

La importancia del control en la administración del Estado

Emilio A. Oñate Vera

Abogado
Universidad Central de Chile
Magister en Gerencia y Políticas Públicas
Universidad Adolfo Ibáñez
Secretario Académico
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Autónoma de Chile

Resumen: Se analiza la importancia del Control Jurídico en la Administración del Estado, algunas nociones sobre su origen y su relación con el Estado de Derecho. Se aborda especialmente el denominado control administrativo externo, realizado por la Contraloría General de la República, a través del trámite de toma de razón, considerando aspectos del actuar administrativo a ser verificados.

El presente trabajo pretende resaltar la importancia que en el desarrollo de un Estado contemporáneo adquiere la potestad de control, que ya no solo es posible considerarla como un atributo indispensable de los Estados democráticos, como coadyuvante de la misión y desarrollo institucional de los mismos, inserta de manera disgregada en cada una de las funciones públicas que desarrolla el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, fuera de la configuración clásica de los poderes del Estado de que nos hablara Montesquieu, sino que, por el contrario, a través de la conformación de órganos y entidades autónomas se ha ido estableciendo una función contralora, no solo primordial, sino independiente de la de los otros poderes públicos, lo que nos lleva a establecer un cuarto poder del Estado, el de Control, y que por consiguiente no solo tiene una función colaborativa con el ejercicio de las potestades públicas, sino que constituye un poder, una potestad en sí misma.

El control no es otra cosa que la extensión del Principio de Juridicidad, en virtud del cual los órganos del Estado deben sujetar su actuar a la Constitución y a las leyes. Siguiendo al profesor Enrique Silva Cimma, diremos que *“el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin*

democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia de un sistema que implique garantía de respeto e independencia de su gestión; así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente¹”.

La separación de los poderes del Estado, como ya hemos dicho, es uno de los elementos centrales de un Estado de Derecho, indispensable para el resguardo de la Constitución y la Ley. Sabemos que el ordenamiento jurídico tiene su expresión en la ley y fundamentalmente en la Carta Política, que es mucho más que una expresión formal del mismo, sino que se alza como una expresión de desarrollo social, guardiana de los principios del derecho, muy especialmente de la juridicidad y supremacía que ejerce sobre todas las expresiones jurídicas de una nación, pero que además sujeta el actuar de los gobernantes a sus preceptos y postulados. Para la Administración, entendida como gobierno, la Carta Fundamental influye desde múltiples aspectos. Desde luego, es fuente y sustento de la Administración, por cuanto establece la existencia de órganos del Estado cuya función será la del Gobierno y Administración, siendo su entidad máxima el Presidente de la República. Este reconocimiento, como lo señala el constituyente, es la investidura de sus órganos e integrantes, los que deben además ser competentes para actuar, es decir deben estar habilitados por la Constitución para que sus actuaciones sean eficaces en el mundo del derecho, cumpliendo además con las formalidades prescritas. Así, la Constitución va dándole forma, va conformando esa estructura compleja y jerárquica que es la Administración del Estado, remitiendo su organización y funcionamiento principal a una ley de rango constitucional (Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575).

Desde luego la Carta también sirve de sustento a la Administración, en cuanto le confiere las potestades públicas indispensable para que ésta pueda ejercer su función, pero además de manera primordial regula las relaciones de los gobernantes y los gobernados cuando los primeros ejercen dichas potestades públicas, teniendo como limitación los derechos o garantías fundamentales que el propio constituyente ha reconocido y tutelado. De igual forma, la Constitución es generadora de la actividad jurídica de la Administración, al estatuir la existencia de los decretos supremos, reglamentos y demás actos administrativos indispensables para la actividad gubernativa, que como sabemos deben ser dictados bajo la supremacía de la Carta, la que establece los órganos del Estado encargados de velar por que dichas actuaciones administrativas se sujeten al ordenamiento jurídico vigente.

¹ Silva Cimrma E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, página 15.

En fin, la Constitución es garante del principio de juridicidad que como máxima del Derecho Público conlleva que todos los órganos estatales deben sujetar su actuar, su actividad, al orden jurídico que se expresa en la Constitución y en las leyes, haciendo carne la supremacía constitucional contenida en los artículo 6° y 7° de la Carta Política, como expresión señera del Derecho Público chileno: *“ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, más derechos y atribuciones, que los que expresamente les hayan sido conferidos en virtud de la Constitución y las leyes”*.

