

Controles administrativos

Día 1 – Panel 4

Tabla de contenido

I.	La Contraloría General de la República: su necesario perfeccionamiento Constitucional.....	3
II.	La Configuración de un Órgano de Control para tutelar el Derecho a la Autodeterminación Informativa en la nueva Constitución.....	6
	Primera Parte: De la Protección de Datos a la Autodeterminación Informativa ...	6
	Segunda Parte: Los Órganos de Control o Agencias Reguladoras Independientes en Chile.....	10
	Las Superintendencias y otras entidades similares	10
	Autonomías Constitucionales.....	12
	Entidades Colegiadas	12
	Tercera Parte: Consideraciones finales (preliminares)	13
III.	Control y Rendición de Cuentas para todos. Un sistema general y un cambio en la Contraloría	15
	Consideraciones previas. Consagración, relevancia y defectos del control jurisdiccional de la Administración del Estado	19
	El caso del asunto litigioso.....	22
	Conclusiones	26
	Bibliografía.....	27
	Doctrina.....	27
	Jurisprudencia Administrativa	29
	Jurisprudencia Judicial.....	30

Otros 30

I. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: SU NECESARIO PERFECIONAMIENTO CONSTITUCIONAL

José Luis Lara Arroyo

En primer lugar, es motivo de profundo honor participar en estas nuevas Jornadas de la Asociación de Derecho Administrativo (ADAD) cuyo título refiere a la coyuntura del Derecho Administrativo y la Constitución, circunstancia que nos inunda por estos días y nos motiva a revisar la necesidad/conveniencia de perfeccionar la regulación constitucional de una de los órganos quizá más influyentes en el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo Contemporáneo, esto es, la Contraloría General de la República, en aspectos tan relevantes como su autonomía, el mecanismo de nombramiento del Contralor General, su organización y atribuciones primordiales, para resguardar efectivamente nuestro Estado de Derecho y una buena Administración del Estado.

En dicho contexto disciplinar, resulta indudable la importancia que ha tenido la Contraloría General de la República en el modelamiento de nuestro sistema institucional. En efecto, dicho organismo reconoce sus orígenes en nuestro Derecho castellano indiano a partir de las denominadas “contadurías mayores de cuenta” erigidas como un órgano de control de la Corona Española frente al quehacer de sus funcionarios en sus dominios en América que, incluso efectuaba una suerte de toma de razón de los decretos que implicaban gastos. Sin embargo, no es sino hasta comienzos del Siglo XX -y más específicamente con la denominada Misión Kemmerer- que se va configurando una entidad superior de control como hoy la conocemos en nuestro país.

La aludida comisión presidida por el profesor de Economía Edwin Kemmerer, que visitó distintos países latinoamericanos impulsada por el gobierno norteamericano, para efectuar un diagnóstico sobre la estabilidad institucional de las nacientes repúblicas, propuso en 1925 la creación de un organismo de control

que no se limitara únicamente al control de cuentas o financiero contable -como habían sido hasta ese momento las contadurías y sigue siéndolo en la mayoría de las contralorías a nivel comparado- sino y por sobre todo, a efectuar un control de juridicidad/legalidad de los actos de la Administración del Estado mediante el llamado “trámite de la toma de razón”. De esta manera en marzo de 1927 se publica el DFL 400 bis que crea la Contraloría General de la República “para la organización de los dineros fiscales” pues se hablaba de una profunda crisis moral.

Posteriormente, durante la década del 40 y más específicamente el año 1943, la Contraloría General recibe su sanción orgánica y en 1952 se dicta su Ley 10336, enseguida, a partir de la CPR de 1980 viene su consagración constitucional, reconociendo como función principal la toma de razón (función preventiva de juridicidad). Dicha función jurídica caracteriza a la Contraloría junto con la potestad dictaminante, fiscalizadora y la ya tradicional de control financiero-contable a través del denominado juicio de cuentas (función jurisdiccional). Todo lo anterior, ha permitido a la Contraloría General asumir un rol fundamental en el control de la Administración y un exquisito sucedáneo de la ausencia de los tristemente célebres “tribunales de lo contencioso-administrativo” previstos en el artículo 87 de la Constitución Política de 1925 que a la postre nunca fueron creados. Sin embargo, el devenir del actuar de Contraloría General de la República no ha estado exento de dificultades canalizadas en diversas posiciones respecto del alcance de la función fiscalizadora, llegándose incluso a plantearse la necesidad de suprimir el trámite de la toma de razón, reduciendo su ámbito de acción más bien a su tradicional control financiero contable. Una de las principales razones que justifican las discusiones en torno al rol de Contraloría en nuestro ordenamiento, se sustentan en la asimetría existente entre la regulación constitucional y el pormenorizado tratamiento que de la misma dispensa su Ley orgánica, sin perjuicio de la potestad instructora interna del Contralor General.

De ahí y sin más, nos abocaremos a dar algunas ideas -a título de preludeo de una discusión mayor- respecto de aquellos aspectos que estimamos debieran

ser objeto de una modificación y por qué no decirlo, un perfeccionamiento constitucional.

