

Julio Pallavicini Magnère\*

# Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República

## Resumen

*El presente trabajo expone la forma en que la Contraloría General de la República ejerce el control de constitucionalidad de los actos de la Administración del Estado. Para ello, se ofrecen algunos ejemplos de cómo la Contraloría, a partir de sus dos funciones jurídicas más importantes –la toma de razón y la función dictaminante– realiza este control de constitucionalidad, para lo cual se ha seleccionado algunos de sus principales pronunciamientos en ese sentido.*

## Palabras clave

*Contraloría General de la República, control de constitucionalidad, actos administrativos, toma de razón, dictámenes.*

## Introducción

Conviene recordar que el artículo 98 de la Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República cuatro funciones esenciales: (1) ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración; (2) fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; (3) examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, y (4) llevar la contabilidad general de la Nación. Adicionalmente, le encarga desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva, lo que da a entender que las funciones de ese organismo son propias de una ley de rango orgánica constitucional.

Para lo efectos de este trabajo, nos concentraremos en la facultad de *ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración,*

*\*Master of Laws, Cornell University (NY). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales. Jefe de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.*

el cual se lleva a cabo a través de dos mecanismos esenciales. En primer lugar, mediante el trámite de **toma de razón** de los decretos y resoluciones sometidos a este trámite. Esta diligencia está expresamente contemplada y regulada —en detalle— en la Constitución Política de la República, en términos tales que solo una vez que los instrumentos son cursados por la Contraloría, ingresan al ordenamiento jurídico, gozan de la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, como lo previene el artículo 3°, inciso final, de la ley N° 19.880. Este control preventivo también está consagrado respecto de los decretos con fuerza de ley, el cual tiene ciertas particularidades que no expondré en mi presentación. En segundo lugar, este control de legalidad se practica mediante la **emisión de dictámenes**, constitutivos de la llamada jurisprudencia administrativa, regulado en la ley N° 10.336.

## Toma de razón

### 1. Concepto

Eduardo Soto Kloss define la toma de razón diciendo que se trata de un juicio de conformidad a Derecho que emite el contralor general de la República (o su subrogante legal o su delegado) respecto de un decreto o resolución de una autoridad en ejercicio de potestades administrativas que, en conformidad a lo dispuesto por la ley, debe someterse a este control preventivo de juridicidad<sup>1</sup>. Podemos decir que se trata del examen preventivo que realiza la Contraloría General de la República sobre la juridicidad, esto es, sobre la constitucionalidad y legalidad, de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse ante ella.

<sup>1</sup> Artículo 3°, inciso segundo, de la ley N° 19.880. No obstante, ya con anterioridad a esta ley, la Contraloría General había definido a los actos administrativos como “toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares frente a él” (dictámenes 5.380/00 y 29.549/00), como “Declaraciones de voluntad mediante las cuales la Administración en función de una potestad administrativa manifiesta su decisión en un sentido determinado” (dictamen 35.259/00, y en el mismo sentido, dictámenes 42.779/00 y 10.790/02) y 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” (dictamen 2.936/01, citando a Garrido Falla, tratado de Derecho Administrativo, T. I, p. 371 y Zanobi, vol. I, p. 187).

Además de estas definiciones jurisprudenciales, mediante la potestad reglamentaria también se definió este concepto. Es así como con ocasión del artículo 13 de la LOCBGAE (incorporado por la ley N° 19.653), se dictó el decreto N° 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración, el cual señaló en su artículo 3° que los actos administrativos son “las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. Sin embargo, este decreto fue derogado por la reforma constitucional dispuesta por la ley N° 20.050, que incorporó un nuevo artículo 8 a la Carta Fundamental. Así lo sostuvo la Contraloría General que indicó que “a partir de la fecha de vigencia de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050, el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado ha quedado derogado, al igual que las resoluciones dictadas a su amparo” (dictamen 58.154/05).

Un primer orden de actuación de la Administración del Estado se produce mediante la dictación de actos administrativos, que son *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>2</sup>. Mediante este instrumento, entonces, la Administración introduce al ordenamiento jurídico órdenes obligatorias para los particulares, quienes están obligados a acatarlas.

En tal caso, la propia Constitución Política ha establecido un mecanismo preventivo de control de esta actividad de la Administración del Estado, que por su propia naturaleza se lleva a cabo, como regla general, con anterioridad a la vigencia del acto examinado. De este modo, mediante la toma de razón la Contraloría General de la República examina la *juridicidad* de las normas que la Administración del Estado pretende hacer ingresar al ordenamiento jurídico, en términos tales que si se ajustan a la ley, la declaración de voluntad de la Administración del Estado contenida en el decreto o resolución adquiere plena eficacia, pueden ser impuesta a quienes van dirigida y gozan de una presunción de legalidad. De lo contrario, el acto administrativo representado no logra adquirir fuerza vinculante, que por su naturaleza pretende tener.

Ahora bien, si se examina la regulación que realiza la Carta Fundamental de la toma de razón, llama la atención, por una parte, que se eleva el control de legalidad de los actos de la Administración a rango constitucional encargándose a un órgano constitucionalmente autónomo, esto es, fuera de la jerarquía del Presidente de la República. Asimismo, es posible observar el grado de detalle con que es regulada esta institución por la Carta Fundamental: regula su régimen jurídico, determina su naturaleza, precisa su ámbito de aplicación y fija las reglas de procedimiento de esta función, exclusiva de la Contraloría General.

Es preciso destacar que la minuciosidad con que se trata esta materia resulta excepcional en la Ley Suprema, lo cual revela la trascendencia que la Constitución atribuye a la función de control previo de legalidad de los actos de la Administración, manifestado en la toma de razón de los mismos o en su representación. Tal como sostiene la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, “la toma de razón resulta esencial para la preservación del Estado de Derecho y el resguardo del patrimonio público, desde el momento en que evita que lleguen a producir sus efectos actos que lesionen derechos fundamentales de las personas, o actos irregulares de la Administración que comprometan recursos públicos”.

<sup>2</sup> Eduardo Soto Kloss, *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1977).

## Características

Naturalmente, la toma de razón es un trámite complejo, y como tal, tiene varias singularidades que la destacan en el ordenamiento jurídico.

### *a) Recae exclusivamente sobre decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley*

La recae sobre tres tipos de actos normativos: decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley. Como dijimos, para los efectos del presente trabajo, nos abocaremos a la toma de razón de los decretos y resoluciones.

Conforme al artículo 3 de la ley N° 19.880, “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos”, y para efectos de esta ley se entiende 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*”. Añade que el **decreto supremo** “es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia”, en tanto que las **resoluciones** son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

En este sentido, es menester hacer presente que no todos los decretos y resoluciones están sujetos a este trámite. Deben enviarse a toma de razón los decretos y resoluciones que *en conformidad a la ley* deben ser tramitados por la Contraloría General<sup>3</sup>.

