



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



MAGÍSTER EN DERECHO
(“LEGUM MAGÍSTER”)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
AÑOS 2010-2011

PROYECTO DE TESIS

**“LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL DE MÉRITO DEL PODER DE CONTROL DEL
CONTRALOR”.**

TESISTA: ALFREDO A. FERRADA VALENZUELA

PROFESOR GUÍA: JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



*Gracias a mi familia por acompañarme en este viaje
Académico de nunca acabar, en especial, a mi cónyuge
Irene Magdalena.*



ABREVIATURAS.

C.C.: Código Civil.

CPR: Constitución Política de la República

CGR: Contraloría General de la Republica

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575.

LBPAAE: Ley de Bases de los Procedimientos de la Administración del Estado N°19.880.

L.O.C.C.G.R.: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República N° 10.336.

T.C.: Tribunal Constitucional

D.L.: Decreto Ley

D.F.L: Decreto con Fuerza de Ley

D.S.: Decreto Supremo



INTRODUCCION.

Este trabajo de investigación ha buscado conocer y comprender el alcance del enunciado orgánico constitucional contenido en el artículo 21 B) de la LOCGR N° 10.336, el cual se refiere a excluir al Contralor de evaluar *el mérito o conveniencia* de la decisión administrativa o política que esta contenida en los Decretos Supremos, Resoluciones y Decretos con Fuerza de Ley dictados por la Administración Activa. La revisión preliminar del estado del arte, nos permitió comprobar que no se había atacado en profundidad por la doctrina el conocimiento de estos conceptos, que no abundaban textos referenciales al respecto, que al hablar de ellos, no existía una definición concreta, que se mezclaba con otro concepto como la *oportunidad*, en suma, no se tenía claro en que consistían, que elementos lo componen y cómo influyen éstos en la decisión administrativa o política, hecho que este trabajo pretendemos dilucidar.

Constaté que hasta el año 2002, la doctrina y jurisprudencia estaban contestes que los órganos externos sin mediar por medio alguna norma positiva que así lo declarase, se abstendían de evaluar las decisiones administrativas o políticas de la Administración del Estado, para ello, no existían claras razones, pero, la historia de la ley N° 19.817, que modificó el artículo 21 de la LOCGR N° 10.336, permite comprender éstas. La norma resultante, o sea, el artículo 21 B), ahora excluye expresamente al Contralor de la República de poder evaluar *el mérito o conveniencia* de los actos administrativos al momento de controlar la legalidad de las decisiones de la Administración del Estado. Los tribunales de justicia, tácitamente también se abstienen, ya que controlar el mérito o la conveniencia del acto significaría interferir en otro poder del Estado.



He podido comprobar en este trabajo, que los conceptos de *mérito o conveniencia* que tienen su origen en el derecho europeo continental, son parte fundamental del acto, estos, sólo pueden ser interpretados en forma exclusiva y excluyente por el Poder Ejecutivo. Ponerlos en práctica, es resorte de la Autoridad, la cual hace uso para estos menesteres de la potestad reglada y discrecional que la carta fundamental ha puesto en manos de ella. Respecto de la norma de derecho público que propicia la decisión administrativa o política, en la mayoría de los casos, regla la conducta de los administrados, es decir, contiene las circunstancias fácticas que determinan la conducta de éstos. En su ausencia o indeterminación, es la Autoridad la única que la pondera y aplica.

Estos hechos, vienen en explicar en parte la exclusión del Contralor de evaluar estas decisiones, lo que venía ocurriendo desde tiempos pretéritos, ya que en forma tácita, los órganos externos a la Administración del Estado, llámense políticos, administrativos o jurisdiccionales se habían autolimitado de evaluarlos, por razones de Estado.

La Tesis la he dividido en Capítulos, que en forma progresiva permitirá visualizar como se estructura el Poder dentro del Estado, como se controla y como éste, le permite a la Administración tomar decisiones políticas o administrativas. Decisión, que además del contenido legal, lleva un contenido de *mérito o la conveniencia*.

A partir del Capítulo I, la “Estructura Jurídica del Estado”, se ha revisado cómo se relaciona la Institucionalidad vigente con el Poder y dentro de éste, que rol juega la Función de Control en la Administración. Veremos en este apartado, sus características, su clasificación, que órganos ejercitan las distintas funciones estatales y que Instituciones lo regulan. En el segundo Capítulo, del “Control de legalidad”, la legalidad y juricidad se estudian como principios ordenadores de la actividad administrativa; como influyen en la actividad de los órganos públicos, que tipos de



control existen y la oportunidad, extensión y alcance de su examen. Para luego, en una breve mirada y dentro del tema, observar el trámite de toma de razón, donde mostraré en una sucinta revisión estadística, su evolución a través de los años.

Finalmente, en el tercer Capítulo denominado “Control *de Mérito*”, se estudia y revisa todo lo atinente al *mérito o conveniencia* de la decisión, criterios de distinción, características, componentes legales y doctrinales, jurisprudencia administrativa y de tribunales, origen legal, relación con el motivo y motivación del acto y con los antecedentes materiales y jurídicos que lo fundamentan, en fin, en este apartado, buscamos dar respuesta al problema jurídico planteado, cual es, *saber el significado y consecuencia que ha tenido la limitación de evaluar el mérito o conveniencia impuesta al Contralor de la República y, si con esta limitación, se satisface lo prescrito en el enunciado normativo del artículo 98º de la Constitución Política de la República.*

Espero, que lo expuesto sea un primer paso para seguir profundizando este tema, ojalá que se haya podido trazar un rumbo de investigación, para que otros juristas puedan seguir, ya que aun quedan variables por revisar.



INDICE.

	Pág.
Agradecimientos	
Tabla de Abreviaturas	
Introducción.....	4-6
 CAPITULO I.- ESTRUCTURA JURIDICA DEL ESTADO	
1.- Aspectos Generales.....	11-12
1.1 División de Poderes, Separación de Poderes, Potestades.....	12
1.1.1.- Teoría.....	12-14
1.1.2.- Doctrina Nacional.....	14-15
1.1.3.- De las Potestades.....	15-17
1.2.- El Bloque Jurídico Administrativo.....	17
1.2.1.- Estado de Derecho.	17-18
1.2.2.- Bloque de Constitucionalidad.....	18-19
1.2.3.- Institucionalidad del Estado.....	19
1.2.4.- Bloque de Legalidad... ..	19-20
1.3.- El Fin del Estado.....	20-21
1.3.1.- El Fin del Estado como Principio.....	21
1.3.2.- El Fin del Estado en la Doctrina.....	21-22



1.4.- Funciones del Estado, Función Ejecutiva	22
1.4.1.- Clasificación de las Funciones.	22-24
1.4.2.- Función de Gobierno y Administración.	24-25
1.5.- Función de Control del Estado, Órganos.	25
1.5.1.- Concepto y Aplicación.....	25-26
1.5.2.- Órganos y Formas de Control.	26-27
1.6.- Tipos de Control	27
1.6.1.- Clasificación.....	27-29
1.6.2.- Fundamento Jurídico del Control.	29-30
1.6.3.- Actos administrativos controlables.	30-31
1.7.- El Control de la Contraloría General de la República	31
1.7.1.- Historia.	32
1.7.2.- Extensión y Alcance de sus Competencias.	33
1.7.3.- Jurisprudencia.	33-34

CAPITULO II.- CONTROL DE LEGALIDAD

2.- Aspectos Generales.	35
2.1.- Actos Administrativos	36
2.1.1.- Concepto y Definición.	36-37
2.1.2.- Contenido del Acto.	38-39
2.2.- Distinción entre Actos de y del Gobierno	39
2.2.1.- Gobierno y Administración del Estado.	39-40



2.2.2.-	Distinción de los Actos.	40-42
2.2.3.-	Control de los Actos de Gobierno.	42-43
2.3.-	Control de Legalidad	43
2.3.1.-	Origen del Control.	44
2.3.2.-	Regulación Normativa.....	44-45
2.3.3.-	Finalidad del Control.	45-46
2.3.4.-	Contenido del Examen.....	46-47
2.4.-	Control de Legalidad y Toma de Razón	47
2.4.1.-	Origen del Control.	47-48
2.4.2.-	Modificaciones a la Ley Orgánica.	48-49
2.4.3.-	Toma de Razón.	49
2.4.4.-	Actos Eximidos de Toma de Razón.	50-51
2.4.5.-	Estadística.....	51-52

CAPITULO III.- CONTROL DE MERITO O CONVENIENCIA

3.-	Aspectos Generales	53-54
3.1.-	Orígenes del Mérito	54-55
3.1.1.-	Origen en el Derecho Comparado.....	55-56
3.1.2.-	Origen en el Derecho Nacional.....	56-57
3.2.-	El Mérito y su Contenido	57- 58
3.2.1.-	Contenido Semántico.....	58
3.2.2.-	Contenido Reglado y Material.....	58- 59
3.2.3.-	Los Hechos Contenidos en el Mérito.....	59-60
3.2.4.-	Los Antecedentes Contenidos en el Mérito.....	60-62



3.3.-	El Mérito y La Potestad Discrecional	62-63
3.3.1.-	La Discrecionalidad en la Doctrina.....	63-64
3.4.-	El Mérito y el Motivo del Acto	64
3.4.1.-	El Motivo en la Ley.....	65
3.4.2.-	El Motivo y Motivación en la Doctrina.....	65-66
3.4.3.-	El Motivo en la Jurisprudencia Administrativa.....	67-68
3.5.-	Criterios de Distinción entre Legalidad y Mérito	68
3.5.1.-	Principios.....	69
3.5.2.-	Criterios.....	69-71
3.6.-	Legalidad y Mérito como Controles	71
3.6.1.-	Interés de examinar el Mérito.....	71-72
3.6.2.-	Contenido del Examen de Mérito.....	72-73
3.6.3.-	La Prohibición de Controlar el Mérito en la Doctrina.....	73-75
3.6.4.-	La Prohibición de Controlar el Merito en la CGR.....	75-76
3.6.5.-	La Prohibición de Controlar el Mérito en los Tribunales.....	76-77
3.7.-	La Decisión Política y El Mérito	78
3.7.1.-	Atribuciones del Ejecutivo.....	78-79
3.7.2.-	La Decisión Política en la Doctrina.....	79-80
3.7.3.-	El Control de la Decisión Política.....	80-81
3.8.-	La L.O.C.C.G.R. N° 10.336 y la Exclusión del Contralor	81-82
3.8.1.-	La Administración Financiera del Estado.....	82-84
3.8.2.-	Discusión de Ley Modificatoria N° 19.817.....	84-85
3.8.3.-	Objeto de la Modificación del Artículo 21°.....	85-87
3.8.4.-	El Artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336.....	87-88



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



CONCLUSIONES	89-90
BIBLIOGRAFÍA	91-94



CAPITULO I.- ESTRUCTURA JURÍDICA DEL ESTADO

1.- Aspectos Generales.

Contar con un Sistema General de Control en la Administración del Estado es una de las ideas básicas en un Estado de Derecho. El Estado para lograr este propósito, se establece sobre principios generales que enmarcan su organización, funciones y competencias. Contar con estas sólidas bases, permitirá evitar el abuso del Estado sobre sus Ciudadanos. Para desarrollar el tema de la Tesis, es necesario revisar diferentes elementos jurídicos de nuestro ordenamiento y, conocerlos, permitirá construir parte de la respuesta al problema jurídico planteado en este trabajo.

La importancia de constituir un Sistema de Control sobre la Administración, permite a la Sociedad tener conocimiento de los actos que esta realiza, su ejercicio se lleva a cabo mediante controles internos y externos, llámense éstos políticos, administrativos o judiciales. En nuestro ordenamiento jurídico se ha dado un paso aun más significativo en este sentido, se ha dictado en el año 1997 un Decreto Supremo N° 12, el que crea el Consejo de Auditoría Interna del Gobierno. Con esto, sin duda se ha reforzado el Sistema de Control de la Administración del Estado con el objeto de controlar la eficiencia, eficacia y probidad de ésta en el uso de los recursos y medios que se ha puesto en sus manos.

Esta intención queda meridianamente clara en el Mensaje Presidencial que se envía al Parlamento para dotar de más atribuciones a la CGR, en éste se observa una especie de declaración de principios, al efecto se dice, “se torna imprescindible, tal cual se advierte por lo demás a nivel



internacional, sea en el ámbito público como en el privado, disponer y fortalecer los mecanismos de control interno de las instituciones y empresas, dependientes o relacionadas con el Poder Ejecutivo, visto el influjo que ejerce en la actividad de una nación así como los cuantiosos recursos de que dispone para la recta administración de los intereses públicos”. (Mensaje Presidencial 2005, Boletín 133-153, p.4).

Visto lo enunciado, queda hacerse la pregunta ¿que se le controla a la Administración?, la respuesta es la *legalidad de sus actos*, sean materiales o jurídicos. Por regla general se controla que los órganos públicos actúen subordinados a la Constitución y a las Leyes. ¿Existe un único sistema de control para toda la administración?, la respuesta es no, porque existen tantos controles como órganos internos y externos tiene la Administración del Estado.

El desarrollo de este Capítulo nos permitirá revisar, las bases y fundamentos de la estructura Organizacional del Estado, a partir, de la Teoría de división y separación del poder en el Estado, de sus Potestades, de las Funciones que desarrollan sus Órganos, de los tipos de Control y como lo ejerce la Contraloría General de la República.

1.1.- División de Poderes, Separación de Poderes, Potestades

1.1.1.- Teoría.

Desde los albores del Estado y siguiendo las teorías principalmente de Locke y Montequieu, se estableció que el Poder debía separarse por un asunto de resguardo de las libertades de las personas y para controlar el abuso de los gobernantes. Desde ese entonces que conocemos que el Poder se dividió en tres ramas autónomas una de la otra, denominadas Poder Legislativo, Ejecutivo



y Judicial.

Los comentaristas que a continuación revisamos, aludiendo a Locke, en su obra “Segundo Tratado de Gobierno Civil” de mediado del siglo XVII, señalaban que estaba convencido que un Contrato hace salir a los hombres de su estado de naturaleza, para ingresar a la sociedad civil, donde encuentra seguridad. Pero el pacto no entraña renunciar a aquella parte de *libertad que este jurista considera inalienable*. Esta libertad dicen estos autores, para Locke, *se garantiza mediante la separación de poderes*. En el mismo texto, señalan que la libertad para Montesquieu en su obra “el Espíritu de las Leyes”, descansa sobre la división de los poderes, a saber, legislativo, ejecutivo y judicial, adscritos a órganos separados entre sí. **(Verdugo Marinkovic-García Barcelatto: 1988, pp.199-200- 201).**

Se infiere de lo comentado por estos autores, que éstos, rescatan del pensamiento teórico de Locke y Montesquieu, que el motivo último o donde se fundamenta esta Teoría, *es en el valor que le dan a la libertad personal del ciudadano dentro de la estructura del Estado*, cual debe estar protegida, porque ambos temen, que el abuso del Poder sin control, haga perder al Ciudadano este derecho fundamental.

Respecto de este último, el profesor Silva Bascuñan señala que, “la novedad y trascendencia de su pensamiento se encuentran en que sostiene en que la única manera que se mantenga *un Estado en libertad de los ciudadanos* es que se entregue a órganos diferentes la tarea de crear la ley, la de cumplirla y la de decidir las controversias.” **(1984, p. 57).**

Referido a la separación de poderes, Malagón Pinzón refiriéndose a Locke, señala que éste concebía estos poderes en el Estado como *legislativo* que crea el derecho, *el ejecutivo* que da el



respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo y por último *el federativo* que se encarga de dirigir las relaciones internacionales. Citando a Montesquieu, señala que éste retomó estas ideas y argumentó que el Estado se compone de tres poderes: *el legislativo* que crea la ley, *el ejecutivo* que se ocupa de las relaciones internacionales y de los asuntos internos y *el judicial* que dice el derecho. (2006: pp.24-25).

1.1.2.- Doctrina Nacional

Al respecto, recorriendo la historia de la mano de Cea Egaña, éste nos dice que elementos de la Teoría de la división o separación de los poderes del Estado se encuentran en “*La política*” de Aristóteles (312 A.C.), en obras de Marcilio de Pauda (1275-1342), Nicolás de Cusa (1404-1464), en los libros de Maquiavelo, Bodin y Sieyes al despuntar el Estado Moderno. Empero, fue John Locke en su obra “*Dos Tratados del Gobierno Civil*” (1680) el más claro precursor de la Teoría que, en 1748, formuló Montesquieu en su “*Espíritu de las Leyes*”. (2000, p.57). El mismo autor, al igual que lo citados precedentemente, señala “que en su médula, esa Teoría es, asimismo, profundamente comprometida *con la defensa de la libertad*, en el sentido de que la división de poderes o separación de funciones se divisa como mecanismo más adecuado para salvaguardar aquel valor humano” (2000, p.58).

