

**NOTAS ILUSTRATIVAS PARA EL ESTUDIO
DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Y EL PODER JUDICIAL**

Arturo Aylwin Azócar*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo sólo tiene por objeto ofrecer algunas reflexiones sobre los diferentes problemas que se plantean con motivo del ejercicio de las funciones de control de legalidad, que corresponden al Órgano Contralor frente a las de orden jurisdiccional propias de los Tribunales de Justicia cuando inciden en materias de índole administrativa.

Menos se pretende entrar en planteamientos que pudieran interpretarse como confrontacionales. Por el contrario, la idea inspiradora es la de fortalecer el Sistema Nacional de Control de la Administración Pública, el que contempla, entre otros actores, la Cámara de Diputados, los órganos internos de fiscalización, la Contraloría General y los Tribunales de Justicia, cada uno actuando dentro de su ámbito y con recíproco respeto. Tal sistema está apoyado en la Constitución Política y en diversas leyes que la complementan,

* ARTURO AYLWIN AZÓCAR. Contralor General de la República (con la colaboración de varios profesionales de la Contraloría General de la República).

como es el caso de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y numerosos otros textos legales.

Aun cuando los ámbitos y momentos en que actúan los tribunales son diferentes a los que corresponden a la Contraloría, no puede olvidarse que en definitiva hay un propósito común, cual es el de resguardar el principio de legalidad, en este caso por parte de la Administración, con todas las consecuencias que ello implica. Y, por lo mismo, como actores del sistema antes mencionado, debe procurarse su mayor coordinación.

La idea que nos inspira es llamar la atención e ilustrar muy someramente sobre las distintas situaciones en que la acción de los tribunales tiene incidencia directa o indirecta en las tareas del Órgano Contralor, lo que ha dado origen en algunas oportunidades a problemas de interpretación o enfoques diferentes.

En nuestra opinión, existe a veces un cierto grado de confusión en la materia, desconociéndose la naturaleza y consecuencias de las relaciones que se producen. Hay que reconocer, eso sí, que el tema es de alta complejidad y muy sensible.

II. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU INCIDENCIA EN LA FISCALIZACIÓN QUE REALIZA LA CONTRALORÍA EN LA ACCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES

La labor fiscalizadora de la Contraloría, y la ejecutiva que corresponde a la Administración, está regulada por las normas que conforman el ordenamiento jurídico y que son inseparables de los principios básicos que dan consistencia al Derecho, especialmente nuestro Derecho Administrativo.

Por esto es que para resolver las cuestiones administrativas debe necesariamente aplicarse un enfoque integral del Derecho, lo que exige la aplicación de un sistema de interpretación finalista de las normas sin quedarnos en aspectos puramente formales.

Al seguirse esta línea, son múltiples los factores que cabe considerar:

- a) La complejidad, volumen y renovación constante de la legislación administrativa, fenómeno que es motivado por la dinámica y flexibilidad de la gestión del Estado administrador.

- b) Es evidente que el Estado ha disminuido su rol como gestor directo de los servicios públicos. Sin embargo, han surgido nuevas formas de actuar que inciden en materias del Derecho Administrativo. Es lo que ha ocurrido en una multiplicidad de temas referentes a concesiones de obras públicas, administración de bienes estatales, transportes, telecomunicaciones, planificación en el uso del suelo, aprovechamiento de aguas, concesiones marítimas y acuíferas, tareas de colaboración, con financiamiento estatal a lo menos en parte, de organizaciones no gubernamentales, funcionamiento de las corporaciones municipales, el proceso gradual de descentralización, incluidos los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, infinidad de tipos diferenciados de contratos que celebra hoy la Administración con el sector privado, formas diferentes de operación de las empresas del Estado, etc. Esta sola enumeración demuestra cuán importante es tener dominio sobre el Derecho Administrativo, rama del Derecho Público que ha evolucionado en el mundo entero y que está en constante transformación.

Lo anterior exige conocer, comprender y saber aplicar la Constitución Política, la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General, además de un número importante de otros textos. De lo contrario, se producirán inevitablemente graves confusiones, errores y distorsiones.

De todos modos, siempre hay que tener a la vista el bien común. Los derechos individuales, cuya enorme trascendencia nadie puede poner en discusión, deben comprenderse y ser respetados en armonía con esta concepción básica.

- c) El valor de la probidad está hoy presente con mucha fuerza en nuestro régimen administrativo, constituyéndose en un elemento básico de la juridicidad. Esto supone, entre otros aspectos, que el interés público debe estar siempre por encima del interés individual, lo que exige de los funcionarios una actuación eficiente y diligente en el empleo de los recursos públicos. Así lo consigna expresamente el artículo 54 de la Ley N° 18.575.

La Administración consulta una participación muy activa del sector privado, principalmente a través del cumplimiento de diferentes tipos de convenios. Igualmente, cabe ponderar las grandes trans-

formaciones de las empresas del Estado, a las que se les aplican normas de Derecho Privado, pero también de Derecho Público en los casos y forma que permite el artículo 104 de la Constitución Política.

Lamentablemente, la legislación no ha seguido el ritmo de los cambios, subsistiendo muchas veces normas que resultan caducas o que no se adecuan a la realidad. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con la informática, que ha importado una verdadera revolución en la gestión administrativa.

Frente a este cuadro, fácil es comprender cuán importante resulta respetar criterios y principios jurídicos de gran relevancia, como son los siguientes: la supremacía constitucional; la responsabilidad del Estado dentro de un contexto que concilie la idea de justicia con la de bien común; la aplicación de doctrinas inherentes al ejercicio legítimo del poder, lo que repugna todo tipo de desviaciones; la naturaleza de las relaciones del Estado con sus funcionarios, con las responsabilidades que esto conlleva; la vinculación inseparable que existe entre legalidad y eficiencia; la publicidad de los actos y la impugnabilidad de los mismos.

En consecuencia, resulta ineludible que tanto los fiscalizadores como los jueces tengan una sólida preparación en Derecho Administrativo. Esto exige no sólo capacitación, sino también que existan cuerpos especializados en la materia. Por lo mismo, las Facultades de Derecho deberán adoptar medidas que aseguren la formación de profesionales que se encuentren suficientemente preparados al respecto.

En todo caso las normas deben aplicarse con un criterio de racionalidad, de acuerdo con las circunstancias que concurran. No es posible, por ejemplo, que un ex funcionario de un órgano de la Administración, que durante muchos años reclamó sobre los derechos previsionales que le habría correspondido como consecuencia de sucesivos fallos, algunos de carácter aclaratorios al cumplimiento, esté percibiendo hoy por concepto de pensión la increíble suma de \$ 4.928.000. Se trata de un caso real, absolutamente verificable.

Es necesario tener conciencia que si se acogen masivamente acciones en contra del Estado en forma demasiado generosa, sobre la base de exacerbar los derechos individuales, en definitiva los pagos se harán con los fondos que han entregado los contribuyentes para la satisfacción de necesidades públicas. Es decir, serán estos contribuyentes los que sufrarán a costa de su propio patri-

monio tales pagos. Todo indica, pues, que debe buscarse por todos los medios un justo equilibrio entre el interés público y el interés privado.

III. ENUMERACIÓN DE TEMAS A SER CONSIDERADOS CON MOTIVO DE LA RELACIÓN CONTRALORÍA - PODER JUDICIAL

Con el solo afán de que se visualice la verdadera dimensión de las materias vinculadas al tema que es objeto de este artículo, haremos una simple enumeración de ellas.