II. LA CONFIGURACIÓN DE UN ÓRGANO DE CONTROL PARA TUTELAR EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Emilio Oñate Vera

El trabajo que se propone exponer se divide en tres partes, la primera analiza el origen y desarrollo de la protección de datos en la Europa continental y en algunos países latinoamericanos y como esta se ha insertado en la aún vigente Constitución chilena, hasta su evolución, en lo que en la actualidad se ha denominado la Autodeterminación Informativa. La segunda parte aborda como se configuran los órganos administrativos regulatorios en el modelo institucional chileno, con el objeto de tener un panorama general en lo relativo a sus niveles de independencia y autonomía, especialmente en lo referente a si la designación de su titular es exclusiva del poder ejecutivo, intervienen otros poderes del Estado o existe algún otro sistema público y transparente de concursabilidad, además se analizará si son entidades unipersonales o colegiadas y si deberán regular o no de manera exclusiva la protección de datos (actualmente está en tramitación en el Senado un proyecto de ley que le asigna la calidad de órgano de control en materia de protección de datos al Consejo para la Transparencia, lo que supondría tener una entidad con funciones mixtas, que además de regular la protección de datos se aboque al derecho de acceso a la información pública). En la tercera parte se propone cual es el diseño más adecuado para estructurar una autoridad en Chile para que promueva y regule el derecho a la protección de datos personales.

Primera Parte: De la Protección de Datos a la Autodeterminación Informativa

La protección de datos en el marco de la tradición jurídica europea surge paralelamente con el desarrollo de la computación y el tratamiento de la información.

La primera respuesta relevante a la potencial amenaza de la informática a la vida privada de las personas, que impulsó la creación de normas específicas que rigieran la recolección y el tratamiento de información personal, se presenta en 1968 cuando las autoridades del *Land* de Hesse (Alemania), deciden aumentar la eficiencia de la administración pública mediante la automatización de los procesos, para lo cual se designó una comisión ad hoc. Como resultado de ello, se dicta la Ley de protección de datos del *Land* de Hesse, primer cuerpo normativo en el mundo en regular los datos personales en poder de los órganos públicos.

Algunos años más tarde se dictaría en Suecia, en 1973, la primera ley con alcance nacional en regular la protección de datos personales. Con posterioridad a la normativa del *Land* Hesse, Alemania también establece su primera ley nacional sobre protección de datos en el año 1977, legislación que también por primera vez puso el foco en el procesamiento de datos en el sector privado, basándose en el principio de prohibición general de tratamientos de datos de carácter personal salvo que la ley lo autorizara o existiera consentimiento del titular de estos.

En el ámbito latinoamericano, Colombia en su Constitución de 1991, incorporó de manera expresa el derecho de toda persona de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido en bases de datos, derecho garantizado constitucionalmente y, por consiguiente, resguardado por la Corte Constitucional a través de una acción de tutela, que estableció los principios y parámetros del Hábeas data, ésta Carta dispuso en su artículo 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Luego, en el año 2012 se dicta la Ley N° 1581, ley de rango estatutario (superior a la ley ordinaria) que consagra el régimen general de protección de datos aplicable a todos los sectores de la economía, incluyendo los datos gestionados por el sector público. A continuación, en el año 2013, se dicta el Decreto 1377 que complementa la Ley N° 1581 en lo relativo al consentimiento del titular de los datos, el tratamiento de los responsables y encargados de los datos, así como la transferencia de los datos personales, entre otras materias.

En México, la protección de datos personales está establecida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de estos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley. Así, la Constitución impone obligaciones a las personas físicas o jurídicas que utilizan datos personales y le otorga el derecho a toda persona física de decidir sobre quién puede tratar sus datos personales y para qué fines.

El Estado Mexicano suscribió y ratificó diversos tratados internacionales relacionados con la protección de datos, incluyendo el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, celebrado en Estrasburgo, Francia, el 28 de enero de 1981, así como el Protocolo Adicional de fecha 8 de noviembre de 2001, los cuales entraron en vigor en México el 1° de octubre del año 2018.

Un aspecto a destacar en la regulación de la protección de datos personales en México y sobre el cual profundizaremos en el desarrollo de este trabajo, dice relación con la autoridad de control en la materia, en efecto, el órgano encargado de verificar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos – INAI, que como su nombre lo indica verifica y regula no solo la protección de datos si no también el acceso a la información pública, es decir, dos derechos que interactúan entre sí. El INAI es un órgano autónomo constitucional, es decir tiene independencia de los poderes públicos y goza de independencia funcional y financiera.

Si bien Chile fue pionero en Latinoamérica en dictar una ley sobre protección de datos con la entrada en vigor de la Ley N° 19.628 sobre protección a la vida privada, resulta evidente que esta ley ha quedado desactualizada, no solo por la irrupción de las redes sociales y el desarrollo de las TIC, el *big data* y la Inteligencia Artificial, que han permitido que tanto entidades públicas como privadas almacenen una infinidad de datos de las personas, los que además son tratados sin que existan mecanismos de tutela o garantía adecuados para sus titulares. Si no también, porque a diferencia de la mayoría de los países de la región, recién en el año 2018 se reconoce como derecho fundamental la protección de datos personales, reconocimiento que significó dotar a su titular de la acción de protección, pero que hasta la fecha no ha sido ejercido, no habiéndose presentado recurso de protección alguno invocando la afectación de este.

El texto que se plasmó en el N° 4 del artículo 19 con la Ley 21.096 del 16 de junio de 2018 fue el siguiente: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y asimismo la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

Esta redacción constitucional, a continuación de la expresión “*asimismo*”, le reconoce a la protección de datos, tal como lo había hecho la doctrina y los

ordenamientos jurídicos comparados, independencia y autonomía, dotándolo de un contenido y alcance propios. Reconociéndolo no solo en su dimensión negativa, para que no se utilicen esos datos sin el consentimiento de su titular, sino que, en su dimensión positiva, esto es el derecho a disponer de los mismos, consagrando así la libertad de los datos o la autodeterminación informativa, noción que va mucho más allá de la indisponibilidad de la información sin el consentimiento de su titular, permitiéndole a éste controlar aquellos datos que han dejado de estar bajo su dominio directo, pudiendo incluso perseguirlos.