El constituyente nos muestra con total claridad que incluso las más altas autoridades de la república estarán por debajo del ordenamiento jurídico y no tendrán más poderes o atribuciones que los que expresamente les hayan sido conferidos, es decir, toma fuerza y vigor el antiguo aforismo de que en Derecho Público solo se puede hacer aquello que expresamente autoriza el orden jurídico.

Es en este marco, en que la separación de los poderes del Estado, ideada por Motesquieu con la finalidad de morigerar y limitar el poder absoluto del monarca, como una revelación del poder ciudadano ante el absolutismo y la arbitrariedad de los gobernantes, se transforma en una disgregación jurídica del Estado, que le permite ejercer las funciones que le son propias, y que a modo general son: la función del gobierno y la administración del Estado, que se radica en el Poder Ejecutivo; la función jurisdiccional, de aplicar la ley y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, radicada en los tribunales de justicia; y la función legislativa, encargada de dictar las leyes, radicada en el Congreso Nacional. Estas funciones públicas que permiten el ejercicio de las Potestades del Estado solo tienen sentido y vigencia en el contexto de un Estado de Derecho y democrático, que por consiguiente consagre y proteja los derechos fundamentales del ser humano.

Sabemos, eso sí, que esta disgregación jurídica es meramente funcional, por cuanto el Estado es uno solo, la soberanía es indivisible. Todavía más, los tres poderes no pueden concebirse separados, independientes entre sí, ya que no podrían coordinarse ni cumplir con la finalidad que les es propia, que como nos lo dice la Constitución, debe estar encaminada al bien común.

La teoría clásica de la separación de los poderes del Estado busca el establecimiento de un contrapeso entre los tres poderes que genere un equilibrio entre ellos, cuestión que dadas las complejidades del Estado contemporáneo han quedado desplazadas, especialmente si consideramos el régimen político en que el Estado se desenvuelve, en efecto, en un régimen presidencialista como el chileno, el contrapeso o equilibrio existente entre los poderes públicos se desvirtúa por la preponderancia que adquiere el Ejecutivo en el desarrollo de

la actividad gubernativa, encabezada por el Presidente de la República separándose del Poder Legislativo y del Judicial.

Chile, desde la Constitución de 1833 empieza a adoptar el régimen político presidencialista, lo que genera dificultades con la configuración del Principio de Separación de los Poderes del Estado, especialmente en lo que respecta a los órganos autónomos de control que el propio ordenamiento jurídico ha previsto.

El principio en comento implica el ejercicio de las libertades individuales, transformándose en un derecho humano fundamental, tal como lo establecía la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 16 señala: *"Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución"*.

A este respecto es importante tener en cuenta que solo en las Constituciones de 1822 (artículo 12) y 1828 (artículo 22) se hace referencia expresa a este principio, lo que es bastante poco si consideramos que en Chile han existido diez Constituciones. Sin embargo, esta exigua referencia al principio de separación de los poderes del Estado en nada ha debilitado su fuerza, vigencia y validez en el ordenamiento jurídico chileno.

De igual forma, la importancia de los individuos considerados colectivamente en el seguimiento y evaluación de la actividad gubernativa es cada vez más creciente, la dimensión funcional de la Administración, entendida como el conjunto de actos, acciones o decisiones que adopta la autoridad para la satisfacción de las necesidades públicas, la ciudadanía ejerce un mayor control. Sabemos que las políticas públicas son el punto de comunión entre la autoridad y la sociedad civil, entiéndanse por esta última no solo los partidos políticos, muy importantes por cierto en el desarrollo político e institucional de un Estado, sino también a los grupos de interés, las juntas de vecinos, los gremios, sindicatos, clubes deportivos, en fin, ciudadanía en general. Actualmente, en los Estados contemporáneos la sociedad civil adquiere cada vez más relevancia, prueba de ello es que interviene cada vez más en las decisiones de interés general, produciendo un control ciudadano sobre el actuar de los órganos del Estado, sobre el ejercicio de los poderes públicos, solo por mencionar algunas expresiones de aquello, vemos el avance e importancia de los medios de comunicación, los cada vez más recurrentes plebiscitos comunales, la ley de acceso a la información pública que empodera al ciudadano en el ejercicio de su derecho a petición e información, o la iniciativa popular de ley.

En definitiva, decimos que la teoría de separación de los poderes del Estado se ha visto sobrepasada por un Estado mucho más complejo que ya no sola-

mente busca limitar el poder absoluto generando equilibrios entre las diversas funciones públicas, sino que surgen desde el propio Estado mecanismos de verificación de control, tanto institucionales como ciudadanos, que configuran un nuevo poder que se suma a la concepción clásica de los poderes públicos plasmadas en las épocas libertarias de la independencia de Estados Unidos y de la revolución francesa.