De este modo, están excluidos de este control preventivo todos los actos administrativos que no sean decretos o resoluciones. Así ocurre, por ejemplo, con las instrucciones<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Es posible observar que la fuente de la toma de razón puede encontrarse en la Constitución Política (decretos con fuerza de ley); en su ley orgánica constitucional N° 10.336 (decretos firmados por el Presidente de la República); y en leyes orgánicas especiales.

La resolución N° 1.600/08 faculta al Contralor General para dictar disposiciones sobre exención de toma de razón en los términos que expresa.

<sup>4</sup> Tal como se expresó en los dictámenes N°s. 5.787, de 1985; 26.068, de 1989; 1.813, de 1990, y 10.239 de 1996, “una instrucción es una norma de administración interna que imparte el superior jerárquico o el órgano fiscalizador a quienes están bajo su dependencia o fiscalización, para señalarles una línea de conducta a seguir en la aplicación de las leyes y reglamentos, por lo que no constituyen una decisión que establezca obligaciones o derechos para los administrados, ni pueden los servicios por su intermedio fijar normas generales y obligatorias propias de la función legislativa y de la potestad reglamentaria, salvo que cuenten con una atribución expresa en este específico sentido” (dictamen N°45.522/98).

“Los servicios públicos al dictar instrucciones hacen efectivo lo dispuesto en el artículo 5° de la ley N° 18.575, ... según el cual las autoridades y funcionarios deben velar por la eficiencia de la Administración procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles” (dictámenes N°s. 10.239/96 y 45.522/98).

que de conformidad con el artículo 32, N° 6, puede dictar el Presidente de la República<sup>5</sup>.

***b) Es un control de juridicidad***

La característica sobre la cual me interesa detenerme consiste en la naturaleza del control, es decir, sobre cuáles son sus alcances, los que evidentemente, arrancan de las facultades que la Constitución Política y las leyes de rango orgánico constitucional, le confieren a la Contraloría. En este sentido, la toma de razón es un control de juridicidad. Del tenor literal del artículo 98, se desprende que a la Contraloría General de la República le corresponde ejercer el control *de la legalidad* de los actos de la Administración.

*i. Es un examen de juridicidad o de legalidad en sentido amplio*

Pues bien, esta diligencia consiste en el examen preventivo de juridicidad del decreto o resolución, y consiste en contrastar la declaración de voluntad de la administración que en él se contiene, con la legislación vigente.

Si bien la Constitución Política señala que la toma de razón es un examen de *legalidad*, este término debe ser entendido *en sentido amplio*, como comprensivo tanto de la ley como de la Constitución Política, de modo que es contraste se efectúa entre el decreto o resolución, por una parte, y las normas constitucionales y legales, por la otra.

En este sentido, la toma de razón es un examen de correspondencia entre la voluntad de la Administración del Estado y las normas exógenas que ella debe respetar: la Constitución Política y la ley.

*ii. Es un examen que comprende tanto la sujeción formal como la sujeción de fondo*

El examen preventivo comprende, por una parte, la **sujeción formal** del acto administrativo a las normas de superior jerarquía, esto es, que el acto sea generado a través de los procedimientos y con las solemnidades que el ordenamiento jurídico impone. Así, por ejemplo, se verifica que el acto esté firmado por el Presidente de la República y el ministro respectivo<sup>6</sup>. Pero también comprende la **revisión de fondo o sustantiva** de la declaración de voluntad de la Administración del Esta-

<sup>5</sup> Son atribuciones especiales del Presidente de la República: "6°.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

<sup>6</sup> No hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República, una de las condiciones de la actuación válida de los órganos del Estado es la actuación *en la forma que prescribe la ley*.

do, esto es que se respeten los mandatos sustantivos del decreto o resolución examinados, vinculándolo normativamente a los principios y valores que reconoce la Carta Fundamental: que se respeten las garantías fundamentales, el patrimonio público, las normas de funcionamiento de los servicios públicos y, en general, el Estado de Derecho.

### *iii. Inderogabilidad singular de los reglamentos*

Hemos dicho que la expresión *legalidad* que utiliza el artículo 98 de la Constitución Política comprende la legalidad, en sentido estricto, y la constitucionalidad del decreto o resolución. En tal sentido, sostuvimos que la Administración del Estado debe sujetarse a normas exógenas, a mandatos sustantivos dictados por órganos ajenos a ella y que debe respetar.

Pues bien, ahora es necesario avanzar un paso más y decir que el control que se practica mediante la toma de razón también debe verificarse la consistencia con las normas que la propia Administración del Estado se ha dado, con carácter general y permanente, para ella misma. Como lo indica George Vedel<sup>7</sup>, lo que caracteriza al principio de legalidad aplicado a la Administración es que no solamente expresa la sumisión de esta a las reglas del derecho que le son externas, exteriores, sino en especial, también, la sumisión a las propias normas que ella dicte –por ejemplo, los reglamentos– y a los principios establecidos o reconocidos por el juez: tal el juez administrativo.

Y por tal razón concluye que la legalidad no se resume en la sumisión del ejecutivo al legislativo *sino expresa la sumisión de la Administración al Derecho*, entendido este último en un sentido más amplio. Además, así entendida, la legalidad no comporta solamente las normas impuestas a la Administración desde fuera de ella, desde su exterior, sino incluso aquellas que la propia Administración dicta, especialmente en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Es por esta razón que desde hace algún tiempo ya se ha reconocido el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos. Este principio consiste en que “la autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa”<sup>8</sup>. Hay una prohibición categórica

<sup>7</sup> George Vedel, *Droit Administratif* (1964). Presses universitaires de France (3<sup>e</sup> édition) Paris. Traducido por Eduardo Soto Kloss. Separata de clases.

<sup>8</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, decimotercera edición, 2006. Madrid, p. 458. En particular, Eduardo García de Enterría analiza este tema en el libro *Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Civitas, tercera edición, 2006, Madrid, pp. 281-308.

de dispensación o derogación para un caso singular de lo establecido por una norma con carácter general.

Se han buscado diversas justificaciones a este principio. La antigua jurisprudencia española se basa en el principio de los *derechos adquiridos*. Se trata de evitar que se produzcan situaciones injustificadas a favor o en beneficio de personas determinadas. No es posible, ni justo, ni admisible que si la Administración ha previsto exigencias generales para todos los ciudadanos, favorezca singularmente a uno de ellos, brindándole un trato más beneficioso.