Indica otro autor, que al aplicar esta Teoría de la separación o división del Poder en un Estado de Derecho constitucional, democrático y social, permite que claramente se distingan “tres potestades o autonomías funcionales distintas que constituyen otras tantas actividades de que el Estado se vale para cumplir sus finalidades de ordenación jurídica...” (Silva Cimma, 1968:p.22). En él, cada Órgano Público tiene un rol particular dentro del Estado y, es vital, que cada uno ejecute su función determinada separadamente del otro (Madariaga,1993:p.41), citando a Montesquieu,



señala el autor, “que se deben separar los entes entre los que hacen la ley, los que deben cumplirlas y los que deciden las controversias” (**Silva Bascañan, 1984: p.57**).

Prado Bustamante por su parte, precursor del derecho administrativo nacional, observaba la teoría de la separación del poder como una especie de desmembramiento. Donde el Gobierno, simbolizado en una sola persona, se fraccionaba a un conjunto de órganos. (**Ruiz Rozas, 2009:p.38**). Todos los autores consultados en el tema, coinciden en que la división o separación del poder es un elemento sobresaliente en el resguardo y promoción de la libertad de la persona y el bien jurídico superior dentro de un Estado de Derecho.

1.1.3.- De las Potestades.

En esta división comentada, el Poder Ejecutivo, llámese Gobierno y Administración del Estado, le corresponde al Presidente de la República ejercerlo, la carta fundamental en el artículo 24° señala que, “*El Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado*”, ambas tareas y, su ejercicio, la realiza o, legislando de acuerdo al enunciado del numeral 1° del artículo 32 o, mediante la potestad reglamentaria del numeral 6° del mismo artículo. Lo anteriormente dicho, es reconocido por autores y académicos nacionales (**Ferrada Bórquez, 2007: p, 76**).

Para ejercer la Potestad que se le otorga, se ha dicho frecuentemente en la doctrina que está se divide en Potestad Ejecutiva o Administrativa y la Potestad Reglamentaria. Clasificando la primera en, imperativa o de mando; correctiva o disciplinaria y; activa. Respecto de la segunda, ésta se clasifica en potestad reglada y potestad discrecional, (**Varas, 1948: p.60-62**). Ahora bien, la llamada Potestad Reglamentaria prescrita en el N° 6 del artículo 32 de la CPR, le permite al



Ejecutivo dictar normas, “en *todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crean convenientes para la ejecución de las leyes*”.

Respecto de ésta, Silva Bascuñan señala que “ la atribución tanto de dictar normas generales dirigidas a proveer la mejor ejecución de las leyes, como de expedir, en concreto, las ordenes o resoluciones singulares que representen la plena realización del contenido preceptivo de las leyes, se llama potestad reglamentaria”(1984: p.67). Refiriéndose a estas potestades, se señala que se ejercen con el propósito de poner en aplicación y ejecución las leyes dictadas por el Órgano Legislativo (Cea Egaña: 2000, p.137),

En el derecho comparado, precisamente, en el Argentino, Gordillo, también establece un criterio de distinción y nos entrega un concepto de ambas potestades, “las facultades de un órgano administrativo están *regladas* cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Serán *discrecionales* cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”. (1997, VIII-14).

Como se puede apreciar de lo comentado, con el correr del tiempo, las ideas de estos precursores respecto de la división y separación poder fueron perfeccionándose hasta alcanzar en el Estado de Derecho su plena ejecución. En este Estado actual, el ejercicio del poder está dividido y sus funciones se realizan separadamente por distintos órganos estatales, donde cada órgano, cuenta con facultades y competencias propias para realizar sus cometidos.



1.2.- El Bloque Jurídico Administrativo

Para intentar llegar al punto vital de la investigación pretendida, es necesario revisar el andamiaje jurídico de nuestro Estado de Derecho, para lograr esto, será preciso analizar los fundamentos jurídicos en el cual se apoya la actuación de los órganos de Gobierno y de la Administración del Estado y, de este conocimiento obtenido, comprender la magnitud de los cometidos estatales que se tienen que controlar. Esta institucionalidad constitucional y legal del Estado, basada en valores, principios y normas, constituyen los bloques jurídicos de constitucionalidad y de legalidad que esperamos dar a conocer en esta parte del trabajo.

1.2.1.- Estado de Derecho.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes que el Gobierno y la Administración del Estado deben actuar siempre sometidos a la Constitución y las Leyes. Es decir, a un Estado de Derecho. Esto quiere decir, que, sus actos y decisiones deben ser ejercidos dentro de los cánones constitucionales y legales o, dicho de otra manera, deben actuar basados en la *legalidad*. Concepto que abarca toda la estructura normativa del Estado, en otras palabras, es el ordenamiento jurídico dado. La Constitución la consagra en los artículos 6° y 7°, en los llamados principios de juricidad y de legalidad.

Para Cea Egaña, la legalidad consiste en que la decisión la tome un órgano estatal que fue debidamente investido, que actúa dentro de su competencia y con las formalidades establecidas en la ley, hecho que para él, está prescrito en el inciso primero del artículo 7°, donde se encuentra la triple exigencia de la Administración.(2000, p.40). En este mismo sentido, para Moraga Kleiner, especial importancia para el derecho administrativo tiene el inciso segundo del artículo 7°, pues allí señalan, que se encuentra *la regla de oro* del Derecho Público chileno (2008, p.312).



1.2.2.- Bloque de Constitucionalidad

Aquí, se encuentra el sustento jurídico donde la Administración del Estado desarrolla sus funciones y fines. Éste, está conformado entre otros, por el Derecho Público, el que viene en ser junto a las demás normas legales y reglamentarias, el bloque jurídico administrativo, bloque que regula toda la organización, ejercicio y competencias del Estado. Para que funcione este esquema en un Estado de Derecho, la doctrina ha señalado como dogma, que *el Poder debe estar sumido a las Normas*, (Madariaga Gutiérrez, 1996: p, 36). Normas que se originan o son dictadas conformes a la Constitución.

La supremacía constitucional en un Estado de Derecho es un valor en sí, tiene una sustancia de la cual imana todo el entramado jurídico nacional, al respecto, citando a Aztorquiza Altaner, se comenta que éste ha dicho respecto del valor jurídico sustantivo de las normas constitucionales que, *en la sustancia normativa del texto, se puede encontrar el alma de la Constitución* (Cea Egaña: 2002, p.175) y, esta alma, sin lugar a dudas, en el caso nacional, se asoma en nuestro ordenamiento jurídico desde el primer Reglamento Constitucional de 1811, apreciándose en ésta, que estos valores y principios han hecho de Chile una nación libre, soberana y respetuosa de las personas.

El texto constitucional ejerce supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico. El Texto se fundamenta en valores y principios. Principios que nacen en los principios generales de derecho, los que vienen de esta manera en alcanzar un rango constitucional, (Caldera, 1992: pp. 136-137). Los valores y principios permiten crear instituciones jurídicas que reflejan el pensamiento democrático y republicano del ordenamiento jurídico, esto es, que en nuestro Estado de Derecho se respete y se proteja la dignidad de la persona.



1.2.3.- Institucionalidad del Estado.

Las Bases de la Institucionalidad se encuentran determinadas en Capítulo I del texto constitucional. Dentro de éste, encontramos los fundamentos y conceptos que la sustentan, tales como, *el bien común* como finalidad del Estado, *democracia*, *soberanía*, respeto a *los derechos esenciales de las personas*, a los *tratados internacionales*, etc., en suma, en éste se encuentra el pensamiento representativo, democrático y republicano del Estado.

Para poder cumplir con esta *Institucionalidad*, el Poder del Estado se encuentra ejercido por diferentes Órganos, los cuales separadamente cumplen sus funciones en el orden legislativo, ejecutivo y judicial. Nota destacada es la protección a los derechos fundamentales de las personas en el Capítulo III, aquí, se establecen los derechos y deberes constitucionales, en especial, lo prescrito en el artículo 19º, con sus 26 numerales y los artículos 20º y 21º que los protegen y amparan. Para poner fin a esta breve revisión constitucional, el Capítulo IV, referido al “Gobierno” en sentido amplio, tendrá un lugar destacado más adelante en esta investigación.

1.2.4.- Bloque de Legalidad.

Nuestro Derecho Público se construye de Normas y Reglamentos, entre ellas, encontramos decretos leyes, leyes ordinarias, orgánicas y reglamentos. Entre éstas destacamos la Ley N° 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado; la Ley N° 10.336 sobre Procedimientos de la Contraloría General de la República; el Decreto Ley N° 1263 y 1271 sobre Administración Financiera del Estado y las Leyes Ordinarias la como la N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos de la Administración y sus Reglamentos complementarios.



En cuanto a la estructura Organizacional del Estado y su Administración, en la Ley Orgánica General de Bases de la Administración del Estado N° 18.575 o, LOCBGAE, se establece en el inciso segundo del artículo 1° que Órganos Públicos la conforman. Para que estos Órganos puedan ejercer su competencia y facultades, la CPR ha fijado que se deben fijar Bases a los Procedimientos Administrativos y, esto, se cumple con la ley N° 19.880 o, LBPAE. Toda esta base jurídica, es la que viene en conformar el Derecho Público y, ésta, permite a los órganos de la Administración del Estado dictar los actos necesarios para el cumplimiento de su finalidad, esto es, perseguir el bien común de toda la sociedad.

1.3.- El Fin del Estado

Para revisar la finalidad del acto administrativo, es preciso señalar que el propio Estado tiene una finalidad, la cual se irradia sobre todos los Servicios Públicos.

De tal manera, que cualquier precepto dictado conforme a su carta fundamental, deberá contener este propósito y su finalidad debe estar relacionada a este principio. Esta finalidad en nuestro ordenamiento jurídico esta contenida en forma expresa o implícita en la norma. A modo de ejemplo, en diversas leyes, se puede advertir los siguientes enunciados, “la presente ley regula el principio de transparencia de la función publica”; “la presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado”; “el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o privados se sujetara las disposiciones de esta ley”.

1.3.1.- El Fin del Estado como Principio



Las Bases de la Institucionalidad establecidas en la CPR, prescriben en el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 1° de la CPR, que el *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”*. Este principio constitucional es una orden genérica para toda nuestra Institucionalidad, la que debe actuar conforme a ella; hecho que podemos advertir en lo que se prescribe en el inciso primero del artículo 6° de este mismo cuerpo legal, el cual señala que, *” los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”*. Visto de esa manera, podemos entender que *el fin o finalidad del acto administrativo no es otro que resguardar el interés general o el bien común de la población*.

Para la realización de estos propósitos constitucionales, nuestro Estado de Derecho encarga su ejecución al Poder Ejecutivo, el que mediante los Órganos de la Administración del Estado, se obliga a su aplicación mediante actos administrativos.

1.3.2.- El Fin del Estado en la Doctrina

Desde siempre la doctrina ha entendido que todo acto administrativo debe tener una finalidad o propósito. Al respecto, Varas dice que los actos administrativos realizados por Gobernantes, Agentes públicos, en ejercicio de un poder legal tienen *por objeto o fin*, producir un efecto de derecho. Este efecto, es crear una situación jurídica, ya sea, *invertir a un individuo de dicha situación o hacer constar una situación jurídica preexistente” (1948:p.76)*. Para Madariaga Gutiérrez, los fines son, *“los resultados de los efectos perseguidos por el órgano de origen del acto” (1996:p.49)*,

Por su parte, en el derecho comparado, dos autores revisados se refieren al fin del acto, Sánchez



Torres señala, “que la finalidad del acto, viene en ser un elemento objetivo esencial de éste, que su existencia, proviene de la norma atributiva de poderes jurídicos al órgano administrativo de decisión”, continua expresando que la finalidad no tan sólo es el “*interés público*”, sino que *el fin es cierto, determinado, preciso, concreto, particular, especial y específico*. (2000, p. 85).

El mismo criterio desarrolla Gordillo donde también relaciona el fin del acto con el interés público y las competencias que puede desarrollar la Administración en referencia a lo reglado y discrecional, “la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del *interés público*, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto”. (1977:p. VIII-16).

Como se puede observar, el mérito del acto está íntimamente ligado con el fin de éste, cual es que su dictación tenga como fin perseguido el interés público, general o como dice la Constitución, el bien común de todos. Al controlar el mérito del acto, se deberán tener en cuenta estos principios constitucionales y generales porque en ellos está el espíritu de nuestra Institucionalidad. Por ello, la Autoridad debe procurar que en el iter de dictar el acto administrativo, se tenga como meta propósito, alcanzar el bien común o el interés general sobre el interés particular, porque siempre el Estado debe estar al servicio de la mayoría.

1.4.- Funciones del Estado, Función Ejecutiva

Visto lo señalado anteriormente, las funciones estatales indicadas precedentemente y que recaen en los órganos del Estado, tienen como propósito ejecutar y aplicar las leyes dictadas por el Parlamento, en otras palabras, viene en poner en acción la actividad del Estado.



1.4.1.- Clasificación de las Funciones.

Los órganos estatales se encuentran estructurados en forma ordenada, con el objeto de llevar a cabo sus funciones, actuando dentro de los límites de su competencia. Entre estas Funciones, producto de la teoría señalada anteriormente, se pueden distinguir tres distintas y entregadas a tres órganos diferenciados, como el legislativo, los administrativos y jurisdiccionales (**Madariaga, 1996: p.41**). Pero, estas *funciones estatales* también pueden apreciarse en sentido orgánico o estructural; formal o procesal y; sustantivo o material. (**Cea Egaña, 2000: p, 77**), sosteniéndose por otros, que la *separación de funciones* en órganos distintos, permite prevenir el abuso del poder. (**Verdugo Marinkovic y García Barzelatto, 1988: p, 205**).

Estos últimos juristas dicen que, “El gobierno ejerce *funciones*, que son las diversas actividades desarrolladas por el Estado en el ejercicio o cumplimiento de sus fines”, continúan expresando en ese mismo sentido, “las funciones del Estado citando a Maurice Hauriou, son las diversas actividades de la empresa de gobierno, consideradas con arreglo a las directivas que les imprimen las ideas estatales, por ejemplo, las ideas de interés general, de centralización, etc.” (**1988: p.196**). Lo que muchos años después, otro autor confirma, señalando al igual que el anterior, que es necesario distinguir tres sub-funciones: Ejecutiva, Administrativa y Política. (**Cea Egaña, 2000: p. 135**).

1.4.2.- Función de Gobierno y Administración.

Es interesante la distinción que se hace en el Parlamento respecto de las funciones de Gobierno y Administración, que se pueden observar en el “*Diario de Sesiones del Senado, sesión 23a., martes 6 de agosto de 1991, Discusión particular del proyecto, artículo 7º*”. Las



Comisiones Unidas del Senado y de Diputados, en la discusión del proyecto de la Ley de Administración Financiera del Estado el año 1975-1977, ambas, están de acuerdo en hacer una distinción entre la Función de Gobierno y la Función de la Administración del Estado.

Discusión que es muy importante para este trabajo como se vera más adelante, al respecto, el Parlamento señala que “*la función de gobierno* implica la potestad de tomar decisiones y, es, por tanto, una facultad de imperio y, que “*la función administrativa* supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decrétales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de de los servicios públicos.” (Pantoja Bauza, año: p. 201).

En lo que concierne a *la función de Administrar el Estado*, este mismo autor, señala que existe una clara distinción entre hablar de Administración Pública y Administración del Estado, distinción que la toma del Dictamen N° 50.453 del año 1960. (1977:p.203). Posteriormente, este criterio es cambiado por el Tribunal Constitucional y la distinción planteada por Pantoja Bauza es derribada por el fallo N° 39-1986.

La discusión se da a propósito del pronunciamiento sobre la constitucionalidad del “Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado N° 18.575”; el tribunal en esa ocasión, analiza en los numerales 3°, 4° y 5° el inciso primero del artículo 38° de la CPR, donde se incluye indistintamente la expresión Administración del Estado y Administración Pública, *resolviendo que no existe diferencia entre ellas*, ya que ambas expresiones deben tenerse como sinónimas, en su sentido más amplio y genérico.

Lo que viene a cambiar la percepción que tenían los juristas hasta ese entonces. De la *función*



ejecutiva, tomada como expresión de Gobierno y Administración del Estado, se señala que es la función encargada de la aplicación de las leyes, (**Silva Bascuñan 1984: p.212**). Los juristas señalaban allá por el año 1984, que en la *función ejecutiva* se debe distinguir entre la ejecución, la administración y el poder gubernamental (**Silva Bascuñan, 1984: p.67**).

1.5.- Función de Control del Estado, Órganos.

Como se expresó al comienzo de este capítulo, el Sistema de Control enunciado en el epígrafe de inicio de este trabajo, está organizado y centrado en los Órganos del Estado. El control, es una función más que deben realizar éstos.

1.5.1.- Concepto y Aplicación

Silva Bascuñan respecto de la función de control, expresa que, “En los Estados de Derecho puede entenderse como *función de control* toda actividad que persigue procurar que los órganos se mantengan fielmente dentro de su respectivo campo, se ajusten al procedimiento indicado para la actividad correspondiente y cooperen armoniosamente al cumplimiento de los fines de la actividad estatal”. (**1984: p, 74**). En otras palabras, no basta limitar y someter a los Órganos del Estado mediante la prescripción de normas señaladas en los artículos 6° y 7° de la CPR a actuar dentro de la *juricidad*, ergo, *legalidad*, sino que, debe haber un control efectivo del ejercicio de su función y cometido.