El control en el derecho público

De acuerdo a lo señalado por Emilio Fernández Vázquez, en su *Diccionario de Derecho Público*, control es “un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)”².

Este control debe ser permanente y diverso, de tal manera de salvaguardar el principio de separación de los poderes del Estado, “estableciendo frenos y contrapesos, lo que incide de modo esencial en la conformación de la democracia constitucional”³.

Este control puede ser de diversa naturaleza, clasificándose en base a diversos criterios por la doctrina. En cuanto a la oportunidad en que se realiza, puede ser preventivo o a priori y ex post o a posteriori; de acuerdo a quien realiza el control, puede ser ciudadano o institucional; y para los efectos de este trabajo, el que más interesa es en cuanto al órgano del Estado que realiza este control: podemos distinguir entre control político, administrativo, jurisdiccional o legislativo. En el ámbito administrativo, de amplia discusión doctrinaria, también aparece la distinción entre los llamados controles de legalidad y de mérito o conveniencia sobre el acto administrativo, en efecto, el control de legalidad supone la verificación de la correspondencia del acto de acuerdo a los criterios específicamente señalados y reglados en el orden jurídico, sean en la Constitución, en las leyes o incluso en los reglamentos. Debiendo existir coincidencia objetiva al confrontar la actividad de la administración con dichas normas jurídicas⁴.

Por el contrario, el control de mérito implica el cotejo de parte del órgano contralor (por ejemplo la Contraloría General de la República) de elementos

² Fernández Vázquez E. *Diccionario de Derecho Público*, Astrea, Buenos Aires, 1981, página 11.

³ Cea Egaña J. *El Sistema Constitucional en Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999, página 280.

⁴ Ver Silva Cimma E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, página 46.

subjetivos, que apuntan a evaluar la oportunidad y conveniencia del acto emanado de la Administración.⁵

En este mismo sentido y plasmando de ese modo su función integradora y de supremacía en el ordenamiento jurídico, la Constitución se encarga de establecer los principales mecanismos de control, ya sea en el ámbito político (Gobierno, Congreso Nacional, Consejo Regional y Consejo Comunal), en el jurídico-administrativo o de legalidad administrativa (Contraloría General de la República), en el jurisdiccional (Tribunales Ordinarios y Especiales), en el jurídico-constitucional (Tribunal Constitucional) y por último, en el jurídico-electoral (Tribunal Calificador de Elecciones)⁶.

Aspectos generales del control político sobre la Administración

El control político sobre la Administración en nuestro orden jurídico se realiza tanto por la vía institucional, como por la vía no institucional. En este último caso nos referimos al control que desarrolla la ciudadanía al ejercer su derecho a sufragio, votando libre y secretamente por el Presidente de la República, que por mandato constitucional ejerce el gobierno y la administración del Estado. Así de manera informal la ciudadanía además en las elecciones parlamentarias ejercerá un control no formal e indirecto al apoyar o no con su votación a los candidatos de la coalición política gobernante.

De manera institucional el control político sobre la Administración también lo ejerce el propio Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos. En efecto, el Presidente de la República lo ejerce como jerarca máximo de la Administración del Estado, según lo dispone el constituyente en el artículo 24 y lo reitera el legislador en el artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Correspondiéndole a él y a sus colaboradores directos e inmediatos, que son los Ministros de Estado, la evaluación y seguimiento de los planes de gobierno, respecto de los órganos de su dependencia. Lo propio es aplicable al ámbito regional y provincial, en donde los representantes directos del Presidente de la República son los Intendentes y Gobernadores, respectivamente, encargados de ejecutar sus órdenes e instrucciones. Siendo funcionarios de su dependencia, pueden por consiguiente ser removidos cuando dejan de contar con su exclusiva confianza.

En este aspecto es importante considerar que la Administración del Estado, desde el punto de vista de su estructuración, podrá tener el carácter de centralizada

⁵ Ver, Soto Kloss E. "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos", en Revista de Derecho Público, Nºs 43-44, año 1988, páginas 117 y ss.

⁶ Ver Ferrada Borquez J. *Derecho de la Administración Pública. El Principio del Control en la Administración del Estado*. Editorial Conosur, Chile, Santiago, 2001, pagina 599.

o descentralizada, ejerciendo el Presidente de la República una dependencia o supervigilancia sobre todos los órganos que la integran, resguardando el cumplimiento de las políticas, planes y programas por él definidos, ejerciendo así un control político a través de la designación de los funcionarios de su confianza que integran la Administración, los cuales puede remover cuando en el desempeño de sus funciones dejan de contar con su confianza, materializando así el control político que la propia Administración ejerce sobre sus órganos y estructuras. Lo anterior se hace extensivo a los Ministros de Estado, que ejercen el control y fiscalización en el cumplimiento de los planes y programas de gobierno sobre sus órganos y funcionarios dependientes, materializando sobre ellos también un control político.