Estas materias inciden fundamentalmente en los siguientes puntos:

- Toma de razón de decretos y resoluciones.
- El registro de decretos sobre personal municipal.
- El registro de condenas.
- La función de dictaminar.
- Incidencia de los fallos judiciales en materia de sumarios administrativos.
- Recursos judiciales especiales en contra de las decisiones de la Contraloría.
- Juicios de mera certeza o jactancia.
- Efectos de la Reforma Procesal Penal en la gestión del Órgano Contralor.
- Relación de la Contraloría General con el Consejo de Defensa del Estado.

IV. TOMA DE RAZÓN

De acuerdo con el mandato del artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el artículo 87 del mismo texto, "en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará

curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara”.

Pues bien, algunas Cortes de Apelaciones han conocido de recursos de protección dirigidos en contra del Contralor General por haber tomado razón de decretos o resoluciones y en otros casos por haberlos representado. Inclusive, en algunas oportunidades se ha ordenado la medida de no innovar mientras no se resuelva el recurso por el respectivo Tribunal, lo que en el hecho significa impedir que el Órgano Contralor ejerza su facultad de conocer de la constitucionalidad y legalidad del respectivo acto.

Ante esta situación, la Entidad Fiscalizadora ha promovido contiendas de competencia ante el Senado de la República, invocando para dicho efecto lo establecido en el artículo 49, N° 3, de la Constitución Política que atribuye al Senado la facultad para dirimir las contiendas de competencia que se presenten entre los Tribunales Superiores de Justicia y las autoridades políticas y administrativas.

No es del caso explicar ahora el desarrollo de estas contiendas. Son numerosos los trabajos y publicaciones que se han referido al tema.

El Senado, en los diversos casos que ha conocido, ha resuelto el asunto acogiendo substancialmente la posición del Órgano Contralor.

El fallo del Senado que resume en mejor forma su posición es el que consta en el Informe de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 28 de julio de 1994.

Tal informe en forma muy resumida estableció lo siguiente:

1. En cuanto a los preceptos constitucionales involucrados, se tiene presente, en primer término, el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, que obliga a todos los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Enseguida, los artículos 87 y 88 de la Constitución Política, que le entregan a la Contraloría la función de ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, en cuya virtud “tomará razón” de los actos sometidos a ese trámite, o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.

Luego, el artículo 73 de la Ley Suprema, en cuanto señala que pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley la

facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado.

Finalmente, el artículo 20 de la Constitución que consagra el Recurso de Protección.

2. En relación con el ámbito de aplicación del recurso de protección, y luego de hacer un análisis de las discusiones que sobre el particular se suscitaron en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, concluyó que, si bien la intención fue dar a ese recurso un carácter amplio, las diversas opiniones de los comisionados ponen de manifiesto que esa amplitud sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano o autoridad de Estado –por el solo hecho de ser tal órgano o autoridad– de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser objeto de ese recurso.

Por tanto, el Contralor General de la República no está excluido de esa posibilidad. Sin embargo, ello no significa que siempre y en todo caso sean admisibles los recursos de protección que se interpongan contra cualquier acción u omisión del Contralor.

3. Precisado lo anterior, el informe de la Comisión analiza específicamente si el recurso de protección cabe contra las decisiones que adopta el Contralor en el ejercicio de su función de control de legalidad.

Para ello, y teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de parte de la Doctrina, sostiene que resulta fundamental para dilucidar la cuestión suscitada el criterio de interpretación, según el cual la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella.

Bajo este predicamento, se expresa que tanto el recurso de protección como el control de legalidad de los actos de la Administración son instituciones consagradas en distintos preceptos de la Constitución, por lo que hay que interpretarlas en forma armónica, de manera tal que, respetando la finalidad propia de cada una de ellas, se evite, al mismo tiempo, toda posible colisión, interferencia o duplicidad de funciones.

En tales condiciones, se tiene presente el propósito que persigue cada una de las referidas instituciones. La toma de razón entrega a un órgano especialmente creado al efecto –dotado de la necesaria

autonomía— la función privativa de efectuar un análisis de constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración. El recurso de protección, por su parte, fue establecido con el fin de servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de los derechos amparados por el mismo y está concebido para dar respuesta inmediata a situaciones de hecho que, constituyendo actos u omisiones arbitrarios o ilegales, amagan o vulneran el ejercicio de algunas de las garantías individuales que señala el artículo 20 de la Constitución.

Mas adelante, el informe de la Comisión afirma, en su Considerando 15, que el Contralor, en la medida que ejerza la función de toma de razón en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber constitucional de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración, por lo que no es posible aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, toda vez que ello importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa, lo que violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos.

4. Enseguida, la Comisión precisa que esa conclusión no implica dejar en la indefensión a las personas, toda vez que ellas pueden recurrir de protección en contra de la autoridad que dictó el acto administrativo tomado razón, o en contra de la omisión incurrida, cuando el acto es representado. Ello sin perjuicio, además, de poder ejercerse las demás acciones judiciales.

Aclara, también, que las Cortes podrían acoger un recurso de protección en contra del Contralor si éste actúa al margen de sus funciones o no lo hace dentro del plazo legal que corresponde, y los afectados estimaren que tales acciones u omisiones son ilegales o arbitrarias y vulneran sus derechos constitucionales.

5. Se añade que la Carta Fundamental regula directamente el procedimiento específico de impugnación de la decisión que adopte la referida autoridad, entregándole al Presidente de la República, en caso de representación, la facultad de insistir o de recurrir al Tribunal Constitucional, según sea el caso de que se trate.

6. Por último, el informe de la Comisión se refiere también, en los considerandos 19 al 23, a diversas situaciones que atentarían contra las bases mismas de nuestro sistema constitucional, si se

aceptara la tesis de que el recurso de protección es admisible en contra de la decisión del Contralor de tomar razón o de representar un acto administrativo, ya que repugnan a la indispensable coherencia que deben guardar entre sí distintos preceptos de la Carta Fundamental, y resultan inconciliables con una interpretación armónica de la misma, afectando la congruencia y unidad que debe tener la Constitución.

Conviene destacar tres circunstancias de especial relevancia determinadas por el Senado:

1. No obstante que por regla general es improcedente el recurso de protección en contra de la toma de razón o de la representación hecha por Contraloría, sí es posible deducirlo en dos casos:

- a) Cuando la Contraloría General se excede manifiestamente de su competencia, y
- b) Cuando el recurso de protección se fundamenta en que la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho constitucional se origina en el incumplimiento del plazo que tiene el Contralor General para tomar razón.

2. El fallo del Senado sólo produce efectos relativos. Por consiguiente, cada vez que la Contraloría decida promover una contienda de competencia, deberá hacerlo caso a caso. Es decir, ningún fallo del Senado en esta materia produce cosa juzgada con efectos generales.

3. La contienda de competencia deber ser planteada en tiempo y forma. En consecuencia, si el recurso de protección ya está fallado por la Corte Suprema o el fallo está ejecutoriado no cabe plantearla.

Otro tema que corresponde recordar es el que se relaciona con los decretos o resoluciones relativos a personal que integra el Poder Judicial y que también deben cumplir con el trámite de toma de razón.

No obstante que corresponde a la Entidad de Control el examen de legalidad de tales actos, la Contraloría los remite al Poder Judicial para su consulta y decisión cuando contienen errores evidentes o han sido objetado por terceros. Ello atendido a que corresponde exclusivamente a la Corte Suprema, la superintendencia directiva correccional y económica sobre todos los Tribunales de la República por imperativo constitucional. En consecuencia, la Contraloría se atenderá a lo que disponga ese Alto Tribunal.

