

# ¿Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación a la Contraloría General de la República?



Opinión Experta

Juan Carlos Ferrada  
Universidad de Valparaíso

contexto+

# Resumen

La Contraloría General de la República es uno de los órganos de relevancia constitucional que parecen más lejanos y pacíficos en la discusión constitucional. Sin embargo, su posición institucional, su organización interna y particularmente la amplitud de sus funciones y atribuciones generan discusiones entre los especialistas, además de tener gran importancia en la configuración y control del poder.

# Introducción

La Contraloría General de la República es una organización administrativa que está tratada en la Constitución Política vigente y que aparentemente no genera mayores cuestionamientos en la ciudadanía. Al contrario, la percepción que se tiene de ésta es la de un órgano relevante para la República, cuya actividad contribuye de forma significativa a la probidad administrativa y la buena utilización de los recursos públicos (Letelier 2015).

En este sentido, no pareciera haber mayor controversia acerca de mantener a la Contraloría General de la República como un órgano de relevancia constitucional, sin perjuicio de existir algún debate académico sobre las funciones que se le atribuyen a ésta y sobre todo, la forma como las ha ejercido (Ferrada 2019). Así, la extensión e intensidad que ha hecho la Contraloría de la función de control de legalidad de la Administración, a través de sus instrumentos principales (“toma de razón” y “potestad dictaminadora”), ha generado algunas discusiones jurídicas relevantes sobre este órgano. Lo mismo ha ocurrido con el contenido mismo de las decisiones adoptadas por la Contraloría en el ejercicio de dichas potestades, en que más que aplicar e interpretar la ley, ha generado en la práctica nuevas normas o al menos interpretaciones novedosas que no guardan estricta relación con su contenido literal (Cordero 2010).

Ello ha provocado una exposición mediática poco usual del Contralor General de la República y de la Contraloría en su conjunto, lo que ha llevado a una mirada más atenta de los ciudadanos al quehacer de este órgano de control y sus resultados. Así, la Contraloría ha pasado de ser un órgano secundario del Estado a un actor relevante del sistema institucional, lo que genera aplausos y críticas por sus decisiones.

Sin embargo, más allá de esta contingencia, la pregunta que debemos hacernos es si el actual diseño institucional de la Contraloría General de la República se ajusta o no a los desafíos que plantea un nuevo orden constitucional. En otras palabras, la interrogante a contestar es si las reglas fundamentales de este órgano de control contenidas en la Constitución Política vigente son consistentes con un Estado moderno que desarrolle con eficiencia y eficacia las funciones públicas, pero cautelando la legalidad y probidad en su ejercicio. Obviamente la Constitución Política no puede pretender abordar toda la regulación en esta materia, pero si contener los principios y reglas esenciales, dejando entregado al legislador el desarrollo de éstos. Así, en este texto solo se alude a los contenidos constitucionales mínimos en esta materia, pero sin ahondar en las regulaciones legislativas que se requieren en este ámbito.

# Desarrollo

La Contraloría General de la República es un órgano de la Administración del Estado que está reconocido y regulado en sus aspectos fundamentales en la Constitución Política vigente (capítulo X, artículos 98-100). Así, en el artículo 98 de la Constitución se establecen las notas esenciales de este órgano, las funciones básicas y los requisitos para ejercer el cargo de Contralor General de la República. Luego en el artículo 99 se regula detalladamente la “toma de razón”, uno de los procedimientos principales que tiene la Contraloría para el ejercicio del control de la legalidad de los actos de la Administración. Finalmente, en el artículo 100 se establece una prohibición específica a las Tesorerías del Estado de efectuar pagos dispuestos por la autoridad sin que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

En cuanto a las funciones, la Constitución señala que a la Contraloría le corresponde el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, el control contable y financiero y el juzgamiento de las cuentas. Aquí ya aparece una nota distintiva de nuestra Contraloría, ya que extiende su competencia al control de legalidad de todos los actos administrativos, y no sólo a los vinculados a los bienes o recursos públicos, como ocurre en casi todas las demás Contralorías de los países latinoamericanos. En efecto, si analizamos la regulación de estos órganos en Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, que tienen como base la misma misión Kemmerer, no se considera una función de control de legalidad tan amplio como el caso chileno (Jiménez 2018), entregando habitualmente dicha función a los tribunales con competencia en los asuntos administrativos.

El antecedente de esta función de control de legalidad tan amplia de la Contraloría chilena –y no sólo en términos contables y financieros– pareciera estar en su órgano antecesor, el Tribunal de Cuentas, que consideraba explícitamente esta función (artículo 11 de la Ley N°3620 de 1920), lo que fue luego reconocido en la Ley Orgánica de la Contraloría (artículo 8° del DFL 2960 bis de 1927), aunque no considerado en su texto original (DFL 400 bis de 1927).