Además del Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos, el control político sobre la Administración del Estado también es ejercido de manera institucional por la Cámara de Diputados, a quien por mandato constitucional le corresponde fiscalizar los actos de gobierno. Este control es un control de mérito, por cuanto considera el ejercicio de las funciones de gobierno y administración que les corresponden a los funcionarios y organismos públicos, lo que no es impedimento para que considere en su fiscalización cuestiones de naturaleza jurídica. Sin embargo ese no es el foco principal de su gestión de control.

Un aspecto interesante a considerar es el alcance que este control político tiene en el sentido de que la propia Constitución en el artículo 52 N° 1 nos dice que recaerá sobre los actos de gobierno, por lo que la doctrina ha planteado al menos dos posturas sustantivas de esta expresión. Es así como algunos autores consideran que la labor de fiscalizar los actos de gobierno afectará al Presidente de la República, a los Ministros de Estado, a los órganos creados para el ejercicio de la función administrativa y en general a todos los órganos de la administración centralizada. Otros autores, en cambio, plantean que la expresión actos de gobierno abarcará solo al Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores, como sus colaboradores directos e inmediatos y que realizan funciones de alta dirección en la Administración del Estado, desarrollando además una labor de gestión política. Esta última posición es la que resulta más coherente con la expresión empleada por el constituyente para referirse a actos de gobierno.

Ahora bien, sin entrar en mayores detalles, la Cámara de Diputados cuenta con diversos mecanismos para ejercer su labor de fiscalización sobre los actos de gobierno, algunos de los cuales fueron establecidos en virtud de la Ley N° 20.050 del año 2005, estos instrumentos son: a) la adopción de acuerdos o sugerencia de observaciones; b) la solicitud de antecedentes al gobierno; c) la Interpelación de los Ministros de Estado; y d) la creación de comisiones investigadoras.

El control jurídico-administrativo

El control que el Estado desarrolla en los ámbitos jurídico-administrativos, especialmente el realizado por la Contraloría General de la República, y en el aspecto jurídico-constitucional, el llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, son a mi juicio expresión manifiesta de la conformación de este nuevo cuarto poder al que preliminarmente hicimos referencia, que es el de Control.

La Administración del Estado, en el ejercicio de su función pública, de gobierno y administración, dispone de los elementos necesarios para que al interior de sus organismos y antes se desarrolle una verificación, un control, sobre la actividad que desempeña. De tal manera que a través de procedimientos administrativos, ya sea de oficio o a petición de parte, se verifiquen e inspeccionen las actuaciones que realiza, ya sea por el propio servicio del cual emanó el acto controlado, o por otra entidad externa de la misma Administración, como es el caso de la Contraloría General de la República.

Siguiendo al profesor Enrique Silva Cimma diremos que control administrativo es aquel *"que se concreta ya a órganos propiamente internos de la Administración o a organismos externos, paralelos o independientes de aquellos y que están llamados a ejercer fiscalización sin forma de juicio o por vía de conocimiento de recursos administrativos no contenciosos, o aun predominantemente de oficio"*⁷.

De lo expuesto resulta, entonces, que el control jurídico de la Administración puede ser de dos clases, un control interno y un control externo.

El control interno de la Administración del Estado

El control interno es el que desarrolla el propio órgano o ente administrativo que dictó el acto y que realiza una revisión del mismo, ya sea de manera directa o de oficio, a través de sus propios estamentos internos de control, como la unidad de auditoría o contraloría del propio servicio. O, en virtud de un procedimiento administrativo a través de la interposición del recurso de reposición y/o del recurso jerárquico, previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880.

Es importante considerar que con la conformación de estos recursos el legislador establece la vía administrativa para que sea la propia Administración del Estado la que revise si su actividad jurídica se ajusta a la Constitución y a las leyes, es decir, si está sustentada jurídicamente; del mismo modo estos recursos permitirán esclarecer si la decisión de la Administración contenida

⁷ Silva Cimma, E. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, página 42.

en el acto, es oportuna, conveniente, satisface o no la necesidad pública que se persigue. En definitiva esto dirá relación con las denominadas potestades invalidatorias y revocatorias. La potestad invalidatoria es la atribución que tiene la Administración para dejar sin efecto un acto administrativo que es contrario al orden jurídico, es decir, se opone a la Constitución y a la ley. Por otra parte, la potestad revocatoria implica la atribución de la Administración de dejar sin efecto un acto administrativo que es inconveniente, inoportuno, en definitiva carente de mérito.