Segunda Parte: Los Órganos de Control o Agencias Reguladoras Independientes en Chile

La denominación de Agencias Reguladoras Independientes si bien no es explícita en el ordenamiento jurídico administrativo chileno, ya que la legislación que regula la materia, esto es, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, solo distingue entre servicios públicos centralizados y descentralizados, y la configuración administrativa dependiendo de la independencia que éstos tengan del Presidente de la República, los denomina órganos autónomos constitucionales o legales, según la habilitación y funciones que les otorga la Constitución y la ley, la configuración de una agencia reguladora independiente en el sistema chileno puede asumir tres modelos: a) Superintendencias; b) Autonomías constitucionales y c) Entidades colegiadas.

Las Superintendencias y otras entidades similares

Las Superintendencia son un servicio público descentralizado dirigido por una autoridad unipersonal, son expresión de la evolución de un Estado prestador de servicios públicos hacia uno que regula a las entidades privadas encargadas de otorgar esas prestaciones públicas, fenómeno que se generaliza con las privatizaciones de las empresas del Estado durante la década de los ochenta. Es decir, las superintendencias regulan un sector que realiza una determinada prestación que se considera relevante en el ámbito de las necesidades públicas a

satisfacer por el Estado y que éste ha delegado en los privados quedando afectos a su regulación. En el diseño institucional chileno es posible distinguir las siguientes superintendencias; la Superintendencia de Seguridad Social SUSESO; Superintendencia de Electricidad y Combustibles SEC; Superintendencia de Educación SUPEREDUC; Superintendencia de Educación Superior SESUPERIOR; Superintendencia de Insolvencia y Re emprendimiento SUPERIR; Superintendencia de Servicios Sanitarios SISS; Superintendencia de Salud SUPERSALUD; Superintendencia de Medioambiente SMA; Superintendencia de Pensiones SPENSIONES y Superintendencia de Casinos de Juegos SCJ. A estas se suman otros organismos descentralizados que si bien no se denominan superintendencias también ejercen funciones regulatorias sobre determinados sectores especialmente en el ámbito económico, es el caso de la Comisión para el Mercado Financiero CMF que absorbió a la anterior Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Fiscalía Nacional Económica FNE, el Servicio Nacional del Consumidor SERNAC, el Servicio Nacional de Aduanas SNA, el Servicio de Impuestos Internos SII y la Comisión Nacional de Energía CNE. Estos servicios o comisiones descentralizadas como se ha dicho también realizan funciones de regulación en el ámbito económico al igual que las superintendencias, sin embargo, se diferencian de aquellas por cuanto se distribuyen competencias para proteger un interés de forma transversal, en cambio las superintendencias tienen un diseño institucional en que sus funciones están compartimentadas, focalizando su ámbito de actuación sobre una determinada industria o sector a regular. Por ejemplo, las superintendencias podrán fiscalizar a las administradoras de pensiones, a las universidades o a las empresas de distribución eléctrica en el ejercicio de las funciones que les son propias, en cambio la FNE podrá fiscalizar a cualquiera de ellas si se han coludido para la fijación de precios o el SII podrá fiscalizar también a cualquier sector regulado si ha evadido impuestos.

Autonomías Constitucionales

Otra de las categorizaciones que en el sistema chileno admiten las agencias regulatorias independientes son las denominadas autonomías constitucionales, especialmente dos; el Banco Central (BC) y la Contraloría General de la República (CGR), que tienen su origen en la misión Kemmerer, misión que configuró un diseño institucional que buscaba limitar la influencia del Poder Ejecutivo sobre la Administración Pública, fomentando un compromiso de largo plazo respecto del volumen de gasto público. Estos órganos constitucionalmente autónomos gozan de amplios niveles de independencia del ejecutivo, ejerciendo funciones de fiscalización. El Banco Central regula la cantidad de dinero en circulación y el crédito en la economía, de manera que sean suficientes para que las personas, empresas e instituciones hagan sus transacciones. Tratándose de la Contraloría, su función reguladora es variada, por ejemplo, en materia de tarifas de servicios básicos, por cuanto los decretos tarifarios están sujetos al trámite de toma de razón que es de su exclusiva y excluyente competencia.

Entidades Colegiadas

En este tercer grupo se encuentran entidades que intervienen en ámbitos propios de la regulación económica, son dirigidos por un cuerpo colegiado y su diseño institucional busca establecer mecanismos de independencia formal respecto del Poder Ejecutivo. Es el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia TDLC, el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos PELGE y el Consejo para la Transparencia CPLT. Un elemento en común que tienen es que fueron impulsados por la incorporación de Chile a la OCDE, para mejorar la institucionalidad regulatoria del país dotándola de mayores niveles de independencia. Eso sí, el diseño institucional de estos organismos es diverso, en efecto mientras el CPLT es un organismo legalmente autónomo que forma parte de la estructura de la Administración del Estado, el TDLC es un órgano jurisdiccional y así también es considerado el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos PELGE. No se incluyeron en esta categorización a otros tribunales

especializados, como por ejemplo los tribunales ambientales, porque a diferencia del TDLC y del Panel, aquellos no tienen potestades normativas para establecer reglas de aplicación general, más allá de la resolución del caso concreto. Por otra, el nombramiento de buena parte de los ministros del TDLC corresponde al Banco Central, mientras que el nombramiento de los ministros del Panel de Expertos corresponde al TDLC.

Tercera Parte: Consideraciones finales (preliminares)

De lo que se expondrá, pareciera aconsejable que el derecho a la protección de datos personales se reconfigure en el nuevo texto constitucional, no solo para mejorar su conceptualización a través de la expresión de autodeterminación informativa, si no para consagrar con rango constitucional su contenido, reconociendo los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), así como los principios de licitud y consentimiento.