Cabe señalar que nunca ha habido problemas sobre la materia, pues la Corte Suprema siempre invalida los acuerdos, si verifica que se han producido infracciones claras a la ley. Por el contrario, si dicho Tribunal discrepa de las dudas planteadas por la Contraloría, ésta da curso inmediato al documento.

En relación con la toma de razón es preciso dejar constancia del hecho que puede revestir gravedad y provocar efectos negativos, lo que se explica a continuación.

Como ya se explicó anteriormente, el Senado, al resolver sobre la contienda de competencia, ha declarado improcedente impugnar la toma de razón por la vía del recurso de protección, pero ha reconocido que en tal evento el afectado puede recurrir en contra de la autoridad por la omisión administrativa originada en ese hecho. Pues bien, esto ha dado lugar a que particulares recurran de protección por causa de omisión sin que las autoridades respectivas se hayan defendido adecuadamente y, más bien, en la práctica se han adherido al recurso. El resultado es que el Tribunal ha decidido el asunto sin conocer todos los antecedentes, especialmente aquellos que han servido de base para la devolución hecha por la Contraloría, perjudicándose a veces gravemente el interés público, pues carece de toda la información.

Estimamos que la única forma de evitar esta anomalía es que cada vez que se presente un recurso de protección, el Tribunal, en ejercicio de sus facultades, solicite informe al Contralor exigiéndole que remita todos los antecedentes, fijándole un plazo breve para tal efecto.

V. EL REGISTRO DEL PERSONAL MUNICIPAL

El artículo 53 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone lo siguiente:

“Las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República cuando afecten a funcionarios municipales.

Para tal objeto, la Contraloría deberá llevar un registro del personal municipal en la forma y condiciones en que lo hace para el resto del sector público, debiendo las municipalidades remitir los antecedentes que aquélla solicite”.

Tanto la jurisprudencia de la Contraloría como la del Poder Judicial están contestes en el hecho que este registro tiene un carácter puramente material y que, en consecuencia, no cabe negarse a este trámite por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad del acto registrable, pues ello supondría confundirlo con el trámite de toma de razón.

Sin embargo, se han dictado algunos fallos, felizmente los menos, en que se sostiene que el Órgano Contralor estaría impedido de hacer presente la ilegalidad de un acto registrable. Tal posición no se compadece con el rol de la Contraloría para velar por la legalidad de los actos de la Administración, de su facultad de emitir dictámenes de acuerdo con el artículo 52 de la misma ley y con sus funciones generales de fiscalización que contempla su propia Ley Orgánica.

Al respecto se deben tener en cuenta, especialmente, los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, 1 y 6 de la Ley N° 10.336; 51, 52 y 53 de la Ley N° 18.695.

Así, de acuerdo con el artículo 87 de la Constitución Política, todo acto de la Administración —de la cual forman parte las Municipalidades, aserto corroborado por el artículo 1° de la Ley N° 18.575— está sujeto al control de legalidad por parte de esta Contraloría General, siendo la toma de razón —regulada en el artículo 88 del Texto Constitucional, dada su especial relevancia— sólo una de las formas en que puede realizarse tal control, con el cual tiene una relación de género a especie.

En efecto, esta Contraloría General ha detectado que, en ocasiones, se tiende erradamente a hacer sinónimos los conceptos “control de legalidad” y “toma de razón”, concluyéndose, en esta línea equivocada, que los actos que no están sujetos al trámite de toma de razón no están afectos al control de legalidad alguno por parte de este Ente Fiscalizador, en circunstancias que aquel trámite sólo es uno de los mecanismos por los cuales se ejerce el referido control.

En verdad, este punto no merece mayor profundización, no obstante lo cual conviene hacer presente que el propio artículo 88 de la Carta Fundamental señala que, “en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad de la ley, deban tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer”, es decir, la toma de razón queda comprendida en el ejercicio de la atribución general de control de la legalidad, lo que supone que

esta última función puede ejercerse por otras vías preventivas, al igual que la toma de razón, o a posteriori, como el control de legalidad de los decretos exentos del indicado trámite, pero lo que no puede ocurrir es que los actos de la Administración del Estado queden al margen del control de legalidad en comento, pues ello infringiría el artículo 87 de la Constitución Política del Estado, atentando, asimismo, en contra del artículo 7 de aquélla, al dejar de cumplirse el deber constitucional de esta Entidad Contralora.

Por lo tanto, la circunstancia de que los actos o resoluciones de los Municipios no estén sujetos al trámite de toma de razón, por excluirlos del mismo el artículo 53 de la Ley N° 18.695, no significa, en absoluto, que queden al margen del control de legalidad que constitucionalmente corresponda ejercer a esta Contraloría General.

A mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que la propia Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en sus artículos 51, 52 y 53, zanja toda duda, al disponer que los Municipios, y por ende, todos sus actos, son fiscalizados por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional, esto es, según la Ley N° 10.336 y que, en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, esta Entidad puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.

No obstante, las resoluciones que afecten a funcionarios municipales deben registrarse en la Contraloría General de la República, trámite que consiste en una mera constancia o anotación material del acto respectivo y que este Organismo debe realizar en los registros de personal que lleva a efecto, lo que no excluye, bajo ningún punto de vista, el ejercicio del control de legalidad sobre esos mismos actos y que puede realizarse de un modo anterior, simultáneo o posterior a la dictación o registro del acto de que se trate, siendo ambas facultades distintas e independientes entre sí, encontrándose la primera consagrada en el artículo 53 de la Ley N° 18.695 y la segunda en los artículos 87 de la Carta Fundamental, 51 y 52 de la propia Ley N° 18.695 y 1 y 6 de la Ley N° 10.336, entre otros.

De este modo, la circunstancia que determinados actos administrativos estén afectos sólo al trámite de registro, en absoluto implica enervar o privar a este Organismo de Control de sus facultades para fiscalizar el cumplimiento de la ley por parte de los órganos de la Administración.

Es satisfactorio señalar que la tesis antes expuesta ha sido reconocida por la Excma. Corte Suprema en un fallo del 31 de mayo del 2000, al resolver un recurso de protección que interpuso el Alcalde de Cerrillos a raíz del registro con observaciones de una medida disciplinaria de destitución¹.

La interpretación contraria llevaría al absurdo de reconocer que el personal municipal sería el único en Chile que estaría fuera de todo control externo y que no existiría la posibilidad de invalidación, aunque se trate de actos ilegítimos, para restablecer el derecho.

Por eso es que la Contraloría ha sido insistente en sostener que, sin perjuicio del registro del acto, debe plantear la obligación de invalidarlo, si es manifiestamente contrario a la ley. Con todo, cuando se trata de situaciones consumadas desde hace largo tiempo, existiendo derechos de terceros de buena fe que se verían afectados, el Organismo Contralor no insiste en la invalidación. (Dictámenes 193, de 1995; 697, de 1996; 40.267, de 1997; 2.572 y 12.266, de 1999).

VI. REGISTRO DE CONDENAS

Cabe tener presente que el artículo 38 letra e) de la Ley N° 10.336 dispone que corresponderá a la Contraloría General de la República llevar una nómina al día de las personas condenadas por crimen o simple delito de acción pública o inhabilitadas por sentencia judicial para servir cargos u oficios públicos sin que pueda registrar ningún decreto o resolución que nombre para un cargo público a cualquiera persona afectada por sentencia firme de la naturaleza indicada, “para lo cual los jueces de letra comunicarán a la Contraloría toda sentencia firme que imponga tal pena”.