El ejercicio de estas dos potestades supone entonces algo a lo que ya nos referimos precedentemente y que ha tenido una lata discusión doctrinaria en cuanto al control de legalidad y al control de mérito de la Administración del Estado.

Ante lo expuesto y solo de manera general me parece interesante remarcar que estas potestades de invalidación y de revocación, al igual que todas las potestades públicas, o también llamadas potestades público-administrativas, para situarlas dentro del espectro jurídico del comúnmente llamado Poder Ejecutivo. Tienen como característica fundamental la de ser naturalmente previstas previamente por el ordenamiento jurídico, es decir, son estatuidas y reconocidas como tales por la Constitución y las leyes, siendo una expresión del principio de juridicidad y, todavía más, una manifestación de la sujeción de la Administración a la Constitución y a las leyes. Es así que estas potestades públicas son genéricas y existen independientemente de su ejercicio por parte de la Administración, en efecto, nadie podría argumentar que el control inspectivo sobre los actos emanados de un determinado servicio público no existe porque no se ejerce, esa facultad está siempre, porque así lo han definido y determinado el constituyente y el legislador, otra cosa es que la Administración haga uso de ella ejerciéndola.

Dicho lo anterior, también es significativo señalar que en especial en el ámbito administrativo muchas veces estas potestades se constituyen en verdaderos poderes deberes respecto de los cuales si bien para la Administración existe la atribución, el ejercicio de la misma es insoslayable, es lo que ocurre, por ejemplo, con el examen de toma de razón que realiza la Contraloría y que en definitiva se constituye como un verdadero poder deber, para verificar y tutelar el respeto al orden jurídico y a la supremacía primero de la Constitución y luego de la ley sobre el acto de la Administración. Examen este al que nos referiremos más detalladamente en las líneas siguientes.

Volviendo a los recursos de reposición y jerárquico, importante es considerar cuáles son los antecedentes normativos de éstos que permiten el establecimiento y desarrollo del denominado control interno de la Administración. Desde luego los artículos 6° y 7° de la Constitución consagran el principio

de juridicidad en virtud del cual los órganos del Estado y naturalmente de la Administración deben sujetar su acción a la Constitución. Del mismo modo, ningún órgano u ente administrativo puede actuar o atribuirse más facultades que las que expresamente le hayan sido conferidas por el orden jurídico. Es decir, el control administrativo, y desde luego el que se desarrolla al interior de la propia Administración, tiene como sustento constitucional los señalados artículos de la Carta Política. Desde el punto de vista legal, estos recursos están estatuidos en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y en la Ley de Procedimientos Administrativos, para ser ejercidos de oficio o a petición de parte.

El recurso de reposición se ejercerá ante el mismo órgano o ente de la Administración que dictó el acto que se pretende sea revisado. En el caso del recurso jerárquico, se busca que el superior inmediato del órgano o entidad que dictó el acto haga una revisión de los alcances y sustentos del acto impugnado, en virtud del deber que tienen las jefaturas de la Administración Pública de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, tal como lo previene el inciso 1° del artículo 11 de la Ley de Bases N° 18.575.

Estas vías de impugnación por regla general estarán insertas en el contexto de un procedimiento administrativo en que el particular que se vea afectado por una decisión de la autoridad contenida en un acto administrativo las impetere en los plazos y bajo las formalidades definidas por la Ley N° 19.880. Esta ley establece además que existen ciertos actos que no pueden ser impugnados por la vía jerárquica, por inexistencia de un superior jerárquico inmediato, como es el caso de los actos dictados por el Presidente de la República, los Ministros de Estado o aquellos que emanen de las entidades de la Administración descentralizada. En este caso siempre el afectado podrá recurrir ante los tribunales de justicia, para impugnar el acto administrativo, caso en el cual se extinguirá la vía administrativa.

También en el ámbito de la impugnación, la Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 60 establece el denominado recurso de revisión, que tiene una naturaleza extraordinaria, y que procederá contra actos administrativos firmes, pero siempre que no haya transcurrido más de un año desde que se dictó o estableció por sentencia ejecutoriada la falsedad de los documentos o las irregularidades generadas por el procedimiento administrativo para su dictación, en este sentido la Ley N° 19.880 dispone requisitos taxativos para su procedencia, por cuanto implica una modificación de los derechos de terceros surgidos bajo la vigencia del acto anterior.