Igualmente, la nueva Constitución debiera disponer que a través de la respectiva ley se estructurará una entidad u órgano de control encargado no solo de proteger y fiscalizar tanto a instituciones públicas como privadas sobre el cumplimiento efectivo del respeto a la autodeterminación informativa como derecho fundamental, sino además se encargue de su promoción y del desarrollo de acciones preventivas para su adecuado resguardo.

De la revisión realizada es posible colegir que los órganos de control o agencias reguladoras independientes en Chile tienen un alto grado de especialización, encontrándose restringido su ámbito de intervención sobre un mercado, industria o interés específico. Su diseño institucional responde al de un servicio público funcionalmente descentralizado, en la mayoría de los casos con una autoridad unipersonal que las dirige, designada por el ejecutivo, observándose una tendencia en los últimos años a que el proceso de selección de dicha autoridad se realice a través del Sistema de Alta Dirección Pública.

Por consiguiente, para la estructuración de un órgano de control para la protección de datos en Chile, resulta indispensable concebirla como un órgano de control o una agencia regulatoria independiente con altos estándares de especialización y con un diseño de gobierno, sea unipersonal o colegiado, que no se vea afectado por los cambios de gobierno, que goce de inamovilidad y que las causales de remoción estén taxativamente establecidas en la respectiva legislación, de forma tal que en la designación de su titular intervenga otro poder del Estado.

Pareciera que lo más aconsejable sobre su ámbito competencial es que éste sea acotado a salvaguardar un interés específico o regular un sector económico o industria más bien determinado, por lo que no parece lo más conveniente que al CPLT se le asigne la función de tutelar la protección de datos de carácter personal, por cuanto desde su creación, sus funciones han estado focalizadas en regular y promover la transparencias y el acceso a la información pública, por lo que se propone un diseño bajo lo que se denominará un sistema único, que como se pretende demostrar en el presente trabajo es también mayoritario en la experiencia comparada.

III. CONTROL Y RENDICIÓN DE CUENTAS PARA TODOS. UN SISTEMA GENERAL Y UN CAMBIO EN LA CONTRALORÍA

Alicia de la Cruz

La construcción de una nueva institucionalidad cuya génesis surge de expresiones de descontento y violencia, debe llevarnos, necesariamente a repensar con seriedad la magnitud del quiebre y la forma de enfrentarlo.

Sociólogos, filósofos y politólogos están, sin duda, quebrándose la cabeza buscando los verdaderos y más profundos orígenes de esta ruptura. Para quién no es más que profesional del derecho, esencialmente, en la función pública, lo más importante es el restablecimiento del orden y el imperio del Estado de Derecho sea cual sea la institucionalidad a la que se arribe en la nueva Carta Fundamental.

En efecto, más allá de los diagnósticos a los que los que se lleguen alguna vez los sabios pensadores, a nadie le cabe duda de que las más importantes instituciones del país se han visto cuestionadas y hasta repudiadas; partiendo por los partidos políticos, la presidencia, los parlamentarios y hasta los órganos de control jurisdiccionales o no. En buenas cuentas, las grandes instituciones del Estado, los poderes mismos, evolucionaron al punto de caer en el descredito. Habrá, tal vez, que repensar el sistema de gobierno que queremos darnos, la estructura de los nuevos órganos que ejercerán el poder. Pero, en lo que no habría que dudar es que, para evitar que esto ocurra de nuevo, uno de los elementos importantes está en el control y la rendición de cuentas. Sin distinción.

Control, control y más control. No significa entorpecimiento. Control significa evitar el retroceso, avanzar sin sufrir los elevados costos que implican la mala gestión, por los motivos que sean, que llevan, necesariamente, a conflictos de legitimidad y con ello, nuevamente al retroceso.

Ningún poder, ningún órgano del Estado debería estar ausente del control; el sistema de separación de poderes no implica que cada poder tenga total soberanía. Los poderes del Estado deben funcionar en equilibrio, con pesos y contrapesos, controlándose entre ellos.

No quiere decir que un poder intervenga en el otro, pero dos de ellos pueden controlar al tercero evitando el descrédito de cualquiera de ellos. ¿Por qué el Poder Judicial no tiene control, más allá del presupuestario que, no digamos que es tan intenso? Si un tribunal sistemáticamente falla contra ley por puro voluntarismo debería, ante todo, ser expuesto y, eventualmente, sancionado. Y eso no lo van a hacer sus pares.

Si los parlamentarios legislan contra la Constitución y la ley, si actuando contra su deber de propender al bien común, solo se dedican a bloquear políticas públicas, deberían también ser expuestos, controlados y no solo individualmente sino como institución. Bien podría ser que el Ejecutivo y el Poder Judicial podrían disolverlos y, ciertamente, sus órganos de control interno deberían tener la fortaleza, al menos, de la independencia.

Se requiere de entender un sistema de control que abarque todos los ámbitos, también aquellos que siempre han quedado ausentes del mismo. ¿Por qué el Banco Central no utiliza el sistema de compras públicas? No se trata de intervenir en el control monetario que se le ha encomendado (supongamos que eso no cambiará) pero ello no debería excluirlos del Control.

Tampoco se entiende por qué la Contraloría no pueda ser controlada, tanto en su gestión contralora y fiscalizadora, como en su gestión interna como institución. Por supuesto, el control institucional dependerá, en buena medida del sistema de gobierno que asumamos. Si se opta, por ejemplo, por un parlamentarismo, la Contraloría bien podría rendirle al parlamento. Al tiempo que, junto con el Consejo de Auditoría General de Gobierno podrían supervisar la fiscalización parlamentaria.