De manera similar, otra explicación se ha buscado en el *principio de igualdad*. No es posible darle un trato disímil a quienes se encuentran en posiciones análogas<sup>9</sup>. Finalmente, Eduardo García de Enterría encuentra la explicación en la construcción técnica del *principio de legalidad*. La Administración del Estado está sujeta a todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la llamada ‘derogación singular’ sería en rigor una infracción del ordenamiento mismo. La facultad de la Administración del Estado de derogar su propio reglamento no puede desconocer u olvidarse de la aplicación de ese reglamento, con carácter general y obligatorio, a los casos concretos.

Es por esto que la Contraloría General de la República ha sostenido que el análisis de legalidad que la Constitución Política le encomienda debe ser entendido como una sujeción estricta del acto administrativo al *bloque de juridicidad*, que está compuesto no solo por la Constitución Política de la República y la ley, en sentido estricto, sino que también por las propias norma que la Administración del Estado se dicta para sí misma. De ello se sigue que sea un control que recae de normas exógenas como de normas endógenas.

Es así como durante el año 2009<sup>10</sup> la Contraloría General tuvo ocasión de pronunciarse sobre una presentación de diversos parlamentarios, quienes solicitaban que se investigara una operación mediante la cual determinadas empresas de combustibles pagaron a la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) por la compra de dicho producto, con una serie de pagarés a fecha girados originalmente por el Administrador Financiero del Transantiago S.A. AFT –y de los cuales habrían pasado a ser titulares por la vía del endoso. Agregaban los peticionarios, que tal modalidad de pago involucraría el otorgamiento de un empréstito por parte de ENAP en beneficio del Sistema de Transporte Público de Santiago Transantiago–, careciendo, a su juicio, dicha empresa pública, de atribuciones para efectuarlo, por lo que estiman que habría excedido el giro u objeto que le ha fijado la ley que la rige.

<sup>9</sup> Sin embargo, esta regla no prohíbe un trato desigual, sino solo la dispensa singular del reglamento cuando este mismo no la prevé.

<sup>10</sup> Dictamen 29.309/09, confirmado mediante el dictamen 67.537/09.

El requerimiento incidía en determinar si ENAP, en su calidad de empresa pública, actuó dentro del ámbito de las atribuciones que le confieren la ley y sus estatutos al aprobar, a través de su directorio, una excepción a su 'política de crédito', consistente en aceptar pagarés a fecha suscritos por el AFT, por la venta de combustible efectuado a determinadas empresas distribuidoras de tal bien, y que luego de una cadena de endosos le fueron transferidos por estas últimas a la filial de aquella entidad estatal, ERSA S.A., bajo esa misma modalidad, para solucionar el valor de dicho producto energético.

La Contraloría General señaló que los estatutos de ENAP<sup>11</sup> facultaban a su directorio para administrar la empresa, como lo estime conveniente, con amplias facultades para celebrar todos los actos, contratos y operaciones que requiera la marcha de los negocios. Asimismo, en su articulado lo autoriza, especialmente, para aceptar, endosar, prorrogar y protestar toda clase de instrumentos mercantiles, de cualquier naturaleza.

No obstante, agregó que ENAP ha fijado una 'política de crédito' para ella y sus filiales, aprobada por la gerencia general de aquella empresa el 29 de mayo de 2006, la que rige, en general, para todo otorgamiento y aprobación de créditos de productos refinados, aplicables en las operaciones comerciales efectuadas por licitación o en forma directa, y que sean realizadas por dicha empresa o cualquiera de sus filiales en Chile. Para tales efectos, la citada política, entiende por otorgamiento de crédito lo que usualmente se denomina 'crédito proveedor', consistente en determinadas condiciones de pago a plazo del correspondiente precio del producto vendido. El aludido documento añade que las ventas que ENAP y cualquiera de sus filiales en Chile se harán, en lo que interesa, en condición de pago a 15 días contados desde la fecha de entrega de los productos, sin intereses y sin garantías.

La Contraloría sostuvo que ENAP, en su calidad de empresa pública que forma parte de la Administración del Estado, debe someter su acción a la Constitución y a las normas legales y reglamentarias que la rigen, de acuerdo con lo que establecen los artículos 6° de la Carta Fundamental y 2° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). De ello se advierte, argumentó, que constituye una exigencia indispensable para la juridicidad de las actuaciones de esta empresa pública, que las facultades que se le han conferido, entre otras, la de vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos o derivados, *se ejerzan dentro del marco de la normativa que la rige y de conformidad con las políticas que ella misma se ha fijado para tal efecto.*

<sup>11</sup> Aprobados por el decreto N° 1.208, de 1950, del Ministerio de Economía y Comercio.

De ello se concluyó que ENAP y su filial ERSA S.A. incurrieron en una transgresión a dicha normativa ya que, por intermedio de sus respectivos directorios ... aceptaron marginarse de su política general de crédito, estableciendo condiciones particulares para una operación específica y determinada, en virtud de las cuales las empresas distribuidoras de combustibles antes señaladas, le pagaron a la filial de dicha entidad estatal, ERSA S.A., por la compra de aquel bien, con pagarés a fecha suscritos por el AFT, vale decir, por un tercero distinto a sus clientes, quien los hizo efectivos, en definitiva, en el patrimonio de aquel administrador financiero del Transantiago.

Pues bien, se agregó, la circunstancia de que ENAP hubiere omitido la aplicación de las normas generales relativas a la concesión de plazo o facilidades para la solución de los productos que comercializa, *admitiendo, en cambio, una modalidad singular de pago en la situación particular y específica por la cual se consultaba, vulneró el principio de juridicidad*. Por ende, la aludida empresa, al otorgar un trato distinto y preferente que el que corresponde, acorde con la política habitual de comercialización de sus productos, ha vulnerado también el artículo 19 N° 22, de la Constitución Política, conforme al cual no puede existir discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

En tal sentido, precisó que si bien es cierto que ENAP puede modificar sus normas generales relativas al otorgamiento de plazos para el pago de los productos que vende, *esas nuevas condiciones deben ser igualmente de carácter general*, esto es, aplicables a todas aquellas operaciones que se encuentren en los mismos supuestos, de modo que esta facultad no autoriza a dicha empresa para establecer un régimen singular, con el fin explícito de resolver una situación excepcional, como ha ocurrido en la especie, en que el directorio de ENAP omitió la aplicación de su política general y habitual antes señalada, aprobando condiciones especiales con la exclusiva finalidad de beneficiar al Transantiago.

#### *iv. Ley pantalla*

Un cuarto aspecto que quiero analizar es el de la “ley pantalla”, esto es la situación de aquellos actos administrativos que se ajustan estrictamente a la ley vigente, la cual contiene un vicio de constitucionalidad.