Conjuntamente con el control administrativo interno realizado por y ante los propios organismos de la Administración que dictaron el acto administrativo

afecto a control ya sea de oficio o a petición de parte, también el control interno se desarrolla por las denominadas Unidades de Control y Auditoría, radicadas al interior del propio órgano o servicio administrativo, las que colaboran con el superior jerárquico del mismo y con la Contraloría General de la República en el control de juridicidad de los actos que emanen o se dicten por el organismo o servicio donde se encuentran radicadas. Estas unidades se crean en virtud de lo dispuesto en la primera parte del artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece lo siguiente: *“Los Servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría General deberán organizar las oficinas especiales de control que determine este Organismo, en los casos y de acuerdo con la naturaleza y modalidades propias de cada entidad...”*.

Del mismo modo el control interno de la Administración se materializa a través de la denominada Auditoría Interna General de Gobierno, que se desarrolla en virtud de la creación en el año 1997 del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, para el seguimiento y verificación de los planes de gobierno en materia de auditoría interna, constituyéndose como un organismo de colaboración del Presidente de la República. En este aspecto es importante precisar que la función de este consejo en nada limita la función que por mandato constitucional y legal desarrolla la Contraloría General de la República, por el contrario el Consejo debe adoptar los criterios y mecanismo de control, señalados por la Contraloría. A mayor abundamiento, la naturaleza de ambos organismos es muy disímil, por cuanto el Consejo es un ente dependiente y asesor del Ejecutivo, para hacer una administración más eficiente y eficaz, por el contrario la Contraloría es un organismo de rango constitucional y de naturaleza autónoma, que vela por el resguardo del patrimonio fiscal y la juridicidad de los actos de la Administración; además realiza, como a continuación veremos, un control administrativo externo, distinto del control administrativo interno realizado por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

En conclusión en el control administrativo interno distinguiremos:

1. El control realizado por el propio ente u órgano administrativo, o servicio público; o el realizado por los afectados por las actuaciones de la Administración, a través de la interposición de los recursos de reposición, jerárquico y de revisión establecidos y regulados fundamentalmente en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 y en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880.
2. El control realizado por la Unidades de Control y Auditoría.
3. El control efectuado a través del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

El control externo de la Administración del Estado

La Contraloría General de la República se constituye como el primordial organismo de control jurídico de la Administración, entendiéndose por tal, que si bien forma parte de la estructura administrativa del Estado, goza de autonomía, que le es conferida expresamente por la Constitución, tal como lo dispone en el inciso primero del artículo 98: *“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”*.

De lo preceptuado se desprende que la Contraloría General de la República desarrolla dos funciones primordiales, a saber:

1. El control de la legalidad de los actos de la Administración, es decir, velar por el respeto al ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado.
2. El control de la legalidad contable de la Administración, es decir, proteger el patrimonio público.

En lo que respecta al control de la legalidad de los actos de la Administración, a la Contraloría le corresponde velar por la vigencia del imperio del derecho, por la juridicidad del actuar de la Administración. Con esta función implica el establecimiento de un sistema que de modo preventivo regula la legalidad de los actos de la Administración fundamentalmente sobre la base de un mecanismo: la emisión de dictámenes y a través del trámite de la toma de razón.

En cuanto a la emisión de dictámenes, la Contraloría General de la República desarrolla una función jurisprudencial, a través de la cual controla el alcance de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los servicios de la Administración del Estado. Son estos dictámenes los que conforman la llamada jurisprudencia administrativa, que tienen una naturaleza vinculante para los órganos de la Administración del Estado, por cuanto nos dicen el sentido y alcance de una norma jurídico-administrativa, de esta forma la Contraloría General de la República va uniformando criterios y desarrollando una Administración Pública más eficiente en su gestión.

Respecto al trámite de toma de razón, diremos en términos generales que es un control jurídico previo general y obligatorio que en materia de legalidad y constitucionalidad realiza la Contraloría General de la República respecto de

los decretos supremos, los decretos con fuerza de ley, de las resoluciones y de los reglamentos. Este examen de toma de razón se materializa en un timbre que estampa el Contralor General de la República sobre el acto administrativo a través del cual analiza la adecuación al derecho de las decisiones administrativas, representando su antijuridicidad si la hay disconforme al ordenamiento jurídico sin tomar razón de ellas o representándolas, o tomando razón de ellas si las considera acordes a la Constitución y a las leyes.