Sin embargo, lo más llamativo en esta materia es la extensa regulación que realiza la Constitución chilena de 1980 de la “toma de razón” –instrumento que ya existía en nuestro derecho desde el siglo XIX, pero con un reconocimiento solo a nivel legal (artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en adelante LOCGR)–, mecanismo de control preventivo de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos que obliga a que ciertos decretos y resoluciones (los que tratan materiales esenciales o involucran sumas de dinero relevantes) sean aprobados previamente por la Contraloría para que puedan entrar en vigencia.

La razón de esta “constitucionalización” extendida de la “toma de razón” parece tener como antecedente directo la controversia política generada entre el Presidente Allende y el Contralor General de la época (Faúndez 2011), lo que llevó a los redactores de la Constitución de 1980 a reforzar la posición institucional de la Contraloría, limitando los poderes del Presidente de la República frente a la “representación” u objeción de jurisdicción del Contralor y disponiendo incluso de un mecanismo especial de resolución de controversia entre ambos ante el Tribunal Constitucional (Silva Bascuñán 2000).

Lo anterior que ya constituye una singularidad respecto de otras Constituciones Políticas, lo es más si se atiende a la extensión y efectos que tiene la “toma de razón” en el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, el rechazo de la toma de razón (o representación, como se le denomina) de la Contraloría General de la República de un decreto o resolución impide que éste nazca a la vida del derecho, teniendo entonces aquella un poder de veto sobre los actos administrativos ilegales. Es cierto que este veto puede ser levantado por el Presidente de la República con un “decreto de insistencia”, el que obliga a la toma de razón de la Contraloría General de la República, lo que no opera en el caso de que la objeción sea de inconstitucionalidad (artículos 99 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Por otro lado, la Contraloría chilena tiene otra particularidad muy relevante: la atribución general de pronunciarse sobre todos los actos administrativos a solicitud de un órgano de la Administración o de los particulares (artículos 1º y 6º de la LOCGR). Esta atribución general se le denomina “potestad dictaminadora”, lo que le permite interpretar toda norma legal o reglamentaria relacionada con la Administración del Estado, a mera solicitud de un órgano de ésta, de un particular o de oficio. Esta es, en la práctica, una atribución “cuasi judicial” de la Contraloría, ya que le permite resolver controversias de particulares con órganos de la Administración del Estado, pero sin forma juicio y sin las garantías de un justo y racional procedimiento (Letelier 2015).

Por último, y no menos importante, la Contraloría chilena tiene también funciones de examinación y juzgamiento de cuentas, lo que pareciera ser consecuencia de la continuidad histórica que tiene con la antigua Contaduría Mayor y el Tribunal de Cuentas (Silva Cimma 1961). Esto implica que la Contraloría en nuestro derecho evalúa las rendiciones de cuentas de los funcionarios públicos, pudiendo incoar un juicio de cuentas al interior de la misma Contraloría, en el caso que considere que existe responsabilidad civil por una negligente o deficiente administración de los recursos públicos (Hansen 2007).

Estas profundas diferencias entre la Contraloría chilena y sus homónimas latinoamericanas se acentúan más si se compara aquella con los órganos de control existentes en otros países de Norte América o Europa, en que no existe ninguna institución similar, estando distribuidas las funciones de control de legalidad, contable y financiero y juzgamiento de cuentas en órganos diversos (De la Cruz 2019). Así, la regla general es radicar el control contable y financiero en órganos fiscalizadores, pero dejando el control de legalidad a los tribunales de justicia (por regla general, especializados) y a un tribunal de cuentas el juzgamiento de las cuentas.

Todo lo anterior da cuenta de un órgano administrativo de un enorme poder en el sistema institucional chileno, con facultades amplísimas de control legal, contable y financiero, y que puede imponer sus decisiones a cualquier otro órgano de la Administración del Estado, incluido al Presidente de la República. Además, este poder se encuentra concentrado en una sola persona, el Contralor General de la República, jerarca máximo de la organización, con plenos poderes sobre ésta y sólo responsable políticamente ante el Congreso Nacional (artículo 52 N°2 y 53 de la Constitución Política de la República).



En este contexto, se plantean varias interrogantes para la nueva regulación **constitucional** en esta materia, en relación a la organización misma, sus funciones y atribuciones. Desde luego, muchas de ellas escapan al ámbito estrictamente constitucional, pero en sus aspectos esenciales podrían ser abordadas sucintamente en una nueva Carta Fundamental (Ferrada 2019).