En definitiva, los dos clásicos ejes de Control, el interno y el externo deberían reforzarse. No es necesario cambiar radicalmente las instituciones de control, ni elevarlas todas a rango constitucional, para que en ese pináculo se hagan intocables. Se trata de reforzar las funciones que tienen sin que se dupliquen ni bloqueen. Y, por supuesto, que duda cabe, debe mejorarse el ineficiente sistema de contiendas de competencias y la resolución de estas, entra los distintos órganos del Estado y muy especialmente entre los contralores y juzgadores, evitando así el fishing jurisdiccional, que tanto entorpece la gestión.

Tanto la resolución de controversias competenciales como los ejes de control podrían estar reconocidos en la Constitución. El Consejo de Auditoría General de Gobierno debería elevarse a rango legal otorgándosele la supervisión de los órganos de control interno de toda la administración; supervisión que debería hacerse en armonía con la Contraloría, cada una en su ámbito. El control interno debe mirar la institucionalidad informal, aquella en la que se pueden anquilosar las malas costumbres con el “siempre se ha hecho así” mientras la Contraloría debe verla por la institucionalidad formal...el resultado y la correcta interpretación y aplicación de la ley. Desde esa perspectiva, bien podría sincerarse el papel jurisdiccional que la contraloría ha venido ejerciendo, transparentando sus procedimientos y garantizado un debido proceso; siempre con la última palabra dada por la Corte Suprema. Si en cien años no se crearon los tribunales del contencioso administrativo general, en buen parte fue porque la Contraloría suplió su papel. ¿Porque, mejorar lo que hay tomando en cuenta que es más barato y ahí está el conocimiento?

Algo semejante se podría dar con la Toma de Razón. Si se transparenta y se hace participativa especialmente en la revisión reglamentaria, una posible intervención de la Jurisdicción Judicial debería hacerse más leve, más deferente. A cambio, menos participación y menos transparencias deberían reforzara la revisión de los tribunales superiores a partir de un recurso de protección modificado al efecto, o de un nuevo recurso creado para este fin.

Para esto, la Contraloría debería también modificar su gobernanza interna transitando hacia un personalismo controlado. Un contralor con un consejo; un consejo de especialistas. No un gobierno de consejo que, han dado prueba de politización, sino un consejo experto que asesore, en lo pertinente, al Contralor. Ese consejo bien podría ser constituido por los jefes de División de la Contraloría.

Estos últimos, a su turno, deberían ser nombrados a través del sistema de alta dirección pública estableciéndose requisitos permanentes que no dependan ni del gobierno, ni del contralor de turno.

Por supuesto, el Tribunal de Cuentas debería salir de la Contraloría y refugiarse en el que es su hábitat natural, los Tribunales de Justicia y la función de contabilidad, desaparecer porque, al cabo esa está, hace mucho, radicada en la Dirección de Presupuestos.

Una Contraloría reforzada debería ser el organismo técnico asesor en control por esencia; trabajando de la mano con el Consejo para la Transparencia y con un eventual defensor del pueblo que bien podría ser parte del mismo órgano contralor. Así se aprovecha el conocimiento de juridicidad y fiscalizador de una institución de larga data como es la Contraloría. No es necesario ponerse tan creativos, un órgano tan poderoso como es nuestra Contraloría no puede desaparecer por ingenio o pura voluntad. Hay que mejorarla, como hay que mejorar todo el sistema de control y de rendición de cuentas. Esta puede ser la oportunidad; si se deja pasar, será un elemento más a tener en cuenta, si no queremos vivir largos tiempos de incertidumbre; tan dañinos para el desarrollo y el bienestar general

Comentario acerca de la suficiencia del artículo 38 i. II de la Constitución Política de la República en materia de control jurisdiccional de la Administración del Estado en relación al caso del asunto litigioso y la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República

Sofía Cisterna Manzur^{1*}

Consideraciones previas. Consagración, relevancia y defectos del control jurisdiccional de la Administración del Estado

La Administración del Estado, dado su fin principal y directo de velar por el interés general de la comunidad y satisfacer las necesidades públicas, presenta caracteres muy particulares. En efecto, no constituye una novedad mencionar que esta cuenta con una serie de privilegios en su actuación, los cuales le permiten imponer sus decisiones aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. Frente a lo anterior, se genera un contrapeso institucional, el cual se traduce en el sometimiento constante de la misma a una variedad de controles.

En este sentido, es posible identificar la existencia y el desarrollo en el ordenamiento jurídico nacional de tres controles sobre la Administración del Estado. Estos vienen dados por: (i) un control administrativo (interno; efectuado por la propia Administración Pública y uno de carácter externo, realizado principalmente por la Contraloría General de la República), (ii) un control efectuado por el poder legislativo (radicado de manera predominante en la Cámara de Diputados), y (iii) un control jurisdiccional (ejercido propiamente por el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios y especiales). Particularmente, de la relación entre el control jurisdiccional y el control administrativo externo, conviene puntualizar ciertas cuestiones.

En relación al control jurisdiccional, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha señalado: “[N]o existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional. (...) Solo vale como Estado de Derecho, por demás, aquel donde hay cabida al control jurisdiccional sobre la Administración”. Se erige así, no solo como elemental

para lograr la mantención de la Administración dentro de ciertos márgenes de juridicidad, sino también como pilar fundamental del Estado en su totalidad.

Desde otra línea, las resoluciones de los tribunales de justicia también destacan por su propia naturaleza y es que estos, al sentenciar sobre diversos aspectos en materia de control administrativo, agotan el componente jurídico de estos conflictos. Cuestión que se fundamenta en la propia función -jurisdiccional- desarrollada por los mismos (art. 76 i. I, Constitución Política de la República) y, en virtud de la cual, conceden certeza jurídica al sistema de control en materias en que la regulación se torna particularmente insuficiente.

Con todo, esta seguridad jurídica, que por su propia naturaleza el control jurisdiccional de la Administración debe proveer, se ha tornado ilusoria en ciertos supuestos de nuestra historia constitucional y, aún hoy en día, como veremos. En efecto, los complejos antecedentes históricos que ha presentado este control en lo que refiere a su consagración constitucional, provienen desde el mítico artículo 87 de la Constitución del año 1925, que otorgaba competencia a los Tribunales Administrativos para resolver las reclamaciones que se interpusieran contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no estuviera entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes.

Este precepto -con influencia del modelo francés- se presentaba como el vehículo jurídico correcto para resolver las controversias que se suscitaban a propósito de estas materias, pero al relegar la determinación de su organización y atribuciones al legislador, devino en un fórmula inútil en tanto esta ley nunca se concretó. A partir de ello, los tribunales ordinarios conforme a una interpretación restrictiva, reclamaron incompetencia respecto del conocimiento de estas materias quedando en indefensión los reclamantes y generando un problema jurídico y práctico complejo.

Un nuevo texto constitucional, en principio, tampoco logró resolver este conflicto, pues la primera redacción del artículo 38 i.II contemplaba la competencia de los tribunales contencioso administrativos para conocer de estas materias, con todo, esta parte de la disposición se eliminó. Mas, la falta de creación y regulación de un contencioso administrativo general y, por consiguiente, la ausencia de determinación de la competencia de tribunales especializados en esta materia, otorgó a los tribunales ordinarios de justicia una competencia residual o, más bien, general, para juzgar a la Administración.

El vehículo jurídico que permite llevar esto a cabo corresponde al actual artículo 38 i. II de nuestra Constitución que prescribe: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley (...)”. De esta manera, aun cuando la determinación del constituyente resultó ser la adecuada en orden a resguardar a quienes, siendo lesionados en sus derechos por la Administración, no tenían un tribunal competente al cual acudir, esta terminó generando un sistema descuidado en su consagración, salvo en determinados casos específicos pertenecientes a la llamada “justicia de *boutique*”, en que se otorga la competencia a un tribunal especial para conocer de determinadas materias y que ha generado una multiplicidad de textos normativos, que consagran procedimientos contenciosos administrativos especiales, generalmente reservados para materias técnicas específicas.

Por ello, parece ser que en el marco de un proceso constituyente y, considerada la particular naturaleza de la actividad administrativa y del control que recae sobre la misma, este defecto debe subsanarse. Ahora bien, para demostrar la importancia de la determinación específica de competencias en este ámbito, se pretende exponer el caso relativo al asunto litigioso como causal de abstención en el marco de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República (CGR), parte del control administrativo de la Administración.

El caso del asunto litigioso

La Contraloría General de la República asume el llamado control de legalidad externo de los actos de la Administración del Estado. Para efectos de desarrollar esta función, el ordenamiento le provee de diversos mecanismos, dentro de los cuales se encuentra la potestad dictaminadora, que se traduce en “una facultad de interpretar la legalidad administrativa (...) [determinando] la manera en que la legalidad se aplica a una situación específica”.

Con todo, la Contraloría carece de competencia para ejercer esta facultad en los casos en que existen asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia (artículo 6° i. III de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, LOCCGR). En este marco, la expresión relativa a los asuntos litigiosos ha sido, a lo largo de los años, objeto de disputas entre la CGR y los tribunales de justicia. Lo anterior, en tanto no aparece como un límite claro a la facultad dictaminadora, fundamentalmente por el hecho de no despejarse a qué se refiere exactamente el precepto en comento.

En efecto, si el significado del mismo hace referencia a todos los asuntos que son susceptibles de ser revisados por un tribunal de justicia en materias contencioso administrativas, esta competencia general tiene el efecto de hacer desaparecer la facultad dictaminadora, dado que, como ya fue señalado, el actuar de la Administración está siempre sujeto a la revisión jurisdiccional. Incluso, más allá del ámbito del control de la Administración, y en palabras de Contraloría: “el solo hecho que una materia sea susceptible de ser debatida en sede judicial, no constituye un motivo plausible para atribuirle tal carácter [litigioso, dado que] todo asunto de relevancia jurídica puede ser, eventualmente, discutido en el ámbito jurisdiccional”.

Como contrapartida, si no se asocia a esta idea, se producen una multiplicidad de criterios que, con ánimo de desentrañar lo propiamente litigioso por parte de CGR, producen que, en el plano fáctico, este órgano conozca materias que

aparecen muy ligadas al conocimiento que corresponde propiamente a los tribunales en materia de contencioso administrativo. Lo anterior, generando, naturalmente, un enfrentamiento entre estos órganos del Estado.

Ahora, planteada esta idea, hay que recordar que lo relevante de esta discusión no es determinar si es que un dictamen que se pronuncie sobre asuntos litigiosos podrá dejarse sin efecto, pues como ya se comentó, por la propia naturaleza de la función jurisdiccional, un dictamen podrá siempre ser impugnado, y en su caso, anulado, si los órganos jurisdiccionales resuelven que este no se ajusta al ordenamiento jurídico. Al contrario, su importancia aparece en un estadio anterior, en la distribución de competencias que tendrán en relación con el control de la Administración, atendidos los términos en que se conjugan las normas ya citadas (artículo 38 i. II de la Constitución y 6° i. III de la LOCCGR).

En este sentido, surge la pregunta acerca de cuál será un límite de utilidad que permita compatibilizar el control ejercido por ambos órganos. Entendiendo por tal, uno que permita dirimir a que asuntos contencioso administrativos en los cuales se produce una incerteza pertenecen al ámbito de atribuciones de Contraloría. Lo anterior, en tanto este ente fiscalizador y los tribunales de justicia comparten un ámbito de control respecto al mismo sujeto, con efectos que podrán ser relativamente similares *in natura*, si se considera la obligatoriedad que producen los dictámenes en relación a los funcionarios involucrados y, en menor medida, pero aun así considerable, la aptitud de generar jurisprudencia administrativa que este órgano posee a través del desarrollo de la potestad dictaminadora.