En términos generales podemos distinguir diversas características del trámite de toma de razón, así, señalaremos que es de naturaleza preventiva, porque el control se hace con anterioridad a la publicación del acto administrativo, es decir, es a priori, lo que significa que mientras no haya toma de razón, hay sólo un proyecto de acto administrativo.

Relacionada con la naturaleza preventiva de la toma de razón, encontramos otra característica, es la de ser una acción impeditiva, porque si no hay toma de razón, el acto no nace a la vida del derecho, lo que quiere decir que no existirá acto administrativo.

La toma de razón también es irrevocable, ya que la Contraloría General de la República no puede devolverse sobre una decisión expresada en ese trámite o en la representación de un acto administrativo, en efecto, si el acto fue representado posteriormente con nuevos antecedentes por la Contraloría, no quiere decir que haya revocado la representación anterior, sino que hay uno nuevo con nuevos antecedentes por lo que la toma de razón o la representación no pueden dejarse sin efecto.

La toma de razón también es indivisible, ya que el Contralor no puede tomar razón de una parte del acto administrativo y de la otra no. También la toma de razón tiene como característica el ser un poder deber, ya que es atribución que le confiere la Constitución al contralor, de la cual este último no puede excusarse, lo que relaciona a la toma de razón con la competencia, es decir, con la habilitación que hacen el constituyente y la ley para que ciertos órganos del Estado, en este caso la Contraloría General de la República, ejerzan una determinada facultad que no puede dejar de realizarse o ejecutarse. Es decir, la toma de razón se relaciona con el principio de juridicidad, ya que el acto administrativo no puede contravenir la Constitución y las leyes. Y la prevención a esta correspondencia se realiza a través de la toma de razón.

Del mismo modo la toma de razón también se relaciona con la competencia, por cuanto el Contralor cuando realiza dicho trámite debe verificar que el acto administrativo emane de una entidad, organismo, o persona administrativa, habilitada o con atribuciones jurídicas para dictar ese acto, esto es, si esa persona jurídica administrativa es competente para ello.

La toma de razón además tiene como característica el estar inserta en un procedimiento administrativo que supone que el Presidente de la República, al que están confiados el gobierno y la administración del Estado, realizará dichas tareas de acuerdo con la Constitución y las leyes, que él mismo al tomar posesión del cargo ha jurado o prometido guardar o hacer guardar, y que para ello está dotado de una potestad normativa de carácter secundario, que se encuentra subordinada a la Constitución y a las leyes, que es la denominada potestad reglamentaria, que le permite dictar decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la correcta ejecución de las leyes.

En virtud de lo anterior es posible distinguir en el proceso de elaboración de un acto administrativo tres fases, a saber:

Primera fase, la constituye la declaración orgánica que un sujeto dotado de potestades públicas emite unilateralmente con el objeto de satisfacer una determinada necesidad pública, esta decisión que aún no se expresa debe exteriorizarse o formalizarse en un acto administrativo.

Segunda fase, está constituida por el examen de juridicidad que debe realizar la Contraloría General de la República, a través del cual se pronuncia sobre la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo. Es en esta fase en que se sitúa la toma de razón, o la representación del acto administrativo, si el Contralor considera que es contrario al ordenamiento jurídico.

Tercera fase, es la publicación de dicha decisión, lo que permite que sea conocida, cuando esta decisión tenga alcances generales o relevancia para toda la comunidad, procederá la publicación del acto administrativo, o cuando la propia ley así lo ordene. Puede ocurrir que esta tercera fase se exprese en la notificación al interesado o afectado de tal decisión, cuando el acto administrativo tenga efectos particulares o individuales, ya sea como beneficio o como carga o gravamen.

Ahora bien, es importante señalar que no todos los actos administrativos están sujetos al trámite toma de razón, ya que en virtud de una interpretación que la propia Contraloría hace del artículo 10 inciso quinto de su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, el Contralor puede eximir de la toma de razón a ciertos actos que considere no esenciales, que son los denominados actos exentos.

Además de la toma de razón, existen otros mecanismos que verifican la juridicidad de los actos administrativos que también desarrolla la Contraloría General de la República, no obstante, la discusión que sobre ellos se genera respecto de su sustento jurídico y alcances la abordaremos sólo de manera nominal al señalar que son: los controles de reemplazo y la toma de conocimiento.