La función de control persigue que los órganos públicos actúen dentro de la constitución y las leyes, es decir, dentro de la *legalidad*. (**Cea Egaña, 2000: pp.203-204**). Entendiéndose dice otro autor, que el control tiene como finalidad que la Administración actúe respetando el ordenamiento



jurídico vigente (**Silva Cimma, 1969: p.150**). Así visto dice Silva Cimma, “*el control de la Administración, para algunos, pasa a ser un elemento básico del Estado de Derecho*”, ya que logrando que el control sea eficiente, se logra que se tenga una mayor eficacia en la Administración del Estado, por lo que el control toma el carácter de un principio en la administración, (**1994:pp.11-13**). Misma impresión se tiene más tarde, al señalarse que el control de la Administración pasa a ser en el Estado de Derecho un cuarto principio (**Madariaga, 1996: p.69**).

1.5.2.- Órganos y Formas de Control.

Respecto de los órganos o entes que realizan este control a la Administración del Estado, como se dijo en los apartados precedentes, este puede ser administrativo, político, judicial y últimamente se denota la existencia de un control social o ciudadano. Éste último, es ejercido directamente, esto es, cada vez que éste concurra a las urnas para elegir a las Autoridades que lo representan y, su ejercicio se lleva a cabo mediante el voto castigo, es decir, si comprueba que el Gobierno o, en su caso sus Representantes no actuaron como es debido, no la reelige; otra forma de efectuarlo, es por medio del control político, que lo realiza Cámara de Diputados, el artículo 52 N° 1 establece que “*son atribuciones exclusivas. Fiscalizar los actos del Gobierno.*”, entendiéndose por esta fiscalización, a las decisiones de la administración y no a las decisiones políticas o de gobierno.

En lo referido al control que interesa en esta investigación, éste es realizado por un órgano constitucional autónomo a la Administración del Estado, llamado Contraloría General de la República. Por último, son los tribunales de justicia, ya sean ordinarios o el constitucional los que ejercen el control jurisdiccional a la Administración del Estado.



1.6.- Tipos de Control

Los autores señalan que para controlar a la Administración del Estado existen muchas maneras, la doctrina las ha clasificado de acuerdo a diversos parámetros que buscan ordenar el control de acuerdo a la intensidad de la fiscalización. El paradigma del órgano de control por antonomasia, es la Contraloría General de la República, la que con su jurisprudencia, ha creado las bases del derecho administrativo de nuestro ordenamiento jurídico.

1.6.1.- Clasificación

Por de pronto, hay que distinguir los *órganos* que lo realizan; otra clasificación es el *momento* que se ejecuta; también importa *el tipo* de control que se realiza en el ordenamiento jurídico, etc. Los *órganos* pueden ser internos o externos a la Administración; la *oportunidad* puede ser preventiva o posterior a la dictación del acto administrativo, *el tipo* de control puede ser administrativo, político o judicial. A la Administración, además, mediante Auditorías se le puede controlar su *gestión*, ya sea administrativa o financiera.

Cordero Vega, clasifica el control de la Administración de acuerdo al objeto, la oportunidad y el órgano que lo realiza, (2007: pp. 30). Silva Bascuñan distingue entre “fuentes” de control, separándolas en intráorganicas, interorgánicas y autónomas y, “formas” u “oportunidad” en que se realiza el control, el que puede ser “antes” del acto (preventivo) o, “posterior” a la realización del acto (represivo). También distingue el “objeto” del control, señalando que tiene por objeto propender a la expedición, eficiencia, juricidad, responsabilidad, etc., del funcionamiento de los distintos órganos, para que no se produzcan bloqueos en la marcha del Estado.” (1984, p.75).



Silva Cimma por su parte, nos expresa que existen distintas formas de control, distinguiendo un control jurídico, opuesto al control contable o financiero; desde el punto de vista de la “oportunidad”, nos dice que es preventivo o posteriori.” (1969, p. 150). Madariaga nos dice que, “el control que se ejerce sobre los actos de la administración admite diversas clasificaciones según el punto de vista desde el cual éstas se formulen”. Continuando su exposición, declara que “según el Órgano que controla, puede distinguirse entre control jurisdiccional, administrativo y político”. (1996, pp. 69-70). Según *el momento* u oportunidad, el control es previo o posteriori. (1996, p.75.).

Finalmente en esta breve síntesis, Cea Egaña señala “la función contralora no esta generalmente radicada en un solo órgano que la sirva con carácter exclusivo y excluyente. En otras palabras, dicha función ésta dispersa o difusa en una pluralidad de órganos, cada uno de ellos participa en su ejercicio.”(2000, p.207). La clasificación más importante es respecto del órgano que realiza el ejercicio de controlar a la Administración y, aquí, debemos distinguir que el ente de control puede ser interno o externo.

El ejercicio de controlar internamente a la Administración se prescribe en el artículo 11° de la LGBAE N° 18.575, este, es el llamado control jerárquico, el inciso segundo establece su extensión, “*Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones*”. Autores como Silva Cimma, Cordero Vega, Moraga Klener, Madariaga, Cea, han dicho que internamente se está controlando la de *legalidad y mérito* de los actos de la Administración.

El alcance del control externo, abarca sólo *la legalidad*, como demostraremos más adelante, y su ejercicio está entregado a entes ajenos a la Administración. Las normas del control de acuerdo a



Cordero Vega en sede interna las encontramos en los artículos 24° CPR, 11° y 12° de la LOCBGAE y en forma externa artículo 52 N° 1, 98° y 99 CPR, 93 N° 4,9,16 CPR(TC), artículos 21° y 38° Inciso segundo CPR y Tribunal de la Contratación Pública., artículo 13° LOCBGAE. (2007: pp.28-29).

1.6.2.- Fundamento Jurídico del Control.

El fundamento jurídico en que se basa el control que se ejerce a la Administración del Estado se puede obtener de reglas constitucionales y legales. Una de ellas son los principios constitucionales o supra constitucionales, que para el caso, son los que se encuentran en los artículos 6° y 7° de la CPR. En éstos se encuentra el sustrato jurídico que persigue la Constitución y los preceptos dictados conforme a ella respecto a la legalidad o, mejor expresado, la juricidad de la actuación estatal.

El otro fundamento se encuentra el artículo 98° de la CPR, donde se declara que a la Administración se le deberán controlar sus actos, que el control lo efectuará un órgano autónomo llamado Contraloría y que será de *legalidad*, entendida ésta en sentido amplio. Por su parte el artículo 99° de este cuerpo legal, indica “*que se tomará razón sobre los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría o representara la ilegalidad de que puedan adolecer*”.

1.6.3.- Actos administrativos controlables.

Respecto de esto, en el artículo 1° de la ley orgánica de la CGR, se prescribe “*que deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las*



resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General”.

Que los actos administrativos vayan a este control, es ordenado mediante el artículo 1° de la ley N° 19.880, *“la toma de razón de los actos de la Administración del Estado se registrarán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”.*

La pregunta es ¿sobre todos los decretos y resoluciones que emanen de los órganos administrativos?,. La respuesta es no. Porque es la propia CGR ante tal cúmulo de Actos a los cuales se deberá tomar razón, que comienza a través del tiempo a limitar este ejercicio, la última Resolución que dicta es la N° 1600 el año 2008, donde establece que actos administrativos quedaran exentos de toma de razón, prescribiendo que, *“deberá siempre enviarse a toma de razón los decretos que sean firmados por el Presidente de la Republica. Cumplirán igual trámite los reglamentos que firmen los Jefes Superiores de Servicio, siempre que se traten de materias sometidas a toma de razón, y las resoluciones que se refiere el artículo 2° , letra i, del Decreto Ley N° 1.028, de 1975, cuando digan relación con decretos afectos”.* Lo último se refiere a *“corregir errores manifiestos de escritura o numéricos”* de los decretos firmados por el Presidente de la República.

Apartándome un poco de lo anterior, pero dentro del mismo tema, esta misma Resolución, en el artículo 6° prescribe algo que tiene mucha importancia para esta tesis como se verá después, en él se establece que, *“los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deberán remitirse conjuntamente con los antecedentes que le sirven de fundamento.”* En este enunciado se contiene una de las pistas para entender la exclusión del Contralor de evaluar el mérito o la conveniencia del acto, ya que los *antecedentes* son parte del motivo que fundamentó la decisión administrativa o



política.

Como se ha planteado, los actos administrativos sujetos a control son aquellos que surgen de la potestad reglamentaria del artículo 32° N° 6 del texto constitucional. El objeto del control, es saber si las decisiones son legales, es decir, si el órgano que las dictó tiene las competencias, si sus autoridades están legalmente investidas y si el acto cumplió con las formas y solemnidades prescritas por la Constitución y la Ley.

1.7.- El Control de la Contraloría General de la República

Como se informó precedentemente, en sus orígenes, los alcances de las fiscalizaciones de este órgano contralor eran limitadísimos, eran de aspecto registral y relacionado con las cuentas públicas. Con el tiempo y, luego de importantes reformas a su estatuto jurídico, el espectro se fue ampliando hasta llegar hoy a un amplio catálogo de atribuciones y facultades controladoras, entre ellas, la más importante para la tesis, *el control de la legalidad de los actos de la Administración y las Auditorías financieras a los órganos públicos*.

1.7.1. Historia.

El profesor Cordero Vega, en su texto “El Control de la Administración del Estado” nos entrega una completa síntesis del origen histórico de la CGR y su evolución, fijando su nacimiento en el Tribunal Mayor de Cuentas en el año 1820. Señala que a través de los años, el organismo original fue reemplazado en varias oportunidades, expresándonos que todos ellos tenían por objeto principalmente el control de la Hacienda Pública. Debemos hacer notar que el año 1925 se produce la inflexión que marca la moderna CGR, se contrata a una misión de expertos americanos,



denominada “Misión Kemmerer”, dictándose el DFL N° 400 bis, que crea la CGR el 26 de marzo de 1927, estructurándose definitivamente por DFL N° 258 el 26 de junio de 1932 y por decreto orgánico N° 935 el 30 de abril de 1933. **(2007: pp.48- 49).**

En el mismo sentido del origen, Aldunate nos hace recorrer la historia en la cual se establece organización y atribuciones de la CGR en un completo artículo sobre la “Evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”, señala éste, que se remonta a más tardar a la Ley de 22 de diciembre de 1875, **(2005:p.21)**. La importancia que ha tenido hasta hoy, se refleja en que su jurisprudencia pasa a ser una fuente directa del Derecho Administrativo. Como comenta Pierry Arrau, “A través de los años se transformó en una importante fuente del derecho administrativo, tanto a través de sus dictámenes, obligatorios para toda la administración, que se referían a todas las materias administrativas, organización, funcionamiento, funcionarios, etc.; como también, mediante el procedimiento de toma de razón de los actos administrativos”**(2002, p.265)**. En cuanto a su objeto y finalidad, para el interés de esta tesis, en los orígenes de nuestra patria se controlaba a la Administración *tomando razón* de los actos de las autoridades de la época, como así se observa desde el Reglamento constitucional del año 1811 en adelante.

1.7.2.- Extensión y Alcance de sus Competencias.

La pregunta actual, vista de la entrada en vigencia del artículo 21B) de la ley N° 10.336 el año 2002, ¿cual es el alcance o profundidad del examen de legalidad que la Contraloría puede ejercer?, la doctrina y jurisprudencia ha dicho que el control de la legalidad ordenado ejercitar en el artículo 98° de la CPR, es sólo *formal, no es pleno*, ya que este artículo excluyo de evaluar el mérito o la conveniencia al Contralor.



Lo que hizo este artículo, es prescribir expresamente en nuestro ordenamiento algo que desde la década del setenta la Contraloría había repetido constantemente en sus Dictámenes, “*únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, y no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras.*” (Millar Silva, 2000, pp.86-87).

1.7.3.- Jurisprudencia.

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha sentenciado que, “*La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*” y, que su evaluación sólo debe ser *formal.*” (Rol C. AP. (S) Rol 536-2006.).

La Contraloría por su parte, en más de 100 dictámenes ha dicho lo mismo, es decir, se ha excluido. Entonces, sin lugar a dudas, podemos afirmar que el alcance de la revisión de la legalidad, *se satisface en la revisión formal del acto.* Aunque el enunciado normativo indicado no dice explícitamente que está prohibido evaluar el fondo, la jurisprudencia judicial y administrativa de la CGR así lo establecen en sus fallos y dictámenes.

En cuanto a la finalidad del control de la legalidad de los actos administrativos, Silva Cimma, señala que “el control sobre los actos administrativos, persigue el cumplimiento de las leyes en los actos de la administración, vale decir, *el respeto a la juricidad,* o sea, toda la Administración debe estar sometida al control de sus actos”, (1969:p.150).

En esta breve mirada, se puede advertir la importancia que tiene este órgano de control para



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



nuestra Administración, más adelante, los Dictámenes revisados mostrarán la variedad de materias en los cuales este ente se pronuncia. En especial, sobre la legalidad de los actos de la Administración activa.



CAPITULO II.- CONTROL DE LEGALIDAD

2.- Aspectos Generales.

Como cuestión previa al desarrollo de este capítulo, es preciso mirar algunos conceptos relacionados a la *legalidad* y, que alcance, extensión y finalidad comprende este tipo de control. Como se revisó en el capítulo anterior, existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de Sistema de Control de la Administración del Estado, que no está regulado así, pero, que se comporta como si lo fuese.

Antes de entrar en conocer *la legalidad propiamente tal*, debemos establecer como se regulan los diversos órganos públicos de la Administración, para ello, desarrollaremos un apartado que revisará los llamados bloques de juricidad, sean estos, constitucionales, legales o reglamentarios. A partir de éstos, que dan vida al derecho público, daremos una mirada a los Actos Administrativos y su regulación normativa, donde distinguiremos entre los Actos de y del Gobierno, para una vez tomado este conocimiento, entraremos de lleno a revisar el Control de Legalidad y la Toma de Razón, para finalmente establecer una especie de criterios de distinción entre la legalidad, mérito o conveniencia del acto.

Debemos señalar en este preámbulo, que este mandato constitucional del artículo 98º, controla y fiscaliza que los órganos de la Administración activa actúen dentro de la *legalidad*, es decir, dentro de las reglas de un ordenamiento jurídico que es la base y sustentación de un Estado de Derecho democrático y social. Como dice Silva Bascuñan, si es así, podemos decir entonces que “*estamos frente a un Estado de derecho perfecto, porque se ha institucionalizado*”. (1984:p.53).



2.1.- Actos Administrativos

Para comprender su importancia, objeto, finalidad, características, debemos conocer la definición legal que se le ha dado en la norma, para luego, comprender su aspecto conceptual, en otras palabras, de que se trata y, que dicen de él los juristas nacionales y extranjeros.

2.1.1.- Concepto y Definición.

En el capítulo anterior señalamos que los actos administrativos y su concepto legal lo encontramos en la ley 19.880 sobre procedimientos de la Administración del Estado, precisamente en el artículo 3º, donde se entrega un completo catálogo de éste, prescribiéndose que, *“Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos”*, definiéndolo como sigue: *“Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.”*. Además, la ley establece que *forma* deben tener estos actos, *“los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”*.

Importante para nuestra tesis es determinar quien dicta uno u otro, *el decreto supremo* es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro *“Por orden del Presidente de la República”*, sobre asuntos propios de su competencia o, mejor dicho, dentro de las facultades que le otorga la potestad reglamentaria.; *las resoluciones* son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión delegada de la potestad antes



dicha.

No limitándose el catálogo sólo a estos dos tipos de actos administrativos, sino que se amplían a los *dictámenes* o *declaraciones de juicio, constancia* o *conocimiento* que realicen los órganos de la administración en el ejercicio de sus competencias. Si éstos son dictados por órganos administrativos pluripersonales se denominan *acuerdos* y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Finaliza este artículo estableciendo ciertos *criterios* de legalidad al señalar que los actos administrativos gozan de una *presunción de legalidad*, de *imperio* y *exigibilidad* frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo, que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional. Con todo, estos actos administrativos deberán siempre respetar los requisitos de forma y fondo que establece el ordenamiento jurídico.

El requisito de *forma* dice el profesor Silva Cimma, se satisface con: “la firma, su numeración, fechado, imputado correctamente y no debe contener alteraciones o enmiendas.” (1968: pp.261-266). Respecto del *fondo*, el mismo autor señala en la pagina citada anteriormente, “los requisitos de fondo que debe cumplir todo decreto dicen relación con la circunstancia de que el Presidente de la República obre dentro de sus facultades y con la constitucionalidad y legalidad de sus disposiciones”. Prosigue señalando que, “el contenido debe ajustarse a las disposiciones generales de la Constitución Política o a las especiales de la ley”. Como se observa, nada dice en que consiste el contenido.



2.1.2.- Contenido del Acto.

La ley sobre procedimientos administrativos o LBPAE N° 19.880 establece en los artículos 11°, 18° y 41° que el acto debe estar *fundamentado en los hechos y el derecho* y materialmente en un expediente donde se encuentran los antecedentes que lo motivaron o causaron. Velasco Letelier nos aclara un poco más acerca del contenido, dice respecto de los fundamentos *de fondo* que se tiene en cuenta para dictar el acto, que “*había que distinguir entre fundamento de la decisión y los motivos o antecedentes circunstanciados que se tuvieron en cuenta para dictar el acto.*” (1986: pp.172). En otras palabras, se puede inferir de lo dicho que, *el fondo* del acto debe estar fundamentado, respaldado en antecedentes y tener circunstancias de hecho, es decir, que este *motivado*.

El acto administrativo se dice en el derecho comparado, es propio del ejercicio de la función administrativa, es decir, emana de un órgano público. (Gordillo, 1979: p.I-14). El acto también es visto como el ejercicio de la Administración del Estado, que pasa a ser el eje sobre el cual se ejerce la actividad administrativa (Sánchez Torres, 2004: p. 19), respecto a la *importancia* que tienen los actos administrativos en la sociedad, se señala que éstos, repercuten en todo ámbito que importen a los ciudadanos (Parada, 1997: p.92).

Finalmente en esta revisión del acto administrativo, es interesante lo que dice el jurista colombiano Sánchez Torres, “desde un punto de vista teórico, los elementos que se identifican dentro de la estructura del acto administrativo de conformidad con los parámetros anotado son: *Elemento subjetivo*, es decir, *quien* expide el acto; *Elemento objetivo*, responde al *que* del acto administrativo; *Elemento formal*, responde al *cómo* se expide el acto administrativo; *Elemento*



finalista: responde el para qué se expide el acto administrativo; y *Elemento causal*, responde por qué se expide el acto administrativo. Ellos, en otros términos, obedecen a la noción de capacidad, formación del consentimiento, forma y fin del acto.” (2004:p.458).

2.2.- Distinción entre Actos de y del Gobierno

De la revisión realizada precedentemente y el interés que tiene para la tesis, la distinción que interesa, es la referida a la separación que realiza la doctrina respecto del enunciado del numeral 1° del artículo 52° de la CPR, ésta ha dicho que son diferentes los “actos del gobierno” y “actos de gobierno”. Se distingue entre actos administrativos propiamente tal y actos políticos o de Gobierno.

2.2.1.- Gobierno y Administración del Estado.

En lo referido a este trabajo, que es entender la exclusión del Contralor de conocer el *mérito o la conveniencia* de las decisiones administrativas y/o políticas del Gobierno y la Administración, es menester distinguir en que consisten ambos conceptos.

El Gobierno como principal Órgano del Estado está radicado en la persona del Presidente de la República como ya se ha dicho precedentemente, Él es el supremo administrador del Estado (Varas, 1948:p.60), distinguiéndose entre ambas instituciones, en que el Gobierno manda y la Administración ejecuta. (Ruiz Rosas, 2008: p.35). Siguiendo esta misma línea, Verdugo Marinkovic y García Barcelatto definen al “Gobierno como el ejercicio del poder supremo” (1988: p.195).



Para cumplir con su mandato constitucional, al Presidente se le confieren atribuciones especiales en el N° 1 del artículo 32° de la CPR, primero, como legislador, señalándose que podrá “concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas” y, segundo lugar, facultándolo para dictar reglamentos, decretos e instrucciones en numeral 6° de ese mismo artículo, es decir, se le dota de potestad reglamentaria, “ en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos , decretos e instrucciones que crean convenientes para la ejecución de las leyes.”

Como se dijo anteriormente, la función de gobernar y administrar persigue poner en ejecución las leyes dictadas por el Poder Legislativo, con el objeto de cumplir con los fines del Estado, esto es, que la persona goce del máximo bienestar social que puede brindarle el Estado, o sea, que *el bien común* sea alcanzado por toda la Sociedad. Aunque ambas funciones pertenecen a un mismo poder, se diferencian entre sí, como señaló Valentín Letelier en su época, ya citado en los párrafos anteriores, el Gobierno *manda* y la Administración *ejecuta*. En otras palabras, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que no es lo mismo un acto que contenga una decisión política, que un acto que contenga una decisión administrativa.

2.2.2.- Distinción de los Actos.

Para entender en que consisten ambos, es preciso conocer como define la ley a la decisión. El artículo 3° de LBPAE, prescribe que “las decisiones escritas que adopte la Administración se expresaran por medio de actos administrativos”, es decir, legalmente *la decisión es un acto administrativo*. En el caso particular del problema jurídico de este trabajo, estas decisiones o actos administrativos se materializan en Decretos o Resoluciones.



Zúñiga Urbina declara que el artículo 3° de la ley 19.880 no hace distinción, no existe diferencia en la forma y el órgano autor del acto político o administrativo, *su diferencia es de naturaleza material funcional*. Porque funcionalmente los órganos tienen diferentes atribuciones de acuerdo a la Constitución, que son exclusivas de cada uno de ellos, su diferencia no es su *móvil o finalidad*. (, (2008: p, 274).

Pero, cual de ellas es un *“acto del gobierno”* o un *“acto de gobierno”*?. Clarificador resulta el considerando undécimo del fallo de la Corte Suprema, en la causa Rol N° 6585-2007, “Banco del Estado con Fisco”, donde se establece que, “En efecto, cuando la Constitución Política de la Republica habla en el artículo 52 N° 1 de “actos *del* Gobierno”, se está refiriendo a todos los actos del Poder Ejecutivo, esto es, “a los actos de la Administración del Estado”, concepto que es completamente diferente a los llamados “actos *de* gobierno”, que son aquellos de contenido esencialmente *políticos* y, no susceptibles de control jurisdiccional”. Misma distinción que encontramos en el inciso final del artículo 53 de ese cuerpo legal.

Cordero Vega, encuentra que uno de los aspectos complejos a determinar en este aspecto, ha sido definir los contornos de la acepción “Actos *del* Gobierno”, porque en principio supone al sujeto de quien emana o a quien pertenecen los actos, y no a una clase específica de éstos, lo que implica, citando al profesor Ferrada, que son actos de “alguien” y no de “algo” (2007, p.136).

Como se expresó anteriormente, las decisiones se materializan en Decretos y, estos pasan a ser *políticos* cuando dicen relación con el Gobierno, tales como, fijar elecciones populares, sostener relaciones internacionales con otros Estados, nombrar Ministros; son Decretos *administrativos* los que dictados por las mismas autoridades anteriores, buscan que la actividad administrativas se



lleven a cabo con el fin de cumplir los mandatos legales emanados por el Parlamento.(**Silva Cimma, 1968: p. 268**).

Estos actos, son aquellos que por atribución especial son otorgados en el artículo 32° de la CPR en forma exclusiva en manos del Presidente de la República, entre ellos, los nombramientos de Ministros, Subsecretarios, las Relaciones Internacionales, la suscripción de Tratados Internacionales, etc., todos ellos, se encuentran prescritos en los enunciados de este artículo.

Al respecto y reafirmando lo anterior, Zúñiga dice “en Chile la doctrina del *acto de gobierno* ha dado cobertura a la *no justiciabilidad de las cuestiones políticas*” y, comentando a Cea Egaña, señala que éste, ha hecho una clasificación de cuales a su parecer son los actos de gobierno, “ para quien, el acto de gobierno decide cuestiones excepcionales que interesan a lo público, orientando al Estado, dirigiendo a la sociedad política, pronunciándose sobre los intereses nacionales, internos y externos o resolviendo con prontitud y ante circunstancias no previstas, en materias trascendentes de relevancia general para el país. (2008: p.287).

2.2.3.- Control de los Actos de Gobierno.

Respecto del control jurisdiccional, Cea Egaña nos señala que las decisiones políticas no son controlables por órganos ajenos, sino que por los propios órganos de la Administración (2000: p. 167).

Desde la perspectiva del control judicial de estos actos, los tribunales de justicia han limitado su competencia sin haber norma positiva que así lo declare. Se infiere de la doctrina y jurisprudencia que lo han hecho basados en la teoría de la separación de poderes ya comentada, esto quiere decir, en sucintas palabras, que el único que puede y debe Gobernar es el Poder Ejecutivo, porque si otro



lo hiciera, entonces pasaría a cogobernar con éste y, eso, no tiene sentido.

Para los tribunales de justicia, claramente la Constitución entrega una distinción entre actos administrativos y actos de gobierno, como se puede observar en su artículo 45°, a propósito de los Estados de excepción constitucional, señalando que, “*los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la Autoridad*”. Salvo, cuando afecten derechos constitucionales. Enunciado y principio que es aplicable a toda la jurisdicción.

En el derecho comparado, Parada Ramón respecto del derecho español señala, “*que los actos políticos son únicamente los actos del Consejo de Ministros y no de otras administraciones o autoridades inferiores y que, materialmente, los actos políticos se refieren a las grandes decisiones que afectan al conjunto del Estado, pero no a simples asuntos administrativos, incluso en materias delicadas como el orden público. (1997:p.100).*”

2.3.- Control de Legalidad

Los actos administrativos dictados en ejercicio de las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a la Administración, deben estar controlados legalmente. Este control, se ejerce por órganos internos o externos a la Administración del Estado con el objeto de fiscalizar si ésta actúa dentro la *juricidad*. Caldera nos dice “que no obstante la extraordinaria importancia atribuida al principio de juricidad administrativa, en la doctrina y jurisprudencia francesas se indican casos excluidos del principio de legalidad. *Las excepciones serían la potestad discrecional, los actos de gobierno y las medidas dictadas bajo circunstancias excepcionales. (Estados de excepción).* (1992: p, 128).



2.3.1.- Origen del Control.

Para analizar directamente en que consiste este control de legalidad, sus elementos y consecuencias, debemos señalar que otrora, el *concepto de legalidad* no era mirado de la misma forma que lo actual, su origen para el caso de América, se observa de la Organización y Gestión Administrativa de la Corona Española del Siglo XV.

La Corona se caracterizaba por tener un férreo sistema de control de los actos de la Administración, tanto en el orden financiero, político o de justicia. Al respecto, Malagón Pinzón, señala que “La América española vivió bajo la acumulación de funciones o poderes en diversas autoridades, fenómeno propio del absolutismo. No obstante lo anterior, presentó la distinción entre asuntos de gobierno y de justicia, como paradigma de esto, estableció un control de las decisiones de gobierno que causaran un perjuicio o un agravio a los particulares. Se encargó a la real audiencia de esta dificultosa tarea.”(2005:p.133).

Luego, dice este mismo autor, con los principios que se introdujeron por efecto de la Revolución Francesa, el anterior paradigma español cambia, criticando al sistema de Administración Francés, “Por eso no podemos compartir la recepción del modelo francés que, entre otras cosas, *nos trajo la inmunidad de los actos políticos o de gobierno*”. (2005:p.144).

2.3.2.- Regulación Normativa.

En nuestro ordenamiento jurídico, debemos distinguir la fuente que respalda el ejercicio de control. La fuente es lo preceptuado en la Constitución, en ella están establecidos en el artículo 6º



el principio de juricidad y en el artículo 7° el principio de legalidad que fundamentan el control que se realiza a la Administración del Estado.

El Control administrativo externo es llevado a cabo porque la Constitución en el artículo 98° así lo ordena, señalándose además, en el artículo 99° el procedimiento y los actos que se deben controlar.

La actuación o decisiones ilegales de los órganos de la Administración también pueden ser controlado externamente por los Tribunales de Justicia. La fuente que sustenta esta petición, son las infracciones cometidas por los órganos públicos a los principios de juricidad y legalidad señalados precedentemente. El derecho a la acción del ciudadano, se encuentra establecida en el numeral tercero del artículo 19° y en el inciso segundo del artículo 38° del texto constitucional.

2.3.3.- Finalidad del Control.

Silva Cimma declara que la función de controlar o fiscalizar, es con la finalidad de que la actividad de la Administración debe estar siempre subordinada al Derecho (1994: p.17), o, como dice otro jurista, que el Poder este sumido a las normas (Madariaga Gutiérrez, 1996: p, 36). Se expresa además, por Cea Egaña, que el control del Estado viene a ser un sistema de frenos y contrapesos institucionales, para controlar y promover que se respeten y promuevan los derechos de las personas (2002: p.11). En cuanto a explicitar la finalidad del control, el mismo Silva Cimma, dice que, “el control sobre los actos administrativos, persigue el cumplimiento de las leyes en los actos de la administración, vale decir, el respeto a la juricidad, toda la Administración debe estar sometida al control de sus actos”, (1969: p.150). Pero esta finalidad que se persigue, tiene que tener en vista que se va a evaluar o examinar, saber que alcance o profundidad debe tener, si



es un examen pleno o parcializado. Dentro del contenido del examen a la legalidad del acto, es menester distinguir para dilucidar el alcance, si el órgano que lo realiza es interno o externo y, también, que elementos del acto se someterán a evaluación.

2.3.4.- Contenido del Examen.

Si hablamos de controlar la *legalidad del acto*, estamos hablando que el acto este conforme al *ordenamiento jurídico* como un todo y, en ella, se incluye, revisar además, el motivo o la causa del acto, es decir, si esta fundado en los hechos y el derecho, lo que viene en ser el *mérito, conveniencia y oportunidad* por el cual éste fue dictado. Anriquez Novoa dice que cuando se habla de la *oportunidad*, el control se refiere al momento en que éste se dicta. La *conveniencia*, es el examen si éste cumple con los requisitos de la función social de la norma o, como se expresa en la doctrina, si el acto se adecua “a la convivencia social” (1994: p.7). En cuanto al *mérito*, el examen se refiere a los fundamentos de hecho y derecho que se tuvo en vista al dictarlo, o sea, el motivo.

Silva Cimma respecto del control, nos dice que éste puede ser interno o jerárquico, lo importante que el ejercicio interno o jerárquico es un control pleno, ya que este examen abarca la legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia. Hace una distinción muy importante respecto del control externo, señala que es limitado, y que sólo podrá ser de legalidad. (, p.165). Reforzando lo anterior, Millar Silva citando el dictamen de la CGR N° 43.315 del año 1991, señala que al Contralor le compete “*únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, y no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras*”. En otras palabras, a la CGR no le compete la calificación de los hechos (2000: p.87).



Respecto del control mismo, la doctrina ha dicho que el ejercicio de controlar la legalidad del acto administrativo, comprende analizar si el órgano emisor ha tenido un comportamiento fiel con las normas del ordenamiento jurídico, lo que significa, según Cordero Vega, que este examen sea “*un juicio de conformidad con ciertas reglas*” (2007, p.20). Pero no tan sólo a esas reglas, sino que también a las reglas particulares, que en este caso es el artículo 10° (11°) de la LOCBAE N° 18.575. Lo que confirma el mismo autor, agregando al efecto, el artículo 12° de ese cuerpo legal (2007:p. 28).

Debemos señalar que el profesor Silva Cimma y otros juristas de la época, doctrinalmente hasta ese entonces, *separaban* el control de legalidad del control de mérito. Pero hoy, se entiende que el control de mérito está subsumido en el de legalidad, es un elemento más en la evaluación de la legalidad del acto.

2.4.- Control de legalidad y Toma de Razón.

La ley, la doctrina la jurisprudencia han sostenido que el modo de ejercer el control de legalidad en sede administrativa, es tomando razón del acto administrativo. Cordero Vega nos dice al respecto que, “*El control de legalidad* al cual hace mención el artículo 98° de la CPR se realiza según el artículo 99° mediante la toma de razón”.(2007:p.63).

2.4.1.- Origen del Control.

Debemos precisar que en los orígenes de nuestra Patria no se consideraba un *control de legalidad* a los actos administrativos ni la *toma de razón* tenía ese fin. Más bien, sólo era una



especie de registro de los actos más importantes que realizaban las autoridades de la época, que en el orden constitucional ha estado presente desde el primer Reglamento de 1811. A partir de ahí, expresamente nada se dice de *tomar razón* de estos tipos de actos, pero, se satisfacía este procedimiento en algunos casos con la frase, “*imprímase, publíquese, circúlase*” como se observa en los Reglamentos de 1822-1833.

Respecto de controlar la *legalidad* del acto administrativo, hasta el año 1943 nada se dice en la Constitución del año 1925. Pero ese año, mediante la ley 7.727, se agrega un nuevo inciso al artículo 21° en ese cuerpo legal, el cual tiene dos orientaciones legales. Una, respecto a que el control financiero del Estado sea realizado por un órgano externo llamado Contraloría General de la República y, dos, que este mismo “*desempeñara las demás funciones que le encomiende la ley*”. Que a mi entender, es el origen del control de la legalidad que conocemos en el ámbito administrativo.

2.4.2.- Modificaciones a la Ley Orgánica.

Posteriores modificaciones de la Constitución y la Ley de la Contraloría permite al Contralor pronunciarse sobre la *constitucionalidad y legalidad* de los actos administrativos.