Así, de una revisión de la jurisprudencia administrativa, se extrae que existen al menos tres criterios distinguibles que permiten la abstención de Contraloría. A saber: (i) los casos en que el asunto se encuentra sometido al efectivo conocimiento del tribunal estando pendiente de resolución por parte de este o habiendo existido sobre el mismo una sentencia judicial que ha resuelto el problema jurídico de fondo sometido a su conocimiento, (ii) los casos en que existe una disposición legal o

constitucional que determina cual será el tribunal competente para conocer el asunto y, (iii) los casos en que el asunto reviste el carácter de controvertido y/o presenta elementos de hecho que se deben probar.

De ellos, aparece como un criterio confluyente en la determinación del asunto litigioso, tanto por la Corte Suprema, como por los pronunciamientos de Contraloría (y aún por la doctrina), el relativo a los casos en que existe una disposición legal o constitucional que específicamente otorgue la competencia a un tribunal de justicia para que conozca del asunto (por ejemplo, el procedimiento expropiatorio regulado por el DL 2.186 y la remisión de la Constitución Política de la República; el procedimiento ejecutivo de cobranza administrativa y judicial de las obligaciones tributarias regulado por el Código Tributario, determinación de indemnización de perjuicios de diversa índole, entre otros). En estos casos, la abstención de CGR se produce de inmediato, sin dar lugar a mayor controversia (*vid.* Dictamen 997 de 11 de Mayo de 2021; Dictamen E22948 de 29 de Julio de 2020; Dictamen 61.073 de 31 de Julio de 2015, entre otros).

Lo anterior resulta relevante, en tanto se presenta como una clave que nos permite observar una manera de desarrollar un sistema de control eficiente y acorde con las garantías de certeza jurídica, ante un supuesto que no aparece definido en la norma legal y que depende de una determinación por parte de CGR. En efecto, la regulación de competencias específicas en esta materia aparece como una forma de resolver el problema de fondo del asunto litigioso, otorgando mayor claridad a los interesados y evitando pronunciamiento dobles (y conflictos de competencia) que parecen entorpecer el sistema de control.

De esta manera, ya en miras al examen general de esta exposición, es importante puntualizar la aseveración inicial realizada en atención al control jurisdiccional. A saber: parte de la importancia de la existencia del control jurisdiccional de la Administración del Estado radica en conceder, a quien esté en posición de solicitarlo, la posibilidad de acceder a él y ver satisfechas sus

pretensiones. Mas, el éxito de esta clase de control -y de la armonía con el resto de los órganos-, se traduce en generar un sistema ordenado que permita a cada órgano conocer claramente el ámbito de competencia de sus atribuciones, cuestión que aparece al debe a lo largo de nuestra historia constitucional.

En definitiva, el artículo 38 i. II de la Constitución resolvió el problema del control jurisdiccional de la Administración, en el supuesto del efectivo conocimiento del tribunal, dado que concede la acción al interesado y otorga la competencia a los tribunales de ordinarios de justicia. Con todo, sus efectos, la falta de creación y determinación de competencias de los tribunales contencioso administrativos aparecen como un defecto del sistema de control en abstracto que lo hacen insuficiente y, en nuestro país, encuentran una proyección problemática al conjugarse con la hipótesis del asunto litigioso en el marco de la potestad dictaminadora de la Contraloría.

En mérito de lo ya expuesto, y en búsqueda de una solución a este dilema, parece relevante plantear la interrogante acerca de cómo un nuevo texto constitucional puede hacerse cargo del problema relativo al contencioso administrativo. Esto, en atención a dilucidar si es el propio constituyente quien debe dictar un precepto que contemple la existencia de estos tribunales. Lo anterior, aun siendo susceptible a ser objeto de las más ácidas críticas, en el entendido que la tarea de una Carta Magna es sentar las bases fundamentales del Estado y no la regulación de materias específicas que parecen ser labor del legislador. Ahora bien, parece una opción razonable que el constituyente se haga cargo de manera mediata, delegando al legislador esa tarea. En efecto, “[T]oda manifestación del poder público debe estar juridificada, esto es, respaldada por el derecho a través de la ley”, con todo, la historia constitucional nacional indica que esta solución no ha sido la más fructífera.

Conclusiones

1. La particular naturaleza de la actividad de la Administración del Estado requiere de la existencia de distintos controles en el marco del Estado de derecho, resultando como fundamental, la presencia del control jurisdiccional. En efecto, ante el desarrollo de esta actividad, la función jurisdiccional es especialmente relevante, al agotar el componente jurídico de los conflictos que se presenten en estas materias.

2. Con todo, este control, por defectos históricos en la consagración constitucional, ha quedado relegado en el ámbito nacional -salvo contadas excepciones- al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, cuya competencia es general respecto de los asuntos contencioso administrativos que no aparezcan encomendados al conocimiento de un tribunal especial. Esta forma de delimitación de competencias ha resultado útil, en tanto permite a todo quien se ve afectado por los órganos de la Administración del Estado, reclamar ante la justicia. Mas, se presenta como insuficiente en su determinación en abstracto, cuestión que encuentra un supuesto problemático en relación al asunto litigioso en el marco de la potestad dictaminadora de Contraloría

3. En esta hipótesis, al no identificar la norma a qué se refiere lo propiamente litigioso, genera una indeterminación que Contraloría se encarga de subsanar, cuestión que en varios casos ha generado enfrentamientos con los tribunales de justicia, por manejarse dentro de ámbitos que están al límite de lo jurisdiccional. En esta determinación, surgen tres criterios, de los cuales el que ha otorgado mayor certeza ha sido el relativo a los casos en que existe una disposición legal o constitucional que específicamente otorga la competencia a un tribunal de justicia para que conozca del asunto.