Previamente señalábamos que las funciones principales que la Constitución le asigna a la Contraloría General de la República, además de velar por la juridicidad de los actos administrativos, función que como hemos visto desarrolla principalmente a través de la emisión de dictámenes y del trámite de toma de razón, la Contraloría también tiene por función primordial el velar por la integridad del patrimonio público, lo que comprende varios aspectos, unos de control contable y otros complementarios a dicha función, pudiendo mencionar el de fiscalizar el ingreso en la inversión de los fondos del Estado, examinar las cuentas de las personas que tienen a su cargo bienes fiscales, llevar la contabilidad general de la nación, efectuar el control sobre los bienes nacionales y la deuda pública, preparar el informe anual de la gestión financiera del sector público, entre otras funciones.

Además de las funciones principales señaladas, la Contraloría General de la República, de acuerdo a la Constitución, a su ley orgánica y otras disposiciones normativas, desarrolla diversas funciones, de las que podemos destacar:

Una función normativa que la Contraloría ejerce por medio de la dictación de resoluciones, en todo lo referente al funcionamiento y organización propia, como entidad u organismo público.

Una función de control disciplinario cuando aplica potestades administrativas sancionadoras directas, como destituciones o censuras por escrito, previo sumario administrativo.

Una función jurisdiccional, en la que actúa como tribunal de cuentas, prevista en el artículo 5° N°3 del Código Orgánico de Tribunales, como una excepción a la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia. Esta función jurisdiccional no la ejerce propiamente el Contralor, sino que el Subcontralor, como juez de cuentas de primera instancia, luego puede apelarse ante un tribunal colegiado de segunda instancia ahora sí integrado por el Contralor y dos abogados externos de designación presidencial a propuesta de dicho Contralor.

Una función jurisprudencial, en la cual la Contraloría General de la República dice el derecho, en lo que concierne a la regulación jurídica y funcionamiento de la Administración del Estado, a través de la emisión de dictámenes que tienen un carácter vinculante para los funcionarios públicos y órganos administrativos.

Una función orientadora, ya que respecto de las actuaciones de los servicios de la Administración del Estado, muchos usuarios acuden a ella en busca de información, orientación o de respaldo para una mejor defensa de sus derechos frente a la Administración.

Realizado este breve análisis sobre el control externo de la Administración del Estado desarrollado por la Contraloría General de la República en el marco de las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, es importante señalar la plena impugnabilidad que los actos del Contralor tienen ante los tribunales de justicia, lo que se fundamenta en el derecho a la acción que el propio constituyente reconoce en el artículo 19 N° 3°. De igual forma, el establecimiento del recurso de protección ha permitido la impugnación de actos administrativos que amenacen o transgredan derechos fundamentales, pudiendo impetrarse este recurso contra los actos del Contralor General de la República.

Siguiendo a los profesores Bordalí Salamanca y Ferrada Bórquez, diremos que en virtud del establecimiento de un Estado de Derecho todos los órganos del Estado deben someter su actuar a la Constitución y a las leyes, siendo principalmente los tribunales de justicia los llamados a controlar dicho sometimiento, lo que quiere decir que la jurisdicción es la única que puede garantizar eficazmente el Estado de Derecho, con pleno respeto de los derechos de las personas. Esta postura, que parece inobjetable, es necesario analizarla en el contexto institucional que la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República como organismo autónomo del Estado, en efecto, el constituyente ha dotado a la Contraloría de una posición exclusiva que pareciera incompatible con un sometimiento total a los tribunales, por cuanto ello podría afectar la separación de los poderes públicos, y del mismo modo no es posible no considera que los actos emanados del órgano contralor, al ser éste último integrante de la Administración del Estado son, siempre impugnables. Ello se vuelve aun complejo en el caso de la denominada toma de razón, la que se encuentra especialmente regulada en la Constitución como una atribución exclusiva de la Contraloría y que su impugnación en caso de rechazo de la toma de razón, a través de la representación, sólo puede ser conocida por el Tribunal Constitucional.

Resulta evidente que esta circunstancia ha derivado en diversas contiendas de competencia entre el Contralor General de la República y los tribunales superiores de justicia, los cuales han tenido que conocer vía recurso de protección impugnaciones de un particular a la toma de razón o a la representación. Sobre esta materia el Senado ha resuelto en todos los casos que la Contraloría es el único órgano competente para tomar razón o representar un decreto o resolución administrativa, pero que ello debe hacerlo en el marco establecido por el ordenamiento jurídico, de este modo, si bien el Senado reafirma el carácter exclusivo de la función constitucional de control de legalidad de la Contraloría, al mismo tiempo condiciona su ejercicio a su plena conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que es un espacio para su impugnación posterior ante los tribunales de justicia. Ello es una muestra palpable y evidencia del desplazamiento del control desde el ámbito administrativo al jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico.