lo manifestaba el señor Bertelsen,

No nos corresponde en este momento dar cuenta del sentido y valor que tiene esta distinción en la actualidad, pero sí debemos señalar que cada vez es más creciente la tendencia a considerar buena parte de los denominados actos de gobierno como actos administrativos discrecionales, reduciendo su ámbito material de aplicación. Además, una interpretación a favor de la concepción funcional, no solo reduciría la extensión de la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados a un puñado de actos de número muy limitado, sino que iría en contra del propio tenor de la disposición, que alude a los actos *del Gobierno*, como entidad orgánica, y no a los actos *de gobierno*.

De esta forma, el problema se traslada en determinar qué órganos constituyen el Gobierno, cuestión que es difícil de resolver en razón de que la Constitución no establece una clara delimitación conceptual, ya que habla de Gobierno y Administración del Estado de forma conjunta, sin hacer distinción al efecto.<sup>1782</sup>

Para José Luis CEA EGAÑA, el Gobierno comprendería al Presidente de la República, los Ministros de Estado y los servicios y organismos de la Administración del Estado que, a través de los Ministerios, se vinculan con el Primer Mandatario.<sup>1783</sup> En cambio, Alan Bronfman formula una serie de posibles argumentos, que en un caso excluye a las Municipalidades y los Gobiernos Regionales, dando posteriormente argumentos históricos y positivos que abonan un sentido amplio, comprensivo de toda la Administración pública, para señalar que, al parecer, conforme a la LBGAE, los Ministerios y, excepcionalmente, los servicios públicos son los que participan en la tarea de gobierno, excluyendo a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden, el Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas creadas por ley.<sup>1784</sup>

*en ningún caso esta atribución podría llegar al extremo de dejar sin efecto los actos de gobierno. Pero respecto de los actos administrativos, en ciertos casos [...] cree que tiene que haber algún órgano jurisdiccional que pueda, en un momento dado, dejarlos sin efecto...*

<sup>1782</sup> El Capítulo IV de la Constitución tiene como epígrafe "Gobierno", claramente en un sentido orgánico, pero luego se refiere al Presidente de la República, a los Ministros de Estado y a la Administración del Estado, todos dentro del mismo capítulo. Por su parte, más clara aparece la distinción entre función de gobierno y de administración, la cual asigna en los diversos niveles territoriales: Dentro del territorio nacional, le corresponde al Presidente de la República tanto la función de gobierno como de administración (artículo 24); a nivel regional, la función de gobierno le corresponde al delegado presidencial regional y la función de administración al gobierno regional (artículo 111); en el ámbito provincial, las funciones de gobierno y administración quedan en manos del delegado presidencial provincial (artículo 116), mientras que a nivel comunal la función de administración le corresponde a las municipalidades (artículo 118).

<sup>1783</sup> CEA EGAÑA (1993), p. 12.

<sup>1784</sup> BRONFMAN (1993), pp. 159-161.

El tema se discutió latamente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En este sentido, se llegó al acuerdo que la denominación "actos de Gobierno" incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como de aquellas en que el Estado tiene participación mayoritaria. En ningún caso, la fiscalización puede incidir en el ámbito privado,<sup>1785</sup> de manera que los particulares no están obligados a comparecer ante una comisión investigadora, aun cuando puedan acudir voluntariamente para aclarar determinadas situaciones. Además, se dejó constancia expresa que la expresión "Gobierno" incluye a las Fuerzas Armadas, mientras que no comprenderían a los Gobiernos Regionales ni a los Municipios, respecto de cuya fiscalización hubo consenso en que debía avanzarse, en el entendido de que ella nunca podrá tener un carácter político.<sup>1786</sup>

Durante la discusión en particular ocurrida en la misma Comisión del Senado, se propuso una indicación destinada a extender la fiscalización no solo a los actos del Gobierno, sino también de la Administración,<sup>1787</sup> lo cual abrió nuevamente el debate respecto de la extensión orgánica de la facultad fiscalizadora. Particular preocupación significaba para los senadores la situación que planteaban diversas entidades estatales que habían tratado de evitar, con diversos argumentos, el control de la Cámara de Diputados, como era el caso de CODELCO, el Banco del Estado de Chile y Televisión Nacional de Chile.<sup>1788</sup> No obstante, para evitar una mayor dilación en el debate, se retiró la mentada indicación, pero se dejó constancia expresa que, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, las empresas del Estado creadas por ley pueden ser fiscalizadas por la Cámara de Diputados, aspecto en las que concordaron todos los miembros de la Comisión.<sup>1789</sup>

<sup>1785</sup> En este sentido, el Senador VIERA-GALLO manifestó que otra tentación permanente en las comisiones fiscalizadoras es perder de vista que lo que se fiscaliza son los actos de Gobierno y no los de los particulares. Podría producirse el más grande escándalo en la sociedad civil, agregó, pero no puede la Cámara de Diputados inmiscuirse. Sin embargo, esta regla se burla de muchas maneras, por ejemplo, resolviendo fiscalizar a las autoridades del Gobierno para ver si han cumplido, a su vez, la función de control respecto de una determinada materia, con lo cual, en el fondo, se termina investigando la vida o la empresa privada. A este respecto, indicó, debe aplicarse el máximo de rigor para que no se fiscalicen sino los actos del Gobierno. Véase Primer Informe del Senado, p. 423.

<sup>1786</sup> Véase Primer Informe del Senado, p. 433.

<sup>1787</sup> Esta indicación, presentada por el senador Alberto ESPINA, proponía reemplazar el encabezamiento del número 1) del artículo 48 en el siguiente sentido: "1) Fiscalizar los actos del Gobierno y de la Administración del Estado. Para ejercer esta atribución la Cámara puede...".

<sup>1788</sup> Se debe hacer presente que el caso planteado en la Comisión se refería a la solicitud de información conforme a los artículos 8, 9 y 10 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, y no respecto de la facultad fiscalizadora del número 1) del artículo 48 de la Constitución. Véase Segundo Informe del Senado, pp. 180-181.

<sup>1789</sup> Segundo Informe del Senado, pp. 179-180.

De esta forma, bien se puede sostener que están sometidos a la fiscalización de la Cámara de Diputados no solo los órganos de Gobierno, sino también aquellas entidades de la Administración central y descentralizada y de la denominada Administración invisible, en particular las empresas constituidas bajo formas jurídico privadas, exceptuando a los Gobiernos Regionales y las Municipalidades. Además, también somos de la opinión que están excluidos los órganos que gozan de autonomía reconocida a nivel constitucional.<sup>1790</sup>

#### § 4. Los medios de fiscalización

##### 4.1. Las observaciones o acuerdos

Una de las modificaciones introducidas al proyecto durante su discusión en la Cámara de Diputados fue la de exigir que la respuesta que debe dar el Presidente de la República, a través de sus Ministros, debe ser *fundada*.

La necesidad de colocar esta expresión viene a dar cuenta de uno de los principales problemas que ha tenido el ejercicio de las facultades fiscalizadoras por parte de la Cámara, en la medida que las respuestas emitidas por el ejecutivo habían sido en muchas ocasiones breves, sin mayores antecedentes, lo cual desvirtuaba el sentido que tienen estos acuerdos u observaciones. Por tal razón, el número 1 a) considera que tanto la respuesta a las observaciones o acuerdos de la Cámara, así como la solicitud de antecedentes por parte de un diputado que cuente con el apoyo de un tercio de los miembros presentes, debe ser fundada, esto es, que debe ir apoyada con motivos o razones eficaces que satisfagan la solicitud formulada, tratando de no dejar algunos aspectos a la duda o discusión.

Este era uno de los puntos más controvertidos de esta facultad, tanto en su precedente inmediato, como fue el número 2) del artículo 39 de la Constitución de 1925 y en el actual número 1) del artículo 52. El principal problema lo planteaba la posibilidad de abrir las puertas a prácticas propias del parlamentarismo, que se busca erradicar. Así, por lo demás, lo entendía Jaime GUZMÁN E., quien en la CENC manifestó sus aprensiones ante la posibilidad que se cuestionara el mérito o suficiencia de la respuesta del Gobierno.<sup>1791</sup>

En este caso, será la propia Ley Orgánica Constitucional del Congreso, así como la normativa reglamentaria de la Cámara, las que deberán articular los mecanismos que permitan hacer efectiva la obligación que pesa sobre

<sup>1790</sup> Como es el caso de la Contraloría General de la República y el Banco Central. En el mismo sentido, FERRADA (2002), p. 480.

<sup>1791</sup> Véase Actas CENC, Sesión 353<sup>o</sup>, pp. 2.226-2.228.

los ministros en orden a dar respuestas fundadas ante estas observaciones, acuerdos y solicitudes de información.

#### 4.2. La solicitud de antecedentes

El inciso 2º del N° 2 del artículo 52 de la Constitución dispone que cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. Por su parte, el Presidente de la República debe contestar esta solicitud fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del plazo de 30 días.

El alcance de esta norma plantea una serie de dificultades interpretativas, especialmente respecto de la forma en que se puede armonizar dicha disposición con las normas que regulan la solicitud de información y la presentación de peticiones en la Ley Orgánica del Congreso Nacional y en los Reglamentos de las Cámaras, a lo cual se debe agregar el alcance que tendría respecto de estas normas la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, que tiene como fundamento el artículo 8º de la Constitución.

Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOCCN) establece un sistema adicional para requerir información a la Administración, que no requiere contar con el acuerdo que establece el artículo 52 N° 1 a) de la Constitución. Para tal efecto, se hacen algunas distinciones:

- a) Por regla general, los organismos de la Administración del Estado y las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su Administración y no desarrollen actividades empresariales, deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o de comisión.

A su vez, se dispone que los informes y antecedentes serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del ministro del que dependa o mediante el cual se encuentre vinculado con el Gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva o secreto. El ministro solo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre. Esto demuestra que la solicitud de estos antecedentes puede comprender documentos secretos o reservados, a diferencia de lo que sucede con lo dispuesto por la Ley N° 20.285, de Acceso de la Información.

Solo están exceptuados los organismos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, respecto de los documentos y antecedentes que contengan información cuya revelación, aun de manera reservada o secreta, afecte o pueda afectar el desarrollo de una investigación en curso (artículo 9º LOCN).

- b) En el caso de las empresas del Estado (empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que este tenga acción, participación o controla superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio), deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que los sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de sala, o de comisión, aunque hay información que es de carácter reservada, debido a la naturaleza de la actividad que desarrollan, y que solo se puede entregar previo requerimiento a la Contraloría y con informe previo favorable de la Comisión para el Mercado Financiero (artículo 7° A LCFC/N).

Por último, el jefe superior del respectivo organismo de la Administración del Estado, respectivo, será responsable del cumplimiento de lo ordenado, cuya infracción será sancionada, previo el procedimiento administrativo que corresponda, por la Contraloría General de la República, cuando procediere, con la medida disciplinaria de multa equivalente a una remuneración mensual. En caso de reincidencia, se sancionará con una multa equivalente al doble de la indicada (artículo 10 LCFC/N).

#### 4.3. Las Comisiones especiales investigadoras

Una de las prácticas más cuestionadas desde el punto de vista jurídico-constitucional ha sido la existencia de *comisiones especiales investigadoras*, esto es, aquellas comisiones constituidas con el objeto de indagar sobre determinadas actuaciones o hechos de relevancia pública, vinculados habitualmente con la gestión de los órganos de Gobierno, aunque en no pocos casos también se han extendido a las actividades del sector privado.<sup>1792</sup>

No solo el problema de su constitucionalidad ha sido el centro de la discusión, sino también el problema de su eficacia y la extensión de sus competencias.<sup>1793</sup>

<sup>1792</sup> Los miembros de la CENC fueron muy claros en manifestar su opinión contraria a la creación de estas comisiones, al punto de sostener que durante la vigencia de la Constitución de 1925 no solo dieron pésimos resultados, sino que desahreditaron enormemente toda la gestión parlamentaria. Véase Actas CENC, Sesión 341<sup>a</sup>, pp. 2053-2062. Por su parte, la doctrina ha dado tres argumentos positivos para dar cuenta de la inconstitucionalidad de estas comisiones: a) No existe disposición constitucional ni legal que consagre la existencia de estas comisiones especiales, violentando lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución; b) En la mayoría de los casos se avocan el conocimiento de materias que son objeto de causas pendientes ante los Tribunales de Justicia, vulnerando lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución (actual artículo 76); y c) Se constituyen en una verdadera comisión especial, infringiendo el artículo 19 N° 3 inciso cuarto, que dispone que nadie puede ser juzgado por este tipo de comisiones.

<sup>1793</sup> Entre otros autores, véase CERA PLANA (1993), p. 1315; ANDRADA (1974), pp. 383 y ss.; SILVA BARRILÁN (1963), p. 117; BERNARDINI (1958), I, II, pp. 296 y ss.; ESTÉVEZ (1949), p. 317.

Tanto en los proyectos que dieron origen a esta reforma, como en la discusión habida al interior de las comisiones, especialmente en el Senado, se llegó al acuerdo de constitucionalizar esta práctica, que solo tenía reconocimiento normativo en el reglamento de la Cámara de Diputados.

En este sentido, resulta interesante la intervención del senador Sergio DIEZ al interior de la comisión, quien manifestó que existía una conciencia nacional en torno a la idea de que nuestro sistema jurídico necesitaba con urgencia reglamentar la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados, para que cumpla la finalidad señalada en la Constitución y sea eficiente, seria y creíble por la opinión pública y, al mismo tiempo, no pueda ser usada para producir efectos políticos que dañan a la sociedad en general y a la reputación de muchos agentes públicos, en particular. Agregó que, si bien la Constitución de 1980 ha dado un paso adelante en relación a la de 1925, este no fue suficiente y la fiscalización ha resultado ineficaz. La transparencia de las actuaciones públicas que la vida moderna exige y la técnica permite, dijo, hace aconsejable que nuestra Constitución responda a las necesidades y requerimientos de estos tiempos, con el fin de asegurar la absoluta probidad en la administración de los recursos públicos, eliminar los casos de corrupción y mantener el clima de sanidad y decencia pública que han caracterizado a nuestro país. De acuerdo con nuestra Carta Fundamental, expresó, es necesaria la mayoría de la Cámara de Diputados para poder fiscalizar, lo que no es conveniente porque a menudo las mayorías políticas que eligen al Presidente de la República coinciden con las mayorías políticas de la Cámara Fiscalizadora y, en consecuencia, el poder de la oposición por sí sola para fiscalizar resulta muy disminuido, por cuanto para ejercerlo en su verdadero sentido, necesita acuerdo de la Cámara y, en consecuencia, el consentimiento de la mayoría política gobernante.<sup>1794</sup>

Existiendo consenso en esta materia, la comisión llegó al acuerdo de consagrar en el texto constitucional la existencia de las comisiones investigadoras. Por su parte, el quórum para su constitución sería de un tercio de los diputados en ejercicio, el cual vería reducido a dos quintos durante su discusión en la Cámara de Diputados, tal como quedó en el texto definitivo.

Durante su tramitación constitucional, se discutieron tres puntos relevantes respecto de estas comisiones: a) el carácter reservado de la investigación; b) la posibilidad de citar a los ministros de Estado a estas comisiones, y c) el acuerdo para que las conclusiones de la comisión, así como el debate y los acuerdos de la Sala pudieran ser puestos en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado.

<sup>1794</sup> Véase Primer Informe del Senado, pp. 418-419.

En relación al primer punto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acordó en su Primer Informe establecer que la investigación debía ser reservada, aunque su trabajo culminaría en un informe que tendría carácter público, conteniendo las posiciones de mayoría y de minoría.<sup>1795</sup> La Cámara de Diputados luego suprimiría esta disposición, no quedando constancia de los fundamentos en los informes ni en la discusión en Sala. No obstante, se puede suponer que el objetivo de dicha disposición ya se cumplía con lo establecido en el inciso 4º de la letra c) del proyecto, ya que debía ser la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional a la que le correspondía afrontar esta materia y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en estas comisiones.

En segundo lugar, también se debatió la citación de los ministros a estas comisiones. Si bien se llegó a un acuerdo en orden a establecer una disposición general que contemplara la citación de los ministros de Estado con carácter obligatorio y limitado solo a estas comisiones, se mantuvo la norma en el sentido de establecer que no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros, tal como quedó en el texto definitivo.

En tercer lugar, la Cámara eliminó el inciso final que contemplaba la posibilidad de adoptar acuerdos para que las conclusiones de la comisión, así como el debate y los acuerdos de la Sala, pudieran ser puestos en conocimiento del Gobierno, de los órganos o servicios afectados, de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado. Tampoco existen antecedentes en los informes y las discusiones habidos en la Cámara, pero bien se puede entender que esta norma resultaba innecesaria, pues, aunque no se encuentre consagrada constitucionalmente, nada impide a la Cámara adoptar estos acuerdos.

Un último punto por tratar dice relación con las citaciones. Así, teniendo que fiscalizar la comisión especial investigadora los actos del Gobierno, quedan fuera de su competencia aquellas materias que, aun siendo relevantes, atañen solo a los particulares. En la misma línea, se establece que solo tienen obligación de concurrir a las comisiones investigadoras y entregar los antecedentes e informaciones que se les soliciten a los ministros de Estado, los funcionarios de la Administración del Estado y el personal de las em-

<sup>1795</sup> Esta propuesta proviene fundamentalmente de las opiniones manifestadas por el senador Sergio DIEZ, para quien la Constitución debía considerar entre sus directrices el secreto o reserva en la investigación, aunque reconoció la dificultad para conciliar la información y la transparencia con la hora de las personas; en consecuencia, en las comisiones fiscalizadoras se debe tomar el cuidado de proteger, también, los derechos de los individuos. Véase Primer Informe del Senado, pp. 424 y 427.

presas del Estado o de aquellas en que este tenga participación mayoritaria. Corresponderá en este caso a la ley orgánica determinar la forma en que se realizarán estas citaciones, así como las medidas que se adoptarán en el caso que no se cumpla con esta obligación.

#### 4.4. La citación de los ministros de Estado (interpelación)

En el curso del debate habido en el Senado, se introdujo la posibilidad de citar a los ministros de Estado a fin de que fueran interpelados mediante la formulación de preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo.

Con esto se altera la regla contenida en el artículo 37 de la Constitución, para lo cual era potestativo para los ministros asistir a las sesiones de sala o comisión, así como intervenir en las mismas.

Mediante la citación de los ministros de Estado se ha buscado fortalecer la facultad fiscalizadora, a tal punto que, al parecer, la formulación de acuerdos u observaciones por escrito, que era el mecanismo tradicional para interpelar a los ministros, pasarán a un lugar secundario frente a la posibilidad de contar con el ministro respectivo para formularle las preguntas pertinentes de forma directa, sin la lentitud que genera la remisión de oficio, especialmente en la aclaración o precisión de algunos puntos. De esta forma, la inmediatez en las interpelaciones y la posibilidad de obtener respuestas más oportunas, hace suponer que este mecanismo de fiscalización será uno de los más utilizados.

Por último, debemos recordar que la asistencia de los ministros a estas sesiones es obligatoria y que deben responder a las preguntas y consultas que motiven su citación. Sin embargo, con el objeto de no entorpecer la gestión ministerial, se coloca un límite máximo de tres citaciones dentro de un año calendario, salvo que concurra el acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, evento en el cual se pueden realizar más citaciones.

## VII. EL CONTROL ADMINISTRATIVO

El control administrativo se caracteriza por ser realizado por un órgano que forma parte de la Administración del Estado, ya sea el mismo órgano que aplicó la sanción, un superior jerárquico u otra entidad diversa. Por tal razón, debemos distinguir diversos ámbitos de este control.