Este registro se sustenta en las comunicaciones que el Poder Judicial envía al Organismo de Control, por lo que es de alta conveniencia que éstas sean oportunas, evitando con ello que personal no idóneo ingrese a la Administración o que permanezca en ella. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades que sobre la materia le han sido entregadas al Servicio de Registro Civil e Identificación.

¹ Nota del Editor: La sentencia en cuestión se ha incluido en este número, en la Sección de Jurisprudencia de Interés.

VII. LA FUNCIÓN DE DICTAMINAR

De acuerdo con lo previsto en su Ley Orgánica, la Contraloría General puede informar en derecho sobre las normas estatutarias del personal y sobre el funcionamiento de los servicios sometidos a su fiscalización. Excepcionalmente su fiscalización está limitada a labores de auditoría o a recoger información para la preparación del Balance de la Nación.

El artículo 6° de dicho texto legal dispone textualmente:

“Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen” (inciso 1°).

“Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas” (inciso 2°).

El mismo precepto en su inciso 2° establece:

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

Por su parte el artículo 19 ordena:

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

¿Cuál es la competencia de los Tribunales de Justicia en relación con esta facultad de dictaminar?

Al respecto corresponde precisar:

1°. Como no se trata de una facultad prevista directamente en la Constitución Política y en los términos perentorios del artículo 88 del texto constitucional, no existe inconveniente, en principio, para que se pueda recurrir de protección en contra de un dictamen.

Con todo, se produce una distorsión cuando un recurso tan excepcional sirve para impugnar cualquier dictamen, aunque éste haya sido debidamente fundamentado y no se detecta por lado alguno una actuación arbitraria o ilegal por parte del Contralor General.

2°. El artículo 6°, inciso 3° de la Ley Orgánica ya citada establece que la *“Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.”*

En consecuencia, la Contraloría General está impedida de intervenir cuando el mismo asunto, entre las mismas partes, está pendiente del conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Aún más, si un asunto está siendo estudiado en la Contraloría y con posterioridad se verifica que antes o durante la tramitación del respectivo reclamo o consulta está en conocimiento de los tribunales, el Organismo Contralor deberá inhibirse de intervenir.

En consecuencia, si el afectado recurre ante los tribunales, se producirá la inhibición para actuar. Por el contrario, si hay desistimiento de la acción judicial, Contraloría recuperará su competencia.

Es preciso consignar que la ley dispone la incompetencia de la Entidad Fiscalizadora para pronunciarse sobre asuntos que “por su naturaleza sean litigiosos”, es decir, no es ineludible que la materia esté radicada en los tribunales. Esa es la razón por la cual el Organismo Contralor no se pronuncia cuando se producen conflictos entre las partes con motivo de la interpretación de los contratos. Excepcionalmente, de común acuerdo entre la Administración y los contratantes, la Contraloría ha intervenido para fijar el alcance de los derechos y obligaciones de los contratos vinculados a obras públicas dado el régimen especial de estos últimos.

Cabe insistir en que la radicación en la justicia de un asunto sólo afecta la facultad de informar en derecho de la Contraloría, y no el resto de sus funciones, como ocurre, por ejemplo, con los sumarios administrativos, las auditorías y la toma de razón.

Sin embargo, algunas instituciones han estado empleando un procedimiento que implica trastocar el sistema y una burla a la norma citada, recurriendo de protección ante las respectivas Cortes de Apelaciones.

Ahora bien, a juicio de esta Entidad Fiscalizadora, tanto el recurso de protección como cualquier otra vía jurisdiccional, no pueden considerarse como mecanismos destinados a solucionar eventuales diferencias de opinión sobre la interpretación de las normas administrativas, entre la Contraloría General y los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización. Tanto la Carta Fundamental como la legislación orgánica han conferido a este Organismo facultades para interpretar dichas normas, ejerciendo un control de legalidad mediante la emisión de dictámenes obligatorios para tales servicios, por lo que éstos deben darles cumplimiento, sin perjuicio que puedan solicitar su reconsideración, mecanismo administrativo normal a través del cual pueden revisarse las decisiones de esta Contraloría.

Aceptar que un Servicio Público, sujeto a la fiscalización de esta Contraloría, pueda impugnar sus dictámenes, que le son obligatorios, interponiendo un recurso de protección cada vez que no le agradan, menoscaba gravemente las atribuciones que, en cuanto Organismo Superior de Control en la Administración del Estado, le confiere el ordenamiento jurídico institucional y coloca al Servicio fiscalizado en una situación de rebeldía e incumplimiento de una obligación que le impone aquél, pues cuando se deja de cumplir un dictamen de esta Entidad, lo que en realidad se está dejando de cumplir es la norma legítimamente interpretada.

En este orden de ideas, cabría preguntarse, entonces: ¿qué sentido tienen todas las disposiciones que consagran la obligatoriedad de los dictámenes de esta Contraloría para los Servicios sometidos a su fiscalización, si éstos pueden desconocerlos ejerciendo acciones judiciales en su contra? No cabe duda que los preceptos de derecho deben interpretarse en un sentido lógico, de modo que lleguen a una conclusión racionalmente aceptable y no con un criterio que los haga inoperantes.

De aceptarse la tramitación de un recurso de protección interpuesto por un Jefe de Servicio a nombre de la institución que repre-

senta, en contra de un dictamen de la Contraloría, se afectaría gravemente la autonomía y las facultades que la Carta Fundamental reconoce a este Organismo, en cuanto le corresponde ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración.

A su vez, sin duda se desvirtúa el sentido y la razón de ser de esta acción cautelar, cuya finalidad es proteger los derechos esenciales de las personas, y en ningún caso servir como instrumento para eximirse de una obligación legal o cuestionar determinadas funciones que el ordenamiento jurídico reconoce a esta Contraloría.

Es del caso señalar que esta situación fue resuelta por la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago y por la Exc^{ma}. Corte Suprema, en fallos de fechas 22 de enero de 1998 y 26 de febrero del mismo año, respectivamente, recaídos en el recurso de protección Rol N° 4856-97 que interpusiera la alcaldesa de la Municipalidad de Cerro Navia en contra de este Organismo. En la sentencia de primera instancia, que declaró sin lugar dicho recurso, y que fue confirmado por la Exc^{ma}. Corte Suprema, se invoca como uno de sus fundamentos (considerando 8°) que: "...no puede aceptarse que un organismo o repartición sujeto a la fiscalización de la Contraloría, recurra de protección contra un dictamen de ésta, que le es obligatorio, pues ello desquiciaría todo el sistema de la Administración del Estado, afectándose la autonomía y las facultades del Organismo Contralor". Sin embargo, posteriormente se han acogido a tramitación diversos recursos de protección interpuestos por otros alcaldes.

Por otra parte, los organismos de la Administración del Estado deben actuar dentro de su competencia, sin que tengan más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, según aparece consagrado en los artículos 7° de la Carta Fundamental y 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En este contexto, no existe disposición alguna que faculte expresamente a los servicios para interponer un recurso de protección en contra de esta Contraloría por la emisión de algún dictamen, por lo que no se encuentran habilitados para accionar judicialmente en la situación de la especie.