En el artículo 1° de la ley N° 10.336 del año 1952, se señala que debía pronunciarse sobre la *constitucionalidad y legalidad* de los decretos supremos; el inciso primero del artículo 13° de esta misma ley, establecía que “El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la *inconstitucionalidad o ilegalidad* de que puedan adolecer”. Como se podrá observar se distinguía entre Constitución y Ley.



Luego, en el artículo 1° de la ley N° 14.832 del año 1962, se mantiene que el Contralor se pronunciará sobre la constitucionalidad y legalidad, pero, se modifica el inciso anterior como sigue, “Agregase al inciso primero del artículo 13°, después de las palabras “decretos supremos”, la siguiente frase: “y de las resoluciones de los Jefes de Servicios que deben tramitarse por la Contraloría”. En el año 1964 se refunde el texto por Decreto Supremo 2421, su objeto sigue siendo el mismo, “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios”.

Continuando con esta revisión, el artículo 21° del texto del año 1925 con la Constitución de 1980 pasa a ser el artículo 87°, disponiéndose que “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el *control de la legalidad* de los actos de la Administración”, señalándose además, en el artículo 88°, “en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General *tomará razón* de los decretos y resoluciones”. Hoy, con la reforma del texto constitucional, los anteriores artículos pasaron a ser los artículos 98° y 99°.

Marienhoff, le da una gran trascendencia a este acto de control, señalando que “*constituye un control de legalidad por excelencia y de alto grado. Quizás sea esa, junto con el encuadre constitucional del órgano, la característica más notable y encomiástica del sistema de control de la Administración Pública*”. (1977;p.157).

2.4.3.- Toma de Razón.

El mandato para realizar el procedimiento de *la toma de razón* al acto administrativo y DFL está establecida en el artículo 99° de la Constitución, en el artículo 10° de la ley N° 10.336 y en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 19.880.



La jurisprudencia administrativa que se observa en el Dictamen CGR N° 35.397 del año 2007, define este procedimiento, “*La toma de razón* es el procedimiento de control preventivo a través del cual esta Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. De este modo, *la toma de razón* constituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, *sin que con ocasión del mismo la Contraloría General pueda pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.*”

Como se podrá observar, la *legalidad* que se controla es la que se establece en los principios de los artículos 6° y 7° de la CPR, existiendo una relación directa con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 10.336 sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones. En cuanto a la *toma de razón*, otrora era un sistema registral, ahora, pasa a ser una confirmación que el acto administrativo dictado cumple con las reglas del ordenamiento jurídico.

2.4.4.- Actos Eximidos de Toma de Razón.

El inciso quinto del artículo 10° de la ley de la CGR, autoriza al Contralor para actuar de oficio respecto a conceder exenciones de toma de razón, estableciéndose que, “*No obstante, el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados "por orden del Presidente de la República".*



La exención que data desde el año 1970(Resolución N° 522), vuelve a ser modificada en el año 2008 por la resolución N° 1600. Hecho que permite rebajar consistentemente la cantidad de decretos y resoluciones a los cuales se le toma razón, que se da cuenta en forma pública anualmente por la Contraloría.

La importancia de este procedimiento se refleja estadísticamente, hasta antes de la Resolución N° 1.600/2008 de la CGR, que regula la “Exención de la Toma de Razón”, existía un gran cúmulo de decretos y resoluciones a los cuales se le tomaba razón y, sólo un porcentaje pequeño quedaba exento de este control jurídico, es así a modo de ejemplo, en el año 1969 se examinó la juricidad de 184.608 actos; en el año 1972, fueron 211.622 tomados razón y , además fueron revisadas en su juricidad a posteriori 108.529 exentos; en el año 1975, se tomó razón a 183.100 y revisó 55.761 exentos(**Soto Kloss, p. 172**).

2.4.5.- Estadística

Finalmente y a modo de ejemplo, se transcribe estadística de la propia CGR que demuestra la cantidad de de decretos y resoluciones a los cuales se le sometido al control de legalidad y por ende se le ha tomado razón (con y sin) alcance. Los DFL son de pequeña magnitud, así que no son considerados en este muestreo.

1.- *En el año 2007* la Contraloría recibió 24.458 decretos y resoluciones afecto a la toma de razón; se revisaron 24.104. Sin observación se cursaron 20.674 o sea, el 85%, con alcance 1.452 que equivale al 6% y observados, 1.119, esto es el 5%. Como se observa, el 91% se ajustó al



ordenamiento jurídico, en esta revisión jurídica no se incluyo a documentos pertenecientes a personal del Estado.

2.- *En el año 2008*, la Contraloría recibió 31.190 decretos y resoluciones afecto a la toma de razón; se revisaron 24.104. Sin observación se cursaron 23.463 o sea, el 76%, con alcance 2.632 que equivale al 8% y observados, 4.995, esto es el 16%. Como se observa, el 84% se ajustó al ordenamiento jurídico, en esta revisión jurídica no se incluyo a documentos pertenecientes a personal del Estado. Como nota a destacar, esta alza en la estadística, obligó a la CGR a dictar la Resolución 1.600, que reformulo las normas de exención de la toma de razón.

3.- *En el año 2009*, la Contraloría recibió 24.337 decretos y resoluciones afecto a la toma de razón; se revisaron 24.104. Sin observación se cursaron 22.247 con y sin alcance y observados, 2.095. En esta revisión jurídica no se incluyo a documentos pertenecientes a personal del Estado.

4.- *En el año 2010*, la Contraloría recibió 21.508 decretos y resoluciones afectos a la toma de razón.



CAPITULO III.- CONTROL DE MERITO O CONVENIENCIA

3.- Aspectos Generales.

En este apartado nos corresponde analizar todo lo relacionado *al mérito o la conveniencia de la decisión administrativa o política*. En este Capítulo, se ha dado mayor importancia *al mérito* que a la *conveniencia*. Entender estos conceptos, permitirá comprender el alcance del artículo que positiviza éstos en el artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336.

Que la interpretación del concepto de *mérito o conveniencia* del acto sean resorte exclusivo y excluyente del órgano emisor, no libera a éste de someterse al control de legalidad establecido en la Constitución y la Ley Orgánica. Dentro del control del mérito, se persigue examinar *primero*, que el acto este conforme a las reglas del ordenamiento jurídico en sentido amplio; *segundo*, que el acto este conforme a las reglas y circunstancias de hecho determinadas en la norma que lo prescribe y *tercero*, que la discrecionalidad ejercida por la Autoridad no contenga arbitrariedades.

Mirado bajo estos aspectos, en la práctica la revisión de *la legalidad externa* no sólo se limita a revisar *la juricidad* del acto en sentido amplio, sino que, el control también se extiende a conocer si la resolución está *motivada*, o sea, si existe *mérito* para dictarla, en otras palabras, este control examina si *los motivos y la motivación* del acto están dentro de las atribuciones o facultades de la Administración.



De modo que el problema a descubrir, no sólo es que el acto sea legal, sino que, cual es el alcance o profundidad de este examen, ¿Podrá el Contralor evaluar si los antecedentes acompañados, son lo suficientes aptos para *motivar* o causar su dictación?

Controlar *el mérito o la conveniencia* del acto ha dicho la doctrina y jurisprudencia que es un ejercicio que queda fuera de la esfera de la competencia de los entes externos que ejercen el control de la Administración a nivel político, administrativo y jurisdiccional. Madariaga Gutiérrez señala que, “*el control de mérito* mira a la conveniencia u oportunidad de los actos dictados por la Administración activa” (1996, p. 77). En otras palabras, que el limite final de la decisión sea la discreción de la Autoridad, pero nunca la arbitrariedad. La arbitrariedad dice Cassagne, corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. (2008: p.1).

3.1.- Orígenes del Mérito

Para poder hablar del *mérito*, es preciso primero hablar de la *legalidad*. En nuestro ordenamiento es un principio ordenador de la actuación estatal, ¿pero como principio tiene la misma fuerza que las demás normas?, al respecto, Pierry Arrau señala que los principios son fuentes de derecho positivo como son la Constitución, Ley formal, Reglamento, etc., dice que, la doctrina ha considerado como formando parte de la legalidad a *los principios generales de derecho*, que por ser elaboración doctrinaria, los ubico entre aquellos medios de que el juez dispone para controlar la discrecionalidad. (1975: p.33).

Respecto del *mérito*, Madariaga Gutiérrez señala en un texto de su autoría que “es esta doctrina moderna que enmarca *el mérito* como elemento integrante de la actuación administrativa,



colocándolo como integrante de la juricidad del acto”, deducción jurídica que realiza al revisar a diversos autores como Ranelletti, Cossio, Stammler, Gasparri (1996: p.46).

3.1.1.- Origen en el Derecho Comparado

Una primer acercamiento al origen la entrega Silva Cimma, el cual declara que el concepto del *mérito* del acto, tiene origen en el derecho administrativo italiano y que este concepto jurídico, sin decir como, cuando y donde, habría sido incluido en *derecho positivo* nacional y que su finalidad, o sea, *el control de mérito*, no tan sólo se apreciaba su juricidad, sino que su *oportunidad y conveniencia*. (1969:p.364-365). Como se observa, aparece el concepto de *oportunidad* dentro del mérito. Después de un tiempo, el mismo autor al analizar “*la irregularidad del acto administrativo en la doctrina italiana*”, señala que éstos han señalado que los vicios del acto pueden ser de ilegitimidad, mérito y de voluntad. Al explicar los vicios de mérito, dice que, “ la expresión mérito obedece típicamente a una concepción de la doctrina italiana, que dice relación con la discrecionalidad del acto administrativo” y, lo interesante, es que le da un contenido al mérito, esto es, que no puede ser inconveniente, dañino, malicioso o inoportuno.(2001: p.138).

Soto Kloss, citado por Fiamma, señala que indistintamente se puede hablar *de mérito o de oportunidad*, que los dos conceptos significan lo mismo, no existe diferencia. La explicación se fundamenta en el origen de éstos términos, “esta distinción entre control de legitimidad y control de oportunidad (o mérito en la terminología italiana)”, (1977: p.192). Pierry cuando habla del tema, lo hace mencionando a *la oportunidad* y no al *mérito*. Por lo que tenemos que deducir, de lo dicho por Soto Kloss, que *oportunidad* es de origen Francés, ya que así lo dice Pierry en el artículo que se cita (1971:p.220-221).



Esta distinción, nos permite dar respuesta a la interrogante del porque no aparece el término de *oportunidad* en el artículo 21 B) de la Ley N° 10.336. Al no considerarse en el enunciado la *oportunidad*, queda claro que *mérito* y *oportunidad* tienen el mismo significado en la doctrina, no así, la *conveniencia* del acto. En cuanto a lo que se busca con el control de legalidad y mérito, otro autor indica que este último “*se relaciona con la apreciación de la conformidad del acto con el fin propuesto, de su adecuación, conveniencia y eficiencia, que es eminentemente político, como es la fiscalización*” (Silva Bascuñan 1980:p.75).

3.1.2.- Origen en el Derecho Nacional

En cuanto al origen del concepto “*mérito*” en Chile, debemos analizarlo desde dos puntos de vista, uno legal y otro desde el punto de vista semántico. Desde lo legal, debemos conectarlo con dos momentos, el primero se da en la discusión de la Constitución de 1980 y, el segundo, en la modificación del artículo 21° de la LOCGR (Boletín N° 2610-07) de la Cámara de Diputados en el año 2000. Ambos momentos, están relacionados con la discusión que se produce en el Parlamento respecto de las competencias del Contralor frente a la Administración Financiera del Estado.

El sentido semántico que tiene el vocablo *mérito*, lo entrega entre otros, el Diccionario de la RAE, “es aquello que hace que tengan valor las cosas” o, “digno, merecedor” lo que podemos interpretarlo en el sentido que la decisión de la administración tiene que tener todos los elementos que le den valor para nacer a la vida jurídica, este valor, para el caso en análisis, está dado porque contenga todos los elementos que la hagan constitucional y legal.

Complementando lo anterior, al analizar el enunciado al que pertenece, aparece además, el vocablo “*aspecto*”, refiriéndose al *mérito* o la *conveniencia*. El Diccionario RAE señala que los



“aspecto”, es el matiz o rasgo de una cosa” y, si éste, lo unimos a “mérito”, digno o merecedor, podríamos entender el enunciado de la siguiente manera: *“La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar el matiz o rasgo de aquello que hace que sea merecedor o conveniente la decisión políticas o administrativa”*.

Sobre una definición expresa del concepto de mérito, el Dictamen CGR N° 15460 de mayo de 2007 al resolver una situación de facto, establece que *“Sobre el particular y como cuestión previa, cabe tener en consideración que los términos mérito y conveniencia utilizados por el legislador en el artículo 21B) de la ley N° 10.336. no han sido definidos expresamente por éste, de modo que deben entenderse en su sentido natural y obvio, para lo cual resulta procedente recurrir al Diccionario de la Lengua Española, que define mérito, como “digno, merecedor”, y conveniencia, como “utilidad, provecho”*.

En ese contexto, siguiendo el mismo Dictamen, el Contralor señala que este Ente *lo que no puede hacer*, con motivo del control de legalidad o de las auditorías que realiza, verificar si las decisiones tomadas por la administración activa *son meritorias, útiles y/o* son las que producen el mayor provecho para el interés general, dentro de las posibilidades que existan”.

3.2.- El Mérito y su Contenido

La resolución final que toma la Administración respecto de un caso, es denominado acto terminal, el qué, además de tener que apearse a la legalidad en su tramitación, debe contener jurídicamente los fundamentos de hecho y derecho que le dicta la norma que lo prescribe y todos los documentos que lo respaldan. Todos estos antecedentes, señala el artículo 18° de la LBPAE N° 19.880, son archivados en un expediente físico o virtual. Éste, es el contenido jurídico o



material que le permiten a la Autoridad ejercer con plenitud el ejercicio potestativo, tanto en su aspecto reglado como discrecional. Veremos ahora, los contenidos.

3.2.1.- Contenido Semántico

Para conocer *el mérito*, recurriremos al análisis semántico. El Diccionario de la Administración Pública Chilena indica que, “*el Control de mérito tiene por objeto mostrar la conducta más conveniente de acuerdo a la situación que se enfrenta*”. (2000: p.54). Pero esto no define el concepto de mérito o conveniencia apropiadamente, en tal sentido, la Contraloría ha dicho “*que no existe definición para estos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico*”, de modo que deben entenderse en su sentido natural y obvio, para lo cual resulta procedente recurrir al Diccionario de la Lengua Española, *que define mérito, como “digno, merecedor”, y conveniencia, como “utilidad, provecho”*. (Dictamen N° 15.460, 2007).

3.2.2.- Contenido Reglado y Material.

Respecto del contenido jurídico o legal del acto, se ha expuesto claramente en que consiste, pues, es sabido que el acto debe satisfacer todo el ordenamiento jurídico, sin extralimitarse, de lo contrario, el acto es ilegal. En ese contexto, el mérito o conveniencia de la decisión, debe cumplir con los mismos cánones impuestos por la Institucionalidad.

El aspecto legal o reglado del contenido del acto, se encuentra establecido en el artículo 41° de la LBPAE N° 19.880, que prescribe que la resolución que contiene la decisión debe “*estar fundada*” y, esto, se satisface con el enunciado normativo del artículo 11° de este cuerpo legal, donde se indica que la resolución debe contener “*los hechos y fundamentos de derecho*” que lo causan.



Señala la doctrina que veremos más adelante, que lo anterior, significa que los actos deben tener motivo y motivación. De lo expuesto, se puede inferir que aquí se encuentran los fundamentos de la legalidad o juricidad del acto, más, los elementos reglados y discrecionales que pertenecen a la norma que fundamenta el acto y a las conductas que allí se prescriben. En este marco jurídico, se establecen los límites de la Autoridad al momento de evaluar el *mérito o conveniencia* de la decisión.

El respaldo material del acto, se encuentra establecido en dos normas: en un caso la encontramos en el artículo 18° de la ley de procedimientos administrativos del Estado, donde se establece que, los antecedentes deben estar físicamente contenidos “*en un expediente escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos*”. La otra norma, es el artículo 6° de Resolución N° 1.600 de la CGR del año 2008, que “*Fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón*”, estableciéndose como requisito de la solicitud que, “*los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deberán remitirse conjuntamente con los antecedentes que le sirven de fundamento*”. Visto lo anterior, queda analizar en particular los hechos y antecedentes contenidos en el acto.

3.2.3.- Los Hechos Contenidos en el Mérito.

De acuerdo a lo investigado, los elementos que componen *el mérito o la conveniencia*, son las reglas y *los hechos* de la decisión. El mérito propiamente tal, son los elementos objetivos y subjetivos que ha tenido en cuenta la Autoridad al momento de tomar la decisión. En lo objetivo, se analiza que el acto tenga todos los elementos reglados y discrecionales que le otorguen el mérito suficiente para ser dictado y, en lo subjetivo, *que los fundamentos de hecho o*



consideraciones fácticas que propician el acto estén conforme a la norma que lo contiene, ambos, provocan que el acto tenga el mérito o la conveniencia suficiente para no sobrepasar los límites de la norma que los declara y, que no contenga visos de arbitrariedad.

Cordero Vega se refiere tácitamente al contenido del mérito del acto cuando señala que, el ejercicio del control de legalidad o la acción de tomar razón, “Se traduce en la práctica, en un juicio lógico *entre norma y acto*, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que *las circunstancias de hecho* que se invocan como fundamento de la medida que se adopta se encuentran debidamente justificadas.” (2007:p.63). Al respecto, Pierry Arrau por el año 1971 declaraba que *a los hechos* se les puede apreciar y calificar jurídicamente y, que éstos tienen una existencia material (1971: p.218).

En el derecho comparado Parada señala que “el régimen jurídico de los presupuestos de hecho (motivo legal o causa) supone, según la jurisprudencia francesa, que la Administración tiene la obligación de explicitar ante el juez, cuando el acto es impugnado, *los motivos de su decisión*, incluso en los casos en que formalmente no existe obligación legal de motivar.” (1997:p.133).

3.2.3.- Los Antecedentes Contenidos en el Mérito.

Los antecedentes que debe contener la decisión de la Autoridad, son todos aquellos que son pertinentes y atinentes al caso particular, más, todos aquellos que en el contexto permitan al Órgano determinar que están en conformidad a las reglas y a los hechos que lo motivaron. La certeza de la decisión va a depender directamente de éstos, el mérito de la decisión dependerá de su integridad y objetividad.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos dos normas que establecen los antecedentes



materiales que contiene el acto administrativo, la primera es de orden legal y prescrita en el artículo 18° de LBGPAE N° 19.880, estableciéndose que, *“Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso”*. La segunda es de orden reglamentaria, la CGR, establece en el artículo 6° de la Resolución N° 1.600 del año 2008 que, *“los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deberán remitirse conjuntamente con los antecedentes que le sirven de fundamento.”*

Como se puede observar, ambos se refieren a los antecedentes materiales del caso, sin olvidar, que entre ellos, se deben considerar las normas legales, así como los hechos fundantes, ya sean materiales o jurídicos que sirven de base a la decisión, los que deberán estar incluidos en éstos.

Su relación con *el mérito* del acto, como ya se expresó, es directa. Los antecedentes, previamente al interior del Órgano deben ser evaluados, revisados exhaustivamente por la Autoridad, porque aquí está el fundamento directo del fin perseguido por el acto, del objeto que ha determinado la regla. En forma externa y siendo éstos parte del mérito de la decisión, pueden ser revisados, pero no ponderados, su revisión abarca a su legalidad, V.gr. si la Autoridad es aquella que dice ser. Incluso, se puede revisar si están conforme a las circunstancias de hecho y derecho que lo fundamentan, pero sólo con el objeto de ser rectificado en cuanto a errores simples o de números, porque el mérito de su contenido, le corresponde sólo a la Autoridad emisora.

Para confirmar lo anterior, en el Dictamen CGR N° 32.354 del año 1969, se ha dicho, *“corresponde a las Autoridades afectadas ponderar los antecedentes de cada caso particular, debiendo ser y motivados suficientemente fundadas en antecedentes de hecho, las decisiones que*



se adopten en la materia”.

Todo lo anterior, vienen en confirmar una vez más, que el ejercicio de controlar *el mérito* de la decisión corresponde sólo al Órgano público emisor, porque mirado el control de la legalidad como un todo, tiene por finalidad revisar la juricidad del acto y, en este procedimiento, se contempla la revisión de todos los antecedentes del expediente, para detectar errores, pero no, para evaluar el mérito de la decisión que trae contenida en él.

En resumen, dilucidado el contenido del acto en su aspecto reglado y discrecional, *el mérito* de éste, tiene que ver con el juicio de valor o de razonabilidad que realiza la Autoridad al momento de tomar la decisión, este es un juicio subjetivo y exclusivo del funcionario que ejerce sus facultades y atribuciones que le ha otorgado la Constitución, la Ley y el Reglamento.

En este ejercicio, la Autoridad deberá analizar si el acto esta conforme a la regla y, si *los hechos* en que se basa la decisión, tiene un concepto determinado en la regla y, si no lo tuviese, debe cuidar que el acto no desborde los límites de la discrecionalidad.

3.3.- La Potestad Discrecional y el Mérito del Acto

Entendemos la potestad discrecional como el ejercicio netamente subjetivo que la Constitución y la Ley le otorga a una determinada Autoridad al momento de tomar una decisión administrativa o política. Por tal razón, ésta debe estar suficientemente motivada, o sea, debe contener todos los antecedentes jurídicos y materiales que fundamentan la decisión. Esta potestad, además de satisfacer lo legal, debe satisfacer el buen juicio, la buena fe, el fin propuesto o alcanzable con el acto, en otras palabras, que la decisión tenga en su contenido todas y cada una de



las circunstancias de hecho y los fundamentos de derecho que la respalda, en fin, que tenga el mérito suficiente y la conveniencia necesaria para satisfacer el bien común de los gobernados.

3.3.1.- La Discrecionalidad en la Doctrina

Silva Cimma, dice que éstos son atributos que se otorgan al órgano administrador, los que le confieren la facultad de dictar normas y prescripciones de contenido libre y lato en sentido general, dentro de un margen más o menos amplio, en vista a actuar oportuna o convenientemente, pero dentro del marco legal dado. Continúa señalándonos que comparativamente respecto de la potestad reglamentaria, ésta tiende a ejecutar la Ley, al contrario, “*la potestad discrecional* permite, en cambio, resolver, aun al margen de la ley, pero siempre dentro de la esfera de competencia de la respectiva autoridad” (1968, p.35).

Caldera Delgado, señala que para actuar el órgano dentro de la potestad ligada o discrecional debe existir relación entre la competencia de éste y los motivos facticos y jurídicos invocados en el acto, sólo, así, se esta actuando legalmente, cuando ambos elementos coincidan, que viene en ser el límite constitucional establecido por el ordenamiento (p.173). En cuanto a las potestades antes mencionadas, Soto Kloss señala que “que la habilitación legal para que un ente administrativo pueda actuar en el derecho puede ser o no determinado en todos los extremos la conducta administrativa a seguir o, dejando algún o algunos elementos de ejercicio de la potestad habilitante a la razonabilidad(apreciación racional) de la propia entidad administrativa, finalizando con lo siguiente, “ ambas potestades son fiscalizables en derecho, sea preventivamente por la CGR, sea represivamente por el Juez”. (2009, p.303).

En el derecho comparado, precisamente, en el Argentino, Gordillo, también establece un criterio de distinción y nos entrega un concepto de ambas potestades, “las facultades de un órgano



administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”. (1997, VIII-14).

En este escenario, podemos señalar que el mérito del acto contiene sin dudas un aspecto discrecional, lo que no repugna con la legalidad. En suma, *la discrecionalidad es parte del mérito del acto*, porque la decisión tiene que ver con el juicio del funcionario de turno dentro de sus competencias legales, hecho que se ejercita cuando el enunciado normativo no contiene los hechos o conceptos fundantes que lo determinan.

3.4.- Motivo, Motivación en Relación al Mérito

Condición previa a la dictación del acto, es que el órgano que toma la decisión tenga las competencias y facultades que le ha otorgado el ordenamiento jurídico, o sea, que exista una legalidad previa a la causa del acto y, basado en ésta, el acto administrativo tengo un motivo y, a su vez, que su motivación este fundamentada como veremos que señala la CGR.

3.4.1.- El Motivo en la Ley

El artículo 11° de la LGBAE N° 19.880, establece que, “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.



Relacionado con lo mismo, el artículo 41° de este mismo cuerpo legal, prescribe que las resoluciones administrativas deben estar “fundadas” y el artículo 18°, establece que “todos los antecedentes del caso deben estar contenidos en un expediente físico o virtual”.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que en este artículo se encuentra *el motivo o la causa del acto administrativo*, como se puede ver en el Dictamen CGR N° 70.395 transcrito más adelante.

3.4.2.- El Motivo y Motivación en la Doctrina

Revisando algunos autores, respecto de la relación entre *los motivos del acto* y *el control de merito*, se nos hace ver que existe un estrecho vinculo entre lo legal y lo causal. Madariaga Gutiérrez dice que *el motivo* está relacionado con la causa del acto y, con los límites de la potestad discrecional, como nos hace saber, “*El poder discrecional se encuentra limitado por los conceptos de motivo, objeto y fin del acto que ha de emitirse*”.

Continúa con el contenido de éste, “en los *motivos* deben incluirse *los hechos, situaciones o actos que preceden y provocan el actuar del órgano encargado de administrar y representan la etapa primaria de formación de la voluntad administrativa*”. Para decirnos después que, “la apreciación de *los motivos*, en los actos discrecionales del Estado importa un análisis constante del momento y de la oportunidad”. Finalmente, que *el motivo* es la causa del acto y ésta, es “*la valorización del interés público que hace el órgano administrativo*”. (1996: p.48).

Prosiguiendo con el aspecto doctrinal de este concepto, Vergara Blanco distingue, entre los *motivos* y *la motivación* y, señala que *motivo*, es sinónimo de causa, la cual es “*aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa*”, la que no debe ser, nunca, ni ilegal ni



arbitraria. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo. **(2002: p. 348).**

Pierry Arrau señala que, “*Los motivos* son los hechos objetivos, exteriores y anteriores cuya existencia ha impulsado al autor del acto a dictarlo”, prosiguiendo luego, “*el motivo* pasa a ser un principio general de derecho”, **(1975: p.35)**. El mismo señala que *el merito* es el límite del control, señalando que, “El control de estos motivos y su extensión puede ser evaluada, pero está no podrá ser total, porque así fuese, el controlador vendría a sustituir al Administrador en su función, lo que no se concibe en nuestro ordenamiento jurídico. **(Pierry, 1971: p. 217)**. Adviértase que, a pesar de todo, “*no basta con la existencia de los motivos del acto, sino que éstos sean suficientes*”. **(Pierry, 1975, p.34)**.

Por otra parte, Aztorquiza respecto *del motivo*, dice, “Entendemos por *motivo* las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un a/a en conformidad con el ordenamiento jurídico, y por *motivación*, la expresión de los motivos en el a/a mismo o, en otras palabras, la consagración expresa y suficientemente explícita de los motivos en “los vistos” y “considerándonos” de la decisión adoptada. **(1986, p.500)**.

3.4.3.- El Motivo y La Motivación en la Jurisprudencia Administrativa

En una breve revisión empírica, en los Dictámenes de la CGR se puede observar que este ente explica los conceptos de motivo y motivación. Por ejemplo, el Dictamen N° 70.935 de noviembre del año 2011, señala, “En tal contexto, la mencionada resolución exenta N° 2.133, de 2011, se dictó en contravención a lo dispuesto en los citados artículos 11, inciso segundo, y 17, letra f), de la ley N° 19.880, ya que aquel acto administrativo *no se encuentra debidamente motivado*, vale decir, no expresa las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que



sustentan la decisión al no hacerse cargo de las alegaciones efectuadas por el recurrente de marras, como lo exigen los indicados preceptos a fin de precaver posibles arbitrariedades y de permitir que el interesado interponga los recursos legales con conocimiento de las razones que llevaron a la autoridad a adoptar la medida de que se trata.

La jurisprudencia administrativa también se ha pronunciado acerca de la *motivación* o fundamentación del acto, revisión que hemos realizado en forma aleatoria, encontrando dos criterios del ente Contralor respecto del principio de la motivación del acto en los Dictámenes N°s 11.887, 29.415, 21.498, 42.268, 37.496, 44.414, 42.268, 12360, 23114, 64503, 23.114, 38.219, 23708, 4.168, 19.080, en el primero, establece, “ha resuelto que la mencionada obligación obedece al principio de juridicidad que, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de *que los actos administrativos tengan una motivación* y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos”.

En el segundo, el Contralor ha dicho que lo resuelto, “*no se condice con el principio de motivación de los actos administrativos*, conforme al cual la administración se encuentra en el deber de fundamentar las decisiones que adopte en el ejercicio de sus potestades, sean estas regladas o discrecionales”. Criterio que repite en los Dictámenes N° 68396 de 2011 y el Dictamen CGR N° 2366 del año 2012.

El motivo o causa de la decisión es lo que prescribe la norma. La motivación es el mérito o la conveniencia de la decisión, o dicho mejor, que el acto este conforme a las reglas y hechos que el legislador prescribió en la norma, o sea, que del análisis reglado y discrecional de las reglas de derecho y los hechos sean el núcleo de la decisión. La motivación es el límite de la arbitrariedad,



porque el acto, debe tener como fin proteger en todo momento el interés público. Pero eso no lo convierte en una excusa para abusar de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Visto todo lo anterior, la evaluación y el control interno del acto son de legalidad y mérito. En lo externo, sólo legalidad, donde el Contralor como se demuestra en todos los Dictámenes revisados, cuestiona sólo la existencia de los antecedentes y la falta de mención de las normas y hechos fundantes, o sea, del motivo o causa, pero no del mérito de la decisión, de la motivación.

3.5.- Criterios de Distinción entre Legalidad y Mérito

La legalidad vista en forma extensiva, se entiende como el acatamiento de los Órganos de la Administración del Estado al ordenamiento jurídico. Como se ha podido observar de lo revisado hasta ahora, el tema de la tesis gira en torno al *control de la legalidad de los actos administrativos y la exclusión del Contralor de conocer el mérito o conveniencia de la decisión*, en ese ámbito de acción, debemos explicar primero la *legalidad*.

3.5.1.- Principios

Como punto de partida, a partir de su naturaleza y, basado en está, podemos señalar que *la legalidad o juricidad* en nuestro ordenamiento, es un principio general de derecho. La doctrina ha señalado que “*Los principios generales del derecho son aquellos principios tradicionales escritos o no escritos que son de alguna manera inherentes al derecho público y administrativo*” (Pierry Arrau, citando a Laferriere, p: 211). En el mismo tema, otro articulista dice *que existen principios generales de derecho que tienen rango constitucional* (Caldera, 1992: pp. 136-137).



A estos principios debe someterse la actividad de los órganos públicos y, la legalidad, viene en ser el principio rector de la Administración del Estado. En el derecho comparado, se tiene la misma postura y, es así que se expresa que, “El Principio de Legalidad aplicado al Estado, no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado. (Brewer-Carias ,1964: p.23).

3.5.2.- Criterios

Entonces, se puede afirmar sin lugar a dudas que el principio de *legalidad* es el núcleo rector del ordenamiento jurídico mismo, la pregunta que surge es, *¿los conceptos de mérito o la conveniencia en el acto administrativo, qué son?.* Estos conceptos, en la doctrina no son nuevos, más adelante comprobaremos que su origen es en el derecho administrativo italiano, según algunos autores y, otros dicen, que es de origen Francés, donde se iguala el *mérito a la oportunidad*. Lo cierto es, que en nuestro derecho positivo sólo es posible encontrarlo en el enunciado normativo orgánico del artículo 21B) de la ley N° 10.336 a partir del año 2002.

Mirado así, podremos enunciar los siguientes criterios:

1°.- *La legalidad* es un principio y *mérito o conveniencia* son conceptos contenidos en una regla o norma orgánica constitucional.

Como expresamos, la *legalidad* es la conformidad del acto a todo el ordenamiento jurídico, es un examen reglado al acto. Mientras que *el mérito o conveniencia*, por una parte lleva un componente reglado u objetivo que permite calificar jurídicamente los elementos de hecho y derecho y que es *el motivo o causa* de éste, por otra, existe un elemento subjetivo que es la



apreciación jurídica o el juicio de razonabilidad de estos mismos elementos, que pasa a ser el componente discrecional de que goza la Autoridad para dictarlo, o sea, su *motivación*.

Sub criterio: 1.- La fuente de origen de cada uno de estos conceptos. La *legalidad* es un principio consagrado en la Constitución, Caldera dice que el principio nace o se origina en una idea, la cual es un valor que no tiene discusión, (**Caldera: p, 133**). En cuanto al *mérito o la conveniencia*, la *fuente* se ubica en un enunciado normativo orgánico constitucional.

2.- *La función* que cumplen en el ordenamiento jurídico. La *legalidad* tiene como objeto que todos los Órganos del Estado se sometan al ordenamiento jurídico, es decir, cumplir con los mandatos constitucionales y legales dictados en los textos normativos. El *mérito o la conveniencia* tienen como función fundamentar y motivar las decisiones de estos Órganos.

2°.- La *legalidad* puede ser controlada en forma jurisdiccional y, no jurisdiccional; el *mérito o conveniencia* sólo en forma previa o jerárquica, o sea, en el ámbito no jurisdiccional.

3°.- La *legalidad* recae sobre la universalidad del ordenamiento jurídico; en cambio, el *mérito o la conveniencia* es especial, sólo tiene aplicación en algunos actos administrativos.

4° La *legalidad* es el Género y el *mérito* es la Especie. Ambos conceptos se distinguen claramente.

3.6.- Legalidad y Mérito como Controles.

Analizado la legalidad y el mérito o conveniencia en forma separada, ambos conceptos se distinguen el uno del otro. Aplicados ahora como controles, *la legalidad en sentido amplio*, es el



examen jurídico previo del acto administrativo, se revisa y examinan que la decisión este conforme a las normas del Ordenamiento Jurídico.

3.6.1.- Interés de examinar el Mérito.

De lo investigado, he podido inferir que la Contraloría General de la República en el tiempo y apoyado por el Gobierno de turno, siempre ha tenido un alto interés en aumentar y perfeccionar el control sobre los Servicios Públicos y la gestión que realizan, entendiendo esto, principalmente, en controlar externamente la *eficacia* y *eficiencia* en el uso de los recursos financieros del Estado.

Por el contrario, el Ministerio de Hacienda en el tiempo y con fuerza ha defendido la independencia de la gestión de los Servicios en el uso de los recursos públicos. De tal manera, que para un mejor control interno o jerárquico se dicta el Decreto Ley Orgánico de la Administración Financiera del Estado, N° 1.263 de 1975, el que fue modificado por el N° 2.053 el año 1977. La importancia es que este Decreto Ley regula concretamente la *eficacia*, *eficiencia* y *probidad* en el uso de los recursos que se entregan a la Administración del Estado.

Para fundamentar esta negativa o prohibición, resulta vital revisar el inciso segundo del artículo 52°, el cual, expresamente radica el control de la gestión de los Servicios Públicos en la misma Administración, prescribiendo, “*La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo*”. Lo anterior, es ratificado en el artículo 53° de LOCBAE N° 18.575, modificado en el año 1999 por la ley 19.653, donde se



prescribe que, “*El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz*”.

Estas razones perduraron en el tiempo y, hoy, esa situación tácita cambió, ya que existe una norma orgánica constitucional que derechamente excluye o le prohíbe al Contralor de conocer el *mérito o conveniencia* de la decisión.

3.6.2.- Contenido del Examen de Mérito

En cambio, el examen de *mérito* contiene dos momentos, primero se evalúa el aspecto reglado, que es igual a decir, si los fundamentos del acto están conforme a las circunstancias de hecho y derecho que contiene la norma que sirve de base para su dictación o, mejor, si está motivado. Dentro de este examen reglado u objetivo, se revisa si *los hechos* que fundamentan el acto están prescritos en la norma y si a su vez, están conformes a esa regla. Si se cumple esta premisa, entonces la interpretación o juicio de *mérito* que hizo la Autoridad de ellos no puede ser contradecida por otro ente externo.

Si los hechos fundantes no están incluidos en la norma, entonces estamos frente a un concepto indeterminado, lo que da un espacio para que la Autoridad aplique las facultades discrecionales que la constitución, la ley y los reglamentos han puesto en sus manos, el examen ahora, será totalmente subjetivo, depende sólo de la interpretación de *los hechos* que de ellos haga la Autoridad y, en ese caso, el ente externo de acuerdo al enunciado normativo del artículo 21 B) tampoco podrá evaluar el juicio de *mérito o conveniencia* que hizo el Órgano emisor del acto por las razones latamente expuestas. En resumen, los controles de la legalidad y mérito están relacionados, pero con distintas intensidades y Entes que lo pueden realizar.



Antes de la vigencia del artículo 21B) ya tan comentado, la doctrina y la jurisprudencia estaban contestes que al Contralor no le correspondía realizar el examen *de mérito o conveniencia* de la decisión de la Autoridad. Esto pasó a ser una especie de dogma o, un principio general de derecho para nuestro derecho público.

3.6.3.- La Prohibición de Controlar el Mérito en la Doctrina

Al buscar respuestas a esta prohibición, no se encuentra en nuestro ordenamiento en forma expresa que exista alguna norma que así lo diga, la doctrina de los autores, entre ellos, Silva Cimma, así lo confirma, éste, sostenía en la década del sesenta que, “dejarle esta tarea al Contralor, significaría que, en la apreciación de los hechos, éste, podría darle una interpretación arbitraria y contraria a los fines perseguidos por el acto y, eso, es contrario al Ordenamiento Jurídico. (Silva Cimma, 1968: p.363).

Millar Silva por su parte, comentando en su artículo las facultades de la Contraloría General en las décadas pasadas respecto del tema, da cuenta que en el Gobierno de la época, se le negaba al Contralor la facultad de revisar *el mérito* del acto, porque se sostenía que, “*la Contraloría no podía, a pretexto del examen de legalidad, entrar a determinar si concurrían o no los hechos invocados por el Gobierno y que eran el fundamento para adoptar determinadas medidas*”.

Expresa el comentarista respecto a las facultades del Gobierno de la época, que éste, podrá o no dictar decretos o resoluciones en la forma que su criterio le aconseje, decidiendo libremente en relación con la conveniencia y mérito de sus actos. Continúa señalando, “Pero la Contraloría no puede, al examinar un acto del Gobierno, entrometerse en su conveniencia u oportunidad, o



calificar los hechos en que se funda, ya que ninguna ley la facultaba para ello y además la jurisprudencia anterior de la Contraloría se había pronunciado en tal sentido”. (2000, pp.86-87).

En ese sentido, señala que la misma Contraloría concluyó que a ella le compete, “únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, y *no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras*. (Millar Silva, 2000, pp.86-87).

Los autores de la actualidad como Cordero Vega, reafirman que el control de mérito o conveniencia debe ser realizado solamente por la Administración. (2007: pp.31-32). En la misma posición está Moraga Klener, que apoya esta tesis señalando que, “En efecto, tanto el *mérito como la gestión y el resultado* debe ser materia de análisis exclusivo del órgano administrativo que emite un acto administrativo”, (2009:p.352).

3.6.4.- La Prohibición de Controlar el Merito en la CGR.

A través del tiempo, se ha podido observar que el Contralor ha tenido el mismo criterio anterior, en el Dictamen CGR N° 8270 del año 1988, se declara que, “la Contraloría no se pronuncia respecto de los criterios que, alternativamente, plantea la Municipalidad de Linares para solucionar problemas del personal que trabaja en liceo politécnico de esa ciudad, cuya administración y operación reasume, después de haber sido administrado por una corporación privada, *porque ello implica emitir un juicio acerca del merito o conveniencia de una decisión que corresponde tomar a la autoridad ocurrente en uso de sus facultades discrecionales*”.



Mucho tiempo después y en vigencia el artículo que prescribe la exclusión del Contralor de conocer *el mérito* del acto, éste, frente a un requerimiento de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados respecto de los gastos reservados de la Presidencia mantiene este mismo criterio señalando que, "Las subvenciones presidenciales son de una amplitud tremenda. *La Contraloría no tiene mucho espacio para hacer un cuestionamiento de mérito*, porque la ley nos dice que podemos auditar todo lo que queramos, pero no podemos entrar al mérito de la oportunidad y la competencia", (**Diario el Mercurio: 2010**).

A fines del año pasado, el Contralor en el Dictamen CGR N° 81.786 de diciembre de 2011, declara, "En cuanto a los planteamientos del recurrente respecto de los cambios en los criterios de evaluación, cabe señalar que a este Organismo de Control, con motivo del control de legalidad de los actos de la administración, *no le corresponde evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones administrativas*, conforme a lo dispuesto sobre el particular en el artículo 21 B) de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de esta Contraloría General.

Respecto de esta revisión empírica a la jurisprudencia, este criterio ha persistido en el tiempo, no obstante, cabe hacer notar que desde la entrada en vigencia del artículo 21B), el Contralor dependiendo si el requirente o interesado *es una persona natural* que reclama su intervención, en su respuesta, para limitar su competencia de conocer *el mérito o conveniencia del acto*, invoca directamente el artículo 21B).

Pero si el interesado es *una persona jurídica*, usa como causal para no intervenir, la expresión "*mérito o conveniencia*". Hecho que se puede verificar en más de un centenar de dictámenes, tales como el N° 12.669 de fecha 21 de marzo de 2006, el N° 3.431 de fecha 22 de enero de



2007, el N° 12.769 de fecha 24 de marzo de 2008, el N° 9.788 de fecha 26 de febrero de 2009, el N° 22.967 de fecha 30 de abril de 2010.

3.6.5.- La Prohibición de Controlar el Mérito en los Tribunales

En sede judicial, en la causa Rol 536-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, se declara que, “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas y, que su evaluación, *sólo debe ser formal*”.

El Tribunal Constitucional, en la Causa Rol N° 325, del llamado caso “Catalíticos”, declara en los considerandos 37° y 38° del fallo, que, “se aprecia en el fallo que el tribunal rehúsa el análisis *del mérito* del acto administrativo impugnado, negándose a toda ponderación de conveniencia o raciocinio fatual que lo justifique, por considerar que ello es impropio del control de constitucionalidad” (**Fernandois Vohringer, 2001:pp. 313- 314**).

Tiempo después, el mismo Tribunal Constitucional confirma esta posición en el considerando 13° de la Causa Rol 608-2007, caratulados “S.C.M Virginia y Fisco”, señalando que los órganos jurisdiccionales tienen vedado invadir la competencia de otros Poderes, esto quiere decir, que no pueden entrar a calificar el mérito, oportunidad y conveniencia de la norma impugnada, “*debiendo limitar su pronunciamiento a la conformidad o disconformidad del acto cuyo control se trate, con los principios, valores y normas constitucionales*”.

De esta manera como conclusión a este apartado, aunque no existía prohibición en el ordenamiento jurídico hasta el año 2002, se entendía por la doctrina y jurisprudencia que existía un



límite a la competencia del Contralor frente al control del mérito de los actos administrativos. Hoy, la prohibición es expresa.

Como se puede apreciar, todos están contestes que es una atribución exclusiva de la Autoridad el interpretar las reglas y las circunstancias de hecho que apoyan la decisión, esto, en buenas cuentas, es un juicio objetivo y subjetivo a los motivos y motivación del acto. La razón entendemos, es que la Administración es la única que puede evaluar la eficiencia de su aparato burocrático y la eficacia en el uso de los recursos puesto a su disposición. En ese momento del análisis interno o jerárquico, se está juzgando el mérito o conveniencia del acto.

En el tiempo, se ha dicho que el impedimento de la prohibición es por razones de “Estado”. Estas razones, se explican en que si los entes externos a la Administración discutieran las decisiones, entonces, se estaría cogobernando, lo que en un Estado de Derecho, es inadmisibles, razones que están directamente relacionada con la doctrina de la separación de poderes y con las normas enunciadas precedentemente.

3.7.- La Decisión Política y El Mérito

Como hemos expuesto en los capítulos anteriores y lo revisado de los actos de gobierno y del gobierno, éstos vienen en ser dos entidades diferentes.

Los primeros dice la doctrina, son los actos políticos propiamente tal y los segundos, son los actos de la Administración. La fuente normativa de los segundos la encontramos en el numeral 2º del artículo 52º de la CPR, estos son los que pueden ser controlados por los entes externos, pero en su juricidad y no en el mérito. Esta diferenciación, permite inferir que las decisiones políticas son los



actos de gobierno propiamente tal. Ésta última, es sólo atribución del Gobierno, entendiéndose al Presidente de la República como su máximo exponente y el cual, tiene la potestad exclusiva en cumplimiento de la Constitución y las leyes, entre otras, el de “declarar la guerra; la concesión de indultos y amnistías; la aprobación y ratificación de tratados internacionales, etc., (Silva Cimma, 1968, p.78).

3.7.1.- Atribuciones del Ejecutivo

Como se ha señalado precedentemente, el artículo 24° de la CPR prescribe que el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. Gobierno y Administración están bajo la Potestad del Ejecutivo, en ese orden, éste cuenta con atribuciones especiales señaladas en el artículo 32° de ese mismo cuerpo legal, entre ellas, las del numeral 6°, que lo facultan para dictar normas que no son de dominio legal, es decir, normas reglamentarias o administrativa en sus dos variables, reglada y discrecional. Estos actos o decisiones, son administrativas o políticas. Pero todo dentro del marco constitucional y legal.

En los siguientes numerales de este mismo artículo, podremos notar lo aseverado respecto a la trascendencia e importancia de esta atribución, como por ejemplo, en el numero 7 se describen algunos tipos de actos políticos, “Nombrar y remover a voluntad los Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Gobernadores”; en el número 15, “Conducir las relaciones políticas con potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones”; en el número 19, “Declarar la Guerra, previa autorización por Ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional”. Existen otros numerales como el 8, 10 que prescriben estas mismas facultades presidenciales.



3.7.2.- La Decisión Política en la Doctrina

Como se puede observar de los enunciados normativos del texto constitucional, las decisiones políticas enunciadas son claras y precisas, pertenecen y son de exclusivo ejercicio del Ejecutivo, por lo que ningún ente externo tiene espacio para consultar su *mérito* o, dar paso a otras interpretaciones. El único que puede y debe interpretarlas es el mismo Ejecutivo, más aun cuando éstas tienen estas características. Hecho que podemos confirmar con lo preceptuado en el artículo 19 del Código Civil, que prescribe que, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

Bordali refiriéndose a la limitación que significa este hecho para los tribunales de justicia, respecto a este tema, “que un juez con el poder de controlar los actos del Ejecutivo se convertiría en un poder soberano, incompatible con una idea aséptica del Poder Judicial, invisible y nulo según la concepción de Montesquieu y, además, contrario al principio de separación de poderes”. (2006, p.24).

La Administración y el Gobierno en términos generales, como hemos conocido, no puede ser cuestionada por entes externos, salvo, que el acto conculque derechos fundamentales como libertades públicas, hecho que se prescribe el artículo 45° de la CPR. También que el acto contenga ilegalidad, tal como que “la Autoridad no esta legalmente facultada, o estándolo, excede la ley abiertamente o la interpreta mal”. (Silva Cimma, 1968, p. 328).

3.7.3.- El Control de la Decisión Política.

Se ha hecho patente con lo expresado en este trabajo, que el control interno o jerárquico es



un control pleno del acto administrativo, lo que incluye controlar su *juricidad* y el *mérito* o la conveniencia de la decisión. Aquí, realmente estamos controlando todos los atributos constitucionales, legales y potestativos que lo fundamentan. Entendemos que en ambos casos, se está realizando un juicio de valor interno al razonamiento que se tuvo para ponderar las circunstancias de hecho y las reglas de derecho que los contienen.

A los entes externos, llámese Contralor, Parlamento, Tribunales de Justicia le esta vedado realizar este ejercicio pleno de control, ¿las razones?, las que hemos señalado precedente, de orden teórico y legal, hecho que siempre ha tenido el mismo correlato en la doctrina y la jurisprudencia. Controlar el *mérito* de la decisión política es más dificultoso aun, ya que, además de la prohibición orgánica expresada en el artículo 21B) ya continuamente referida, tendremos que indicar que estos actos, son de exclusiva atribución del Presidente de La Republica, mandato que éste recibe del artículo 32° del texto constitucional.

Para reafirmar lo anterior, respecto al ámbito y alcance de las decisiones políticas que hemos comentado, la CGR se ha pronunciado a requerimiento de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, luego de una presentación del Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora CODEFF, V Región, que cuestiona la legalidad de un memorando de acuerdo suscrito el 15 de octubre de 2004 por el Gobierno de Chile; a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, y la Comunidad Agrícola Ganadera Mariana Osorio de Granizo-Olmué. En el Dictamen N° 674 del año 2007 ha dicho, “*Después de explicar el contenido del acuerdo, indica que éste es un acto de gobierno, por esencia discrecional, cuyo contenido escapa incluso al control judicial y que respeta las competencias propias de otros organismos públicos, tales como el Ministerio de Bienes Nacionales, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Corporación Nacional Forestal*”.



La apreciación de este tesista frente a este tema tan relevante, como es el hecho de controlar *el mérito* que tiene la decisión política de la Autoridad, es del todo razonable, ya que una materia tan importante, debe mantenerse dentro de la esfera de la competencia exclusiva del Ejecutivo en su fase política, por la trascendencia de los temas que debe decidir y, que van de la mano con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 27° de la CPR. Estos, son temas que tienen una preponderancia vital para la marcha del Estado y, esto, es un ejercicio propio y exclusivo del Ejecutivo

Finalmente, es necesario abocarse a la modificación del artículo que excluye al Contralor de evaluar el mérito o la conveniencia de la decisión administrativa o política.

3.8.- La L.O.C.C.G.R. N° 10.336 y la Exclusión del Contralor

Para comprender la prohibición que recae sobre el Contralor, es menester revisar el origen de la modificación del artículo 21° de la Ley de CGR en el año 2002, mediante la ley modificatoria N° 19.817, para ello, previamente hay que precisar algunas cosas.

La Contraloría General de la República nace bajo el alero de la Hacienda Pública y su objeto primario, es el Control Financiero del Estado y se le agregan posteriormente otras funciones que le asigna la Constitución y las Leyes. *Segundo*, la Administración Financiera del Estado es dependiente del Ministerio de Hacienda y tiene regulación propia en el Decreto Ley N° 1.263, modificado por el Decreto Ley N° 2.953 y, *Tercero*, el inciso segundo del artículo 10° de la LOCGR N° 10.336, reconoce que es la propia Administración del Estado la que debe realizar el control interno o jerárquico de la gestión estatal; “que se extiende a la eficiencia y la eficacia en el



cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”(Madariaga Gutiérrez, 1996:p.74), el cual, señalamos, es exclusivo y excluyente y, está, radicado solamente en el Ejecutivo.

3.8.1.- La Administración Financiera del Estado

Para entender la modificación pretendida por la CGR, respecto de controlar la gestión y el resultado del uso de los fondos públicos, debemos indicar que el Sistema de Administración Financiera del Estado se auto controla, porque en el mismo DL. 1263 del año 1975 del Ministerio de Hacienda que lo regula, así se ha establecido.

Para analizar el Sistema de Administración Financiera del Estado debemos indicar cual es *la finalidad* de éste, el artículo 1º del DL., prescribe, “*El sistema de administración financiera del Estado comprende el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos*”.

Visto lo anterior, importante es analizar los tipos de control que el D.L. ha prescrito, uno es interno y el otro externo. En cuanto al control interno, este se encuentra establecido en el artículo 51º del D.L., “*El sistema de control financiero comprende todas las acciones orientadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos del Estado. Verificará fundamentalmente el cumplimiento de los fines, el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias y la obtención de las metas programadas por los servicios que integran el Sector Público*”. Entendemos que el artículo se refiere a los conceptos de eficiencia, eficacia y probidad



en la utilización de los recursos públicos.

Pero no conforme el legislador con este enunciado normativo, el año 1977 modifica el artículo 52º, encargando a la Contraloría que mediante Auditorías externas controle el Sistema Financiero del Estado, prescribiendo mediante el D.L. 2.953 modificadorio que, *“Corresponderá a la Contraloría General de la República ejercer el control financiero del Estado. Dicho control se ejercerá fundamentalmente mediante la auditoría operativa que fiscalizará los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos y de las recaudaciones de los ingresos del Estado o de las entradas propias de las instituciones y servicios públicos.”*

Importante para comprender la negativa del Parlamento a otorgar más facultades al Contralor de evaluar el *mérito o conveniencia* de las decisiones de la Administración, resulta ser el inciso segundo de este mismo artículo 52º, el que establece el fundamento jurídico de la exclusión que contiene el enunciado normativo del artículo 21B) referido y que dice, *“La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”*. Es decir, el control de la gestión y resultado de la Administración del Estado, solo compete a ésta.

Situación que no pasó desapercibida al Parlamento, negándose a está pretensión y resultando finalmente que se excluyera al Contralor de evaluar el *mérito o conveniencia* de la decisión, pero ampliada a lo administrativo y lo político. Porque se entendió, que si se aprobaba ésta, el Contralor ejercería competencias que la Constitución y las Leyes no le otorgaban y entraría a cogobernar el Estado.



3.8.2.- Discusión de Ley Modificatoria N° 19.817

Al revisar la historia de la ley 19.817, que agrega finalmente los artículos 21 A) referida a las Auditorías y el 21 B) referido al control de legalidad del acto administrativo, se evidencia que se cambia el sentido primitivo del Mensaje Presidencial, como se puede observar en la tramitación del Boletín N° 2610-07 en la Cámara de Diputados. Finalmente, el artículo 21B) viene a clausurar todo intento del Contralor de evaluar todas las decisiones políticas y administrativas del Poder Ejecutivo, en sus aspectos *de mérito o conveniencia*.

En forma sucinta, la discusión parlamentaria se traba en sucesivos trámites constitucionales en la Cámara de Diputados como en el Senado, estos versan sobre dos aspectos del enunciado normativo del artículo 21 Bis del Mensaje: uno, que significado, extensión y sentido tiene la proposición controlar *“el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno”*. Entendiendo los parlamentarios que se esta controlando no tan sólo la *eficiencia*, sino también *la probidad* de la Administración, hecho que repugna con el inciso segundo del artículo 52°, ya que los controles internos y jerárquicos ya están establecidos en el epígrafe *“de la probidad administrativa”* de la LOBGAE N° 18.575.

También discrepan con el segundo enunciado, *“fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos”*. Porque estiman que se está entrando a fiscalizar *la eficacia* de la aplicación del presupuesto y también, nuevamente de *la probidad* de la Administración. Argumentan que esa es una función exclusiva y privativa de ésta, que está establecida en el inciso segundo del artículo 52° ya comentado, *“La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al*



Ejecutivo”. Entienden los parlamentarios que si ambos enunciados se aprobaban, significaba que el Contralor fiscalizaría las decisiones que tenían directa relación con la gestión o resultado de la Administración.

El Contralor entendiendo que no le compete este tipo de competencia y para aminorar sus efectos, propone que, *“se podría más adelante incorporar expresamente, en este mismo artículo que se está proponiendo, la idea de que en ningún caso el organismo contralor realizará control de mérito, oportunidad o conveniencia, porque estos elementos deben ser calificados por la propia Administración y no por la Contraloría”*.

3.8.3.- Objeto de la Modificación del Artículo 21°

La modificación que pretendía el Gobierno, a sugerencia del Contralor de la época, consistía en solicitar al Congreso Nacional que se le otorguen más atribuciones a este órgano autónomo en relación a auditar la gestión financiera del Estado. El Mensaje Presidencial ingresado a la Cámara de Diputados (Boletín 2610-07) agrega al artículo 21° de la LOCGR N° 10.336 un nuevo artículo, el 21° bis, *“ La Contraloría General efectuará Auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público, y la probidad administrativa”*. El propósito buscado es que, *“A través de estas auditorías la Contraloría General evaluará el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos”*. En el fondo era controlar la eficiencia y eficacia en el manejo de los fondos públicos.

Anterior a esta modificación, la ley N° 10.336 sobre procedimientos de la Contraloría General de



la República es modificada por el Decreto N° 2.421 del año 1964, fijando en su artículo 1° *su objeto*, que será: 1.- *fiscalizar en el aspecto financiero contable*, como sigue, “el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes”; “verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondiente”; “llevar la contabilidad general de la Nación” y 2.- *fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración*, para lo cual, deberá “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General.

El objeto de la ley orgánica, como se puede observar, busca controlar la Administración Financiera del Estado y la Legalidad de los actos de éste. El estudio de ambos temas, permitirá explicar la modificación del artículo 21° de esta ley, que en un principio, se refería sólo al control financiero del Estado.

3.8.4.- El Artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336.

Finalmente, el rechazo del Parlamento obliga al Gobierno a presentar una nueva indicación al artículo 21 Bis propuesto, resultando ser finalmente el artículo 21 B), “*La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*”.

Con esta indicación, se satisface la posición anterior y con ello, se demuestra lo sostenido anteriormente, que el sentido original del Mensaje Presidencial sólo buscaba la aplicación plena del



inciso primero del artículo 52° del D.L. 2953, para así, mejorar el control financiero de la Administración del Estado y, éste no tenía como objeto excluir al Contralor de evaluar el *mérito o conveniencia* de las decisiones administrativas o políticas de los Órganos Públicos. Lo que pretendía el Gobierno, era dotar con mayores atribuciones al órgano Contralor al momento de realizar las Auditorias a los Servicios Públicos.

El resultado final, es que se incluye en nuestro ordenamiento jurídico una norma que va más allá del aspecto buscado originalmente. Con esta norma, se clausura en principio toda posibilidad de que el Contralor revise o examine plenamente el acto como lo mandata la Constitución en el artículo 98°. Hecho que de acuerdo a lo investigado, se puede explicar de la siguiente forma: el control de la legalidad o juricidad del acto busca que este conforme al ordenamiento jurídico, es decir, *es un control formal*. Este mismo control, revisa que el aspecto reglado y discrecional del acto este de acuerdo a las circunstancias de hecho y derecho que se determina en la norma administrativa,

En otras palabras, la legalidad también observa que *el mérito o la conveniencia que se ha tenido en cuenta al momento de dictar el acto, no sean por motivos arbitrarios*. Debemos señalar, al margen de lo anterior, que las facultades o atribuciones discrecionales de la Administración, le permiten en casos especiales, que ésta interprete en forma privativa los hechos establecidos en la norma que determina el acto, lo que le da el margen suficiente dentro de la discrecionalidad y sin cometer infracción de ley, buscar dentro de una o más posibilidades, la mejor opción que satisfaga el interés general o el bien común, de ahí, *que sólo ella, puede evaluar el mérito o conveniencia de la decisión y no el órgano Contralor*.



CONCLUSIONES

Con gran satisfacción he llegado al fin de este recorrido jurídico, el que me ha permitido entender y, así espero de mis lectores, que el acto o la decisión administrativa contenida en los D.S, Resoluciones o D.F.L, bajo todo respecto debe ser dictada bajo las directrices del ordenamiento jurídico. El hecho que el acto contenga elementos discrecionales, no significa que este ejercicio lo aparte de la legalidad, ya que el apego a ésta, deja afuera todo asomo de arbitrariedad. A continuación, expondré mis conclusiones finales al tema tratado.

1º.- El control de la legalidad establecido en la Constitución pareciese en la práctica que no fuese pleno, hecho que se constata en la doctrina y jurisprudencia, donde se ha señalado que los agentes externos a la Administración, sólo pueden revisar la decisión en el aspecto *formal*. Lo formal descubrimos, es la conformidad a las reglas del ordenamiento jurídico, pero, no involucra evaluar el *mérito o conveniencia* de la decisión.

2º.- El *mérito* de la decisión, contiene una parte objetiva y otra subjetiva. La primera es reglada, y contiene los elementos de hecho y derecho prescritos en la norma que determina el acto, o sea, sus fundamentos, que en el fondo, resultan ser *el motivo o causa* de éste. Por otra, existe una parte subjetiva, que viene en ser lo discrecional ante la indeterminación de las circunstancias de hecho en la norma, este, es el juicio de razonabilidad de la Autoridad, esto es, *la motivación* para dictar el acto.

Debemos señalar, complementando lo anterior, que las facultades o atribuciones discrecionales de la Administración, le permiten en casos especiales, que ésta interprete en forma privativa los



hechos establecidos en la norma que determina el acto, lo que le da el margen suficiente dentro de la discrecionalidad y sin cometer infracción de ley, buscar dentro de una o más posibilidades, la mejor opción que satisfaga el interés general o el bien común, de ahí, *que sólo ella, puede evaluar el mérito o conveniencia de la decisión y no el órgano Contralor.*

3°.- La evaluación externa de las decisiones administrativas y políticas esta excluida de los entes externos a la Administración del Estado. Desde tiempos preseritos se ha dicho que es por aplicación tácita de razones de Estado, fundamentándose esto, en la Teoría de la Separación de Poderes del Estado. Hoy, además de esta razón primaria, es por la positivación del artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336 en nuestro ordenamiento jurídico de derecho público. Norma que cierra toda posibilidad de ponderación externa de estas decisiones.

4°.- Finalmente, debo señalar como conclusión final, que me parece que la prohibición absoluta de evaluación contenida en la norma, está bien para la decisión política, porque ésta es atribución exclusiva y excluyente del Presidente de la República por el sentido y trascendencia que tienen las materias en que recaen, pero no para la administrativa, porque ésta última, es el reflejo de la aplicación del mandato legislativo y, que en algunos casos, podría ser revisada, dependiendo de la materia y los recursos fiscales que estén en juego, esto es, cuando el quantum de la decisión sobrepase ciertos límites.



BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aldunate Lizana, Eduardo (2005): “La Evolución de la Función de Control de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II, pp. 19 - 30
- 2.- Anriquez Novoa, Gastón y Álvaro, (1994): *La Legitimidad del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 3.- Aróstica Maldonado, Iván (1986): “La Motivación de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica*, N° 10. pp. 499-520.
- 4.- Brewer-Carias, Allan R (2005): *Derecho Administrativo*, Tomo II, 1ª ed, Universidad Central de Venezuela, Impreso en Argentina.
- 5.- Caldera Delgado, Hugo (1992): “Juricidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho”, en *Revista de Derecho Público*, N° 51/52, Universidad de Chile, Santiago.
- 6.- Cassagne, Juan Carlos (2008): *La Prohibición de Arbitrariedad y el Control de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial*, Tomo La Ley 2008-E, año LXXII N° 187, Buenos Aires, Argentina.
- 7.- Cea Egaña, José Luis (2000): *Teoría del Gobierno, Derecho Chileno y Comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª ed., Santiago.
- 8.- Cea Egaña, José Luis (2000): “Una visión de la Contraloría General de la República”, La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho conmemoración por su 75 aniversario de su vida institucional, septiembre de 2002.
- 9.- Cordero Vega, Luis (2007): “La Contraloría General de la República y la Toma de Razón”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 343, semana del 4 al 10 de junio 2007.
- 10.- Cordero Vega, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado*, Editorial Lexis Nexis, Santiago.



- 11.- Ducci Claro, Carlos (1988): *Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 12.- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2007): "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XX N° 2.
- 13.- Fermandois Vohringer, Arturo (2001): "La Ausencia de Análisis del Mérito en la jurisdicción constitucional: un objetable legado del caso "catalítico", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, pp.313-319.
- 14.- Fiamma Olivares, Gustavo (1977): "¿Apreciación de los Hechos o Interpretación del Derecho?", *La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional, 1927-1977*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- 15.- Gordillo, Agustín A. (1975): *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo I, Ediciones Macchi –López, Buenos Aires.
- 16.- Madariaga Gutiérrez, Mónica (1993): *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica, 2ª ed, Santiago.
- 17.- Malagón Pinzón, Miguel (2005): "Los Actos de Gobierno y su Control en la Administración Colonial", en *Revista Universitas*, número 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, Colombia, pp. 129-144.
- 18.- Malagón Pinzón, Miguel (2006): "La Ciencia de la Policía, una introducción histórica al derecho administrativo colombiano", Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense, Madrid
- 19.- Marienhoff, S, Miguel. (1977): "El Control Administrativo de Legitimidad en Chile", *La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional, 1927-1977*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- 20.- Millar Silva, Javier Eduardo(2000): " Alcance del Control de Legalidad, su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973", en *Revista de Derecho*, VOL XI, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Valdivia. pp. 84-94.



- 21.- Moraga Klener, Claudio (2008): "Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juricidad", *Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra* (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica, Santiago, pp.300-303.
- 22.- Moraga Klener, Claudio (2009): "Notas al Procedimiento Administrativo y la Doctrina Chilena", *Derecho Administrativo, 150 años de Cátedra* (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica, Santiago, pp.327-378.
- 23.- Pantoja Bauza, Rolando (1977): "La responsabilidad en la administración del Estado ante la Jurisprudencia administrativa", *La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional, 1927-1977*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- 24.- Parada Ramón (1997) "*Derecho Administrativo I, Parte General*", 9ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España.
- 25.- Pierre Arrau, Pedro (2005): "Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 13, p.71.
- 26.- Pierry Arrau, Pedro (1971): "El Control de la Discrecionalidad Administrativa", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Editorial Jurídica, Valparaíso, Chile.
- 27.- Pierry Arrau, Pedro (1975): "Lo Contencioso Administrativo", "El Recurso de Nulidad", en *Revista de Derecho Ed. Universitarias de Valparaíso*, Chile.
- 28.- Ruiz Rosas, Andrea Paola (2008): "Los 120 años de Cátedra de Derecho Administrativo y la huella imborrable de don Valentín Leterier", *Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra* (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica, Santiago.
- 29.- Sánchez Torres, Carlos Ariel (2004): "*Acto Administrativo, Teoría General*", 3ª ed., Legis Editores S.A., Colombia.
- 30.- Silva Cimma, Enrique, (1968): "*Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes*", 3ª ed, t.1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 31.- Silva Cimma, Enrique (1969): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Teoría General de los Servicios Públicos*", 2ª ed, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.



- 32.- Silva Cimma, Enrique (1994): “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado; El Control Público*”, Editorial Jurídica, Santiago.
- 33.- Silva Cimma, Enrique (2001): “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado; Actos, Contratos y Bienes*”, 1ª ed., Editorial Jurídica, Santiago.
- 34.- Silva Bascuñan, Alejandro (1984): *Derecho Político, Ensayo de una Síntesis*, 2ª ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 35.- Soto Klos, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo*, Ed. Lexis Nexis, Santiago.
- 36.- Varas C, Guillermo (1948): *Derecho Administrativo*, 2ª ed. puesta al día, Editorial Nacimiento, Santiago.
- 37.- Velasco Leterier, Eugenio (1986): *Exilio*, 1ª ed, Editora Copygraf Ltda., Santiago.
- 38.- Verdugo Marinkovic, Mario, García Barcelatto Ana Maria. (1988): *Manual de Derecho Político*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1988.
- 39.- Vergara Blanco, Alejandro (2002): “*La Motivación de los Actos Administrativos*”. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho conmemoración por su 75 aniversario de su vida institucional, septiembre, 2002.
- 40.- Zúñiga Urbina, Francisco (2008): “Control Judicial de los Actos Políticos, Recurso de Protección ante las Cuestiones Políticas”, *en Revista Ius Et Praxis* – Año 14- N° 2, pp.271-307.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