La Contraloría General de la República ha sostenido reiteradamente que a ella no le corresponde pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes. Para sostener esta afirmación, se ha basado en la arquitectura del diseño constitucional: Existe un mecanismo específico para cuestionar la constitucionalidad de las leyes, que es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93, N° 6), cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Constitucional. También le corresponde al Tribunal Constitucional realizar el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales, antes de sus promulgación y de las leyes interpretati-

vas de la Constitución (artículo 93, N° 1). Finalmente, solo en un caso específico la Constitución Política le ha encargado a la Contraloría General pronunciarse sobre la constitucionalidad de un texto jurídico de rango legal: tratándose de los decretos con fuerza de ley (artículo 64, inciso sexto, en relación con el artículo 99, incisos segundo y tercero). Sin embargo existen otros casos más complejos. En muchas ocasiones se ha cuestionado un decreto supremo que se ajusta estrictamente a la ley, pero es *la ley* la que contiene un vicio de constitucionalidad. Siendo esta la doctrina, se plantea el problema de qué debe hacer la Contraloría General de la República cuando al examinar un acto administrativo, se percata que este se ajusta a la ley, pero la ley vigente es inconstitucional.

La Contraloría puede adoptar dos posiciones: puede representar el decreto por inconstitucional. No importa que el decreto sea una suerte de transcripción de la ley, sigue siendo, al igual que la ley, un decreto inconstitucional. Puede tomar razón del acto administrativo, pues su representación importaría, en último término, un reproche sobre la constitucionalidad de la ley, cuestión que excede el ámbito de su competencia.

En tales casos, la Contraloría General ha adoptado esta última teoría y ha procedido, en *términos generales*, a tomar razón de los decretos examinados. Ello en el entendido que solo le corresponde ejercer el control de legalidad *de los actos de la Administración* y no puede entrar a enjuiciar directamente los actos del legislador.

Hay dos tipos de materias en que la ley pantalla ha sido el centro de la discusión jurisprudencial: los decretos promulgatorios y los decretos que ejecutan una ley.

### **El caso de los decretos promulgatorios**

Un primer orden de casos en que se ha aplicado la doctrina recién resumida, lo podemos encontrar en los decretos promulgatorios, que son aquellos decretos supremos que dicta el Presidente de la República para sancionar y ordenar el cumplimiento de una ley que ha sido aprobada por el Congreso Nacional. Estos decretos deben cumplir con los requisitos de todo decreto supremo, entre otros, el ser enviados a la Contraloría para su toma de razón, el cual es bastante sencillo: la Contraloría solo debe verificar que el texto que aprueba el Presidente de la República sea auténtico, esto es, que coincida exactamente con el texto aprobado por el Congreso Nacional. Es así como la Contraloría General ha sostenido que tratándose de los decretos promulgatorios, el examen que efectúa en el trámite de toma de razón se circunscribe, por una parte, a verificar que el acto emane de la autoridad competente, esto es, que sea dictado por el Presidente de la República con la firma del ministro correspondiente y, por la otra, que el texto de la ley que se promulga corresponda fielmente al aprobado por el Congreso Nacional, sin

entrar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad del cuerpo legal respectivo, por ser ello ajeno a su competencia<sup>12</sup>.

Pese a ello, se ha planteado el problema de si al momento de examinar preventivamente un decreto promulgatorio la Contraloría puede representar la inconstitucionalidad de la ley que aprueba el decreto. Aplicando esta doctrina de que la Contraloría no puede pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes, sostuvo que las cuestiones que se formulen respecto de la constitucionalidad de las leyes, constituyen, por su naturaleza, una materia ajena a la competencia de esta Entidad de Control, a la que, acorde con el mandato de la Carta Fundamental, en el tema por el cual se consulta, solo le corresponde verificar que el texto legal promulgado por el Presidente de la República se ajuste a aquel que aprobó el Congreso Nacional<sup>13</sup>.

### Caso playas

El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que contiene normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, establece que *“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.*

*La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.*

La disposición legal citada fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de fecha 10 de enero de 1996, estableciendo las normas de procedimiento para la fijación de las vías de acceso a playas de mar, ríos y lagos que la Secretaria Regional Ministerial de Bienes Nacionales debe efectuar. En dicho decreto además se establecía quiénes pueden solicitar la vía de acceso a las playas de mar, ríos o lagos, los requisitos que debían concurrir para ejercer este derecho y cuál es la autoridad encargada de fijar la correspondiente

<sup>12</sup> Dictamen 7.281/95.

<sup>13</sup> Dictamen 27.123/05, que cita los dictámenes N°s. 12.118, de 1990, y 7.281, de 1995.

vía de acceso. En los artículos 2º a 7º del mismo decreto se indicaba el procedimiento para obtenerla y en los artículos 8º y 9º se contenían los recursos jurisdiccionales y administrativos para reclamar de la resolución que haya adoptado la autoridad. En síntesis, *el decreto impugnado establecía que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos.*

Los requirentes sostuvieron: (1) que el artículo 13 estaba tácitamente derogado por la Constitución; (2) que el Presidente de la República reguló una materia propia de ley, pues el Decreto Supremo impugnado viene a establecer un procedimiento para que una autoridad administrativa (intendente regional, a través de la Secretaría Regional del Ministerio de Bienes Nacionales) imponga una limitación al derecho de propiedad de los dueños de los terrenos colindantes a playas de mar, ríos o lagos, lo que, según el artículo 19, N° 24, inciso segundo y siguientes, en relación al artículo 60 (actual artículo 63), N° 2, de la Constitución Política, corresponde exclusivamente al dominio legal. Lo anterior importa imponer una limitación al dueño de los terrenos colindantes por decreto y no por ley, lo que atenta contra la norma constitucional señalada, y (3) que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, viene a imponer una limitación al derecho de dominio de los propietarios de terrenos colindantes de playas de mar, ríos y lagos, por una causal no prevista por el Constituyente: el interés o utilidad particular de determinadas personas, lo que implica una privación del derecho de dominio, del bien sobre que recae o de las facultades esenciales del mismo, por un proceso diverso del mecanismo expropiatorio previsto en el artículo 19, N° 24, inciso tercero, de la Constitución Política, pagando la correspondiente indemnización.

La *Contraloría General* sostuvo en su informe al Tribunal Constitucional que la existencia o inexistencia del decreto impugnado “en nada afecta a la plena aplicabilidad de la norma del artículo 13 del decreto ley N° 1.939, desde el momento en que la misma no está condicionada en sus efectos o vigencia, a la dictación de un precepto reglamentario”, agregando que “las más importantes impugnaciones que se formulan al decreto no pueden sino entenderse efectuadas al citado artículo 13, en tanto fuente expresa y directa de las normas reglamentarias, que no hacen más que reiterar las disposiciones de aquel”. Por ello sostuvo que, en definitiva, lo que se cuestiona en los reclamos de la especie no es la constitucionalidad del mencionado decreto N°1, sino la constitucionalidad de una norma legal vigente, como lo es el artículo 13 del decreto ley N° 1.939.

El *Tribunal Constitucional* adoptó una postura diferente y concluyó que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, *atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe aco-*

*gerse el requerimiento planteado*<sup>14</sup>. Añadió que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, objeto de esta sentencia es inconstitucional pues es un reglamento de ejecución que debió atenerse a la Constitución y no entrar al campo del legislador como lo ha hecho en la especie<sup>15</sup>.

Por último, precisó que el reglamento al otorgarle atribuciones a las Secretarías Regionales Ministeriales ha invadido el campo del legislador y en consecuencia viola el artículo 60 de la Carta Fundamental que señala las materias propias de ley entre las que se encuentran aquellas que la Constitución exige que sean reguladas por una ley y las que la Constitución señala como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 60, N°s. 2 y 14)<sup>16</sup>.

*¿Qué explica esta diferencia interpretativa entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional? A mi juicio ello deriva de la naturaleza del control de ambas entidades. Mientras el Tribunal Constitucional tiene la función de velar por el control de constitucionalidad de los actos que analiza, la Contraloría General de la República realiza un control más complejo, que comprende, como he dicho, la constitucionalidad y la legalidad de los actos administrativos que examina –y la sujeción a la propia normativa que, con carácter general, se han dado los Órganos de la Administración del Estado–.*

Pero el propio Tribunal Constitucional tampoco ha mantenido una postura única sobre la materia. Así, a propósito del fallo relativo a Colonia Dignidad, sostuvo que “las disposiciones legales que regulan la existencia de la persona jurídica no pueden ser objeto de análisis o control constitucional por este Tribunal, por dos razones, la primera, porque esta atribución le ha sido conferida en el artículo 80 de la Constitución expresamente a otra autoridad jurisdiccional cual es, la Corte Suprema, y la segunda, porque la facultad de control de esta clase de leyes no se encuentra entre aquellas taxativas que la Carta Fundamental le ha otorgado a este Tribunal en el artículo 82”<sup>17</sup>. Vale decir, el Tribunal Constitucional se limitó a eliminar la ley del examen, para afirmar su competencia sobre la constitucionalidad del decreto que privó de personalidad jurídica a la entidad privada. No obstante, este fallo no analizó si era posible cuestionar la constitucionalidad del acto administrativo que se ajusta a una ley inconstitucional, y aún más, reconoció que no le correspondía analizar la constitucionalidad de las leyes.

En otro fallo, llamado comúnmente Plan Regulador, el Tribunal Constitucional fue requerido para que declarara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 19 de junio de 1992, que aprue-

<sup>14</sup> Rol 245 y 246 acumulados, considerando 42.

<sup>15</sup> Rol 245 y 246 acumulados, considerando 43.

<sup>16</sup> Rol 245 y 246 acumulados, considerando 55.

<sup>17</sup> Rol 124 (1991), considerando 9°.

ba el Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo. Este Decreto Supremo fue firmado por el Ministro de Vivienda y Urbanismo subrogante, “Por orden del Presidente de la República”. Para resolver, el Tribunal Constitucional se abstuvo de entrar al fondo del decreto y solo cuestionó un vicio constitucional de forma: la omisión de la forma del Presidente de la República en el decreto. Es así como sostuvo “Que los decretos supremos sean simples o reglamentarios deben cumplir con la Constitución vigente no solo en su aspecto sustantivo, sino también en su parte formal. Corresponde, en consecuencia, examinar, previamente, la naturaleza jurídica del Decreto que se impugna y si éste cumple con los requisitos de forma que al respecto señala la Constitución Política de 1980”<sup>18</sup>.

En otro fallo posterior, a propósito de la impugnación del Decreto Supremo N° 171, de fecha 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1997, sobre Cesiones Gratuitas para Urbanización, precisó que “De esta manera una –la ley– y otro –el reglamento– conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización. Pretender desvincular el artículo 70 de la ley, de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente. Esta realidad normativa, el intérprete de la Constitución no puede ignorarla, pues se impone como una absoluta necesidad para resolver adecuadamente sobre la constitucionalidad de los preceptos en juego, a la luz de las disposiciones constitucionales”<sup>19</sup>.

Añade este fallo que la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que este dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es enjuiciar un acto del Poder Legislativo, porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el Reglamento<sup>20</sup>.

Por último, con ocasión del primer requerimiento que se planteó a los Créditos al Transantiago, el Tribunal Constitucional nuevamente acogió la tesis de la ley pantalla, y sostuvo que en tal sentido, como ha señalado esta Magistratura “aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento

<sup>18</sup> Rol 153 (1993), considerando 5°.

<sup>19</sup> Rol 253, considerando 4°.

<sup>20</sup> Rol 253, considerando 5°.

jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos poderes del Estado”<sup>21</sup>.

De este modo, el tema de la ley pantalla ha admitido diversas interpretaciones y es uno de los puntos que debieran clarificarse.

*v. Control de mérito, oportunidad y conveniencia*

El último aspecto que quiero mencionar respecto del control de legalidad es qué no comprende este control preventivo. El control preventivo está concentrado exclusivamente en la legalidad del acto examinado, de modo que no comprende el mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión formal adoptada por la Administración del Estado.

A través de la ley N° 19.817, de 26 de julio de 2002, se modificó la ley N° 10.336, incorporándose el artículo 21 B, el cual expresamente previene que con motivo de la toma de razón, la Contraloría General de la República no puede evaluar los aspectos de mérito o conveniencia del decreto o resolución examinada.

Sin embargo, con anterioridad a la modificación dispuesta por la ley N° 19.817, la reiterada jurisprudencia de la Contraloría General había sostenido reiteradamente que no le corresponde efectuar un control de mérito, oportunidad o conveniencia de las decisiones administrativas. El sustento de esta doctrina radicaba en que la función de la Contraloría General no es sustituirse en las decisiones que le corresponde adoptar a los Órganos de la Administración del Estado, sino que solo verificar la legalidad de sus actos.

También el Tribunal Constitucional ha formulado precisiones en el mismo sentido. El Tribunal Constitucional, en la sentencia rol N° 254 –al analizar la función encargada por el N° 5 del antiguo artículo 82 de resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional– precisó que “la argumentación del requerimiento en orden a que al dictarse el decreto supremo cuestionado se ha efectuado una interpretación demasiado amplia de las normas contenidas en el DL. N° 1.263 lo que desvirtuaría su real alcance, origina un problema de legalidad y no de constitucionalidad y no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto, ya que carece de atribuciones para hacerlo, pues únicamente le compete, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, resolver solo sobre la constitucionalidad de los decretos”<sup>22</sup>. De manera aún más específica, en el considerando 35° de

<sup>21</sup> Rol 1.035, considerando 31°.

<sup>22</sup> Sentencia rol N° 254, considerando 29°. El mismo criterio que recién se ha indicado se ha sostenido también en las sentencias roles N°s. 253, 312 y 464 (considerandos 16° y 17°), emanadas de ese Tribunal Constitucional.

su sentencia rol N° 260, indicó que “como se ha sostenido en los considerandos anteriores de esta sentencia, a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre los problemas de legalidad sino solo sobre los de constitucionalidad”<sup>23</sup>.

Particular mención corresponde hacer a lo resuelto por ese mismo Tribunal en su sentencia rol N° 465, en cuyo considerando 28, sostuvo que no corresponde “a esta Magistratura examinar la legalidad del acto administrativo mediante el cual cumplió el referido mandato”.

Sin embargo, no se puede olvidar que de acuerdo con los artículos 3°, inciso final, 11, inciso segundo, y 62, N° 8, de la ley N° 18.575, el principio de legalidad comprende, entre otros aspectos, eficiencia y la eficacia. De este modo, ellos integran el principio de legalidad cuya supervisión compete a la Contraloría General. Sin embargo, ello no es una materia que por el momento haya sido resuelta por la jurisprudencia de ese organismo o por los Tribunales de Justicia.

### ***c) Es una atribución excluyente de la Contraloría General***

Ahora bien, con ocasión de diversos fallos de las Cortes de Apelaciones que se pronunciaron sobre la toma de razón que debe practicar la Contraloría General de la República, este organismo decidió promover diversas contiendas de competencia, argumentando que, en su carácter de órgano constitucionalmente autónomo, a ella le corresponde pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos sometidos a toma de razón, *sin que sea procedente que con ocasión de ese trámite intervengan órganos distintos de aquellos que la Carta Fundamental expresamente contempla*.

De este modo, se ha sostenido que para la toma de razón el ordenamiento constitucional solo prevé la participación de la Contraloría General de la República, del Presidente de la República –por la vía del decreto de insistencia–, y del Tribunal Constitucional –en aquellos casos que el artículo 93 lo contempla–, motivo por el cual resulta inadmisibles que, mediante el recurso de protección, los Tribunales Superiores de Justicia se inmiscuyan en su conocimiento. Así, esta Entidad Fiscalizadora ha sostenido que:

- las providencias de las Cortes de Apelaciones “en absoluto podrían afectar la representación de ilegalidad formulada por el Contralor General”<sup>24</sup>.
- “resulta inaceptable que se intervenga en este control preventivo de juridicidad a través de órganos, vías o procedimientos distintos a los establecidos por esa normativa suprema”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sentencia rol N° 260, considerando 35°.

<sup>24</sup> Contienda de competencia promovida el 18 de octubre de 1988.

<sup>25</sup> Contienda de competencia promovida el 9 de noviembre de 1993.

- la Constitución Política de la República estableció el régimen jurídico de la toma de razón. “Determinando su naturaleza, el ámbito de aplicación y las reglas de procedimiento de esta importante función exclusiva del Contralor General”<sup>26</sup>.
- la Constitución Política de la República “no solo elevó la toma de razón a rango constitucional, sino que también estableció su régimen jurídico, determinando la naturaleza, el ámbito de aplicación y las reglas de procedimiento de esta importante función exclusiva del contralor general”<sup>27</sup>.
- atendido que la Carta Fundamental radica en la Contraloría General la atribución de tomar razón o representar un acto administrativo y regula directamente el régimen jurídico de este control preventivo de legalidad, “no procede que un Tribunal, sustituyendo al Contralor General, suspenda el trámite de toma de razón, o le ordene tomar razón de un decreto o resolución, o lo conmine a dejar sin efecto dicho trámite o entrase de cualquier otro modo la obligación que tiene el contralor general de ejercer dicha función por imperativo de la Constitución Política, convirtiendo a esta autoridad en un mero ejecutor de las decisiones que al respecto adopten los Tribunales”<sup>28</sup>.
- en el ejercicio de la toma de razón “resulta improcedente aceptar la intervención de entes distintos a los establecidos por esa preceptiva, como ocurre con los Tribunales Superiores de Justicia. De este modo, la intromisión de un órgano del Estado o de una autoridad en el proceso de toma de razón, distinto de los que expresamente contempla la Ley Suprema, y en casos y condiciones diferentes de las que ella prevé, configura una manifiesta extralimitación de las funciones que a cada uno de ellos les confiere el ordenamiento constitucional vigente, con grave infracción del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la misma Ley Fundamental”. Por ello se concluyó que “la participación de entes distintos de los ya mencionados en el trámite que nos ocupa, violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos”<sup>29</sup>. Con ocasión de estas contiendas, el Senado ha señalado que el contralor general al ejercer la función de toma de razón “solo cumple con el deber constitucional, que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración, por lo que no es posible aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, pues ello importaría reconocer a la

<sup>26</sup> Contienda de competencia promovida el 26 de mayo de 1994.

<sup>27</sup> Contienda de competencia promovida el 6 de julio de 1994.

<sup>28</sup> Contienda de competencia promovida el 8 de febrero de 1999.

<sup>29</sup> Contienda de competencia promovida el 25 de enero de 2000.

Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa, lo que violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos<sup>30</sup>.

Diversos autores no estuvieron de acuerdo con lo resuelto por el Senado y sostuvieron que no existía propiamente una contienda de competencia<sup>31</sup>, en tanto que otros autores han señalado que la toma de razón y la representación de los actos administrativos no se encuentran excluidos de la posibilidad de ser impugnados mediante un recurso de protección<sup>32</sup>.

## 2. Efectos del pronunciamiento de la Contraloría General de la República

La toma de razón por parte de la Organismo Fiscalizador de los decretos y resoluciones sometidos a ese trámite, produce diversas consecuencias. En primer lugar, permite continuar con la tramitación del acto administrativo: La publicación o notificación del acto, según sea el caso. En segundo lugar, la toma de razón permite que estos instrumentos, una vez debidamente notificados o publicados según sea el caso, estén investidos de una presunción de legalidad, que importa que deban ser acatados por las autoridades o particulares a los cuales afecta. Ello es sin perjuicio, por cierto, de la obligación que tiene la autoridad administrativa de invalidar sus decisiones cuando nuevos elementos de juicio o antecedentes demuestran que ellas adolecen de ilegitimidad y de revisar su actuación en aquellos casos en que se ha basado en supuestos de hecho erróneos, o de que puedan realizarse a su respecto controles represivos, judiciales o administrativos, posteriores al acto, toda vez que, tal como se precisó en el dictamen N° 17.799 de 1990, esta presunción de legitimidad no significa que dicho trámite agote la potestad fiscalizadora de la máxima entidad de control. En efecto, la jurisprudencia ha dicho que la toma de razón es una presunción de legalidad de los actos administrativos, por lo que si posteriormente se comprueban que han sido ilegítimos, tal circunstancia no inhibe a la Contraloría General para hacer posteriormente presente a la Administración su facultad y obligación de invalidarlos para regularizar el orden jurídico quebrantado por una medida contraria a derecho, en virtud del principio de legalidad.

<sup>30</sup> Acuerdo del Senado del 16 de noviembre de 1994, considerando 15. En el mismo sentido se pronuncian los acuerdos de 6 de junio de 1995 y de 5 de mayo de 1998.

<sup>31</sup> Lautaro Ríos, *Contiendas de competencia*, en Gaceta Jurídica, N°168, 1994. Mario Verdugo, *Notas a un acuerdo del Senado*, en RDP, N°59, enero-junio de 1996, tomo II.

<sup>32</sup> Miguel Angel Fernández, *Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia*, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. VII, diciembre 1996, pp. 47-52.

Finalmente, la toma de razón produce el desasimiento de la Contraloría General de la República, la que no puede retirar, modificar o dejar sin efecto su toma de razón. Ello, sin perjuicio, como se ha señalado, de su facultad de solicitar a la Administración del Estado la invalidación de aquellos instrumentos que adolecen de un vicio de legalidad.

Por el contrario, la representación impide que los actos contrarios a derecho gocen de la ejecutoriedad que el artículo 51 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, reconoce a los actos administrativos.

### **3. Alternativas de la Administración frente a la representación**

Las alternativas de la Administración del Estado frente a la representación dependen de la naturaleza del vicio que la Contraloría General reproche al acto administrativo: si el vicio es de mera legalidad, el Presidente de la República puede insistir, mientras que si el vicio es de constitucionalidad, el Presidente de la República puede pedir al Tribunal Constitucional que resuelva el conflicto.

#### ***a. Decretos de insistencia***

El decreto de insistencia es un decreto mediante el cual el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros de Estado, ordena a la Contraloría General de la República que tome razón de un decreto supremo o de una resolución de un jefe de servicio, que previamente ha sido representado por dicho organismo por estimar que no se ajusta a la ley. El decreto de insistencia solo procede cuando el defecto observado es un defecto de 'legalidad' en sentido estricto, no así cuando el vicio señalado en el oficio de representación es de constitucionalidad.

El fundamento de esta atribución es que, de acuerdo con el funcionamiento del Estado de Derecho chileno, corresponde al Presidente de la República la administración del Estado, por lo que esa autoridad conserva, como regla general, la facultad final de decidir sobre aquellos actos administrativos que la Contraloría ha objetado por contravenir el ordenamiento jurídico.

De esta manera, esta facultad presidencial tiene como exclusivo objeto resolver acerca de la discrepancia surgida entre el Poder Ejecutivo y la Contraloría General respecto a la legalidad del acto administrativo sometido a control, permitiendo que el Presidente de la República, como supremo administrador del Estado, pueda hacer primar su criterio por sobre el del Organismo Fiscalizador.

Sin embargo, dado que se trata de un mecanismo de solución de controversias regulado por la Constitución Política de la República, decreto de insistencia no

debe ser entendido como un instrumento que autorice al Poder Ejecutivo para actuar indiscriminadamente en forma arbitraria, al margen del ordenamiento jurídico, por cuanto conforme a lo dispuesto en la Carta Fundamental. En tal sentido, para impedir que el decreto de insistencia se transforme en un recurso habitual para administrar el Estado, se ha previsto por la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional N°10.336 la obligación de que estos decretos sean firmados por el Presidente de la República y por todos sus ministros de Estado, y que el contralor general envíe copia completa de los decretos de insistencia que se dicten y de sus antecedentes a la Cámara de Diputados. Esto tiene por objetivo asegurar la responsabilidad política.

La finalidad de estas medidas es posibilitar el ejercicio de las facultades del Congreso Nacional para hacer efectivas las responsabilidades que pudieren existir en caso de estimar que se ha hecho uso abusivo del mecanismo en comento, situación que la Carta Fundamental ha procurado evitar. Es por ello que señala ciertas materias sobre las cuales no es posible insistir: A un decreto con fuerza de ley; a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado y a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución. Asimismo, el contralor general no puede dar curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución.

### ***b. Reclamo ante el Tribunal Constitucional***

Si el Presidente de la República no se conforma con la representación de la Contraloría General y decide perseverar en el decreto o resolución representado, puede recurrir al Tribunal Constitucional para que resuelva el conflicto.

## **Emisión de Dictámenes**

### ***1. Concepto***

La LBPA agrega que “Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias” (artículo 3°, inciso sexto, ley 19.880).

La Contraloría General ha sostenido que<sup>33</sup>

Un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a esta entidad autónoma a

<sup>33</sup> Dictamen 34.053/99.

la que, el Capítulo IX de la Carta Fundamental y, en general, el ordenamiento normativo nacional, han encomendado ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo el emitir pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante. Por lo tanto, la obligatoriedad de los dictámenes emana, en último término, de la norma interpretada y de los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento en que este Organismo Contralor nada agrega a la disposición pertinente, limitándose a evacuar un juicio declarativo al respecto.

Además, ha agregado que un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a esta entidad autónoma a la que, el Capítulo X de la Carta Fundamental y, en general, el ordenamiento normativo nacional, han encomendado ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo por cierto el emitir pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante, los cuales son los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa.

De este modo, la función que la Constitución ha encargado a la Contraloría General de la República de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, permite dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima que inspiran el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

Las declaraciones de juicio, constancia o conocimiento constituyen actos de certificación, dan cuenta del cumplimiento de determinados requisitos de hecho y derecho; por lo tanto constituyen una fotografía de un momento dado.

## **2. Fuente normativa**

Los poderes jurídicos dictaminantes de la Contraloría General de la República se desprenden del artículo 98 de la Constitución Política ('ejercer el control de legalidad') y de su propia ley orgánica constitucional (Ley 10.336, artículos 5°, 6°, 9° y 19°), y sus dictámenes constituyen la jurisprudencia administrativa que es vinculante para toda la Administración del Estado sujeta a su fiscalización. Ha sido la propia Contraloría General de la República la creadora de esta figura jurídica, figura que cuenta ya con muy largos años de vida, y que se ha incorporado al ordenamiento administrativo con plena ciudadanía, indiscutida y, además, de gran utilidad práctica para la mayor agilidad y eficiencia de la actividad administrativa.