Por último, a este respecto, no se puede dejar de señalar que tanto la Contraloría General de la República como los Servicios Públicos forman parte de una unidad estructural armónica e interrelacionada, como lo es la Administración del Estado, según aparece de lo establecido en el artículo 38 de la Constitución Política y en el artículo

1º de la antes citada Ley Nº 18.575, por lo que no resulta lógico ni conveniente que ambos entes administrativos resuelvan sus diferencias en el ámbito judicial. Así, resulta inconcebible que un servicio público ejerza la acción cautelar en contra de esta Contraloría.

3º. Los fallos que emiten los Tribunales, al momento de quedar ejecutoriados, deben ser acatados por la Contraloría General. Pero se trata sólo de un efecto relativo, respecto de las partes en litigio, sin que altere la jurisprudencia del Organismo Contralor, la que sigue en plena vigencia. Por lo tanto, los dictámenes siguen siendo obligatorios para los servicios y personas que no han intervenido en el respectivo juicio. Ello no quita que, frente a una jurisprudencia judicial reiterada, constituya a veces un antecedente que se pondera por la Contraloría al momento de resolverse sobre los recursos de reconsideración.

4º. Una situación bastante confusa se presenta en el ámbito municipal por el hecho de que la Ley Orgánica de Municipalidades contempla el reclamo de ilegalidad que puede dar lugar a la intervención de la Corte de Apelaciones respectiva, ya que no descarta el recurso de protección. En todo caso, cualquiera que sea la vía jurisdiccional empleada, el Organismo Contralor se inhibe de dictaminar, de acuerdo con lo expresado en el Nº 2 precedente.

VIII. INCIDENCIA DE LOS FALLOS JUDICIALES EN MATERIA DE SUMARIOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 115 del Estatuto Administrativo consagra la independencia de las responsabilidades administrativa, penal y civil. Por eso, por regla general es que lo que ocurra en los procesos criminales no tiene incidencia alguna en los resultados de los procesos sumariales que realiza la Contraloría o la propia Administración activa.

La potestad de mando tiene como una de sus manifestaciones a la potestad disciplinaria, herramienta insustituible para mantener el orden del personal y el respeto de éste al orden jurídico.

Los fundamentos normativos de la potestad disciplinaria se encuentran en el artículo 38 de la Constitución Política y en la Ley de Bases de la Administración del Estado, artículos 7º, 10, 12, 15, normas que refuerzan la idea de que ella es emanación, entre otras

consideraciones, de la teoría de distribución de funciones, y de la voluntad del constituyente de dotar al Presidente de la República, Ministros, Intendentes, Gobernadores y demás autoridades administrativas, de la independencia suficiente para obtener de sus subalternos el pleno respeto a los deberes y prohibiciones a que están sujetos.

Ahora bien, por expreso mandato constitucional, a esta Contraloría General le corresponde el control de legalidad de los actos de la Administración, cuestión que, proyectada en el ámbito de la probidad administrativa, se traduce en la posibilidad de realizar auditorías, inspecciones, instruir investigaciones y sumarios administrativos, según lo disponen expresamente los artículos 131 y 133 de su Ley Orgánica Constitucional.

Es preciso señalar que los sumarios instruidos por este Órgano Superior de Control tienen por objeto establecer si los hechos que motivan un sumario constituyen faltas administrativas y determinar los responsables y su grado de participación. Concluido el proceso sumarial, sólo procede, si así se desprende del mérito del proceso, proponer a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones a los funcionarios responsables, pues es esta última quien ostenta la titularidad del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Ahora bien, en el curso de una investigación o sumario, es posible detectar hechos que revistan caracteres de delitos, comunes o ministeriales, caso en el cual el Fiscal a cargo deberá proceder a interponer la respectiva denuncia ante el tribunal competente.

Así, se llega a un punto en que se advierte que un mismo hecho puede dar origen a ilícitos en los ámbitos administrativo-disciplinario, civil y penal.

Sobre la relación entre las responsabilidades civil y penal, nuestra legislación y jurisprudencia ya han acotado suficientemente este tema. Sin embargo, son las relaciones entre la responsabilidad administrativa y penal las que más interés despiertan en atención a que, sobre un mismo hecho, se pueden aplicar dos sanciones de distinta naturaleza.

Desde la perspectiva del derecho sancionatorio del Estado, es dable plantearse si la concurrencia de responsabilidades administrativa y penal respecto a un mismo sujeto, a quien se le llegue a aplicar sanciones de ambos órdenes de responsabilidades, resultaría afectado al violarse el principio del que impide una doble sanción por un mismo hecho. Pero, tal como se consignó anteriormente, nuestro derecho ha consagrado el principio de independencia de la

responsabilidad administrativa respecto de la civil y penal. Este principio implica que la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos, conforme el expreso tenor del artículo 115° de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo.

La propia norma en comento consagra una excepción, para el caso que se sanciona con la medida de destitución, como consecuencia exclusiva de hechos que revistan caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados. En esta situación el empleado deberá ser reincorporado a la institución en el mismo cargo o en otro de igual jerarquía. Si no fuere posible tal reincorporación en el plazo de seis meses, contados desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir el pago de la remuneración que le hubiere correspondido percibir en su cargo por el tiempo que permaneció alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años.

Sin perjuicio de que la situación antes reseñada se considere una excepción al principio de independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la penal, lo cierto es que, atendida la naturaleza de las cosas, no se trataría de una verdadera excepción, sino que una confirmación de la regla general, toda vez que si a un funcionario se le sanciona disciplinariamente en atención a que los hechos revestirían exclusivamente el carácter de delito, la autoridad llamada a establecer la efectividad del delito será la judicial, de forma tal que será su pronunciamiento el que tendrá directa influencia sobre la sanción administrativa impuesta, por cuanto ella quedaría sin fundamento.

En esta situación, no obstante el texto legal del inciso segundo del artículo 115° de la Ley N° 18.834, será la autoridad administrativa, o la Contraloría General, según sea el caso, quien ponderará soberanamente los antecedentes que llevaron al sobreseimiento o absolución criminal, y decidir finalmente sobre la reincorporación del afectado.

En otro orden de materias, cabe referirse a la procedencia de la acción constitucional de protección contra la resolución del Contralor General que afina un proceso sumarial, proponiendo la aplicación de sanciones, o bien indirectamente a través de la resolución de la autoridad administrativa, donde se radica la potestad disciplinaria que aplica la medida propuesta.

Una situación bien especial y aparentemente contradictoria de nuestra legislación se presenta cuando un funcionario es condenado por la justicia del crimen a una pena principal y a otra accesoria, que implica la suspensión de cargo público por un período determinado. La contradicción se puede presentar cuando la Administración, actuando en ejercicio de sus propias facultades y potestades, ha aplicado una medida disciplinaria de mayor gravedad.

Frente a este caso la Contraloría General ha resuelto reiteradamente que no cabe enmendar en este caso lo resuelto legítimamente por la Administración, pues se trata de medidas que tienen una naturaleza y origen distintos. En todo caso si el funcionario ha sido sancionado con una medida que no cubre lo resuelto por la justicia del crimen, lo ordenado por ésta debe cumplirse sin más trámite.

A propósito de esta materia, aparece muy discutible el número 15 del Auto Acordado de 27 de junio de 1992, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, el cual previene que si la persona, funcionario o jefe del órgano del Estado, cualquiera sea la calidad en que ejerza el cargo, no evacuaré los informes o no diere cumplimiento a las diligencias, resoluciones y sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenaren, conforme a lo establecido en dicho Auto Acordado, podrán éstas “imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía, alguna o algunas de las siguientes medidas”: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa a beneficio fiscal que no sea inferior a una unidad tributaria mensual ni exceda de cinco unidades tributarias mensuales, y d) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo.

En nuestra opinión, dicha norma contraría el sistema reglado que, resguardando el principio del debido proceso, contempla nuestra legislación positiva y que entrega las facultades disciplinarias respectivas a la jefatura correspondiente.

Es así como el Estatuto Administrativo, tanto el contenido en la Ley N° 18.834, de los funcionarios públicos, como aquel que se contempla en la Ley N° 18.883, de los funcionarios municipales, considera los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar una adecuada defensa de los inculpados, toda vez que ellas establecen las autoridades llamadas a conocerlos, los plazos dentro de los cuales deben realizarse las actuaciones, las formalidades de las notificaciones, la formulación de cargos y su debido emplazamiento, las formalidades de las declaraciones y testimonios

prestados en el sumario, la amplia admisibilidad de los medios de prueba y los medios de defensa de que pueden hacer uso los afectados, tales como la formulación de los descargos y la interposición de los recursos que procedan en contra de la sanción, como así también la autoridad a quien corresponda aplicarla.

Como se advierte de lo antes expuesto, el número 15 del Auto Acordado no se aviene a los procedimientos que persiguen la responsabilidad administrativa de los funcionarios, pudiendo considerarse una injerencia del Poder Judicial en las potestades de las autoridades administrativas. Felizmente hasta ahora jamás se ha aplicado el Auto Acordado en esta materia.

IX. RECURSOS JUDICIALES ESPECIALES EN CONTRA DE DECISIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Existen tres casos bien precisos en que se plantea la posibilidad de recurrir ante los Tribunales por decisiones de la Contraloría General.

1º. El recurso de queja en el juicio de cuentas

El artículo 79 de la Constitución Política otorga a la Corte Suprema la superintendencia sobre todos los tribunales, salvo las excepciones que allí se consultan, en las que no aparece el Tribunal de Cuentas.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Puede un cuentadante solicitar, mediante la interposición del recurso de queja ante la Corte Suprema, que se revea lo resuelto en un Juicio de Cuentas?

Es del caso señalar que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, vigente con anterioridad a la dictación de la ley N° 19.374, disponía que “los tribunales superiores de justicia conocerán los recursos de queja que las partes afectadas interpusieren para la corrección de cualesquiera faltas o abusos que los funcionarios judiciales cometieren en la dictación de resoluciones y especialmente en los casos que siguen:

- 1º. Cuando no fueren pronunciadas dentro de los plazos señalados en la ley;

- 2°. Cuando las que dictaren fueren manifiestamente innecesarias o importaren dilación en la tramitación del proceso o gravamen para los litigantes,
- 3°. Cuando decretaren medidas precautorias manifiestamente injustificadas o innecesarias o negaren en la misma forma las que se solicitaren con fundamento plausible y apareciere en uno y otro caso que de ello deriva un daño irreparable al recurrente, y
- 4°. Cuando con falta o abuso dictaren cualquier resolución en perjuicio de alguna de las partes”.

Ahora bien, a contar de la vigencia de la Ley N° 19.374, que reemplazó el artículo 545 ya transcrito, el recurso de queja es el acto jurídico procesal de parte, que se ejerce directamente al Tribunal superior jerárquico en contra del juez o jueces inferiores, que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución de carácter jurisdiccional con grave falta o abuso, siendo su único objetivo corregir dicha falta o abuso, siempre y cuando la resolución no sea susceptible de recurso alguno y su objeto es la enmienda, revocación, o invalidación de aquella.

Asimismo, se innova al exigir que estas graves faltas o abusos sean cometidos en resoluciones de carácter jurisdiccional, dejando fuera la conducta funcionaria del juez o aquellas que dicte en uso de las facultades que le son propias, pero no en un proceso.

Por último, se exige que la resolución no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

Es así que la modificación destinada a reemplazar el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales se refiere a la naturaleza de las resoluciones, expresando que sólo procederá el recurso cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva. Se convierte, pues, en improcedente el recurso de queja a raíz de sentencias interlocutorias que no tengan el carácter precedentemente señalado o contra las cuales proceda el recurso de apelación; como, asimismo, pasa a ser improcedente contra las sentencias definitivas susceptibles de tal recurso, y de los autos y decretos.

La ley configura una excepción respecto de las sentencias definitivas de primera y única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma.

De este modo, cada vez que se dicte una sentencia interlocutoria, que ponga fin al juicio o que haga imposible su continuación o que se dicte una sentencia definitiva, susceptibles de un recurso ordinario o extraordinario, aun cuando en su dictación se haya cometido una falta o abuso grave, no cabe recurrir de queja.

Conforme a lo expuesto, Contraloría ha sostenido que no sería aplicable lo dispuesto en el N° 7 del artículo 98 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que la sentencia de segunda instancia, dictada por el Contralor General en su calidad de Juez de Cuentas de Segunda Instancia, es susceptible de ser revocada, modificada o confirmada mediante el recurso de revisión, contemplado en el artículo 126 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General, siendo la disposición antes mencionada una norma que regula la ordenación y distribución de los recursos que debe conocer cada sala de la Corte Suprema.

En consecuencia, el Tribunal de Cuentas ha sostenido que la Corte Suprema carece de jurisdicción para pronunciarse sobre un recurso de queja interpuesto en contra de la sentencia que se dicte en un juicio de cuentas.

No obstante lo señalado y sin que ello signifique reconocer la procedencia del recurso, el Contralor General de la República, una vez recurrido, ha estimado conveniente en cada caso acompañar a la Corte Suprema, para su conocimiento, un memorándum sobre los principales aspectos del juicio de cuentas impugnado.

La Corte Suprema, sin pronunciarse expresamente sobre la alegación de inadmisibilidad por falta de jurisdicción, ha resuelto en reiteradas oportunidades que el Contralor General de la República no ha procedido con falta o abuso, desechando los recursos.

2º. Suspensión del procedimiento de juicio de cuentas

En el artículo 117 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General, en lo pertinente se señala: “Si durante la tramitación del juicio se advirtiere la existencia de hechos delictuosos de los que tenga conocimiento la justicia ordinaria, el Juez de Cuentas ordenará formular la denuncia correspondiente. Si estima que esos hechos tienen relación directa con el reparo objeto del juicio, suspenderá el procedimiento hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio criminal”.

En la práctica, cuando en un Juicio de Cuentas hay constancia que en un tribunal del crimen se tramita una causa que tenga relación directa con el reparo del juicio, el juez de cuentas ordena oficiar a dicho tribunal, a fin de que proporcione los antecedentes necesarios para determinar si se trata de los mismos hechos (inculgado, motivo, monto, fecha, etc.) debatidos en tal juicio. En caso afirmativo, el juez de cuentas dicta una resolución que suspende la tramitación del juicio, en espera de que recaiga resolución ejecutoriada en el proceso criminal, la que se notifica al cuentadante y se pone en conocimiento del juez respectivo.

Al respecto cabe precisar que, mientras el juicio de cuentas se encuentra suspendido, periódicamente se oficia al tribunal del crimen respectivo, a fin de tener conocimiento del estado de la causa. Cuando este tribunal dicta sentencia definitiva y ejecutoriada, ésta es adjuntada al juicio de cuentas, dictándose una resolución que deja sin efecto la suspensión y ordena su prosecución.

Esta figura jurídica reviste importancia en el juicio de cuentas, por cuanto la sentencia dictada en el tribunal del crimen puede incidir en aquél, atendidos los principios de certeza jurídica y cosa juzgada, dando lugar, inclusive, a dejar sin efecto el reparo.

Como dato ilustrativo, cabe consignar que a la fecha, en el Tribunal de Cuentas, hay un total de 19 juicios suspendidos.

3º. Recurso especial del Decreto Ley N° 799, de 1974

El D.L. N° 799, de 1974, fija normas que regulan el uso y circulación de vehículos estatales.

El artículo 11 de este texto legal dispone que corresponde a la Contraloría General de la República incoar las investigaciones sumarias por las faltas que se cometan al infringir la normativa contenida en el texto señalado.

A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los sumarios que instruye la Contraloría General, en que al término de ellos el Contralor sólo puede proponer medidas disciplinarias, en este caso, por expresa disposición del artículo 11 inciso final, la sanción disciplinaria es impuesta directamente por el Contralor General.

Pues bien, según lo establecido en el artículo 11 inciso 1º del D.L. N° 799, toda infracción a lo dispuesto en dicha normativa será sancionada con alguna de las medidas disciplinarias establecidas en el Estatuto Administrativo, inclusive la destitución.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 inciso 3°, el afectado por una medida sancionatoria superior a multa puede apelar ante la Corte Suprema. Para dicho efecto, hay que atenerse a lo dispuesto en el Auto Acordado de 26 de julio de 1972, publicado en el Diario Oficial de 3 de agosto del mismo año.

X. JUICIOS DE MERA CERTEZA O JACTANCIA

Últimamente ha surgido una práctica en el sentido de que organismos que no están conformes con lo resuelto por la Contraloría General están recurriendo a los Tribunales de Justicia, en juicio ordinario, para que se declare que no están obligados a satisfacer la obligación que le ha impuesto la Contraloría General. Ello ha ocurrido principalmente cuando se pretende desconocer la facultad fiscalizadora o de pedir información que tiene el Organismo Contralor sobre las referidas instituciones, principalmente ante peticiones hechas por las Cámaras Legislativas de acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Al respecto, la Contraloría ha hecho notar la gravedad que importa este procedimiento que trastoca el ordenamiento constitucional.

La posición del Organismo Contralor ha quedado claramente expuesta en diversos oficios.

Así, por ejemplo, en el caso de las demandas de jactancia ha ocurrido que, frente a un dictamen desfavorable para el Servicio que reconoce el derecho de un funcionario, el jefe superior interpone una demanda de jactancia en contra de dicho funcionario, tomando artificialmente en litigioso lo que en realidad es meramente administrativo, por el solo hecho que dicho funcionario ha estado reclamando ante la Contraloría lo que son sus derechos.

Sobre el particular, por Dictamen N° 1.481, de 2000, se ha señalado que la jactancia, que se encuentra tratada en los artículos 269 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es el acto en virtud del cual alguna persona manifiesta corresponderle un derecho del que no está gozando.

Así, en toda jactancia intervienen dos partes, el jactancioso y el jactado, y este último es quien solicita al tribunal respectivo que se obligue al jactancioso, esto es, aquél que ha manifestado corres-

ponderle un derecho de que no está gozando, a deducir demanda dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento, si no lo hace, de no ser oído después sobre aquel derecho, vale decir, la jactancia –tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de los tribunales–, constituye un “ante juicio”, que tiende a dar o no origen a un juicio ordinario, en el cual debe plantearse la discusión y fallo sobre el fondo de los hechos y derechos que se alegan.

En consecuencia, el efecto de la jactancia, de no ejercer una pretensión dentro del plazo establecido, no es otro que constituir una sanción de caducidad que no implica necesariamente que se pierda en definitiva el derecho que el jactancioso manifiesta corresponderle, toda vez que la caducidad procesal sólo hace perder el ejercicio de la facultad de demandar en dicha instancia jurisdiccional, pero no impide que haga valer el derecho de que se jacta a través de otros medios legales y en otros procedimientos.

En este contexto, cabe precisar que en el juicio de jactancia no procede considerar las cuestiones de fondo que atañen al derecho mismo, las cuales deben hacerse valer –cuando corresponda– en la segunda litis a que pueda dar lugar la jactancia, pero tratándose de derechos de carácter estatutario, como los que reclaman los recurrentes, es dable señalar que a este Organismo Contralor le corresponde pronunciarse sobre el fondo de la materia debatida, no pudiendo, por ende, excepcionarse de ejercer a cabalidad sus facultades expresamente establecidas en la Constitución y las leyes.

Lo anterior, por cuanto, en conformidad con los artículos 87 y 88 de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva, entre las cuales está la de establecer la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a los servicios públicos sometidos a su fiscalización, entre otras materias a que se refieren diversos preceptos de la Ley N° 10.336.

Por otra parte, el inciso tercero, del artículo 6°, de la Ley N° 10.336, dispone que “la Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor”.

De lo precedentemente expuesto, se colige que cuando una persona, afectada por una medida de la Administración, pone dicha situación en conocimiento de los Tribunales de Justicia, vale decir, opta por la vía judicial, promoviendo un juicio, la Contraloría, en tal circunstancia, debe abstenerse de emitir un pronunciamiento al respecto, por cuanto la competencia para conocer de la materia se encontraría radicada en los Tribunales de Justicia correspondientes.

No obstante lo anterior, cabe consignar que cualquier acción del jactancioso, en el juicio de jactancia, no torna litigioso el derecho que se reclama, por cuanto, tal como se ha manifestado, en la jactancia no se discute ni falla el fondo de los hechos y derechos que se alegaren, ni se determina la procedencia o no del derecho que se reclama, sino que sólo tiene por objeto obligar al jactancioso a deducir demanda, en juicio ordinario, en contra del jactado.

Por consiguiente, en atención a que la demanda de jactancia en ningún caso inhibe la competencia de la Contraloría General y no impide el ejercicio de sus atribuciones fiscalizadoras y contraloras respecto de materias que, por expresa disposición constitucional y legal, son de su entera y exclusiva competencia, corresponde emitir un pronunciamiento en relación a las presentaciones.

Algo similar ha ocurrido con demandas en juicios declarativos civiles o juicios de mera certeza, en los que se ha solicitado, ya sea la declaración de prescripción de la obligación reconocida por el Organismo Contralor o la declaración de inexistencia del derecho del funcionario favorecido con un dictamen determinado.

En estos casos, por Dictamen N° 39.570, de 2000, se ha precisado que no se puede aceptar la utilización por parte de la Administración activa, de cualquier vía jurisdiccional, como la de la especie, como mecanismo destinado a solucionar eventuales diferencias de opinión que tengan, respecto de la interpretación de las normas administrativas que efectúe esta Contraloría General en ejercicio de sus facultades, mediante la emisión de dictámenes; los cuales son obligatorios para dichos servicios, sin perjuicio de que puedan solicitar la reconsideración de los mismos, forma normal de revisión de las decisiones de esta Entidad.

De admitirse que cada vez que un jefe de servicio no esté conforme con lo resuelto por este Organismo pueda impugnar el respectivo dictamen por la vía judicial, se menoscabaría gravemente las facultades que, en cuanto Organismo Superior de Control de la

Administración del Estado, le confiere el ordenamiento jurídico institucional y coloca al servicio fiscalizado en una situación de rebeldía e incumplimiento de una obligación que le impone aquél, ya que cuando se deja de cumplir un dictamen de esta Institución, lo que en realidad se está incumpliendo es la norma interpretada legítimamente.