## § 1. Control administrativo interno

### 1.1. El control jerárquico

En primer lugar, corresponde este control al propio órgano administrativo que ha dictado el acto. De esa forma, en una primera instancia corresponde a las jefaturas ejercer un *control jerárquico permanente*, tal como lo dispone el artículo 11 de la LBGAE y es confirmado por el artículo 64 del Estatuto Administrativo:

**Artículo 11.** *Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.*

*Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*

Además, también disponen de órganos internos de control, como son las fiscalías, contralorías internas o unidades de control.

Sin embargo, también es posible que esta revisión pueda tener lugar a través de un control de legalidad *a posteriori*, con los instrumentos que entrega la LBPA:

### 1.2. Los recursos administrativos

Se trata de los medios de impugnación en contra de un acto administrativo y que se interponen ante órgano administrativo. Se clasifican en recursos ordinarios (reposición y jerárquico); extraordinario (revisión) y especiales.

En materia de actos administrativos se regulan en muchos casos recursos administrativos especiales, siendo el más habitual el recurso de reposición o reconsideración, para abrir posteriormente la vía jurisdiccional. A falta de regulación, se aplican las normas generales previstas en los artículos 59 y 60 de la LBPA. Así, el plazo general de impugnación es de cinco días para interponer los recursos ordinarios, dando la opción de presentar solo reposición o jerárquico, o ambos de forma conjunta y uno en subsidio del otro.

Por su parte, el recurso extraordinario de revisión procede en contra de actos administrativos firmes y por las causales que expresamente establece la ley.<sup>20</sup> En este mismo sentido, la Contraloría ha señalado que el carácter

<sup>20</sup> Conforme al artículo 60, estas causales son las siguientes:

a. Que la resolución se hubiere dictado con el debido empobramiento;

de firme consiste en la condición que adquieren los actos administrativos una vez que terminan los recursos administrativos ordinarios deducidos o desde que transcurra el plazo que la ley concede para la interposición de los mismos, siendo del caso agregar, respecto de la primera situación, que los recursos administrativos interpuestos se entienden terminados una vez afinado el procedimiento impugnatorio respectivo, ya sea mediante una resolución expresa o por haber transcurrido el plazo para entender desestimado el recurso.<sup>1797</sup> Por regla general, el plazo de interposición es de un año desde la fecha en que se ha dictado el acto impugnado, salvo que requiere una sentencia judicial previa que configure la causal, de forma tal que en dicho caso se contará desde esa fecha.

También se admite el recurso de recurso de aclaración, rectificación o enmienda, regulado en el artículo 62 de la LBPA, solo para los efectos de “*aclarar puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo*”. Es decir, se trata de una facultad de carácter formal que “*en caso alguno puede implicar la modificación de la decisión de fondo del acto administrativo terminal, pues de otro modo se transformaría en un instrumento recursivo careciendo de dicha naturaleza para impugnar o alterar de oficio o a petición de parte, actuaciones administrativas fuera de la reglamentación de la potestad invalidatoria que le corresponde a la administración*”.<sup>1798</sup>

### 1.3. La invalidación

A su vez, también la propia Administración puede realizar la revisión de oficio a través de la *potestad invalidatoria*. Para la doctrina, la invalidación se trata de un “... *medio no natural, formal y provocado de extinción de los actos administrativos, en que un acto que padece de una ilegitimidad de origen, se*

b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que este haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;

c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y

d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que, siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

<sup>1797</sup> Dictámenes de Contraloría N° 13.188, de 2009 y 42.003, de 2014.

<sup>1798</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2.517, de 2014, considerando 7°.

sanciona con la declaración de su invalidez y el desconocimiento de sus efectos".<sup>1799</sup> Otros autores la califican como una "facultad propia de la autotutela de la Administración".<sup>1800</sup>

A su vez, la invalidación ha sido definida por la jurisprudencia judicial como una facultad discrecional de la Administración,<sup>1801</sup> una potestad de revisión<sup>1802</sup> que se puede ejercer previo procedimiento administrativo cuando se ha detectado un vicio de nulidad que no ha podido subsanarse, para efectos que el acto administrativo ilegal no produzca efectos.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la invalidación de los actos administrativos irregulares constituye un deber para la Administración, pues debe velar por la conformidad de la actividad realizada por esta con el ordenamiento que la rige. Sin embargo, también ha asentado que el ejercicio de tal potestad debe someterse a la regulación que establece el artículo 53 de la LBGAE, de acuerdo con lo cual la invalidación procede previa audiencia del interesado y dentro de dos años contados desde la notificación o publicación del acto que se pretende dejar sin efecto.

#### 1.4. La revocación

Está estrechamente unida a actos administrativos discrecionales, en los cuales existe un margen para la Administración en orden a valorar el mérito, oportunidad o conveniencia respecto de un acto ya dictado.<sup>1803</sup> Por tal razón, nuestro ordenamiento lo permite con una serie de limitaciones, una de las cuales es la existencia de actos reglados.<sup>1804</sup>

<sup>1799</sup> JARA (2004), p. 96.

<sup>1800</sup> CORDERO (2015), p. 295. El autor que sostiene que "históricamente se ha dicho que esta facultad –propia de la autotutela de la Administración– constituye un poder-deber de los organismos administrativos".

<sup>1801</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9.7731-2016, caratulada "Ana Huenchun Pilchulman con Corporación Nacional y Desarrollo Indígena", en particular, considerando 5°.

<sup>1802</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7.167-2010.

<sup>1803</sup> Por tal razón, se distingue la revocación de la invalidación, como bien lo señala la Corte Suprema: "Que los actos administrativos pueden ser dejados sin efecto por la Administración por razones de legalidad o por mérito, oportunidad o conveniencia. En el primer caso se denomina invalidación y en el segundo, revocación". SCS Rol N° 11.991-2013, de 19 de diciembre de 2013, considerando 4°. En el mismo sentido, la Contraloría ha sostenido que: "... en cuanto a la revocación de los actos administrativos, regulada en el artículo 61 de la Ley N° 19.880, y a la improcedencia de aplicarla a la situación de la especie, cabe señalar que siendo ello efectivo, tal conclusión resulta de la naturaleza de esta institución, que extingue tales actos por razones de mérito, oportunidad o conveniencia y no por vicios de legalidad en su otorgamiento, como es el caso de las resoluciones exentas N° 1.413 y 1.444, de 2005". Dictamen N° 560-2008.

<sup>1804</sup> Así el artículo 61 letra c) de la LBPA señala que no procede la revocación: "c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto".

## § 2. Control administrativo externo: La Contraloría General de la República

Este control corresponde a organismos administrativos, pero que no forman parte de la entidad controlada. Además, para garantizarles una independencia de juicio, se les ha reconocido autonomía en el ejercicio de sus funciones. Así sucede con la *Contraloría General de la República* en temas de control de legalidad y financieros; y con el *Consejo para la Transparencia*, en materia de acceso a la información pública.

### 2.1. Antecedentes

La Contraloría es de las instituciones más tradicionales de nuestro sistema administrativo. Su origen se encuentra en el año 1927 a partir de una proposición realizada por la denominada Misión Kemmerer, encabezada por Edwin Kemmerer, que asesoró a diversos países, particularmente de Latinoamérica, como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú.

En todo caso, en su formación se tomaron diversas instituciones que habían existido en Chile, especialmente el Tribunal de Cuentas, que, junto a la Dirección General de Contabilidad, la Dirección General de Estadística y la Inspección General de Bienes de la Nación, dieron lugar a la novel institución creada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 400-bis, de 26 de marzo de 1927.

En todo caso, la justicia de cuentas estaba destinada a velar por el correcto uso de los recursos públicos. En un comienzo aquello fue encargado a un veedor, pero luego se entregarían a la Real Audiencia (1567), pasando posteriormente a la Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile (s. XVIII), que cumplía funciones de fiscalización, consultivas y normativas. Con la independencia, las funciones se separarían entre una Contaduría Mayor de Cuentas, que debía tomar razón de aquellos actos de la Administración del Estado que pudieran comprometer la Hacienda Pública y, por tanto, representar su ilegalidad, siendo reemplazada en 1888 por el Tribunal de Cuentas. En paralelo, también surge la Dirección General de Contabilidad. Como se puede apreciar, se trata de órganos destinados a cautelar por el buen uso y destino de los recursos públicos, lo que solo dará cuenta de una parte de las funciones que realiza actualmente el órgano contralor.

### 2.2. Marco regulatorio

Su regulación se encuentra en los artículos 98 y 99 de la Constitución y en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.421, que fija el texto refundido de la Ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (LOCGR).

### 2.3. Naturaleza

La Contraloría es un órgano que forma parte de la Administración del Estado (artículo 1º de la LBGA), pero goza de autonomía constitucional (artículo 98 de la Constitución). Sin embargo, ni la Constitución ni la LOCGR le atribuyen personalidad jurídica. Por tal razón, actúa bajo la personalidad jurídica y con el patrimonio del Fisco. Con todo, a pesar de ser una entidad centralizada, no se encuentra bajo la jerarquía del Presidente de la República, dada su autonomía constitucional.

Como curiosidad, el edificio tradicional de Contraloría es un bien fiscal. Sin embargo, la LOCGR estableció una destinación directa del inmueble a dicha entidad, a fin de evitar que con un simple acto administrativo pudiera ser privado de él: *“Artículo 162º. El edificio construido en la propiedad fiscal inscrita a fs. 33.826, N° 9.955, del Registro de Propiedad del año 1943, de la calle Teatinos de la capital para instalar en él las oficinas de la Contraloría, estará exclusivamente destinado a este objeto”*.

### 2.4. Organización

La organización interna de Contraloría es bastante particular. Se encuentra encabezada por el Contralor General de la República, quien debe tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Es designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo (artículo 98 de la Constitución).

Luego, la estructura interna está establecida por dos reglas básicas:

- a) Todos los funcionarios son de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad (artículo 3º de la LOCGR).

Una importante discusión se ha planteado respecto de la calidad que tiene el Subcontralor, pues el artículo 4º de la LOCGR dispuso que: *“El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia”*. Por tal razón, la Corte Suprema ha entendido que no es posible destituir al Subcontralor, salvo juicio de amovilidad promovido por el Presidente de la República, conforme al artículo 4º inciso 2º de mismo cuerpo legal. Así se sostuvo que: *“...el artículo 4º de la Ley Orgánica, se prevé una norma de especialidad que escapa a la generalidad contenida en la regla que le antecede,*

*puesto que en dicho precepto legal se establece una garantía o privilegio de inamovilidad que únicamente concierne a las personas que ejercen una determinada función y que, por lo demás, resulta ser contraria al modo habitual de separación de los funcionarios de la institución, en tanto el Contralor General y el Subcontralor no pueden ser removidos de sus funciones, sino mediante la adopción de un procedimiento que contempla determinadas garantías en su favor, dentro de las cuales se exige que la decisión sea adoptada por el Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad, siempre y cuando sobrevenga una incapacidad en el ejercicio de su encargo, por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema” (SCS N° 26.588-2018, de 20 de noviembre de 2018).*

- b) Desde el punto de vista de la organización interna, si bien aquella está establecida por la LOCGR, el Contralor General tiene facultad para suprimir o fusionar algunos de los Subdepartamentos y las Secciones de la Contraloría o crear otros con el personal del Servicio, fijándoles su dependencia y asignándoles aquellas atribuciones de este organismo que correspondan a la naturaleza del respectivo Subdepartamento o Sección (artículo 2º inciso 7 de la LOCGR). Por tal razón, la actual organización interna ha sido establecida por resoluciones administrativas, incluidas las Contralorías regionales, las que actúan por delegación de competencias del Contralor General.

Luego se divide en:

- a) *Divisiones*, como son las Divisiones de Auditoría, Jurídica, Infraestructura y Regulación, Fiscalía, Secretaría General, Contabilidad y Finanzas Públicas.
- b) *Departamentos*, como son los Departamentos de Fuerzas Armadas, Seguridad, Presidencia, Hacienda y Relaciones Exteriores; Medio Ambiente, Obras Públicas y Empresas; Auditorías Especiales; Previsión Social y Personal, y Auditoría Externa.
- c) *Contralorías Regionales*, que están encabezados por un Contralor Regional, el cual ejerce las competencias que le ha delegado el Contralor General.

## 2.5. Funciones

La Contraloría General cumple diversas competencias, que podemos clasificar en funciones jurídicas, relativas al régimen de los funcionarios, auditorías, el llevar la contabilidad general de la Nación y el examen y juzgamiento de cuentas.

a) *Funciones Jurídicas*

En esta materia, la Contraloría dispone de dos herramientas:

i. *El trámite de toma de razón*

Está previsto en los artículos 98 y 99 de la Constitución, y regulado en la LOCGR, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, junto con la Resolución N° 7, de 2019.

Si bien la regla general es que los actos de la Administración se encuentren sujetos al trámite de toma de razón (artículo 99 de la Constitución), desde 1964 la LOCGR en su artículo 10 permite que el Contralor pueda eximir los trámites no esenciales. Para tal efecto, se ha dictado la Resolución N° 7, de 29 de marzo de 2019, que fija normas de exención del trámite de toma de razón, aunque en la práctica señala qué trámites son esenciales y, por tanto, se encuentran sujetos a este control. De esta forma, la regla general es que los actos se encuentren exentos del trámite de toma de razón, salvo que estén contenidos en dicha resolución.

Además, también la ley puede eximir del trámite de toma de razón, como lo hace el artículo 53 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que dispone: “*Las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República cuando afecten a funcionarios municipales*”.

Esto ha hecho que solo una cantidad ínfima de actos formales de la Administración se encuentren sometidos a este trámite.<sup>1805</sup>

Por su parte, en caso de constatarse la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto, la Contraloría emite un oficio de representación, frente al cual la Administración puede no persistir y archivarlo; realizar modificaciones y volver a ingresarlo, o insistir con la firma de todos sus ministros en los casos previstos por la Constitución (artículo 99).

ii. *Mediante el ejercicio de la facultad dictaminadora*

Corresponde a los informes en Derecho que emite la Contraloría y que se han convertido en un *control a posteriori* respecto de aquellos actos que no han sido objeto del trámite de toma de razón. En estos casos la Contraloría constata las ilegalidades del acto e imparte instrucciones al órgano administrativo para regularizar la situación, las que pueden consistir en su invalidación. El análisis de su naturaleza y alcances será visto más adelante.

<sup>1805</sup> Véase CORDERO VEGA (2007), pp. 153-166.

### b) Régimen de los funcionarios

En relación con los funcionarios, a la Contraloría le corresponden diversas tareas:

#### i. *La hoja de vida de los funcionarios y el registro*

Corresponde a la Contraloría llevar el registro de toda la vida de todos los funcionarios públicos, incluidos el Congreso Nacional y el Poder Judicial, desde su ingreso al servicio, ascensos, comisiones o destinaciones, cesación en el cargo y medidas disciplinarias.

#### ii. *Instrucción de sumarios administrativos y aplicación excepcional de medidas disciplinarias*

Si bien es excepcional que la Contraloría pueda aplicar medidas disciplinarias (por regla general corresponde a los jefes de servicio), si es posible que pueda instruir dichos procedimientos y luego entregar los antecedentes al jefe de servicio para que se pronuncie a este respecto. En tal sentido, el artículo 133 de la LOCGR dispone que: *“El Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria”*. Todo lo anterior, es sin perjuicio que pueda constituir delegados en los Servicios públicos y demás entidades sujetas a su fiscalización, con el fin de practicar las inspecciones e investigaciones que estime necesarias (artículo 131) o practicar inspecciones extraordinarias (artículo 132).

Reconociendo la potestad disciplinaria del superior jerárquico, Contraloría ha señalado que *“...la potestad disciplinaria radicada en la administración activa, faculta a la autoridad para decidir acerca de la absolución o la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondan respecto de los funcionarios de su dependencia, pudiendo modificar la proposición efectuada al respecto por esta Entidad de Control, lo que deberá hacerse mediante la dictación de un acto motivado que, en base al mérito del proceso, dé cuenta de los fundamentos, razones y circunstancias objetivas tenidas en consideración para adoptar dicho pronunciamiento, incluyendo el análisis de los argumentos y defensas formulados por los afectados en sus escritos de observaciones a la Vista Fiscal”*.<sup>1806</sup>

De los casos en que la Contraloría puede aplicar medidas disciplinarias, podemos encontrar las investigaciones sumarias por mal uso de vehículo fiscal (DI

<sup>1806</sup> Dictámenes N° 1.137, de 2005, 49.428, de 2009, 56.574, de 2010 y 9.500, de 2011.

Nº 799, de 1974); los casos de no entrega de información al Congreso Nacional (artículo 10 de la Ley Nº 18.918); por no cumplir con las obligaciones de la Ley Nº 20.730, sobre el Lobby y gestión de intereses particulares (artículo 17 de la Ley Nº 20.730); respecto de las autoridades o funcionarios que no realicen su declaración de intereses o patrimonio (artículo 11 de la Ley Nº 20.880) y por no rendir cuentas (artículo 93 de la LOCGR).

iii. *Conocer y resolver el recurso general de reclamación*

Este recurso también se ha denominado el "*contencioso de los funcionarios*" y está regulado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, el cual dispone:

*"Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días".*

Ahora bien, igual derecho se les reconoce a las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

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

c) *La contabilidad general de la Nación*

El artículo 98 de la Constitución establece que la Contraloría llevará la contabilidad general de la Nación. Para tal efecto, dispone de la División de Contabilidad y Finanzas Públicas, a través de la cual cumple tres funciones básicas:

- i. Una función normativa, al establecer principios, normas y procedimientos técnicos que deben seguir entidades públicas en el registro de las operaciones económico-financieras que realizan;
- ii. Consolidación y análisis de la información periódica de carácter financiera, patrimonial y presupuestaria de las entidades sujetas a contabilidad pública, lo que incluye fiscalización de las operaciones o hechos

CURSO DE DERECHO PÚBLICO

económicos a que se refiere la citada información. En este contexto, se ocupa de las modificaciones a la Ley de Presupuestos del Sector Público y de los ingresos y gastos presupuestarios de las municipalidades. En esta labor, tienen una estrecha relación con la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, y

- iii. Entregar información confiable y oportuna para optimizar la toma de decisiones, especialmente de las otras Divisiones y Contralorías Regionales que ejercen el control preventivo de los actos de la Administración o que realizan labores de control externo o de fiscalización en terreno.

#### *d) Auditorías e inspecciones*

Conforme a la LOCGR, corresponde a la Contraloría efectuar auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa (artículo 21 A). A través de las auditorías, la Contraloría evalúa los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscaliza 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; examina las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprueba la veracidad de la documentación sustentatoria; verifica el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará, en su caso, las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

Aquello da lugar a un procedimiento, en el cual se emite un informe preliminar que da lugar a una serie de observaciones, las que deberán ser respondidas por el servicio, para luego dar lugar a un informe final, que establece la regularidad de las operaciones realizadas, las deficiencias detectadas y las eventuales responsabilidades a que puede dar lugar (administrativa, civil o penal); colocándola en conocimiento de los órganos pertinentes, para hacerla efectiva (sumario o investigación sumaria; juicio de cuenta o denuncia al Ministerio Público).

### **§ 3. Control administrativo externo: El examen y juzgamiento de cuentas**

#### **3.1. Antecedentes generales**

Una de las atribuciones tradicionales que corresponden a la Contraloría es el examen de las cuentas respecto de funcionarios que tienen a su cargo

fondos públicos. Se trata de una atribución heredada del Tribunal de Cuentas que, a su vez, es herencia de los conocidos juicios de residencia del Derecho castellano e indiano.

En estos procesos, la autoridad o funcionario no podía abandonar el lugar donde había ejercido el cargo, ni asumir otro hasta que llegase a término este procedimiento. Por su parte, era habitual que el encargado de realizar este procedimiento (juez de residencia), fuera la persona que ya había sido nombrada para suceder en el cargo. Las sanciones eran variables, normalmente multas, aunque también se consideraba penas privativas de libertad, como sucedió con Miguel de Cervantes y Saavedra.

En el Derecho indiano estos juicios fueron muy importantes y comprendían a toda clase de funcionarios, incluidas las más altas magistraturas, como los virreyes y presidentes de Audiencia, gobernadores, hasta alcaldes y alguaciles.

En esta materia, es importante distinguir entre el examen de cuentas y el juicio de cuentas.

### 3.2. El Examen de cuentas

#### *a) Naturaleza y objeto*

El examen de cuenta es una etapa administrativa, y tiene por finalidad verificar la fidelidad de las cuentas respecto de aquellos funcionarios que tienen a su cargo recursos públicos. Además, se trata de un procedimiento eventual, ya que el examen comprende solo algunas cuentas que se han rendido, bajo determinados criterios selectivos o matrices de riesgos.

Por tal razón, y para dar seguridad jurídica, toda cuenta debe ser examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por la Contraloría. Vencido este plazo, cesará la responsabilidad del cuentadante y la que pueda afectar a terceros, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que corresponda aplicar a los funcionarios culpables del retardo, y de las responsabilidades civil y criminal, que continuarán sometidas a las normas legales comunes (artículo 96). Por tal razón, desde que es recepcionada la cuenta, estamos frente a un plazo de caducidad para que ella sea finiquitada o reparada.

#### *b) Personas que están obligadas a rendir cuentas: el cuentadante*

Tienen obligación de rendir cuentas los "cuentadantes", que es "todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie,

administre o pague fondos de las entidades que integran la Administración del Estado”, quienes rendirán a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley (artículo 85). A su vez, en el caso que no tengan establecido un modo especial de rendirlas, lo harán por meses vencidos (artículo 86).

En el caso que el cuentadante no rinda la cuenta de forma oportuna, se establecen diversas medidas y sanciones:

- Si, al ser requerido por la Contraloría, no presenta debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores (artículo 85 inciso 2º).
- Si las cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal o del plazo que otorgue el Contralor, podrá este suspender al empleado o funcionario responsable, sin goce de sueldo, medida que durará hasta que dé cumplimiento a la referida obligación (artículo 89 inciso 1º).
- En los casos en que, verificado el requerimiento para rendir cuenta, el cuentadante responsable no la rindiere, el oficio en el cual se efectúe el requerimiento será considerado como reparo, rigiendo en lo demás las disposiciones sobre el juicio de cuentas (artículo 92).
- Todo funcionario, sea que esté en ejercicio de un cargo o fuera del Servicio, que deba rendir cuenta a la Contraloría, y no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al último día del período en que deba hacerlo, será castigado con una multa aplicable administrativamente por el Contralor, o será arrestado por un término no mayor de un año. El arresto será decretado por los tribunales ordinarios a requerimiento del Contralor (artículo 93).

### c) Objeto del examen de cuentas

El objetivo del examen de cuentas es bien preciso (artículo 95):

- i. 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 o gasto, y
- ii. Comprobar la *veracidad y fidelidad de las cuentas*, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad.

De esta forma, se examina:

- Que la documentación sea auténtica;
- Que las operaciones aritméticas y de contabilidad sean exactas;
- Que se hayan cumplido las leyes sobre timbres y estampillas, y otros impuestos y derechos;
- Que el gasto haya sido correctamente imputado dentro del presupuesto, ley, decreto o resolución que lo autorice, de modo que corresponda al objeto para el cual fueron destinados los fondos, y
- Que el gasto haya sido autorizado por funcionario competente, dentro de los plazos correspondientes (artículo 98).

*d) El resultado del examen de cuentas: finiquito, observaciones y el reparo*

El resultado del examen de cuentas puede dar lugar a las siguientes actuaciones:

*i. El finiquito*

Terminado el examen de la cuenta sin que hubiere reparos que formular, o salvadas las observaciones que se hubieren hecho, el examinador remitirá el expediente, con expresión escrita de su conformidad, al Jefe del Departamento, quien, si estimare cumplidos los requisitos de los artículos precedentes, otorgará el finiquito que corresponda (artículo 106 inciso final).

*ii. Formulación de observaciones*

Son las enmiendas que se estima necesario introducir para la correcta presentación de las cuentas y otras deficiencias que, por su naturaleza, no sean clasificables como reparos. Podrán, asimismo, hacerse presentes con el carácter de "observaciones" las omisiones de documentos y los errores de imputación, pero si dentro del plazo que se señale para este efecto no fuere atendida la observación respectiva, se formulará derechamente el reparo (artículo 101 incisos 2º y 3º). Salvadas las observaciones, se otorgará el finiquito.

*iii. El reparo*

Serán materia de reparos en las cuentas la circunstancia de carecer estas de alguno de los requisitos señalados en los artículos 95 a 100, y, en general, la de omitirse el cumplimiento de cualquiera disposición legal o reglamentaria que consulte contribución, aportes o impuestos a favor del Fisco u otras

instituciones, o que ordene alguna modalidad en la forma de recaudar las rentas, efectuar los egresos o rendir las cuentas (artículo 101 inciso 1º).

El examinador de cuentas deberá consignar por escrito el nombre y apellidos, empleo, oficina o domicilio del cuentadante, el período o autorización a que corresponda la cuenta y el resultado del examen. *Si fuere procedente la formulación de reparos*, deberá, además, indicar la parte de la cuenta en que se encuentra la operación o documento reparado y las consideraciones de hecho o de derecho en las cuales se funden, citando en el informe las disposiciones legales transgredidas (artículo 106).

### 3.3. El juicio de cuentas

El juicio de cuentas se trata de una competencia jurisdiccional que la Constitución entrega a la Contraloría y que busca establecer la responsabilidad civil extracontractual de los cuentadantes en la administración o gestión de los recursos públicos. Se ha mantenido por razones históricas en dicha institución, pero en la actualidad no se justificaría dada su naturaleza y contenido, pues bien, se puede trasladar a la jurisdicción civil sin mayor inconveniente.

Desde el *punto de vista orgánico*, el Juez de Primera Instancia es el Subcontralor (artículo 107), mientras que el Juez de Segunda Instancia es el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, integrado por el Contralor General, quien lo presidirá, y por dos abogados que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, los cuales serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor General (artículo 118).

En *cuanto al inicio de proceso*, este puede tener lugar por:

- Un reparo, que es formulado por el jefe de la división que realizó el examen o el Contralor Regional (artículo 107);
- También existe el denominado “*reparo ficto*”, que permite iniciar el juicio a partir de las conclusiones de un sumario administrativo (artículo 129),
- Por último, también se han utilizado en la práctica los *informes de auditoría*, ya que se trata de iniciar a su interior un examen de cuentas, que en la práctica omite muchas de las formalidades legales y que han planteado una serie de críticas.

En las siguientes etapas existe un *período de discusión*, que se inicia con la notificación del reparo (artículo 108). El cuentadante tiene un plazo de contestación de 15 días más la respectiva tabla de emplazamiento (artículo 109). Luego, se solicita un informe al Jefe de Departamento (30

días) y al Fiscal de la Contraloría (15 días). Se puede abrir un *término de prueba* de 15 días (artículo 111). Luego, viene el período sentencia, que debe emitirse en el plazo de 30 días contados desde que el expediente se encuentra en estado para resolver.

En contra de la sentencia de primera instancia se puede interponer el recurso de apelación, dentro del plazo de 15 días. El Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia debe resolver en cuenta, salvo que se soliciten alegatos. Así, debe resolver en el plazo de 30 días, contados desde la concesión del recurso de apelación, después de oír al recurrente (alegatos) y al Fiscal en la misma forma y plazos establecidos para la primera instancia.

Respecto de la sentencia de segunda instancia solo procede el *recurso de revisión*, siempre que este recurso se funde en falta de emplazamiento, error de hecho o nuevos antecedentes o circunstancias que puedan probarse con documentos no considerados en la resolución cuya revisión se solicita. El plazo para su interposición es de tres meses para los residentes en el territorio de la República y de seis para los ausentes del país, contados ambos desde la notificación del fallo recurrido.

También la Corte Suprema ha admitido la interposición del recurso de queja en contra de los pronunciamientos de este Tribunal, conforme a los artículos 82 de la Constitución y 545 del Código Orgánico de Tribunales, aunque puede resultar discutible, considerando la autonomía que tiene la Contraloría sobre la materia y la atribución de una competencia exclusiva que le hace la Constitución a dicha entidad.

#### § 4. Control administrativo externo: La potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República

##### 4.1. Antecedentes generales

Nuestro ordenamiento jurídico le ha entregado a la Contraloría General de la República diversas funciones, una de las cuales es ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, tal como lo dispone el artículo 98 de la Constitución. Para tales efectos, se establecen diversos mecanismos directos, como es el control preventivo mediante el trámite de toma de razón<sup>1807</sup> o indirectos, como sucede con el registro de ciertos actos, la instrucción de sumarios disciplinarios, las auditorías, etc.

<sup>1807</sup> Artículo 99 de la Constitución y artículos 10, 10A, 10B, 10C y 10D de la LO-CGR. Además, se debe consultar la Resolución N° 7, de 29 de marzo de 2019, que fija normas de exención del trámite de toma de razón. Sobre la materia se puede ver NAVARRO (2012a), p. 431-446, (2012b) y (2013), pp. 97-115; RAJEVIC y GARCÉS (2009), pp. 613-646.

Dentro de los instrumentos directos, la facultad dictaminadora de la Contraloría General de la República es sin duda uno de los más importantes, más aún cuando la gran mayoría de los actos que emanan de la Administración se encuentran exentos del trámite de toma de razón.<sup>1808</sup> Esta atribución emana de lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política de la República y de lo establecido en la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, en sus artículos 5°, 6°, 9° y 19.<sup>1809</sup>

En tal sentido, los dictámenes han sido definidos como aquella opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo, facultad que la Carta Fundamental y, en general, el ordenamiento normativo nacional, han encomendado ejercer a la Contraloría para el control de juridicidad de los actos de la Administración, lo que incluye la emisión de pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante, tanto para la autoridad del respectivo servicio como para los

<sup>1808</sup> Véase CORDERO VEGA (2007).

<sup>1809</sup> Véase, entre otros, el dictamen N° 18.662, de 9 de abril de 2010. Si bien esta facultad no está expresamente atribuida por la Constitución, se ha entendido que tendría su base en lo dispuesto en el artículo 98 de la Carta Fundamental. Véase Navarro (2012a), p. 439. Así también se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencia Rol N° 4.533-2008, de 13 de octubre de 2009: "Que estas normas, con base constitucional en el artículo 98 de la Carta Fundamental, confieren a la Contraloría General de la República facultades para interpretar las normas y de este modo ejercer el control de legalidad que prevé dicho precepto". Por su parte, dentro de las disposiciones legales, la más relevante es el artículo 6°, la cual dispone:

*Artículo 6°. Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.*

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

*La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.*

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

Esta norma se debe relacionar con lo dispuesto en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, el cual establece la fuerza vinculante u obligatoria que tienen estos actos:

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

funcionarios afectados y aquellos encargados de su cumplimiento.<sup>1810</sup> Por lo demás, los dictámenes son los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la *jurisprudencia administrativa*.<sup>1811</sup>

Por su parte, los dictámenes pueden versar sobre diversas materias, a saber: derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.<sup>1812</sup> Asimismo, pueden referirse a cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas (artículo 6º).

Es significativo el aporte que la Contraloría ha efectuado a lo largo de toda su historia, mediante su jurisprudencia administrativa, a la creación de reglas y principios que posteriormente han sido recogidos por la legislación positiva e inclusive aplicados por los tribunales de justicia con anterioridad a su concreción normativa, haciendo referencia a los aportes efectuados en materias relativas a bases generales de la Administración del Estado, las bases del procedimiento administrativo, la regulación de los contratos administrativos —particularmente el de obra pública— las licitaciones, la publicidad de los actos administrativos e invalidación.<sup>1813</sup>

En efecto, y tal como lo sostiene la propia Contraloría, varios de los criterios contenidos en sus pronunciamientos han sido recogidos por diversas disposiciones administrativas. Así:

- a) La LBPA recoge en sus artículos 5 y siguientes, principios que la jurisprudencia administrativa sostuvo respecto de materias tales como la no formalización (dictámenes N<sup>os</sup> 8.068, de 1986 y 7.691, de 1989), la publicidad de los actos administrativos (dictamen N<sup>o</sup> 22.819, de 1993), la impugnabilidad (dictámenes N<sup>os</sup> 14.856, de 1985 y 1.073, de 1994),

<sup>1810</sup> La renuencia a aplicar un dictamen implica tanto el incumplimiento de la norma interpretada en ese pronunciamiento como la inobservancia de los referidos preceptos de la LOCGR, y puede, por ende, irrogar responsabilidad para los funcionarios que deben adoptar las medidas conducentes para ejecutar la ley cuyo alcance fija el respectivo pronunciamiento, véase dictámenes N<sup>os</sup> 30.276, de 1986, y 24.375, de 1993 y 82.297, 2014, entre otros.

<sup>1811</sup> Solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría constituirán la denominada jurisprudencia administrativa (artículo 60 inciso final de la LOCGR), fijando el sentido y alcance de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los servicios públicos o entidades de la Administración del Estado, sometidas a su fiscalización. Véase SOTO KLOSS (2012), pp. 794-801, así como los dictámenes N<sup>os</sup> 39.570, de 2000; 571, de 2001; 61.817, de 2006; 64.951, de 2014, entre otros.

<sup>1812</sup> La frase “correcta aplicación de las leyes y reglamentos” implica necesariamente que Contraloría interprete la ley y los reglamentos, y señale cuál es, a su juicio, el sentido que debe darse en su aplicación a dichos cuerpos normativos.

<sup>1813</sup> Dictamen N<sup>o</sup> 40.452, de 2006.

de la escrituración o expresión documental (dictámenes N<sup>o</sup> 33.006, de 1984 y 2.096, de 1988), de la gratuidad (dictámenes N<sup>o</sup> 13.778, de 1995 y 23.612, de 1999) y del debido proceso (dictámenes N<sup>o</sup> 32.328, de 1986 y 40.946, de 1995).

- b) Por su parte, la LBGA incorporó en su artículo 9<sup>o</sup>, varios tópicos ya analizados sustantivamente por los pronunciamientos jurídicos de la Contraloría General relativos a diversas materias, tales como el principio de la racionalidad o motivación de los actos de la Administración, los principios de igualdad de los licitantes y estricta sujeción a las bases, contenidos, entre otros, en los dictámenes N<sup>o</sup> 14.101, de 1997 y 19.032, de 2001.
- c) Asimismo, el decreto N<sup>o</sup> 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas que sancionó el reglamento del contrato de obra pública, contempla en su artículo 4<sup>o</sup> numerosas definiciones que corresponden a conceptos elaborados previamente por la jurisprudencia administrativa sobre tales materias. Además, mediante numerosos dictámenes se han determinado los parámetros básicos relativos a multas, registro de contratistas, causales de incumplimiento, indemnizaciones, liquidaciones de obras, reglas en materia de propuestas públicas o privadas, trato directo, suma alzada, valores proforma, etc.

#### 4.2. Naturaleza de los dictámenes

En cuanto a su naturaleza, hay una opinión común en el sentido que los dictámenes que emanan de la Contraloría constituyen actos administrativos, en los términos previstos en el artículo 3<sup>o</sup> de la LBPA, que establece las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado.<sup>1814</sup> Por tal razón, estos dictámenes se rigen por las normas especiales contenidas en la Ley N<sup>o</sup> 10.336 y por las normas generales de la citada LBPA.<sup>1815</sup>

A su vez, los actos administrativos se clasifican en razón de su contenido en actos que contienen declaraciones de voluntad, juicio o dictámenes, constancia o conocimiento.<sup>1816</sup> Los actos administrativos que contienen declaraciones de voluntad son aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas respecto de terceros, como ocurre con un acto expropiatorio o un permiso de edificación. Por su parte, los actos de juicio o dictámenes son aquellos que contienen un parecer u opinión que expresa

<sup>1814</sup> El inciso 2<sup>o</sup> del artículo 3<sup>o</sup> de la LBPA establece que "para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública".

<sup>1815</sup> Artículo 1<sup>o</sup> de la LBPA.

<sup>1816</sup> Inciso 2<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> del artículo 3<sup>o</sup> de la LBPA.

un órgano de la Administración del Estado, sin alterar situaciones jurídicas, como ocurre con los informes. Por último, los actos de constancia o conocimiento corresponden a aquellos que dan fe o cuenta de determinados hechos o calidades, como ocurre con las certificaciones.

Dentro de esta clasificación tripartita, la doctrina tiende a considerar que los dictámenes son actos que contienen juicios, el parecer u opinión en derecho que expresa la Contraloría. Así también lo ha señalado el propio Ente contralor al expresar que *“exterioriza una competencia potestativa de juicio que el orden jurídico del más alto rango jerárquico confiere al organismo contralor, podría estimarse que en tal predicamento el dictamen es un acto administrativo”* (Dictamen N° 2.936 de 26 de enero de 2001).<sup>1817</sup>

#### 4.3. Legitimados para solicitar un dictamen

El artículo 5° de la LOCGR dispone que: *“En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”*. Aquello no obsta a que también pueda ejercer esta facultad de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la LBGAE,<sup>1818</sup> reiterado por el artículo 7 de la LBPA,<sup>1819</sup> que consagran los principios de oficialidad o de celeridad.<sup>1820</sup>

<sup>1817</sup> En este mismo dictamen señala que la doctrina contempla varias posibilidades de concepto del acto administrativo. En resumen, existen dos posturas que son las más socorridas al respecto y que se refieren: una considera el acto administrativo con un carácter de negocio jurídico (supone declaración de voluntad con consecuencias jurídicas) y otra como un mero acto administrativo (actuaciones administrativas). En la primera postura se da la definición que tradicionalmente se ha sustentado por juristas y en la cátedra y de la cual uno de los genuinos representantes es Enrique SAYAGUÉS LAZO (1953), T. I, pp. 388 y ss., quien define el acto administrativo como *“toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efecto subjetivo”*. A esta definición habría que agregarle el carácter potestativo que la Administración concreta a través de tal actividad. Otra postura, muy bien explicada por Fernando GARRIDO FALLA (2002), v. I, pp. 539-547, y Guido ZANOBINI (1958), v. I, p. 187, conceptualiza esta figura como *“...cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”*. Numerosos profesores chilenos siguen esta línea, como Rolando PANTOJA (1960).

<sup>1818</sup> El inciso 1° de esta disposición establece que: *“Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites”*.

<sup>1819</sup> El inciso 1° de este artículo dispone: *“El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites”*.

<sup>1820</sup> Un buen ejemplo lo constituye el dictamen N° 4.000, de 15 de enero de 2016, que revisa su jurisprudencia administrativa relativa al alcance que se ha dado a la expresión *“áreas colocadas bajo protección oficial”* contenida en el artículo 10, letra p), de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Para regular esta materia, la Contraloría emitió un dictamen que impartía instrucciones relativas a la formulación de consultas sobre interpretación de leyes y reglamentos que rigen a servicios públicos, y que tuvo una vigencia de más de cuatro décadas,<sup>1821</sup> pero que fue superado por la práctica administrativa y la nueva legislación administrativa, particularmente la LBPA. Es así como en el año 2015 se dictó el Dictamen N° 24.143, de 27 de marzo de 2015, que regula esta materia.

A este respecto distingue entre órganos de la Administración del Estado y particulares funcionarios públicos y Asociaciones de funcionarios.

En el primer caso, se exige que la solicitud provenga de un Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación, Municipalidad o de la Jefatura superior del Servicio o autoridad con potestades desconcentradas o delegadas. En definitiva, debe tratarse de unidades dentro de la Administración cuyas potestades se han desconcentrado o descentralizado, y tenga la calidad de titular de dicho órgano.<sup>1822</sup> Además, se exige que se trate de materias que sean de su competencia o que incidan directamente en el cumplimiento de sus funciones, y con asuntos específicos y concretos que estos órganos deban resolver, para evitar pronunciamientos en abstractos o sobre casos hipotéticos.

Por su parte, en el caso de los particulares, se exige que estos tengan derechos o intereses específicos, individuales o colectivos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la LBPA, insistiendo que las peticiones se formulen de forma concreta, de manera clara y precisa, regla que también se aplica a los funcionarios.

Por último, en el caso de las Asociaciones de funcionarios de la Administración, se debe acompañar la solicitud de representación del asociado, en el caso que actúe a favor de alguno de ellos.

#### 4.4. Causales de abstención

La Contraloría puede abstenerse de emitir un pronunciamiento, para lo cual pueden existir distintas causales:

- a) *Debe tratarse de materias de su competencia.* Así, no es posible que emita un pronunciamiento respecto de las funciones y atribuciones de otros

<sup>1821</sup> Dictamen N° 24.841, de 10 de mayo de 1974.

<sup>1822</sup> En el Dictamen N° 24.841, de 1974, ya se indicaba que "... existe un elevado número de consultas que se dirigen a la Contraloría General solicitando informes que ya han sido objeto de reiterados pronunciamientos y que se promueven en muchos casos sin ninguna intervención o conocimiento de las Fiscalías, Departamentos Legales o Asesorías Jurídicas de los Servicios que las formulan. Asimismo, esta Contraloría General recibe con frecuencia peticiones de dictámenes de jefes subalternos o simples funcionarios que carecen de potestades decisorias para resolver sobre el asunto que motiva la consulta y que en algunas ocasiones se envían sin conocimiento de la Jefatura Superior del respectivo Servicio".

poderes del Estado, como pueden ser los tribunales de justicia y las cámaras parlamentarias.

- b) *Debe ser presentada por un sujeto legitimado*, en los términos ya vistos, ya sea un órgano de la Administración del Estado, particular, funcionario o asociación de funcionarios.
- c) *La solicitud debe cumplir con los requisitos legales y aquellos previstos en el instructivo de la propia Contraloría*. Por lo tanto, no se emitirá un pronunciamiento si no se trata de materias de las competencias de la entidad solicitante, que no se traten de asuntos específicos o concretos, que no se indiquen los hechos o de manera clara y precisa las peticiones, etc.
- d) La solicitud no puede versar sobre asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia (artículo 6º inciso 3º de la LOCGR). Quizás este es uno de los puntos que plantea mayor discusión, pues en principio toda materia que es de competencia de Contraloría puede ser judicializada, especialmente cuando se trata de asuntos que dicen relación con la validez y legalidad de actos administrativos. Sin embargo, hay materias que de forma evidente son de naturaleza litigiosa, como ocurre con las acciones de contenidos patrimonial o que están orientadas a obtener una reparación, o medidas de carácter cautelar, como es la suspensión de un acto administrativo.
- e) Por último, también la Contraloría evita emitir un pronunciamiento cuando no se ha recurrido previamente al órgano administrativo competente de forma previa o cuando existe todavía un procedimiento administrativo pendiente, es decir, en el cual no se ha emitido un pronunciamiento final, salvo que este se haya dilatado de forma excesiva.

#### 4.5. Efectos de los dictámenes

Los efectos de los dictámenes dicen relación con los sujetos que resultan obligados (a) y el momento o época en que los producen (b).

##### *a) Efectos en cuanto a los sujetos: su carácter vinculante para los órganos de la Administración del Estado*

Los dictámenes de Contraloría poseen una característica que los separa de los demás actos que contienen juicios u opiniones, en la medida que tienen

efecto vinculante u obligatorio y, además, tienen la capacidad de afectar la situación jurídica de terceros. En efecto, por regla general los actos que contienen juicio, opiniones o dictámenes no son vinculantes, como ocurre con los informes.<sup>1823</sup> Por excepción la ley puede establecer que estos tendrán un carácter obligatorio o vinculante, como ocurre con el citado artículo 19 de la Ley N° 10.336. Ahora bien, siendo este efecto una característica general de los dictámenes de la Contraloría, esto les permite gozar de la capacidad de resolver sobre situaciones jurídicas, ya sea que reconozcan su existencia, modificación o extinción. Esta es la razón fundamental por lo que Contraloría se ha transformado en una verdadera instancia que resuelve conflictos en donde son partes o están implicados órganos de la Administración del Estado y los particulares.

En este punto debemos tener presente una cuestión que es capital: estos dictámenes solo son obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refiera, como para la propia Administración. Así, por lo demás, lo ha reconocido la doctrina<sup>1824</sup> y jurisprudencia,<sup>1825</sup> que ha señalado que *“los informes y dictámenes del Órgano Contralor son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, entre los que se encuentran las municipalidades, obligación que encuentra su fundamento en los artículos 6º, 7º y 98 de la Constitución Política de la República, artículo 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y también por lo estatuido en los artículos 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de*

<sup>1823</sup> Artículo 38 de la LBPA.

<sup>1824</sup> Véase ARÓSTICA (1989), T. 2, pp. 531-553; SOTO KLOSS (1999), pp. 399-403; y CÉSPEDES (2001), pp. 149-159.

<sup>1825</sup> Véase SCS Rol N° 6.640-2008, de 30 de diciembre de 2008, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2.030-2007, de 17 de agosto de 2007. A este respecto la Corte Suprema ha sostenido que: *“En este ámbito del control de legalidad, debe indefectiblemente acotarse que los dictámenes que emite la Contraloría General de la República tienen un carácter de vinculantes para los órganos de la administración, en relación a diversas materias que la ley comprende dentro de su competencia, como cumplimiento de Leyes y reglamentos de los servicios públicos, presupuesto y responsabilidad, entre otras que indican los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Orgánica respectiva, a la que se remite en forma expresa el inciso 3º del artículo 88 de la Constitución Política de la República y, en consecuencia, el Alcalde recurrido debía dar cumplimiento a lo señalado en el pronunciamiento que lo exhortaba a castigar a sus dependientes, actuando bajo dicho contexto disciplinario; en ese sentido, nuestro Máximo Tribunal ha asentado en forma reiterada tal tendencia de supremacía, así, a vía de ejemplo se plasma en los Recursos de Protección Rol N° 5.039-2004 (Cdo. 12º); Rol N° 5.031-2005 (Cdo. 4º); Rol N° 782-2010 (Cdo. 6º) y Rol 9.849-2013, (Cdo. 5º), directriz de la que se desprende que el acto edilicio en reproche en cuanto a su expedición, no puede ser tildado de ilegal o arbitrario”* (SCS Rol N° 6.714-2015, de 3 de junio de 2015). También se puede consultar en el mismo sentido la SCS Rol N° 7.890-2010, de 10 de diciembre de 2010.

la Contraloría General de la República".<sup>1826</sup> La propia Contraloría ha sostenido que los dictámenes tienen por objeto "*interpretar una norma legal o reglamentaria; fijando su verdadero sentido y alcance, siendo su cumplimiento obligatorio para la respectiva autoridad y para las personas que se acojan a ellos, constituyendo a su vez la jurisprudencia administrativa que deben observar los órganos; sometidos a su fiscalización*".<sup>1827</sup>

Por la razón anterior, los particulares ajenos a la Administración pública no se encuentran vinculados ni obligados por lo establecido en dichos dictámenes, en la medida que este órgano ejerce sus funciones y potestades respecto de entidades que forman parte de la Administración del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 98 de la Constitución; artículos 1º, 6 y 19 de la LOCGR y artículo 1º de la LBGAE.

No obstante, si bien lo señalado es la regla general, no es posible sostener de forma categórica que los dictámenes no producen efecto alguno respecto de las personas y particulares ajenos a la Administración del Estado. Esta circunstancia se debe al hecho que los dictámenes vinculan a los órganos administrativos y servicios públicos, los cuales deben adecuar su conducta a lo establecido en dichos actos, so pena de asumir las responsabilidades que implica un actuar en contrario. Lo anterior significa que los órganos de la Administración en su relación con los particulares deben adecuar sus actuaciones al marco de la legalidad y a la interpretación de las normas que la Contraloría realiza a través de su facultad dictaminadora. De esta forma, la actuación de todo órgano administrativo estará mediatizada por el juicio o interpretación que el Ente contralor realiza de las normas jurídicas aplicables al caso, lo cual afectará la esfera jurídica de los particulares con los cuales se vinculan. Así las cosas, el dictamen produce un efecto reflejo que puede afectar la situación jurídica de terceros ajenos a la Administración del Estado.

A pesar que esta es la opinión generalmente aceptada, se ha de reconocer que el efecto relativo que se reconoce a los dictámenes (obligatorio para la Administración –no vinculante para los particulares), en la práctica se difumina y bien se puede discutir en varios aspectos:

<sup>1826</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 470-2014, de 26 de noviembre de 2015, considerando 8º, confirmada por SCS Rol N° 32.144-2014, de 4 de febrero de 2015.

<sup>1827</sup> Véase dictámenes N°s 24.258, de 1973; 72.479, de 1976 y 14.448, de 1988. En esta misma línea, la Contraloría ha señalado que siendo el "*ente al cual la Carta Fundamental y la legislación encomiendan ejercer el control de la juridicidad de los actos de la Administración y en tal virtud, entre otras atribuciones, se le faculta para emitir pronunciamientos en derecho, la obligatoriedad de estos emana, en último término de la norma interpretada y de los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento que este Organismo de Control nada agrega a esa disposición, limitándose a efectuar un juicio declarativo al respecto*". Véase dictámenes N°s ha señalado que La jurisprudencia administrativa, ha agregado también, mediante los dictámenes N°s 30.276, de 1986; 24.375, del 1993 y 14.199, de 1996.

- a) Los actos de la Administración gozan de una serie de privilegios, como son la presunción de legalidad, su carácter imperativo y la posibilidad de ser ejecutados de oficio aun en contra de la voluntad de los terceros destinatarios, en este caso los particulares.
- b) La Administración al relacionarse con los ciudadanos actúa en el marco de una auténtica relación jurídica y en virtud de una potestad pública que coloca habitualmente al destinatario en una situación de sujeción/deber a la cual debe someterse por estar vinculado jurídicamente.
- c) En el ejercicio de sus potestades públicas los órganos de la Administración se han de someter al bloque de legalidad (Constitución, ley, reglamentos, etc.), así como a la interpretación que de las mismas hace la Contraloría a través de sus dictámenes.
- d) Todo lo anterior se traduce necesariamente en que los dictámenes serán vinculantes y obligatorios no solo para los órganos de la Administración, sino también para los terceros que se vinculan con dichos órganos a través de relaciones jurídico-administrativas.

Si bien la Contraloría ha sostenido que en el ejercicio de esta potestad interpretativa se limita a efectuar un juicio declarativo respecto de la norma interpretada, sin agregar nada a la misma,<sup>1828</sup> también ha reconocido que sus dictámenes constituyen fuente normativa en el ámbito del Derecho administrativo, pues “...aparece de manifiesto que la interpretación de las normas legales efectuada por esta Entidad de Control a través de sus dictámenes es de efectos generales y posee fuerza obligatoria, resultando imperativo su cumplimiento, tanto para los afectados como para la Administración”.<sup>1829</sup> En efecto, el indiscutido carácter vinculante y obligatorio que revisten para la Administración ha llevado a extender sus efectos no solo al caso concreto, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que tendrían una aplicación general.<sup>1830</sup>

Sin embargo, uno de los argumentos que se entregan habitualmente para insistir en el efecto parcial que producen los dictámenes respecto de los particulares, es el hecho que los particulares perfectamente pueden no estar a lo que se dispone en ellos, recurriendo en contra de ellos por la vía

<sup>1828</sup> Dictámenes N<sup>os</sup> 18.662, de 2010 y 64.951, de 2014. Así también ha sostenido que dicha facultad es “...ejercida a través de la emisión de pronunciamientos jurídicos integrales –fondo y forma– sobre la correcta interpretación y aplicación de las normas de Derecho Administrativo por los Servicios sometidos a su control”. Véase dictamen N<sup>o</sup> 40.452, de 2006.

<sup>1829</sup> Véase dictamen N<sup>o</sup> 18.662, de 9 de abril de 2010.

<sup>1830</sup> CORDERO VEGA (2015), p. 171, en particular la nota 390 en donde hace referencia a los dictámenes N<sup>os</sup> 34.053, de 1999 y 5.698, de 2005.

judicial, pues ante los tribunales carecen de fuerza obligatoria o vinculante. A su vez, este argumento parte del supuesto que estaría vedado para un órgano de la Administración discrepar del criterio sostenido por la Contraloría en sus dictámenes y, por tanto, impugnarlos por la vía judicial. Al parecer el artículo 19 de la Ley N° 10.336 daría margen a esta interpretación. Sin embargo, aquello no es así.

Por lo demás, la Contraloría no se limita en muchos casos a interpretar la normativa aplicable, sino que también da órdenes a la Administración respecto de la actuación que debe seguir para corregir las ilegalidades o irregularidades que ha detectado, muchas veces de forma muy precisa, como es la orden perentoria de invalidación de actos concretos. En este punto, la Corte Suprema ha establecido una regla de deferencia respecto de la competencia de los órganos administrativos, limitando el alcance de las instrucciones que puede dar Contraloría, especialmente en materia de invalidación, pues es condición previa iniciar un procedimiento para que el órgano competente pondere la validez de los actos que se están revisando, no pudiendo el Ente contralor disponer u ordenar la invalidación.<sup>1831</sup> Por tal razón, actualmente Contraloría emite una instrucción general en orden a “*arbitrar las medidas que resulten pertinentes al efecto*”.

b) *Efectos en el tiempo: retroactividad e irretroactividad  
ante los cambios de jurisprudencia*

Desde la teoría general, la interpretación administrativa tiene por objeto desentrañar el contenido prescriptivo de una norma legal o reglamentaria, por lo que se debería entender que sus efectos están asociados a la norma interpretativa; es decir, el sentido y alcance que tiene la misma está determinado desde el momento de su entrada en vigencia. Dicho, en otros términos, la interpretación administrativa se incorpora a la norma interpretativa desde la fecha de su entrada en vigencia. Aquello es lo que comúnmente se asocia

<sup>1831</sup> Así, se ha resuelto que: “*Los alcances de la determinación de un ente fiscalizador a una autoridad que debe cumplir precisamente sus determinaciones, importa un desconocimiento de las garantías fundamentales del administrador titular del proyecto, prevista en el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la Carta Fundamental, que reconoce y resguarda el debido proceso administrativo, por una autoridad imparcial, sin un resultado predeterminado, que haría innecesario transitar por un procedimiento previo, incluso legalmente tramitado, puesto que la determinación final estaría precisada con anterioridad [...] Que en consecuencia, al haber obrado de aquel modo, la Contraloría Regional de Valparaíso se apartó del principio de imparcialidad previsto en el artículo 11 de la Ley 19.880 al disponer la invalidación del decreto alcaldicio, con lo cual afectó la garantía constitucional expresada...*”. Véase SCS Rol N° 47.610-2016, de 4 de octubre de 2016.

a un tema de retroactividad de la interpretación, a pesar de que en realidad se trata de un acto de aplicación de una norma previa.

Sin embargo, bajo la cobertura de la interpretación administrativa en muchos casos se contiene una auténtica norma que viene a innovar en el ordenamiento jurídico, cambiando los criterios o pautas de acción vigentes a la fecha. Aquello ha sido reconocido por la teoría general del Derecho<sup>1832</sup> y también en el ámbito del Derecho administrativo, que tiende a reducir este tipo de actos en dos categorías: interpretación bajo la forma de reglamentos o de circulares.<sup>1833</sup> Por tal razón, y sobre la base de los criterios de seguridad jurídica y confianza legítima, se ha planteado la irretroactividad de estos actos cuando impliquen un cambio en la interpretación que se le ha dado a una norma legal o reglamentaria.

Este criterio también ha sido sostenido por la Contraloría a través de sus dictámenes. En efecto, en cuanto a sus efectos en el tiempo, por regla general, los dictámenes lo producen desde la fecha de vigencia de la disposición que se interpreta, a menos que se trate de un cambio de jurisprudencia, pues en este último caso el principio de seguridad jurídica hace que deban producir efectos solo a futuro.<sup>1834</sup>

#### 4.6. Impugnación judicial de los dictámenes de Contraloría

Se ha hecho habitual que los particulares impugnen los dictámenes de la Contraloría por la vía de la acción constitucional de protección, alegando la vulneración actual o eventual de algunos de los derechos constitucionales amparados por esta acción (artículo 20 de la Constitución), lo cual no obsta a que pudieran ejercer otras acciones jurisdiccionales. Así, por lo demás, lo ha reconocido en diversos pronunciamientos la Corte Suprema,<sup>1835</sup> aunque

<sup>1832</sup> Como bien señalaba Hans Kelsen "...si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho...". Por tal razón concluye que "...la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho". Véase Kelsen (1982), pp. 351-354.

<sup>1833</sup> CORDERO (2010), pp. 31 y ss.

<sup>1834</sup> Dictámenes N<sup>os</sup> 43.360, de 2017, y 13.231, de 2018.

<sup>1835</sup> En este sentido ha señalado: "Que la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la Contraloría General de la República. Al respecto necesario es señalar que en principio no

también ha precisado que no todo dictamen puede ser impugnado, ya que solo lo serán aquellos que contengan auténticas decisiones, y no sean solo un acto trámite que sirve de fundamento a otro pronunciamiento o una instrucción de carácter general.<sup>1836</sup>

Sin embargo, en la práctica también los órganos de la Administración han impugnado judicialmente los dictámenes de la Contraloría por tres vías:

- a) Las *acciones de mera certeza*, que han sido ejercidas por empresas públicas,<sup>1837</sup> salvo un caso.<sup>1838</sup> De cualquier forma, la Contraloría ha promovido dos contiendas de competencia ante el Tribunal Constitucional y el Senado, con el objeto de cuestionar la competencia de los tribunales ordinarios para conocer sobre estas demandas, bajo el

---

*puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador, sin perjuicio de formular algunas distinciones y precisiones en cuanto al control que en esta vía puede ejercerse. En efecto, a través del tiempo se han interpuesto recursos de protección en contra de las siguientes actuaciones de la Contraloría General de la República: dictámenes, resoluciones recaídas en sumarios administrativos sustanciados por órganos de la Administración o por la propia Contraloría, para obtener que se tome razón de un acto o cuestionando la toma de razón realizada, y por último del trámite de registro, existiendo muy pocos casos que se refieran a otras materias” (SCS Rol N° 10.499-2011, de 2 de enero de 2012, considerando 5°). En el mismo sentido, SCS Rol N° 2.791-2012, de 3 de julio de 2012, considerando 6°.*

---

<sup>1836</sup> Así, se ha sostenido que “...con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero este en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza” (SCS Rol N° 10.499-2011, de 2 de enero de 2012. En el mismo sentido, SCS Rol 2.791-2012, de 3 de julio de 2012, considerando 6°).

<sup>1837</sup> “Televisión Nacional de Chile contra Fisco con Contraloría”, Rol N° 10-1994, del 26° Juzgado Civil de Santiago; “Corporación Nacional del Cobre contra Fisco con Contraloría”, Rol N° 6.446-99, del 17° Juzgado Civil de Santiago; “Banco del Estado en contra de Fisco con Contraloría”, Rol N° 4.514-2007, del 17° Juzgado Civil de Santiago. Solo en el primero de estos casos fue acogida la demanda, con la finalidad de limitar las atribuciones fiscalizadoras de Contraloría. En todos los demás, la Corte Suprema rechazó las demandas interpuestas.

<sup>1838</sup> Fue el caso “Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con Fisco de Chile”, Rol N° 6.100-2012, del 2° Juzgado Civil de Santiago, acogida en primera instancia, pero que finalmente fue rechazada por la Corte Suprema.

argumento que la facultad de interpretar la legislación administrativa es una competencia exclusiva de dicha entidad;<sup>1839</sup>

- b) La *acción de nulidad de derecho público*, que ha sido planteada por empresas del Estado y por municipalidades.<sup>1840</sup>
- c) La *acción constitucional de protección*, a pesar de los cuestionamientos que se pueden hacer respecto de la legitimación activa que tienen estas entidades para ejercer una acción cautelar de amparo de derechos constitucionales.<sup>1841</sup>

Ahora bien, por una cuestión netamente procesal, es condición necesaria que las entidades que ejerzan estas acciones sean personas jurídicas, como ocurre con las empresas públicas, las municipalidades y demás entidades descentralizadas. En contrario, las entidades de la Administración central, como los ministerios, subsecretarías o las delegaciones presidenciales, no podrán ejercer estos recursos, ya que no es posible trabar un juicio entre la misma persona jurídica, pues no debemos olvidar que Contraloría actúa bajo la personalidad jurídica del Fisco y con la representación judicial del Consejo de Defensa del Estado. En definitiva, no resultaría admisible un juicio de "*Fisco con Fisco*", así que dichas entidades encontrarán en los dictámenes de Contraloría la última palabra acerca del alcance de las normas que le resulten aplicables.

## § 5. Control administrativo externo: El Consejo para la Transparencia

### 5.1. Antecedentes generales

El tema de acceso a la información pública es una materia que ha generado

<sup>1839</sup> Este planteamiento fue acogido favorablemente por el Tribunal Constitucional en STC de 4 de enero de 2017, Rol N° 3.283-16, así como por el Senado con fecha 8 de marzo de 2018.

<sup>1840</sup> "*Municipalidad de Recoleta con Fisco/Contraloría*", Rol N° 29.792-2009, del 14° Juzgado Civil de Santiago. Esta demanda fue rechazada en definitiva por en SCS Rol N° 1.598-2014, de 20 de noviembre de 2014.

<sup>1841</sup> El fallo más conocido es el de "*Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso*", SCS Rol N° 2.791-2012, de 3 de julio de 2012. En este caso, la Corte Suprema sostuvo que "...en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado".

una antigua preocupación por la doctrina,<sup>1842</sup> especialmente por la imposibilidad de poder conocer cuáles son los antecedentes y documentos sobre los cuales la autoridad ha adoptado una determinación, muchos de los cuales tampoco se expresaban en sus resoluciones finales, afectando el derecho a la defensa y de acceso a sus fundamentos.

Sobre la materia, se aplicó durante largo tiempo el Decreto Supremo N° 291, del Ministerio del Interior, de 1974, que fija normas para la elaboración de documentos, clasificando los documentos u oficios en tres categorías, indicando: Los de carácter "*Secreto*" serán conocidos solo por las autoridades o personas a las cuales vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución; los de carácter "*Reservado*" serán los que traten de materias que, atendida su naturaleza, deban ser conocidas únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que sean remitidos, y los de carácter "*Ordinario*" serán aquellos que pueden ser de dominio público y abarcarán la correspondencia no comprendida en los dos primeros números. De esta forma, el acceso a la información quedaba entregado a la discrecionalidad de la autoridad, la cual podría declarar que un documento era secreto o reservado, sin dar mayor fundamentación.

El tema fue objeto de un debate intenso en la CENC, pero al final no se consagró norma alguna a este respecto en la Constitución.<sup>1843</sup> A su vez, la Contraloría sostuvo que "*los servicios públicos no están obligados a proporcionar información a particulares o suministrarles los documentos o copias que les soliciten, si no les afectan directamente o no se vinculan con situaciones fácticas concretas en que deben intervenir*".<sup>1844</sup>

En 1994 se creó una Comisión Nacional de Ética Pública, el cual sostuvo —en su informe final— que: "la cultura política debe jugar un papel fundamental en la difusión del principio de transparencia. Es un hecho que existe un arraigo social al secreto, el silencio y la elusión. De este hecho derivan, además, las tendencias generalizadas a darle un valor relativo a la veracidad y a desechar la denuncia de las conductas corruptas. En este sentido, la Comisión estima que aun cuando se apliquen reformas al sistema jurídico y se perfeccionen disposiciones legales para ampliar y promover la transparencia, son los cambios culturales y la renovación moral los verdaderos artífices de su arraigo y vigencia en el cuerpo social y político".

Esto motivó las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.653 a la LBGAE, incorporando los principios de publicidad, transparencia y probidad, y estableciendo un mecanismo de acceso a la información mediante

<sup>1842</sup> MENDOZA (1996), pp. 243-275.

<sup>1843</sup> MENDOZA (1996), pp. 249-267.

<sup>1844</sup> Dictámenes N°s 20.087, de 1989; 13.272, de 1990; 41.334, de 1996, y 28.740 de 1997.

un recurso de amparo por el que se requería su revisión por parte de la autoridad judicial (juez de letras o Corte Suprema). Sin embargo, se permitió que la reserva de la información pública no solo tuviese lugar mediante un mandato legal, sino también a través de una simple norma reglamentaria. Esto dio lugar a la dictación del Decreto Supremo N° 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, por el cual se reglamentó el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, facultando a los Jefes Superiores de los Servicios, mediante resolución fundada, para determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva. Así, su reserva podía establecerse mediante una simple resolución administrativa, extendiendo de esta manera su alcance.

Las fuertes reacciones a esta situación, llevaron a incorporar a nivel constitucional el principio de transparencia y publicidad dentro de la reforma del año 2005, en los términos siguientes: "*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*" (artículo 8° inciso 2°).

En tales circunstancias, el Estado de Chile fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*" de 19 de septiembre de 2006, frente a la denegación de información respecto del Proyecto forestal Trillium y el Proyecto de Río Cóndor por parte del Comité de Inversiones Extranjeras. Al respecto, la Corte sostuvo "*que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole"*, por lo que se "*... protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la*

*libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea*". En definitiva, la Corte reconoce que la Convención contempla y reconoce el derecho de acceso a la información.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional sostuvo que "...el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental —aunque no en forma explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos",<sup>1845</sup> con lo cual se otorga rango constitucional al derecho de acceso a la información.

Todo lo anterior llevó a un cambio en el régimen legal, dictándose en el año 2008 la Ley N° 20.285, de Acceso a la Información, que crea un nuevo organismo para velar por su aplicación: el Consejo para la Transparencia.

## 5.2. Alcances de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la Información pública

Este cuerpo legal regula el derecho de acceso a la información respecto de todos los órganos del Estado. Sin embargo, hace algunas distinciones en su régimen jurídico:

- a) El artículo primero aprueba una ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado, aunque existe un régimen especial para la Contraloría (artículo quinto), el Banco Central (artículo séptimo), las empresas públicas y las sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio (artículo décimo);
- b) Luego, los otros poderes públicos tienen una regulación particular, como el Congreso Nacional (artículo sexto) y el Poder Judicial (artículo octavo), y

<sup>1845</sup> STC Rol N° 634-2006.

- c) Por último, se establecen normas especiales para otros órganos constitucionales, como son el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral (artículo noveno).

En este caso, solo haremos una breve revisión del régimen general aplicable a la Administración del Estado.

### 5.3. El Consejo para la Transparencia

Uno de los ejes centrales de esta nueva institucionalidad ha sido la creación del Consejo para la Transparencia, que es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Su objeto es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. En tal sentido, se le reconocen como principales atribuciones:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.
- b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley, y
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

La dirección y administración superiores del Consejo corresponden a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

### 5.4. La transparencia activa

El cambio capital de esta nueva regulación fue el deber de *transparencia activa* que se impuso a los órganos públicos, es decir, que determinada información debe estar siempre a disposición del público, la que deberá incorporarse en los sitios electrónicos en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Esta información es la siguiente:

- a) Su estructura orgánica.
- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- c) El marco normativo que les sea aplicable.
- d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.
- f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que estas o aquellas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.
- g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
- h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.
- i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución.
- j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.
- k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año.
- l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.
- m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

En este caso, corresponde al Consejo fiscalizar el cumplimiento de esta obligación y de aplicar sanciones en caso de incumplimiento, mediante multas que pueden ir de un 20% a 50% de las remuneraciones del infractor (artículo 47).

### 5.5. El amparo del derecho de acceso a la información (transparencia pasiva)

Se reconoce a toda persona el derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley. Este derecho reconoce los siguientes principios:

- a) *Principio de la relevancia*, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.
- b) *Principio de la libertad de información*, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.
- c) *Principio de apertura o transparencia*, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.
- d) *Principio de máxima divulgación*, de acuerdo al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.
- e) *Principio de la divisibilidad*, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.
- f) *Principio de facilitación*, conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.
- g) *Principio de la no discriminación*, de acuerdo al cual los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.
- h) *Principio de la oportunidad*, conforme al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.

- i) *Principio del control*, de acuerdo al cual el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.
- j) *Principio de la responsabilidad*, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley.
- k) *Principio de gratuidad*, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley.

En cuanto al procedimiento, se distingue una etapa administrativa y otra jurisdiccional:

- a) En el *ámbito administrativo*, la solicitud debe ser formal (artículo 12). La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, ya sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles. Ahora bien, cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, que haya sido requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contados desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo. Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.
- b) *Amparo del derecho de acceso a la información*. No habiéndose entregado la información dentro de plazo y habiéndose denegado, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información dentro del plazo de 15 días. El Consejo

notificará la reclamación al órgano de la Administración del Estado correspondiente y al tercero involucrado, si lo hubiere, mediante carta certificada. La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos u observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieren. Por su parte, el Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba. El Consejo debe emitir una resolución, declarando que la información es secreta o reservada u otorgando el derecho de acceso a la información.

- c) *Impugnación judicial.* En contra de la resolución del Consejo procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación de la resolución reclamada. Sin embargo, los órganos de la Administración del Estado no tendrán este derecho si hubieren denegado el acceso a la información requerida, fundados en la causal contemplada en el artículo 21 número 1º de esta ley (artículo 28 inciso 2º). Con todo, si bien en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones no procede recurso alguno, en la práctica se ha hecho habitual la interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema, conforme al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

## VIII. EL CONTROL JURISDICCIONAL

### § 1. El principio de tutela judicial

La vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control, a través de los cuales se pueda asegurar eficazmente el respeto de los derechos de las personas y el sometimiento de los órganos públicos al ordenamiento normativo. En los sistemas jurídicos occidentales, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, esto es, el ejercido por los órganos integrantes del Poder Judicial.

Nuestro texto constitucional consagra este principio en dos preceptos capitales:

- De una parte, en su vertiente objetiva, el principio se consagra en el artículo 76, al disponer que “...la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”;

- De otra, la vertiente subjetiva de este sometimiento al control judicial viene establecida en el artículo 19 N° 3, que lo concibe como un derecho fundamental, al disponer que se asegura a todas las personas: “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*”.

En el caso de la Administración, el sometimiento al control de legalidad es, sin embargo, bastante diverso del que tiene lugar sobre las actividades de las personas privadas: de una parte, en virtud del principio de legalidad, el poder de control que corresponde a los jueces y tribunales sobre la acción administrativa es más amplia e intensa de la que cabe sobre las actividades privadas.

De otra, en cambio, la Administración ostenta frente a los órganos del poder judicial un amplio abanico de privilegios y excepciones, consecuencia de su condición de poder público, y que los particulares no poseen sino de forma rigurosamente excepcional, que ya hemos tenido ocasión de analizar, especialmente lo que se ha denominado con la “*autotutela administrativa*”.

## § 2. La sumisión de la Administración al control jurisdiccional: perspectiva objetiva y subjetiva

El pleno sometimiento de la Administración a Derecho supone una regla bastante simple: si toda actuación de los órganos administrativos debe estar juridificada, necesariamente todas estas actuaciones pueden ser judicializadas, cualquiera sea su naturaleza (actos positivos o negativos; normas, actos formales o materiales) y a instancias de toda persona que pretenda obtener la tutela de sus derechos e intereses.

Desde la perspectiva constitucional, el sistema de control judicial tiene características bien delineadas en Chile y se puede analizar en una doble perspectiva: la forma en que se configura el poder jurisdiccional con carácter general y en relación con el control de la Administración (*ámbito objetivo*); y la posición que tienen las personas para obtener una tutela judicial efectiva en relación con sus derechos e intereses (*ámbito subjetivo*).

Desde una *perspectiva objetiva*, el contenido de la potestad jurisdiccional de enjuiciamiento de los actos de la Administración puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) En primer lugar, se trata de una potestad jurisdiccional, esto es, atribuida a los órganos que integran el Poder Judicial conforme al Capítulo VI de

la Constitución, aunque sin establecer los elementos, características o estructura de los tribunales a los que la ley le debe entregar este poder para cada caso: estos podrán ser los ordinarios, como ocurre actualmente, o bien tribunales especiales (*v. gr.* contencioso administrativo) en el caso que sean creados en el futuro, o establecer un sistema en que se combinen ambos elementos (artículo 76 inciso primero de la Constitución).

- b) En segundo lugar, se trata de una potestad y, al mismo tiempo, de un deber, pues no es posible que los jueces se puedan excusar de resolver, aun a falta de ley, que se pronuncie sobre la materia (principio de inexcusabilidad, artículo 76 inciso segundo de la Constitución). De esta forma, en la medida que se ejerza una pretensión por una persona legitimada y respecto de negocios que son de su competencia, el tribunal está obligado a emitir un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de aquella.
- c) Y, en tercer lugar, se trata de un poder pleno, que comprende todas las formas de actuación de la Administración, incluyendo sus normas (reglamentos y circulares), como de actos administrativos concretos. Por tal razón, es contrario a la Constitución que una norma legal o reglamentaria prohíba la impugnación de un acto de la Administración o excluya su control jurisdiccional, lo que es conocido en la doctrina comparada como "cláusula general de control".

Por su parte, desde una *perspectiva subjetiva*, el control jurisdiccional considera la posición que tienen los particulares ante los tribunales, al haber sido constitucionalizado como uno de los derechos de las personas. De esta forma, su contenido es el siguiente:

- a) En primer lugar, el derecho a la acción o al proceso, que se traduce en el control pleno de los actos de la Administración y en la obtención de un pronunciamiento por parte de un órgano independiente e imparcial, como son los Tribunales de Justicia.
- b) En segundo lugar, el derecho al debido proceso, lo que se traduce en un conjunto de garantías, tal como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional. "*El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen*

*y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores*".<sup>1846</sup>

- c) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se debe garantizar la igualdad de las partes en el proceso, también conocido como "igualdad de armas": *"El principio de igualdad de las partes en el proceso pretende asegurar la existencia de un procedimiento que garantice la paridad de oportunidades para que los contendientes en un litigio puedan influir para la obtención de una decisión favorable a sus respectivas pretensiones. En un procedimiento contencioso donde existe una disputa jurídica a ser resuelta a favor de uno de los dos adversarios, estos deben tener a su disposición oportunidades procesales equivalentes, es decir, debe existir 'igualdad de armas' en la 'lucha jurídica'. De no observarse por el legislador el principio referido, la contienda sería desigual y, al final, injusta"* (STC 2856 c. 6). En el mismo sentido ha indicado que: *"El principio de igualdad de armas se encuentra comprendido en diversas disposiciones constitucionales. En primer lugar y principal lugar, la exigencia que la ley que establezca un procedimiento judicial trate a las partes contendientes de manera paritaria, equilibrada o equitativa se desprende del derecho constitucional a 'la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos', del artículo 19, numeral 3 de la CPR: En segundo lugar, la exigencia que el legislador garantice la igualdad procesal de las partes deriva, también, del principio general de no discriminación arbitraria por parte de la ley o autoridad alguna, del artículo 19 numeral 2, inciso segundo. En tercer lugar, el principio se consagra en el inciso sexto, del numeral 3 del artículo 19, que consagra la obligación del legislador de garantizar siempre un procedimiento racional y justo, esto es, el debido proceso legal"*.<sup>1847</sup>

### § 3. Los privilegios jurisdiccionales de la Administración

Como hemos tenido ocasión de analizar al estudiar la cláusula del Estado de Derecho, nuestro ordenamiento le entrega a la Administración un conjunto de privilegios frente a los órganos jurisdiccionales, como sucede con la denominada "*autotutela administrativa*", que es la posición que tiene la Administración frente al ordenamiento jurídico y a los Tribunales de Justicia, para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de terceros, aun en contra de su voluntad y, en su caso, para ejecutar materialmente sus propias

<sup>1846</sup> STC Rol N° 478, considerando 14°.

<sup>1847</sup> STC Rol N° 2.856, considerando 11°.

decisiones. Así, la Administración no requiere de la intervención judicial para declarar el derecho aplicable y, como consecuencia de aquello, alterar las situaciones jurídicas o materiales de terceros (tutela declarativa). A su vez, también puede disponer de forma directa la ejecución de sus propias decisiones, incluso de forma coactiva (tutela ejecutiva).

Ya hemos visto que este principio ha sido objeto de serios cuestionamientos en Chile.<sup>1848</sup> Se debe reconocer que la denominación utilizada (autotutela administrativa) tiene la virtud de explicar de forma gráfica las formas de actuación de las entidades administrativa en ejercicio del poder público. No obstante, lleva al equívoco de entender que estos órganos ejercen justicia por su propia mano, es decir, una actividad de naturaleza jurisdiccional que está entregada a los tribunales de justicia. Este es quizás el principal reparo a la denominación utilizada para describir este fenómeno y, a la vez, el principal argumento para cuestionar su constitucionalidad. Sin embargo, su fundamento constitucional se encuentra frente a la necesidad de enfrentar los requerimientos de una sociedad más compleja y sofisticada, lo que ha demandado una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función a través de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional.

En definitiva, cuando los órganos administrativos ejercen sus potestades públicas, gozan de determinados privilegios que les permiten crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas sin intervención de otros órganos y, a su vez, ejecutar materialmente sus propias decisiones, mediante actos que se presumen legales, sin que bajo ningún respecto constituyan actuaciones jurisdiccionales. A su vez, son los tribunales los que tendrán la última palabra para declarar, con fuerza de cosa juzgada, si dichas actuaciones son o no válidas.

Junto a la autotutela administrativa se deben reconocer otros privilegios que tiene la Administración frente al Poder Judicial y que, de forma mediata, también se proyectan respecto de los particulares. Su existencia no siempre está del todo justificada y responde en muchos casos a situaciones particulares que, lamentablemente, colocan a los ciudadanos en una situación de desigualdad, como es el régimen privilegiado en la ejecución de las sentencias,<sup>1849</sup> la inembargabilidad de sus bienes,<sup>1850</sup> la alteración de las

<sup>1848</sup> SOTO KLOSS, (2012), pp. 468-476.

<sup>1849</sup> Artículo 752 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>1850</sup> Artículos 752 del Código de Procedimiento Civil, 70 de la LOGAR y 32 de la LOCM.

reglas de competencia y el procedimiento,<sup>1851</sup> el trámite de la consulta,<sup>1852</sup> entre otras.

#### § 4. La configuración de los procesos contenciosos administrativos en Chile

La ausencia de una jurisdicción administrativa ha incidido en la precaria construcción del Derecho administrativo en Chile durante largas décadas, hasta que no se perfila con toda nitidez el reconocimiento del control judicial pleno respecto de los actos de la Administración y el diseño de un conjunto de acciones administrativas destinadas a velar por la legalidad de su actuar, la responsabilidad patrimonial y el respeto de los derechos de las personas frente al ejercicio abusivo del poder público.

Ahora bien, cuando se habla de procesos contenciosos administrativos, se alude a aquellas instancias de revisión judicial del actuar de la Administración, considerando la particular posición y atribuciones que se le reconocen. En efecto, la singularidad de este tipo de control es que se hace un escrutinio de las actuaciones de los órganos administrativos en el cumplimiento de las funciones que establece la ley, y está orientado a determinar la validez de las mismas, las eventuales responsabilidades a que pudiera dar lugar o fijar el marco regulatorio que rige su actuar.