<sup>34</sup> Dictamen 61.817/06.

Confirman las potestades dictaminantes de la Contraloría General el principio de inexcusabilidad contemplado en los artículos 14 (la Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación) y 41 (en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento) de la ley 19.880.

### ***3. Ejemplos de jurisprudencia que ha hecho una aplicación directa de la Constitución Política***

#### *La irrupción del artículo 8° de la Constitución Política*

Para terminar, quisiera comentar algunos pronunciamientos que han hecho una aplicación directa de la Constitución Política de la República. El primero de ellos tiene importancia a mi juicio, porque trata de un principio que está en pleno desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico y con el cual estamos comenzando a convivir.

Se trataba de una solicitud de reconsideración que planteó el Ministerio de Defensa Nacional respecto de un oficio devolutorio<sup>35</sup> que representó diversos decretos dictados en carácter de secretos. La representación estimó que el nuevo artículo 8° de la Constitución Política de la República debe aplicarse íntegramente por todos los órganos del Estado y que, en tanto no se dicte la ley de quórum calificado que establezca la reserva o secreto de determinados actos administrativos, los decretos y resoluciones de esa Secretaría de Estado deben regirse por la regla general de publicidad contenida en la mencionada disposición constitucional.

La Contraloría recordó que con anterioridad a la ley N° 20.050, nuestro ordenamiento jurídico, consagrando igualmente el principio de publicidad como regla general, admitía, sin embargo, que la reserva o secreto fueran establecidos por normas reglamentarias. En efecto, el artículo 13 inciso undécimo, de la ley N° 18.575, a propósito de las causales que permitían denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos, consignaba entre estas, el establecimiento de la reserva o secreto de los mismos por medio de “*disposiciones reglamentarias*”.

En el mismo sentido, el artículo 16, de la ley N° 19.880, que trata del principio de transparencia y de publicidad, disponía en su inciso segundo el carácter público de los actos administrativos “salvo las excepciones establecidas por (...) *el reglamento*”.

<sup>35</sup> Oficio N° 49.022, de 2005.

Finalmente, a título ejemplar, el artículo 61 letra h) del Estatuto Administrativo, entre las obligaciones de cada funcionario, establece la de guardar secreto en los asuntos que “revistan el carácter de reservados en virtud (...), *del reglamento*, de su naturaleza o por instrucciones especiales”.

Pues bien, conforme al principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y comoquiera que el constituyente resolvió distribuir la competencia en materia de determinación del secreto o reserva radicándola solo en el legislador –con las formalidades de los preceptos de quórum calificado–, con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, *se debe entender que a contar del 26 de agosto de 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva.*

De manera armónica, y refiriéndose a textos de valor infralegal, agregó que los reglamentos que establecen el secreto o reserva y que fueron dictados al amparo de las antedichas normas legales que así lo permitían –tal como consta en los dictámenes N°s. 59.154, de 2005; 5.232, 39.268 y 47.235, todos de 2006, y 23.142 y 31.906, de 2007, entre otros–, *esta Contraloría General ha entendido que dichas normas reglamentarias fueron igualmente derogadas por el artículo 8° de la Constitución Política de la República.*

#### *Restricciones a la libertad de trabajo*

El año 1995 se solicitó a la Contraloría General un pronunciamiento acerca de la procedencia de que un arquitecto desempeñara las funciones de proyectista y contratista de una obra.

La objeción al profesional fue formulada por la Municipalidad de Villarrica, la cual sostuvo que de conformidad con el artículo 13 de la ley N° 7.211, Orgánica del Colegio de Arquitectos, “Ningún miembro del Colegio podrá ser arquitecto y contratista a la vez en obra del mismo propietario”.

La Contraloría General sostuvo que el artículo 19; N°16, inciso tercero, de la Carta Fundamental, prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, siendo una proyección de la igualdad ante la ley. Agregó que el N° 16 persigue precisamente evitar el establecimiento de prohibiciones como las de la especie y añadió que de aceptarse la vigencia del artículo 13 de la ley N° 7.211 “implicaría admitir una discriminación en perjuicio de los arquitectos, sin que exista un fundamento que lo justifique, desde el instante en que se limitaría el libre ejercicio de una actividad al impedir desempeñar los roles de contratista y arquitecto en la obra de una misma persona”. Por ello, este precepto está tácitamente derogado.

## Conclusión

El reconocimiento de estas potestades permite apreciar la importancia que la Carta Fundamental le ha conferido a la Contraloría General de la República para la tutela del Estado de Derecho, ya que a través de ella la Constitución Política confía a la Contraloría General el resguardo del principio de juridicidad, la integridad del patrimonio público, la probidad administrativa y la tutela los derechos fundamentales frente a la Administración del Estado.

Una de las funciones trascendentales que el Estado de Derecho le reconoce a la Contraloría General lo constituye la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

Esta potestad, que importa en no pocos casos una creación intelectual, permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable.

Para que opere el Estado de Derecho no basta con la existencia de un texto constitucional y de leyes formalmente establecidas. Es indispensable la existencia de mecanismos y procedimientos especializados y expeditos de solución de conflictos, que colaboren con la Administración del Estado, que fijen el sentido y alcance de las normas jurídicas y que, de ser necesario, sean capaces de actuar para impugnar los actos que sobrepasen al Derecho.

De este modo, con la labor interpretativa de la Contraloría General se facilita que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública se transformen, a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada, en normas específicas de conducta, con lo que el Estado de Derecho gana en eficacia, atribuyéndole a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, un sentido y alcance concretos que van más allá del tenor explícito del propio texto.

## Bibliografía

Fernández, Miguel Angel. *Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia*, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. VII, diciembre 1996, pp. 47-52.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, decimotercera edición, 2006, Madrid, p. 458.

En particular, Eduardo García de Enterría analiza este tema en el libro *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Civitas, tercera edición, 2006, Madrid, pp. 281-308.

Ríos, Lautaro. *Contiendas de competencia*, en *Gaceta Jurídica*, N°168, 1994. Mario Verdugo, *Notas a un acuerdo del Senado*, en *RDP*, N°59, enero-junio de 1996, tomo II.

Soto Kloss, Eduardo. *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en *La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1977).

Vedel, George. *Droit Administratif* (1964). Presses universitaires de France (3<sup>e</sup> édition) Paris. Traducido por Eduardo Soto Kloss. Separata de clases.