Por otra parte, es del caso precisar que, acorde con lo dispuesto en los artículos 7° de la Constitución Política y 2° de la Ley N° 18.575, los organismos de la Administración del Estado deben actuar dentro de su competencia, no teniendo más atribuciones que las que les haya conferido el ordenamiento jurídico; por lo que la Contraloría General, de acuerdo con su autonomía constitucional, no puede ver afectadas sus atribuciones ni mucho menos que éstas puedan quedar supeditadas al control de otras entidades o poderes del Estado. Lo contrario significaría sostener que, en materia administrativa, este Órgano Fiscalizador sólo se constituiría en una mera instancia de resolución, cuyo control y manejo quedaría supeditado—en este caso— a lo que resolvieran los Tribunales de Justicia.

Es así como la interpretación que se efectúe del inciso tercero del artículo 6° de la Ley N° 10.336 debe ser armónica y concordante con la normativa constitucional y legal en la cual se encuentra inmersa, evitando distorsiones que un análisis aislado pueda llevar aparejado.

En efecto, la aceptación de la impugnación judicial, por parte de los organismos sujetos a la fiscalización de esta Contraloría General, de los dictámenes que los vinculen posibilitaría, que por tal mecanismo, se eluda el régimen de control al que se encuentran sometidos, consagrado en los artículos 87 y 88 de la Constitución Política del Estado; 1°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336 y otras diversas disposiciones.

Consecuentemente con lo expuesto, la circunstancia de que una entidad pública haya interpuesto una demanda declarativa civil ante un Juzgado de Letras, respecto de un asunto resuelto y ratificado particular y expresamente por este Órgano Contralor mediante dictámenes, coloca a esa entidad en una situación de rebeldía e incumplimiento no sólo de dichos pronunciamientos, sino que también de sus obligaciones como servicio público sometido a la fiscalización de esta Entidad y a las responsabilidades que de las infracciones a dichos deberes se deriven.

En todo caso es justo reconocer que nuestro ordenamiento jurídico contiene un vacío que es preciso salvar. El problema es el siguiente: si un particular se siente afectado en sus derechos por un dictamen de la Contraloría General puede deducir acciones ante los Tribunales de Justicia, sea por vía de recurso de protección, de nulidad, de indemnización de perjuicios u otros. En cambio, si un órgano administrativo o el Fisco se considera lesionado en su patrimonio por un dictamen del Organismo Contralor, no tiene posibilidad de recurrir ante los Tribunales. Se argumenta que parece injusto que la Administración quede sujeta a la decisión de una persona, el Contralor General, por muy respetable que sea su investidura y calidad, en circunstancias que un particular sí puede recurrir ante otras instancias, agotando diversas etapas llegando incluso hasta la Corte Suprema, órgano de carácter colegiado. Se alega que esto importa para el Estado un tratamiento discriminatorio.

Se trata de un tema de la máxima relevancia, que requiere de un estudio acabado y responsable, en términos de no arrasar con las facultades inherentes a la Contraloría. En todo caso, se encuentra en la posibilidad del decreto de insistencia presidencial que consulta la Constitución Política, siempre que el asunto no recaiga en una materia en que esté vedada la obligación de este mecanismo.

XI. EFECTOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA GESTIÓN DEL ORGANISMO CONTRALOR

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General, el Contralor General o sus delegados no están obligados a concurrir a los tribunales del crimen cuando se les cita a declarar sobre procesos en que la Contraloría tenga antecedentes, especialmente cuando ha realizado labores de auditoría o efectuado sumarios administrativos vinculados a la materia, por cuanto dicha norma contempla declaraciones mediante informes.

Sin embargo, podría entenderse que el nuevo régimen de procedimiento penal, establecido por las Leyes N°s. 19.640 de 1999 y 19.696 de 2000, ha derogado orgánicamente dicho precepto al no contemplar este tipo de excepciones.

No cabe duda que se trata de un vacío legislativo que será preciso salvar. Parece irracional que el Contralor General deba con-

currir personalmente a las audiencias que contempla el nuevo procedimiento.

En este contexto pareciera razonable que el Contralor General o sus delegados sólo estuviesen obligados a prestar declaración mediante informes durante el período indagatorio a cargo del Ministerio Público. Por lo tanto, no debieran concurrir a las audiencias orales que contempla el artículo 259 y siguientes de la Ley N° 19.696, por cuanto en esa etapa le corresponde actuar al Ministerio Público o al Consejo de Defensa del Estado por ser parte del proceso. No obstante, si el Contralor General decidiera iniciar la querrela o hacerse parte en el proceso haciendo uso de las facultades que le confiere el inciso 2°, del artículo 139, de la Ley N° 10336, estará obligado, en este último caso, a concurrir por sí o por delegado a las audiencias contempladas en el juicio oral penal.

XII. ROL DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

La Contraloría General de la República, no obstante su autonomía, carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, actúa con la personalidad del Estado. Por lo mismo, en los juicios respectivos se requiere de la intervención del Consejo de Defensa del Estado.

Lo anterior explica la necesidad de una interrelación permanente entre ambos organismos, las que deben fortalecerse con mayor énfasis en el futuro. En todo caso es preciso resguardar por todos los medios la independencia del Organismo Contralor.

XIII. COLABORACIÓN A LA JUSTICIA

La Contraloría General aplica permanentemente una política de colaboración con la justicia proporcionando en forma rápida y expedita todos los antecedentes que le requiera. Inclusive, en las diligencias propias de los jueces del crimen no cabe reserva.

Con todo, lo que no puede hacer el Órgano Contralor es emitir juicio en relación con asuntos radicados en los tribunales, ni aun a petición de éstos por prohibírselo el artículo 6°, inciso 3°, de su Ley Orgánica.

XIV. PROPOSICIONES

Como es fácil observar, son muchos los aspectos y problemas que deben examinarse en relación con el tema que se explica en este trabajo.

Sin perjuicio de la profundización que debe hacerse sobre la materia, parece ineludible que el perfeccionamiento de nuestro régimen jurídico-administrativo requiere de algunas medidas de orden legal y de otra índole que es urgente adoptar. De lo contrario, seguirán produciéndose confusiones, conflictos y perjuicios injustos en detrimento del bien común.

Entre las medidas que pareciera necesario abordar se encuentran las siguientes:

- 1°. Establecer un sistema de justicia contencioso-administrativa que asegure que existan jueces con una sólida formación especializada en dicha materia.
- 2°. Restablecer, y en otros casos precisar, las facultades que corresponden a la Contraloría General de la República, en forma de evitar distorsiones y debilidades en materia de control. Su fiscalización debe ser coherente con una Administración eficiente y, tratándose de las empresas del Estado, concordante con la naturaleza de éstas.
- 3°. Establecer en forma rápida reglas sobre procedimiento administrativo. Existe abundancia de estudios y proyectos sobre esta materia.
- 4°. Modificar las normas, incluidas las que regulan el recurso de protección, que son actualmente contradictorias o confusas, según lo ya explicado en el cuerpo de este artículo.
- 5°. Hacer las adecuaciones y complementaciones necesarias a la reforma penal.
- 6°. Realizar e intensificar los estudios de Derecho Administrativo, tanto en las Universidades, en la propia Administración y en el Poder Judicial. En este último caso la Academia Judicial tiene mucho que hacer.