No cabe duda que uno de los principales problemas que se han planteado estos procesos es la posible subversión de principios clásicos del constitucionalismo, como es la separación de poderes del Estado y el equilibrio institucional que se busca resguardar con el respeto de las competencias que asigna la ley. Por ello no es de extrañar que en su origen se haya tenido el cuidado de no entregar dichas facultades a los tribunales del fuero común, como ocurrió en Francia con la creación del Consejo de Estado.<sup>1853</sup> No obstante, la tensión institucional entre el Poder Judicial y el Gobierno no se ha podido evitar y se ha llegado a hablar del *gouvernement des juges*.<sup>1854</sup> Por tal razón, se han ido buscado algunos criterios que permitan establecer ciertas reglas de equilibrio y deferencia por parte del juez en relación con la extensión e intensidad del control judicial.<sup>1855</sup>

<sup>1851</sup> Artículos 748 del Código de Procedimiento Civil y 48 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>1852</sup> Artículo 751 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>1853</sup> Sobre la evolución de la justicia administrativa: ALDUNATE (2005), pp. 1-18, CASSAGNE (2005), pp. 19-55. En el caso Francia, BIGOT (2002).

<sup>1854</sup> Expresión acuñada por LAMBERT (1921).

<sup>1855</sup> En el Derecho comparado habitualmente se cita el caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.* (1984), por el cual la Suprema Corte de los Estados

En Chile, la formación de un contencioso administrativo ha sido un problema de larga data<sup>1856</sup> y, ante la ausencia de regulación legal, se ha tenido que ir conformando a partir de las normas generales, tanto sustantivas como procesales, a lo que se agregan los aportes de la jurisprudencia y la doctrina. Así, siguiendo el modelo francés,<sup>1857</sup> se han distinguido cuatro tipos de acciones contencioso administrativas:<sup>1858</sup>

- a) La *acción de nulidad* –o acción por exceso de poder–, que tiene por finalidad determinar la validez de un acto administrativo formal a la luz del bloque de legalidad, pudiendo el juez anular el acto con efectos *erga omnes*, privándolo de toda vigencia;<sup>1859</sup>
- b) La *acción de plena jurisdicción*, que comprende todo tipo de acción de contenido patrimonial o que conlleve el restablecimiento de un derecho, como sucede con las demandas de responsabilidad patrimonial, incumplimientos de contratos, restitución de bienes en poder de la Administración sin título, etc. y, consecuentemente, la sentencia produce efectos relativos;
- c) La *acción de interpretación*, que ha sido reconocida por la jurisprudencia a través de la acción de mera certeza, sin perjuicio de las facultades

---

Unidos estableció que, ante el silencio u oscuridad de un texto legal, los Tribunales deben mostrar deferencia ante la interpretación que de los mismos hacen las agencias administrativas, siempre y cuando tal interpretación sea razonable. PÉREZ (2011), pp. 325-348 y VERMEULE (2016). Una visión crítica en LIN (2017).

<sup>1856</sup> PANTOJA (2001).

<sup>1857</sup> La distinción es de LAFERRIÈRE (1896), p. 15. En Chile: PIERRY (2017), pp. 355-357 y FERRADA (2016), pp. 321-342.

<sup>1858</sup> Durante buena parte del siglo XX se planteó en Chile el problema respecto de la existencia de una acción contenciosa administrativa general de nulidad. Ante la falta de una regulación especial y los reparos por la intromisión del Poder Judicial en los asuntos entregados a otros poderes del Estado, llevaron a sostener que, por regla general, los tribunales del fuero común eran incompetentes para conocer de esta acción –*Parra con Municipalidad de Temuco* (1989)–. El cambio se produjo con la reforma constitucional introducida por la Ley N° 18.825, de 1989, que eliminó toda referencia a los tribunales contenciosos administrativos, con lo cual no había justificación ni argumento para sostener la incompetencia de los tribunales ordinarios en esta materia. El siguiente paso fue la propuesta de la doctrina para sostener la existencia de una acción general de nulidad de los actos estatales a partir del artículo 7° de la Constitución, que rápidamente fue acogida por la jurisprudencia bajo la denominación de nulidad de derecho público, cuya competencia y procedimiento quedan sujetos a las reglas generales: juez de letras del domicilio del demandado y juicio ordinario de mayor cuantía, al efecto véase a SOTO KLOSS (1990). Respecto de su recepción por la jurisprudencia: PFEFFER (2005), pp. 129-144.

<sup>1859</sup> ARÓSTICA (2008), pp. 85-103, y FERRADA (2011), pp. 252-277.

generales de interpretación que corresponden a la Contraloría General de la República;<sup>1860</sup>

- d) La acción de represión, que opera en aquellos sistemas en los cuales la Administración no tiene poderes sancionadores directos y se requiere a los tribunales para que repriman una infracción administrativa, como sucede en materia de tránsito o en la infracción de ordenanzas municipales.

## § 5. El contencioso de nulidad en Chile

### 5.1. Aspectos generales

Como se ha anticipado, la acción de nulidad está destinada a determinar si un acto formal de la Administración se encuentra o no conforme a derecho y, como consecuencia de dicho examen, concluir si aquel mantiene su validez o es ilegal/contrario a derecho, debiendo ser anulado con efectos *erga omnes*. Como bien se podrá apreciar, en estos casos el juez administrativo debe emitir un juicio respecto de la validez de un acto que emana de otro poder público y que el demandante estima ilegal. A su vez, atendida su pretensión, los poderes del juez están limitados a emitir un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio en tal sentido, actuando —en palabras de LAFERRIÈRE— como un auténtico tribunal de casación de la decisión administrativa.<sup>1861</sup>

Lo anterior nos permite comprender el sentido y función que cumple esta acción en el sistema de jurisdicción contencioso administrativa. Tal como se ha dicho, el objeto del proceso judicial y las competencias del juez se limitan única y exclusivamente a determinar la legalidad de un acto formal de la

<sup>1860</sup> Las cuestiones de mera certeza han sido resueltas en buena parte por la Contraloría General de la República, en virtud de su potestad dictaminadora regulada en los artículos 6º y 9º de la LOCGR. Sin embargo, frente a los alcances de sus pronunciamientos, se han presentado sendas demandas de mera certeza ante la jurisdicción ordinaria, especialmente por parte de Empresas públicas y algunos servicios que cuestionan la función fiscalizadora de dicha entidad. En el año 1993 fue Televisión Nacional de Chile quien interpuso la primera demanda, que fue acogida favorablemente, luego seguida por la Empresa de Ferrocarriles de Chile en 1999, CODELCO, Banco del Estado de Chile y nuevamente Televisión Nacional de Chile en el año 2000, sin mayor éxito. El caso más reciente es el de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que, si bien tuvo un buen resultado en primera instancia, su demanda fue definitivamente desechada por la Corte Suprema en el año 2015. Sin embargo, en el año 2017 la disputa se trasladó entre el Poder Judicial y la Contraloría, que dio lugar a una contienda de competencia que fue resuelta por el Tribunal Constitucional a favor de este último organismo (Rol N° 3.283-2016), aunque todavía queda pendiente otra contienda que debe resolver el Senado de la República.

<sup>1861</sup> LAFERRIÈRE (1896), pp. 17-18.

Administración frente al bloque de legalidad. Según la conocida expresión de LAFERRIÈRE, la apelación por exceso de poder "*est un procès fait à un acte*", esto es, "un proceso en contra del acto" o un "proceso al acto".<sup>1862</sup> Así, el demandante solicita la anulación de un acto por ser contrario a derecho, mientras que el juez debe evaluar dicha pretensión: si el acto impugnado es efectivamente ilegal, lo anulará. Es por tal razón que la doctrina califica de objetiva a esta acción, para distinguirla de la plena jurisdicción, centrada en el restablecimiento de derechos.<sup>1863</sup>

Lo anterior también determina la legitimación activa. La pretensión que se plantea a través del ejercicio de esta acción tiene un marcado carácter objetivo, ya que se traduce en la declaración de ilegalidad del acto administrativo fundado en la vulneración del derecho objetivo, sin que se exija la alegación de ningún derecho subjetivo lesionado. Sin embargo, con el fin de evitar un ejercicio indiscriminado de esta acción y de garantizar un cierto nivel de seriedad en su presentación, se ha exigido como fundamento de legitimidad un interés que no se base simplemente en el respecto de la legalidad objetiva, sino en un interés cualificado en dicha anulación.

## 5.2. Acción general de nulidad: Nulidad de Derecho público

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido una acción general de nulidad de los actos estatales. Su fundamento está en el artículo 7º de la Constitución y ha sido acogida ampliamente desde la década de los '90 del pasado, siglo bajo la denominación de nulidad de derecho público.<sup>1864</sup>

Conforme a nuestra actual jurisprudencia, la acción de nulidad de derecho público ha asumido el carácter de una acción contenciosa administrativa general, tanto por el carácter subsidiario que se le ha atribuido, como por las causales que determinan su procedencia, como lo veremos al analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema.

<sup>1862</sup> LAFERRIÈRE (1896), p. 560.

<sup>1863</sup> No obstante ello, cierta doctrina sostiene el carácter subjetivo de la acción de nulidad, concibiéndola como una acción de amparo de derechos. Así, por ejemplo, Gustavo FIAMMA señala, respecto de la nulidad de Derecho Público, que la dictación de un acto administrativo que vulnere los requisitos de validez establecidos en la Constitución no solo constituye una vulneración a la legalidad objetiva, sino que también al derecho público subjetivo de vivir bajo el imperio de la ley, en FIAMMA (1990), p. 10. Sin embargo, al respecto cabe tener presente la distinción entre la acción de nulidad, por una parte, y los efectos del acto declarado nulo, por la otra. BOCKSANG (2009), pp. 893 y ss.

<sup>1864</sup> Esto a partir de los trabajos originales de SOTO KLOSS (1990) y (1991-1992). Respecto de su recepción por la jurisprudencia, PFEFFER (2005) pp. 129-144.

Además, también se ha dejado establecido claramente que la acción de nulidad de derecho público no es de carácter popular. Por tal razón, quien la alega respecto de un determinado acto de la Administración debe acreditar su legitimidad. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que la legitimación surge de la lesión de un derecho, término que puede interpretarse en un sentido amplio, como comprensivo de una situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico y no solo de un derecho subjetivo.<sup>1865</sup> A su vez, también ha señalado que no solo el titular de un derecho subjetivo lesionado puede ejercer la acción de nulidad, sino también quien tenga un interés legítimo, personal y directo, por encontrarse frente al acto que infringe el principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante.<sup>1866</sup>

### 5.3. La Nulidad de Derecho público ante la jurisprudencia

La jurisprudencia ha establecido una serie de reglas y/o características de la acción de nulidad de derecho público, que son las siguientes:

#### a) Concepto

*“En efecto, la referida acción de nulidad de derecho público ha sido conceptuada como la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunos de los requisitos que el ordenamiento establece para su existencia y validez. Este enunciado evidencia con nitidez el rol que dentro de nuestro ordenamiento corresponde a esta institución jurídica destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo al cual los órganos del Estado deben someterse, en el desarrollo de sus actividades, a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella”.*<sup>1867</sup>

La nulidad de derecho público ha sido concebida dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo instrumental adscrito al principio de juridicidad en que se deben inspirar las actuaciones de los órganos del Estado, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y 2º de la LBGAE, cuya consecuencia se traduce en

<sup>1865</sup> SCS Rol N° 5.553-07, de 22 de junio de 2009.

<sup>1866</sup> SCS Rol N° 1.428-07, de 16 de octubre de 2008.

<sup>1867</sup> SCS Rol N° 32.831-2014, de 2 de mayo de 2015.

la ineficacia de lo obrado en contravención a ese criterio orientador de la actividad estatal.<sup>1868</sup>

### b) Características

#### i. La NDP no opera de pleno derecho y requiere declaración judicial

Si bien la doctrina y jurisprudencia inicial sostuvo que la NDP opera *ipso iure*, este criterio no ha sido seguido por el legislador, quien ha sostenido que los actos administrativos se presumen legales y que gozan de inmediata ejecutoriedad, aun cuando sean impugnados por la vía judicial o administrativa (artículos 3º y 57 de la LBPA).

Por lo tanto, la regla general en Chile es que los actos administrativos sean anulables y no nulos, es decir, a pesar de que adolezcan de algún vicio se presumen legales y se requiere de un pronunciamiento de la autoridad administrativa (invalidación) o judicial (NDP) que declaren la ilegalidad del acto. Además, quien alega la ilegalidad de un acto administrativo tiene la carga de probarla.

Esto tiene especial importancia en el caso analizado, en razón de que el acto administrativo se presume legal y que mientras no se declare su eventual nulidad se encuentra plenamente vigente y válido.

#### ii. La NDP se rige por el principio de conservación

En principio no todo vicio o ilegalidad conlleva la nulidad de los actos administrativos, ya que es posible conservar su vigencia en razón del interés público y por razones de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia en la acción administrativa, para lo cual se faculta a los órganos administrativos para subsanar y convalidar sus actos.

En efecto, de acuerdo a nuestra legislación (LBPA), la Administración puede subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros (artículo 13 inciso final). En tal sentido, la autoridad correspondiente ordenará que se corrijan por la Administración o por el interesado, en su caso, los vicios que advierta en el procedimiento, fijando plazos para tal efecto (artículo 56), pudiendo aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo (artículo 62).

<sup>1868</sup> SCS Rol N° 10.849-2016, de 12 de agosto de 2014, considerando 6º, "Emcoser S.A. con Ojeda Vildoso Ruperto, Sociedad Agrícola Los Molinos Ltda. y Dirección de Obras Municipales de Arica".

En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “...uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados”.<sup>1869</sup>

iii. *No todo vicio o ilegalidad tiene como sanción la NDP*

Estrechamente vinculado con el principio de conservación, se establece como regla que no todo vicio conlleva la nulidad de los actos administrativos y que, por tanto, se exige que estos sean de cierta importancia o gravedad. Así, el vicio de procedimiento o de forma solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún *requisito esencial* del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y *genera perjuicio al interesado* (artículo 13 inciso 2º de la LBPA).

Por lo tanto, la NDP se somete al *principio de trascendencia* respecto de los vicios que afectan la validez de un acto administrativo. De esta forma, para que una ilegalidad conlleve nulidad se requiere que estemos ante un requisito esencial y que aquel genere un perjuicio al interesado. En caso contrario, el vicio carece de trascendencia y no tiene como sanción la nulidad, sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa de los funcionarios a cargo. En este caso, estamos ante lo que algunos denominan “ilegalidad tolerada”.

En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado que “...la nulidad del derecho público, constituye una sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunos de los requisitos que el ordenamiento establece para su existencia y validez. Dicho instituto se rige por principios como el de la trascendencia y de la conservación, conforme a los cuales el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado (artículo 9 Ley 19.880). En efecto, dada la trascendencia de la acción administrativa, la nulidad toma el carácter de un remedio excepcional frente a la ilegalidad, operando sólo si la falta es de real entidad”.<sup>1870</sup>

<sup>1869</sup> SsCS Roles N° 5815-2011, de 26 de marzo de 2013; N° 11.216-2011, de 10 de enero de 2013, y N° 274-2010, de 20 de enero de 2013.

<sup>1870</sup> SCS Rol N° 1.082-2010, de 24 de septiembre de 2010.

iv. *La acción de NDP es imprescriptible, salvo que contenga una pretensión de contenido patrimonial*

Si bien la acción de NDP es imprescriptible, las consecuencias patrimoniales que derivan de la misma prescriben conforme a las reglas generales (Corte Suprema, "Acdo con Fisco", 2001). A su vez, cuando se solicita la nulidad de un acto administrativo con el objeto de obtener el reconocimiento de un derecho, se entiende que es una acción de derechos y, por tanto, prescribe conforme a las reglas generales ("Eyzaguirre Cid con Fisco", 2007).

v. *La declaración de NDP y los derechos adquiridos por terceros que están de buena fe, sobre la base del principio de confianza legítima*

Durante largo tiempo, la jurisprudencia administrativa y judicial habían reconocido que los efectos de la declaración de invalidez y/o nulidad de un acto administrativo no afectaba los derechos que terceros han adquirido de buena fe, sobre la base del principio de confianza legítima. Además, la buena fe se presume, de manera que corresponde probar la mala fe a quien la alega.

En tal sentido, la Corte Suprema había señalado que "... para los efectos de analizar la procedencia de la acción de nulidad de derecho público, en el caso de autos, en que se han invocado, como vicios de nulidad, diversas irregularidades de forma y de procedimiento, se debe tener presente que este tipo de actos solo puede tener una virtud invalidante limitada, a la luz del principio de conservación del acto administrativo. En efecto, se entiende que sólo puede invalidarse y anularse los efectos graves de ella, básicamente la retroactividad, y existe una cierta relación de proporcionalidad entre el vicio, el derecho o interés afectado por el mismo y la sanción, particularmente el efecto que produce respecto retroactividad. Subsisten a este principio de conservación como claros principios generales del derecho, como la preservación de la apariencia jurídica, la confianza legítima que ella genera. Así como de la buena fe de quienes, de buena fe y de derechos adquiridos, se la respetan judicialmente".<sup>10</sup>

En el mismo sentido, la Contraloría General de la República había sostenido que "... la naturaleza administrativa emanada de esta Facultad de la Ley de Municipalidades determina que debe tenerse presente que la declaración de nulidad sólo afecta aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la finalidad esencial de tal relación jurídica es cumplir, de una modo y forma permanente e ininterrumpida, el mandato de que por parte municipal de orden y voluntad del acto administrativo se realice la ejecución de los deberes administrativos de sus municipios. Tal como se ha manifestado en el precedente No 21.992, de 1997".<sup>11</sup>

17799, de 1990; 24087, de 1991; 15194, de 1995; 44492, de 2000; y 7742, de 2000".<sup>1872</sup>

No obstante, de forma paulatina han ido desapareciendo dichas consideraciones de la jurisprudencia administrativa a partir de 2016, especialmente en materia urbanística, donde Contraloría ya no hace aplicación de la presunción de buena fe ni de la confianza legítima. A su vez, la Corte Suprema ha sostenido en el 2017 que "... un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante".<sup>1873</sup>

Esta situación genera una natural preocupación, pues diversas normas administrativas reconocen la aplicación del principio de buena fe y la protección de la confianza legítima,<sup>1874</sup> y no parece razonable que los errores en que incurra la Administración dejen en total desprotección a las personas que han obrado bajo la convicción de que el actuar de la autoridad ha sido legítimo.

#### vi. El carácter subsidiario de la acción de NDP

Por último, uno de los problemas más complejos que ha planteado la acción de NDP es el relativo a cómo se coordina dicha acción con los diversos contenidos administrativos especiales que establece nuestro ordenamiento, que también tienen por finalidad declarar la nulidad de un acto administrativo, como sucede con el reclamo de ilegalidad municipal.<sup>1875</sup> El criterio establecido por la Corte Suprema es la improcedencia de la acción de NDP cuando existe un contencioso especial, aplicando la regla de la especialidad.<sup>1876</sup>

<sup>1872</sup> Dicamen No 24.337-2002.

<sup>1873</sup> SCS Rol No 15.561-2017, de 27 de diciembre de 2017.

<sup>1874</sup> Así sucede en el Derecho administrativo general con la figura del funcionario de hecho (artículo 63 de la LBGAE y 16 del Estatuto Administrativo) y en sectores específicos, como ocurre en materia tributaria (artículos 8 bis No 19 y 26 del Código Tributario).

<sup>1875</sup> Artículo 151 de la LOCM.

<sup>1876</sup> Este criterio fue senado por primera vez en las SCS Rol No 5.376-2009, de 12 de septiembre de 2011, "*Comunidad Martínez Sandoval con Fisco*"; Rol No 7.750-2011, de 7 de noviembre de 2011, "*Díaz Guajardo con Fisco*"; Rol No 7.750-2011, de 7 de noviembre de 2011, "*Díaz Guajardo con Fisco*"; posteriormente seguidas en SCS Rol No 8.247-2009, de 20 de enero de 2012, "*Vásquez Ercina con Municipalidad de La Reina y Simonetti Inmobiliaria S.A.*". En este último caso se sostuvo que "... la nulidad de derecho público es una sanción general y que su procedimiento es el ordinario, el que como es sabido tiene las características de ser general y supletorio respecto de aquellos casos en que no existe un procedimiento especial de impugnación", por lo tanto "... el demandante sólo a través del medio regulado pudo ejercer la acción para pedir la ilegalidad del acto y el actor posee las acciones que contempla el ordenamiento jurídico para hacer efectivos los derechos subjetivos—en el concepto amplio que se ha dado—frente a la Administración del Estado". La conclusión a la cual se llega en este caso es categórica: "... la demanda debió ser desestimada porque no era posible entablar una acción de nulidad de derecho público en contra de una resolución emanada de un funcionario municipal con la finalidad única de dejar sin efecto dicho acto, cuando la ley especialmente contempla el reclamo de ilegalidad en el artículo 141 (sic) de la Ley No 18.695". En SCS Rol No 8.742-2014, de 3 de julio de 2014, "*Inmobiliaria Las Delicias S.A. con*

En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado que “... *La denominada acción de nulidad de derecho público*” por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia, es entonces, toda acción contencioso-administrativa encaminada a obtener, por parte de un tribunal de la República, la anulación de un acto administrativo. Esta acción contencioso administrativa, o acciones contencioso administrativas, pueden encontrarse establecidas por el legislador para situaciones concretas y en materias determinadas, como es el caso de los casi doscientos procedimientos de reclamo contra la aplicación de sanciones administrativas; así como lo es también el contemplado en el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, denominado reclamo de ilegalidad municipal, a que se refiere el presente capítulo del recurso, que establece un procedimiento de reclamo contra las actuaciones administrativas emanadas del órgano municipal. Cuando existe una acción contenciosa administrativa “de nulidad de derecho público” contemplada en la ley, se aplica esta y con el procedimiento allí establecido, y no otra. Sin embargo, si la ley no contempla ningún procedimiento o acción especial para impugnar el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento del juicio ordinario (Como se ha dicho, v. gr., en los autos de esta Corte Roles N° 3.412-2015, N° 23.587-2015, N° 17.405-2016 y N° 35.585-2016).<sup>1877</sup>

### c) *Las causales de nulidad de un acto administrativo*

Respecto de las *causales de NDP*, nuestra jurisprudencia es claramente tributaria de la doctrina y jurisprudencia extranjera. Así, la Corte Suprema ha sostenido que son causales de nulidad de los actos administrativos la ausencia de *investidura regular* del órgano respectivo, la *incompetencia* de este, la *inexistencia de motivo legal o motivo invocado*, la existencia de *vicios de forma y procedimiento* en la generación del acto, la *violación de la ley de fondo* atinente a la materia y la *desviación de poder*.<sup>1878</sup> Por su parte, la Contraloría ha dado

---

*Báez Subiabre*” la Corte Suprema viene a reafirmar dicho criterio al sostener que “...*la acción de nulidad de derecho público debe ser entendida e interpretada armónicamente dentro del ordenamiento jurídico, de modo que su aplicación ha de ser reconocida no sólo en virtud de la Carta Fundamental, sino también a la luz de los diversos medios que la legislación otorga a quien se vea agraviado por un acto de la Administración que ha nacido al margen del derecho. Por ello, al existir vías específicas de reclamación contra el acto impugnado, deben prevalecer dichos procedimientos antes que el ejercicio de la acción genérica de nulidad de derecho público*” (Considerando 7°). De esta manera, “...*la acción de nulidad por la ilegalidad del acto debía ejercerse de acuerdo al procedimiento que la ley contempló para este tipo de situaciones y no interponerse una acción genérica de impugnación como la intentada*” (Considerando 8°).

<sup>1877</sup> SCS Rol N° 34.277-2017, de 7 de marzo de 2018, “*Andalién con Municipalidad de Arica*” (considerando 10°).

<sup>1878</sup> SCS Rol N° 2.217-2009, de 9 de agosto de 2011, considerando 10°. También en SCS Rol N° 3.744-2010, de 20 de enero de 2011. Con anterioridad había dado cuenta de algunas causales similares, como ocurrió en la SCS de 24 de marzo de 1998 “*Bellolio con*

cuenta de los vicios del acto administrativo a partir de sus elementos. Así, ha sostenido que los elementos del acto administrativo son subjetivos (órgano administrativo, investidura y competencia), objetivos (motivos, objetivo y fin) y formales (procedimiento y forma del acto).<sup>1879</sup> En este caso las causales serían la *investidura irregular, incompetencia, inexistencia o ilegalidad en los motivos, desviación de poder, ilegalidad en el objeto y vicio de forma*.

#### d) *Los efectos del acto administrativo nulo*

La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, por lo que si compromete solo la esfera patrimonial particular de un individuo debe regirse por las normas comunes generales existentes al respecto, y estas son las contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales que regulan la materia.<sup>1880</sup>

#### e) *Algunos aspectos procesales*

##### i. *Procedimiento*

En lo que concierne al procedimiento, en ausencia de los tribunales de lo contencioso administrativo, corresponde conocer de tal acción a los tribunales civiles, en el procedimiento ordinario de mayor cuantía.<sup>1881</sup>

##### ii. *Legitimación activa*

En cuanto a la legitimación activa, en términos generales, la Corte Suprema ha sostenido que la legitimación surge de la lesión de un derecho, término

---

*Distribuidora Chilectra Metropolitana*", en donde se sostiene en su considerando 5º que "... la doctrina nacional ha elaborado la teoría de la nulidad de derecho público, que se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de ley y vicios de forma del acto administrativo" (RDJ, t. 45, 1998, 2ª parte, Sec. 1ª, p. 23 y ss). Posteriormente en la SCS Rol N° 938-2004, de 28 de octubre de 2004, "*Torres Concha con Fisco de Chile*", sostuvo que los vicios que en nuestro ordenamiento jurídico provocan la nulidad de derecho público de los actos emanados de los entes administrativos se producen por alguna de las circunstancias siguientes: "*ausencia de investidura regular del agente; incompetencia de éste, irregularidad en la forma de gestación del acto; desviación de poder en el ejercicio de la potestad*".

<sup>1879</sup> Véase, entre otros, Dictamen N° 45.191, de 2004.

<sup>1880</sup> SCS Rol N° 10.849-2016, de 12 de agosto de 2014, "*Emcoser S.A. con Ojeda Vildoso Ruperto, Sociedad Agrícola Los Molinos Ltda. y Dirección de Obras Municipales de Arica*".

<sup>1881</sup> SCS Rol N° 32.831-2014, de 12 de mayo de 2015.

que puede interpretarse en un sentido amplio, como comprensivo de una situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico y no solo de un derecho subjetivo.<sup>1882</sup> A su vez, también ha sostenido que no solo el titular de un derecho subjetivo lesionado puede ejercer la acción de nulidad, sino también quien tenga un interés legítimo, personal y directo, por encontrarse frente al acto que infringe el principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante.<sup>1883</sup>

### § 6. Contenciosos administrativos especiales

Nuestro ordenamiento también ha previsto acciones especiales para impugnar actos administrativos. Dado el objeto de estas acciones, esto es, la revisión de la legalidad del acto impugnado o del monto de la multa aplicada, no cabe duda de que estamos ante una acción de nulidad, en la medida que aquella tiene por finalidad constatar la ilegalidad del acto impugnado.

En general, la doctrina nacional comprende estas acciones dentro del concepto de “*contenciosos administrativos especiales*”.<sup>1884</sup> El origen de la denominación se encuentra en aquellas materias que, de forma excepcional, podían conocer los tribunales ordinarios de justicia, en los casos en que la ley expresamente lo establecía,<sup>1885</sup> pues la regla general era que dichos asuntos debían ser conocidos por los tribunales administrativos previstos por la Constitución de 1925 (artículo 87) y de 1980 (artículos 38 y 79). Sin embargo, como nunca fueron creados por el legislador, ello dio lugar a un importante vacío en nuestro sistema y llevó a la absurda interpretación de que, por regla general, los tribunales ordinarios no podían revisar la legalidad de los actos de la Administración.<sup>1886</sup> Una vez que se asienta en Chile el principio de la tutela judicial efectiva y el control judicial pleno, se reconoce la plena justiciabilidad de los asuntos administrativos, particularmente aquellos que dicen relación con la legalidad y validez de los actos formales de la Administración. En este caso, la acción que cumple este objetivo es la nulidad de derecho público, desarrollada por la doctrina y jurisprudencia nacional,<sup>1887</sup> y que ha asumido el carácter de una acción contenciosa administrativa general, tanto por el carácter subsidiario que se

<sup>1882</sup> SCS Rol N° 5.553-2007, de 22 de junio de 2009.

<sup>1883</sup> SCS Rol N° 1.428-2007, de 16 de octubre de 2008.

<sup>1884</sup> ARÓSTICA (2008), pp. 85-103.

<sup>1885</sup> Sobre los elementos de esta acción véase PIERRY (2017), pp. 341-345.

<sup>1886</sup> *Idem*. En el mismo sentido se puede consultar PANTOJA (2001), pp. 11-62.

<sup>1887</sup> Véase SOTO KLOSS (1990), (1991-1992) y (2000). Respecto de su recepción por la jurisprudencia se puede consultar el trabajo de PFEFFER (2005), pp. 129-144.

le ha atribuido la jurisprudencia, como por las causales que determinan su procedencia, como se ha visto en los apartados anteriores.

Por tanto, no existe discusión respecto de que los contenciosos administrativos especiales constituyen acciones de nulidad respecto de determinados actos de la Administración del Estado, como con las superintendencias, la autoridad tributaria y aduanera o la Comisión para el Mercado Financiero. En todo caso su regulación está lejos de ser uniforme, y así nos encontramos con diversos tribunales y procedimientos, como, por ejemplo:

- a) Tribunales especializados:
  - i) Tribunal de la Contratación pública, respecto de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios dictados dentro de un procedimiento de licitación pública;
  - ii) Tribunales Ambientales, respecto de determinados actos formales de los directores regionales del Servicio de Evaluación Ambiental, la Comisión de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente.
- b) Tribunales especiales:
  - i) Juzgados del Trabajo, respecto de las sanciones aplicadas por la Dirección del Trabajo;
  - ii) Tribunales Tributarios y Aduaneros, respecto de los actos dictados por el Servicio de Impuestos Internos y por el Servicio Nacional de Aduanas, y
  - iii) Jueces de Garantía, respecto de las medidas disciplinarias que se aplican a la población penitenciaria.
- c) Tribunales ordinarios:
  - i) Jueces de Letras en lo Civil, respecto de las sanciones aplicadas por las SEREMIs de Salud y el Instituto de Salud Pública;
  - ii) Cortes de Apelaciones, respecto de las sanciones que aplican las Superintendencias y la Comisión para el Mercado Financiero, así como los actos u omisiones ilegales de las municipalidades, y
  - iii) Corte Suprema, respecto de la medida de expulsión ordenada por decreto supremo.

En definitiva, los “*contenciosos administrativos especiales*” se caracterizan porque no cuentan con una regulación uniforme, ya sea en cuanto a los tribunales competentes –ya sea especiales u ordinarios– o a los procedimientos –legitimación activa, medidas cautelares, prueba, recursos–; teniendo, con todo, una identidad en cuanto a su objeto: pronunciarse sobre validez o legalidad de un acto formal de la Administración.

## § 7. Acciones cautelares: la situación del recurso de protección

El recurso de protección es considerado una acción de carácter cautelar que tiene por objeto resguardar determinados derechos constitucionales frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ya sea que constituyan una amenaza, perturbación o privación de los mismos. Por tal razón, se considera que este arbitrio constitucional constituye una medida de urgencia que debe ser adoptada en un procedimiento breve y sumario. A su vez, el tribunal está facultado para adoptar todas las medidas que considere necesarias a fin de restablecer el imperio del derecho.

En sentido estricto, la acción de protección no constituye una acción contencioso administrativa de nulidad.<sup>1888</sup> Existen varias razones para sostener aquello:

- a) En primer término, no basta con que nos encontremos ante un acto administrativo ilegal o arbitrario para que dicha acción sea estimada admisible, pues además se exige una amenaza, perturbación o privación de un derecho constitucional especialmente amparado con esta acción, los que están taxativamente enumerados en el artículo 20 de la Constitución (básicamente derechos de primera generación, como son los de libertad e igualdad). Además, el objeto de esta acción es la protección o amparo de derechos, y no resguardar la legalidad objetiva. Así, bien puede ocurrir que estemos frente a un acto manifiestamente ilegal, pero si aquél no produce a lo menos una amenaza de un derecho, la acción no será acogida. Por tal razón, se sostiene el carácter subjetivo de esta acción, en la medida que está centrada en el amparo de determinados derechos constitucionales;<sup>1889</sup>
- b) El recurrido o sujeto pasivo de la acción no será necesariamente un órgano administrativo, ya que se puede dirigir tanto en contra de autoridades, entidades públicas o particulares. Esto se debe a que el objeto de la acción es amparar ciertos derechos, independiente del sujeto que ocasione su amenaza, perturbación o privación, y
- c) Por último, en caso de acogerse esta acción, la medida adoptada no será necesariamente la declaración de ilegalidad o nulidad del acto impug-

<sup>1888</sup> Sobre la relación entre recurso de protección y acción de nulidad, véase PIERRY (1977), pp. 153-173, también en (2017), pp. 295-311, y SOTO KLOSS (1981).

<sup>1889</sup> Sin embargo, durante el último tiempo uno de los principales derechos alegados es la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), respecto de las cuales se han acogido numerosos recursos. El problema es que el fundamento en estos casos es la existencia de un acto ilegal, que produce una discriminación arbitraria o un trato desigual. Así, todo acto ilegal constituiría una amenaza, privación o perturbación de esta garantía, de manera que tiende a darle en estos casos un carácter más objetivo a la acción.

nado. Esto se debe a que las medidas de protección no se encuentran enumeradas por la Constitución, ya que deben ser ponderadas por la autoridad judicial, teniendo como elemento de juicio el hecho de que se trate de medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Dicho, en otros términos, la pretensión del recurrente se satisface mediante medidas de protección que puede adoptar el tribunal de alzada, las que no conllevan necesariamente la nulidad del acto administrativo, sin perjuicio que aquella sea una de las medidas de protección que se adopten en definitiva.

No obstante, tampoco se puede negar que, frente a la ausencia de un contencioso administrativo general, la acción de protección ha sido el principal mecanismo de impugnación de los actos administrativos. A su vez, en la medida que se reúnen los supuestos que la hacen procedente, la medida de protección adoptada por nuestros tribunales ha sido en muchos casos la declaración de ilegalidad de los actos administrativos, dejándolos sin efecto. Así, si bien la acción de protección no es una acción de nulidad de los actos administrativos, durante mucho tiempo ha operado como un paliativo frente a la ausencia de mecanismos apropiados para el control de legalidad de los actos formales de la Administración en sede judicial.

En tal sentido, son muchos los casos en que se han acogido acciones de protección contra actos administrativos, tanto por temas formales (*v. gr.* falta de fundamentación), como por temas de fondo (*v. gr.* proporcionalidad de la sanción).<sup>1890</sup>

### § 8. La coordinación de los recursos administrativos y las acciones jurisdiccionales

La necesaria coordinación que debe existir entre los mecanismos de impugnación en sede administrativa y jurisdiccional, muchas veces lleva al legislador a establecer de forma obligatoria el agotamiento de la vía administrativa, como paso previo para ir por la vía jurisdiccional, como sucede en materia

<sup>1890</sup> SsCS Roles N° 5085-2012, de 9 de octubre de 2012, y Rol N° 3.758-2013, de 31 de julio de 2013. Por su parte, en la SCS, Rol N° 7.095-2012, de 11 de octubre de 2012, caratulados "*Gastronómica de la Costa OTR Ltda. Con SEREMI de Salud Valparaíso*", se analizó la legalidad de la sanción impuesta, estableciendo que "*...las multas dependen en primer lugar de la gravedad de la infracción reglamentaria y su trascendencia para la salud pública, que no se trata de un establecimiento pequeño sino de un local situado en el interior de un exclusivo complejo turístico que ninguna persona puede representarse como una actividad micro empresarial y que iguales sanciones se han aplicado en situaciones similares detectadas, concluyendo que la actuación del servicio ha sido legal y no ha existido arbitrariedad de la autoridad sanitaria*" (considerando 3°).

municipal.<sup>1891</sup> En otros casos se establece que los recursos administrativos constituyen una opción para el particular, antes de ir por la vía jurisdiccional.<sup>1892</sup>

Sin embargo, con carácter general el artículo 54 de la LBPA establece tres reglas básicas sobre la materia, que se construyen sobre la idea de que el particular tiene la opción de ir por la vía administrativa o jurisdiccional, pero bajo ningún respecto puede ejercer ambas opciones de forma paralela. De esta forma si interpone una reclamación ante la Administración, no podrá 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. A la inversa, si se deduce primero la acción jurisdiccional, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que el particular interponga sobre la misma pretensión, es decir, ya no es posible volver a la vía administrativa.

Por último, para garantizar el derecho de acceso a la justicia, se establece que, planteada la reclamación administrativa, se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional, el cual se volverá a contar 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.

### § 9. Identidad de pretensión en sede administrativa y jurisdiccional: La desviación procesal y su discutible aplicación

Aun cuando la interposición de los recursos administrativos y jurisdiccionales sea opcional para los recurrentes, la jurisprudencia ha establecido, a partir del principio de congruencia, una regla de identidad entre las pretensiones y los fundamentos deducidos en ambas sedes (artículo 54 de la LBPA).

En este sentido, se afirma que habrá desviación procesal cuando se introduzca en el procedimiento contencioso administrativo una pretensión nueva, ya sea en fase de demanda o de conclusiones, siempre que no se haya planteado en vía administrativa, pues ello privaría a la Administración demandada de su conocimiento y de la posibilidad de acogerla o denegarla. Así, la Corte Suprema ha sostenido que, si el administrado ha escogido la vía administrativa, o bien, se ha visto forzado a la misma por así disponerlo el ordenamiento jurídico, no se podrán esgrimir ante el órgano jurisdiccional otras pretensiones diversas a las deducidas en el recurso administrativo previamente intentado.

<sup>1891</sup> Artículo 151 de la LOCM.

<sup>1892</sup> Así, por ejemplo, el artículo 69 del DL N° 3.538, respecto de la Comisión para el Mercado Financiero o el artículo 23 de la Ley N° 19.913, respecto de la Unidad de Análisis Financiero.

En tal sentido, señala que debe observarse que el artículo 54 de la LBPA, veda de manera expresa el ejercicio de “igual pretensión” ante los Tribunales de Justicia, si, previamente, fue interpuesta por el interesado una reclamación ante la Administración. Es decir, el efecto impeditivo se justifica en la medida que las pretensiones que se hacen valer en sede administrativa son las mismas que se harán valer en sede jurisdiccional.

Por consiguiente, según nuestro máximo tribunal, el legislador razona sobre la base de la identidad de pretensiones, lo que supone el efecto condicionante de las mismas, cuestión que justifica el régimen de los recursos administrativos. En efecto, si se quiere ver lo que subyace a la existencia de estos medios de impugnación, se concluirá que ellos encuentran sentido y lógica en la medida que lo debatido ante la Administración guarde identidad con lo que se debatirá ante el órgano jurisdiccional. En suma, el administrado posee una pretensión que puede encausar alternativamente por la vía administrativa, jurisdiccional o ambas, siempre que se respete el orden de prelación legalmente dispuesto. Nótese que siempre es la misma pretensión la que se puede hacer valer, sin perjuicio que el vehículo que se emplee para ello sea distinto.

Adicionalmente, sostienen la vinculación del administrado a sus propios actos. Así, al interponer el recurso de reposición administrativo, el administrado sostiene una pretensión que se funda en un agravio específico. Dicha conducta circunscribe el campo de afectación que será objeto de análisis, quedando fijada la competencia específica del órgano revisor.

La conducta referida no puede ser modificada con posterioridad, pues aquello importaría una contravención al actuar precedente, lo que no es inocuo, ya que se despliega la actividad de la Administración en un determinado sentido y, a continuación, se pretende que el órgano jurisdiccional actúe en otro desvinculado del primero, lo que torna la actividad primigenia en superflua.

Así, solo mediante la debida congruencia entre las pretensiones intentadas en sede administrativa y jurisdiccional, es que la actividad de todos los intervinientes se encuentra justificada y es útil a la finalidad de los procedimientos de revisión.<sup>1893</sup>

En nuestra opinión, se trata de una regla que no tiene reconocimiento legal y que afecta el derecho de acceso a la justicia, puesto que, por diversas razones, es posible que el particular decida no plantear todas sus pretensiones y fundamentos ante la Administración, esperando la imparcialidad que asegura la vía jurisdiccional. Por lo demás, se trata de una figura que vincula procedimientos de naturaleza diferente, limita la competencia de la

<sup>1893</sup> SCS Rol N° 42.004-2017, de 9 de octubre de 2018, considerando 5°.

autoridad judicial y se construye como una garantía de la Administración, en menoscabo de la tutela judicial que tiene el particular.

### § 10. La impugnación administrativa o judicial no suspende la ejecución del acto administrativo

Los actos administrativos se presumen legales y gozan de exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa. Sin embargo, este efecto se puede suspender si media una orden dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional (artículo 3º de la LBPA).

Por tal razón, el artículo 57 de la LBPA dispone que: “La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Con todo, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”.

Ahora bien, la *ejecutoriedad de los actos administrativos* dice relación con los efectos jurídicos que produce un acto administrativo, tanto respecto de la Administración autora del mismo, como de sus destinatarios, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas. En tal sentido, el acto existe y es ejecutorio, en la medida que produce en el plano jurídico los efectos que le son propios y, si fuese necesario, será el título que justifique su ejecución material (ejecutividad). Así, por lo demás, lo ha destacado la Corte Suprema en relación con los actos sancionadores al sostener que “*conforme a la idea de ejecutoriedad, aquellos se insertan directamente en el ordenamiento jurídico, esto es, sus efectos y las situaciones jurídicas que crea nacen de inmediato, es decir, sin necesidad de recurrir a otra autoridad –judicial o de otra índole– para que lo vise y con ello se perfeccionen, con lo que si a través del acto se imponen obligaciones, éstas nacen precisamente con dicho acto y no en una etapa posterior*”. En tal sentido, sostiene que “[...] *todos los actos administrativos –incluidos los sancionatorios, por cierto– producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación, y una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso antes de que la persona sancionada reclame de la legalidad del acto, salvo que la ley o el juez suspendan dicha exigibilidad*”.<sup>1894</sup>

<sup>1894</sup> SCS Rol N° 1.079-2014, de 30 de octubre de 2014, considerando 11.

A su vez, vinculada a la ejecutoriedad, se encuentra la *ejecutividad del acto administrativo*, que se traduce en la materialización de sus efectos, cuestión vinculada a las formas de ejecución de un acto administrativo, como sería, por ejemplo, el cobro de una multa o la clausura de un establecimiento industrial.

En esta materia, la legislación especial sigue el mismo criterio en relación con las sanciones administrativas. Así, se dispone en materia sanitaria que: *"Las sentencias que dicte la autoridad sanitaria podrán cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de lo que por sentencia definitiva ejecutoriada o que cause ejecutoria resuelva la justicia ordinaria al pronunciarse sobre aquélla"* (artículo 172 del Código Sanitario). Sin embargo, en otros casos se establece una excepción, al permitir que la impugnación judicial suspenda la ejecución del acto sancionador, como sucede con la Comisión para el Mercado Financiero: *"Si el reclamo de ilegalidad es deducido oportunamente, se suspenderán los efectos de la resolución que impuso la sanción y el transcurso del plazo para el pago de la multa, hasta que aquel sea resuelto por resolución ejecutoriada"* (inciso 6º del artículo 71 del DL N° 3.538).

### § 11. La intensidad del control judicial

Una de las cuestiones de mayor trascendencia ha sido determinar el tipo de control judicial que deben efectuar los tribunales de justicia al momento de revisar los actos administrativos que imponen una sanción, en concreto, si corresponde a un control de mera legalidad o a un control pleno, conforme al cual el juez puede llegar inclusive a sustituir la decisión administrativa.

Aquello se encuentra estrechamente vinculado con los márgenes de discrecionalidad que la ley le otorga a la Administración al momento de adoptar una medida y, por tanto, dentro de la discusión más general sobre el grado de intensidad de dicho control judicial. En efecto, la esencia de la discrecionalidad radica en que la Administración tiene una pluralidad de soluciones entre las cuales puede elegir una de ellas, sin incurrir en ilegalidad ni arbitrariedad, dado que conforme a la norma habilitante todas ellas son en principio igualmente aceptables. Por ello, la doctrina sostiene que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar su elección.<sup>1895</sup>

<sup>1895</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008), T. I, pp. 487 y ss. Conforme a ello, estos autores sostienen que el juez solo podrá anular la decisión, pero no sustituirla, salvo que, conforme a los antecedentes que consten en el expediente administrativo, la discrecionalidad haya quedado reducida a cero, existiendo por consiguiente solo una elección posible.

En esta materia, es preciso preguntarse cuáles son los límites que la judicatura debe observar al momento de efectuar la revisión judicial de los actos administrativos, especialmente cuando debe recaer sobre aspectos de carácter técnico, que muchas veces escapan a las posibilidades de revisión de un tribunal, considerando su especialidad y conocimiento. Así, por ejemplo, en materia ambiental, qué elementos de juicio permiten establecer si una empresa puede haber realizado defectuosamente el control de efectividad de sus instalaciones, relacionando los registros de referencia en los parámetros de conductividad eléctrica y concentración de sulfuros, en dos períodos consecutivos<sup>1896</sup> o, en materia eléctrica, si una concesionaria excedió los valores máximos permitidos por la normativa vigente respecto de los índices de continuidad de suministro en sus alimentadores.<sup>1897</sup> Como se puede apreciar, se trata de una calificación de hechos que requiere de un conocimiento especializado y que determina, conforme a un estándar técnico, si se ha incurrido o no en una infracción administrativa.

En términos generales, hay autores que se han manifestado en contra de un control judicial pleno que abarque incluso las apreciaciones o juicios de carácter técnico que realizan los órganos administrativos, como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA,<sup>1898</sup> Santiago MUÑOZ MACHADO,<sup>1899</sup> Alejandro NIETO<sup>1900</sup> y Luciano PAREJO ALFONSO,<sup>1901</sup> frente a otros que plantean una posición radicalmente distinta, como Tomás-Ramón FERNÁNDEZ,<sup>1902</sup> Ramón MARTÍN MATEO<sup>1903</sup> y EVA DESDENTADO.<sup>1904</sup> En general, el control pleno se sostiene a partir de los principios de control de la legalidad y tutela judicial efectiva reconocidos constitucionalmente, como sucede en nuestra Constitución con los artículos 6º, 7º, 19 N° 3, 38 y 76. Por su parte, la tesis que rechaza el control judicial de la discrecionalidad técnica reconoce diversos argumentos, como la imposibilidad práctica que se pueda llevar adelante un control efectivo por parte de los tribunales; que no resulta posible comprender la técnica dentro del control judicial, y la forma en que el legislador atribuye la discrecionalidad técnica otorgando un amplio margen de decisión o las características propias que tiene el proceso contencioso-administrativo.

<sup>1896</sup> Resolución Exenta N° 1.204, de 2019, de la Superintendencia de Medio Ambiente.

<sup>1897</sup> Resolución Exenta N° 11.755, de 2015, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

<sup>1898</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1992), p. 63.

<sup>1899</sup> MUÑOZ MACHADO (1989), pp. 108-111.

<sup>1900</sup> NIETO (1964), pp. 147-162.

<sup>1901</sup> PAREJO (1993), pp. 47-51.

<sup>1902</sup> FERNÁNDEZ (1991).

<sup>1903</sup> MARTÍN MATEO (1986).

<sup>1904</sup> DESDENTADO (1997), pp. 141-152.

En el Derecho comparado habitualmente se cita en estas materias el caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.* de 1984, por el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció que ante el silencio u oscuridad de un texto legal, los Tribunales deben mostrar deferencia ante la interpretación que de los mismos hacen las agencias administrativas, siempre y cuando tal interpretación sea razonable: "... el Juez no es ni experto en la materia, ni forma parte de ninguna de las 'ramas políticas del gobierno'; la Agencia merece deferencia cuando procede en aplicación a la realidad social de conceptos acerca de cuya significación no puede establecerse una clara intención del legislador y el único criterio de medida que puede ser aplicado a la actualización administrativa en tal caso es el de su razonabilidad (enjuiciada a partir y sobre la base de la expertise de la Agencia) sin que sea posible al Juez, en tal contexto, invalidar ni sustituir por una propia, la decisión de dicha Agencia por la sola razón de la estimación de otra distinta como más adecuada o apropiada a la finalidad de la ley".

Ahora bien, como hemos visto, este criterio resulta interesante cuando el legislador utiliza diversos conceptos jurídicos que exigen para su determinación de conocimientos técnicos, que muchas veces nos lleva a espacios de incertidumbre o de opiniones imposibles de unificar. Por tal razón, la Administración debe hacer sus valoraciones dentro de marco conceptual que le ha fijado el legislador, y en el caso de aparecer fundada y razonable, no debiese ser posible sustituir las valoraciones técnicas que emiten los órganos administrativos por las de los órganos jurisdiccionales. En tal sentido, Miguel SÁNCHEZ MORÓN afirma que "*salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse del proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces*".<sup>1905</sup> Así, si la decisión de la Administración se muestra fundada, razonable y suficiente conforme a los antecedentes que la integran, la judicatura debe ofrecer un trato deferente hacia la autoridad. De lo contrario se corre el riesgo de transformar la instancia judicial en otra fase de evaluación, en la cual se proceda a revisar nuevamente los detalles científicos y metodológicos de los documentos, estudios y/o informes incorporados al procedimiento por diversos especialistas y órganos técnicos, lo que ciertamente y conforme la construcción actual de nuestra institucionalidad queda absolutamente fuera de la competencia de los tribunales.

Así, el control judicial de las decisiones administrativas de carácter técnico, en donde el legislador ha entregado a la Administración un margen de apreciación discrecional, importa que el juez considere si la autoridad ha

<sup>1905</sup> SÁNCHEZ MORÓN (1994), p. 129.

fundamentado adecuadamente el asunto conforme a los antecedentes que obran en el expediente y si en dicha valoración se han observado fielmente las reglas sustantivas y procedimentales para llegar a su decisión, pero no compete al tribunal de justicia volver a valorar lo ya valorado por el órgano administrativo.<sup>1906</sup>

En Chile, la doctrina tiende a sostener que los tribunales debieran guardar deferencia respecto del juicio formulado por la Administración, considerando su conocimiento y experiencia, en aquellos casos en que la decisión adoptada supera el test de razonabilidad y solo se pueden discutir aspectos estrictamente técnicos.<sup>1907</sup>

En todo caso, debemos partir de la base que los jueces están habilitados para realizar un control de legalidad de las decisiones de los órganos administrativos, el cual, en términos generales, busca determinar si la potestad se ejerció en los términos y conforme a su competencia, de acuerdo al procedimiento previsto en la ley, si en dicho ejercicio no existió desviación de fin o de poder, si el acto cuenta con una justificación suficiente, razonable o fundada que permita descartar un ejercicio arbitrario de la potestad, si se ha efectuado una calificación adecuada de los hechos, etc. No obstante, la facultad de *juzgar* tiene límites y es necesario distinguirla respecto de la facultad de *administrar* entregada a los órganos públicos.<sup>1908</sup> En este sentido, Eva DESDENTADO señala que en “...el caso de los actos administrativos discrecionales existe un núcleo último de válida elección que puede ser sin duda alguna fiscalizada y controlada pero que, en la medida en que sea conforme con el conjunto del ordenamiento jurídico ha de ser respetada por los tribunales a los que el Derecho sólo habilita para realizar un control jurídico y que, por tanto, carecen de los criterios precisos para realizar un control más intenso”. De esta manera “La persistencia de un núcleo último de decisión es producto de la división de poderes y de la configuración constitucional de las funciones jurisdiccional y administrativa”.<sup>1909</sup>

Esta discusión también se ha trasladado al ámbito de las sanciones administrativas. Por tal razón, nos encontramos con numerosos fallos que

<sup>1906</sup> IGARTUA (1998), p. 115.

<sup>1907</sup> CORDERO VEGA (2012), ha señalado que la respuesta “teórica es que cuando el debate se refiere a los hechos sujetos a la apreciación de una ciencia o técnica, los jueces debieran ser deferentes con la decisión del organismo respectivo, a menos que dispongan de otro informe de contenido técnico que la controvierta (eso fue lo que hizo la Corte para acoger el recurso en el caso Río Cuervo al utilizar el informe del Sernageomin). En el caso Castilla, en mi opinión, el razonamiento principal del fallo para calificar como un hecho unitario la Central y el Puerto, es de contenido técnico, y esa es quizá su principal objeción, porque la construye a partir de su propio entender, de acuerdo a los antecedentes disponibles en la evaluación ambiental”.

<sup>1908</sup> CORDERO VEGA (2005) y (2013).

<sup>1909</sup> DESDENTADO (1997), pp. 144-145.

sostienen la tesis de un control judicial pleno, de carácter anulatorio/sustitutorio, ello bajo la noción de una supuesta “discrecionalidad compartida” entre la autoridad administrativa y judicial.<sup>1910</sup> Un aspecto positivo de este tipo de control es que permite una revisión del acto en base al principio de proporcionalidad, conforme al cual se busca establecer la correcta aplicación de criterios de determinación de las sanciones. Sin embargo, este tipo de revisión presenta una escasa argumentación jurídica y se sustenta en el traslado de la discrecionalidad desde la Administración hacia los tribunales, lo cual no deja de ser problemático.

Con todo, en la actualidad prima un control de mera legalidad, conforme al cual el juez limita su control a la determinación de la existencia de una infracción normativa, sin efectuar consideraciones de mérito respecto de los extremos de la sanción aplicada por la autoridad administrativa.<sup>1911</sup> Inclusive, en un fallo reciente se ha sostenido que las agravantes y atenuantes no pueden ser utilizadas por el juez en el reclamo de legalidad de una sanción administrativa para recalificar una infracción impuesta por la administración, en este sentido, los jueces deben respetar el principio de proporcionalidad establecido en la ley.<sup>1912</sup> Este tipo de control muestra una alta deferencia hacia

<sup>1910</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 31.556-2014, caratulados “Francisco Fuenzalida Jarpa con SEC”, se redujo la sanción de 200 UTM a 100 UTM en atención a que el daño ocasionado era limitado, la inexistencia de antecedentes relativos al logro de beneficios económicos obtenidos por la empresa concesionaria, la falta de intencionalidad o de reiteración en la conducta. Además, se sostuvo que había antecedentes que daban cuenta de una conducta proactiva de la reclamante en orden a aminorar los efectos perniciosos de su falta. Por su parte, en la sentencia Rol N° 783-2013, caratulados “ENAP Refinerías S.A. con SEC”, se rebajó la multa de 1.000 a 500 UTA luego de determinar que no había mediado intencionalidad del infractor y que además la empresa recurrente no había sido sancionada anteriormente por infracciones de similar naturaleza. En tanto, en la sentencia Rol N° 8.799-2012, caratulados “Chilectra con SEC”, rebaja la multa de 560 UTA a 300 UTM, en atención a que no hubo intencionalidad en la comisión de la infracción. Asimismo, en la sentencia Rol N° 109-2011, caratulados “Chilectra S.A. con SEC”, luego de una somera revisión de las circunstancias para la determinación de la sanción, la Corte decide acoger la petición de rebaja de la sanción, disminuyendo su importe de 50 a 5 UTA, sin mayores argumentaciones. También, en la sentencia Rol N° 10.535-2011, caratulados “Comercial Torino S.A. con SEC”, sostuvo que la empresa reclamante efectivamente incurrió en las infracciones que se le imputaban, pese a ello, redujo la multa originalmente impuesta de 400 UTA a 250 UTA, entre otros.

<sup>1911</sup> Por ejemplo, SCS Rol N° 45.054-2017, de 20 de junio de 2018, “Chilquinta con SEC”, considerando 11°.

<sup>1912</sup> SCS Rol N° 21.343-2019, de 4 de noviembre de 2019, caratulados “Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda con Superintendencia de Educación”, en donde se sostuvo que: “Por lo demás, se debe precisar que el sistema de agravantes y atenuantes no puede ser utilizado para recalificar la conducta, toda vez que para respetar el principio de proporcionalidad el legislador ha previsto la posibilidad de recorrer la escala fijada por la legislación, entre el mínimo y el máximo previsto para la infracción, que en el caso concreto es de 51 a 500 UTM, según lo

la autoridad administrativa, lo que se traduce en un mero control formal de la sanción (si se encuentra dentro del rango legal y si se han considerado los criterios para su determinación). Junto con ello, evidencia un deficiente control de la proporcionalidad de la medida, puesto que no permite efectuar consideraciones de mérito, respecto de los extremos de la sanción aplicada por la autoridad administrativa, más aún cuando la medida impuesta esté dentro del margen de la sanción dispuesta por el legislador.

En una situación diversa se encuentran los tribunales especializados, como los Tribunales ambientales, que practican un control mucho más intenso o fuerte de tipo anulatorio-devolutorio,<sup>1913</sup> confirmando la tesis en orden a que frente a un tribunal ordinario es probable que exista un mayor incentivo a ser deferente con la Administración, cuestión muy distinta cuando se trata de un tribunal especializado.<sup>1914</sup>

---

*señala expresamente el artículo 73 de la Ley N° 20.529. Así, al haber aplicado la autoridad administrativa una sanción correspondiente al mínimo contemplado en la ley, y al haberse descartado las ilegalidades reclamadas, como se anunció, era improcedente rebajar la multa” (considerando 6°).*

<sup>1913</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), R-6-2014, caratulado “*Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA*”, se sostuvo que: “*Nonagésimo sexto: ... tratándose de una potestad discrecional, en materia de sanciones, es a la Administración a la que corresponde ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida*”. “*Nonagésimo octavo: ... la Administración goza de un grado de libertad de apreciación y de decisión conferido por los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA, al atribuir la potestad de determinar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria, dentro de lo posible y permitido por los artículos 38 y 39 de la LOSMA. En principio, la sanción específica a aplicar al infractor, no corresponde que sea sustituida judicialmente, pero aquella —la Administración del Estado— no está exenta de mantenerse dentro de los límites de lo jurídico. Estos límites imponen un ejercicio de las atribuciones conferidas en términos razonables y justificables, debiendo, para ello considerar o ponderar los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 40 de la LOSMA. La ley reconoce a la Administración un abanico de posibilidades legítimas de decisión, las que deben ser respetadas por el juez, siempre que sean motivadas racionalmente y justificadas suficientemente en términos razonables, mediante la expresión de los criterios tenidos en consideración y su ponderación al adoptar la decisión*”.

<sup>1914</sup> CORDERO VEGA y TAPIA (2015), pp. 7-65.