4. En este marco, el déficit del artículo 38 i. II aparece como problemático, puesto que en atención a la competencia general entregada a los tribunales ordinarios de justicia, no resulta plausible extraer criterio alguno que clarifique la

connotación del asunto litigioso en relación con la facultad dictaminadora. Facultad que, por sus propias características y al recaer sobre el mismo sujeto, requiere estar limitada respecto del control jurisdiccional. Se identifica, de esta forma, un problema del control jurisdiccional de la Administración en abstracto, originado por una consagración constitucional deficiente, que encuentra una proyección en esta hipótesis.

5. En esta línea, parece ser que estas dificultades encontrarían una solución de existir una determinación específica de competencias en esta materia. Por ello, para concluir, resulta interesante plantearse de qué forma un nuevo texto constitucional podrá hacerse cargo de la delimitación de competencias en el marco del contencioso administrativo, procurando no cometer los mismos defectos que históricamente han quedado en evidencia.

Bibliografía

Doctrina

Aldunate Lizana, Eduardo, *La independencia judicial. Aproximación teórica. Consagración constitucional y crítica*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 16 (1995)

Bordalí Salamanca, Andrés, *La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos* en *Revista Chilena de Derecho*. 33 (2006)

Cordero Quinzacara, Eduardo, *Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional* en *Revista Ius et Praxis*. 1 (2019)

Cordero Vega, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo²* (Santiago, Legal Publishing, 2015)

Cordero Vega, Luis, *La Corte Suprema y la naturaleza del contencioso administrativo* en EL MERCURIO LEGAL. 27 de mayo de 2016 <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904852&Path=/0D/CE/>.

Ferrada Bórquez Juan Carlos, *Los procesos administrativos en el Derecho Chileno* en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011)

Ferrada Bórquez Juan Carlos, *La clasificación de los recursos o acciones del contencioso administrativas en el Derecho Administrativo Chileno: La influencia de la doctrina francesa* en FERRADA BÓRQUEZ Juan Carlos; BERMÚDEZ SOTO, Jorge y Urrutia Silva, Osvaldo (Editores) *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016)

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*¹⁴ (Madrid, Editorial Civitas, 2000)

Pantoja Bauzá, Rolando, *Organización de los tribunales chilenos de lo contencioso administrativo. Estudio de las diversas corrientes doctrinales que se dan en nuestro derecho* en *Revista de Derecho Público* 11 (1970)

Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*¹⁰ (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2020)

Pierry Arrau, Pedro, *Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo* en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 4 (1980)

Pierry arrau, Pedro, *Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley* en *Revista de Derecho Público* 29 (1981) 30

Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo: Temas fundamentales*³ (Santiago, Legal Publishing, 2012)

Soto Kloss, Eduardo, *La nulidad de derecho público referida a los actos de la administración en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 14 (1991 - 1992)

Valdivia Olivares, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2018)

Jurisprudencia Administrativa

Dictamen N° 997 de 11 de Mayo de 2021

Dictamen N° E60399 de 16 de Diciembre del año 2020

Dictamen N° E58946 de 11 de Diciembre del año 2020

Dictamen N° E43147 de 14 de Octubre del año 2020

Dictamen N° E34846 de 10 de Septiembre del año 2020

Dictamen N° E30652 de 26 de Agosto del año 2020

Dictamen N° 11.171 de 05 de Agosto del año 2020

Dictamen E22948 de 29 de Julio de 2020

Dictamen N° 6.756 de 23 de Marzo de 2020

Dictamen N° 30.003 de 20 de Noviembre 2019

Dictamen N° 26.594 de 08 de Octubre del año 2019

Dictamen N° 22.139 de 26 de Agosto del año 2019

Dictamen N° 21.578 de 19 de Agosto del año 2019

Dictamen N° 18.286 de 05de Julio del año 2019

Dictamen N° 17.792 de 02de Julio del año 2019

Dictamen N° 12.121 de 03de Mayo del año 2019

Dictamen N° 11.941 de 02 de Mayo del año 2019

Dictamen N° 3.825 de 06 de Febrero del año 2019

Dictamen N° 3.808 de 05 de Febrero de 2019

Dictamen N° 11.950 de 10 de Mayo de 2018

Dictamen N° 10.486 de 23 de Abril de 2018

Dictamen N° 29.122 de 07 de Agosto de 2017

Dictamen N° 26.348 de 18 de Julio de 2017

Dictamen N° 19.575 de 30 de Mayo de 2017

Dictamen N° 71.001 de 29 de Septiembre de 2016

Dictamen N° 48.868 de 01 de Julio de 2016

Dictamen N° 61.073 de 31 de Julio de 2015

Dictamen N° 71.465 de 05 de Noviembre de 2013

Dictamen N° 54.603 de 04 de Septiembre de 2012

Dictamen N° 50.105 de 09 de Agosto de 2011

Jurisprudencia Judicial

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de Enero de 2017. (Rol N° 3.283)
(considerandos 16 y 17)

Sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2014. (Rol N° 17.131-
2014) (considerando 8°)

Sentencia de la Corte Suprema de 06 de noviembre de 2012. (Rol N° 5.984-
2012) (considerando 8°)

Otros

Actas del Consejo de Estado, Sesión N° 71 de 24 de abril de 1979

Historia de la ley 18.825 (art. único N°17) de 17 de Agosto del año 1989 que fija el texto refundido y sistematizado de la CPR