Así, una primera cuestión que debería resolver el texto constitucional es el diseño organizacional. Si bien la dirección unipersonal de la Contraloría no ha generado grandes inconvenientes hasta ahora, se han manifestado algunos síntomas de agotamiento de este modelo en el último tiempo, en la medida que concentra todo el poder y la responsabilidad en una sola persona. Esto genera una gran tensión institucional en el nombramiento del Contralor General de la República y en su exposición y seguimiento de sus decisiones, lo que puede afectar el cumplimiento de sus funciones. En este sentido se propone la creación de un órgano colegiado de dirección en la cúspide de la organización, similar al Banco Central, la Comisión para el Mercado Financiero o el Consejo para la Transparencia -modelos relativamente exitosos en nuestro medio-, lo que permitiría un mejor gobierno corporativo de la institución y una distribución más racional del poder y responsabilidad de la organización. Dicho órgano colegiado podría estar constituido por cinco miembros designados por el Presidente de la República y con acuerdo del Senado o Congreso Nacional, con quórum de dos tercios y con periodos de ejercicio de 8 años y con vencimiento sucesivos.

Una segunda propuesta sería la limitación del control de la legalidad de los actos de la Administración del Estado en su fase preventiva, pero al mismo tiempo un reforzamiento del control posterior, lo que podría contribuir a la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, sin debilitar el control y fiscalización de su gestión. Esto implica suprimir de la Constitución o restringir severamente la denominada “toma de razón” o control preventivo de juridicidad sólo a un número limitado de actos de la Administración, en relación a su relevancia o impacto económico, evitando que opere este mecanismo para actos administrativos de bajo impacto o sea ejercido -atendido el número de actos- por distintos funcionarios del órgano de control por orden o delegación del Contralor General (Valdivia, 2018). En este sentido, la nueva Constitución, al enunciar este instrumento de control debería señalar que estará destinado solo a los actos más relevantes de la actividad administrativa, los que serán determinados en la ley orgánica respectiva, incluyendo desde luego los actos administrativos reglamentarios y las adjudicaciones de licitaciones públicas de alto valor.

Por otro lado, la nueva Constitución debería contener una breve mención a la potestad dictaminadora o interpretativa general del Derecho Administrativo, pero señalando expresamente que ella solo operará de oficio o a solicitud de un órgano de la Administración del Estado y afectará solo a ésta. Con ello se suprime la litigación informal que se produce actualmente ante la Contraloría por los particulares en contra de órganos administrativos, la que se produce sin forma de juicio -como ya se dijo- y en forma paralela a los tribunales de justicia (Valdivia 2018).

Además, se reconocería las potestades interpretativas de otros órganos especializados de la Administración del Estado, sobre los que la Contraloría General de la República no tendría control ni supervigilancia, atendidas las materias especiales sobre las que actúan y el rol rector que tienen a menudo sobre ciertos mercados regulados.

Por último, el juzgamiento de las cuentas de los funcionarios públicos debería ser entregado a un órgano judicial especial, fuera de la Contraloría General de la República. Esto implicaría mantener el examen de cuentas como una función propia de la Contraloría General de la República, pero el juzgamiento de la demanda de responsabilidad que pudiera derivarse de ésta sería de conocimiento de un tribunal independiente e imparcial.

## Conclusiones

De lo expuesto se puede concluir que la Contraloría General de la República, en mi opinión, debería mantener su regulación básica en la nueva Constitución, pero con un diseño organizacional y unas funciones más consistentes con un Estado moderno. Esto implica un fortalecimiento de las funciones de control *ex post* en la Administración del Estado, pero cautelando al mismo tiempo la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, lo que supone una limitación de la toma de razón como instrumento de control.

Por otro lado, este rediseño de la Contraloría General de la República debería permitir excluir de sus funciones aquellas que se relacionan con las atribuciones que actualmente desarrollan los tribunales de justicia, sean éstos especiales u ordinarios. En este sentido, es muy relevante limitar la potestad dictaminadora general de la Contraloría General de la República y excluir el juzgamiento de cuentas, funciones que en otros ordenamientos le son atribuidas a tribunales independientes e imparciales y a través de un debido proceso legal.

Estos cambios van además en línea con las funciones que desempeñan actualmente los órganos de control administrativo en el derecho comparado, las que deben ser articuladas con otros entes e instrumentos de fiscalización y control, los que en nuestro país deben ser desde luego fortalecidos. En este sentido, la Contraloría General de la República debe dejar de ser y actuar como si fuera el único órgano de control de la actividad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico -como lo fue de hecho en algún momento de nuestra historia-, conectando sus atribuciones con otros actores relevantes del sistema institucional chileno, los que también deberían tener un reconocimiento y fortalecimiento en la nueva Constitución.



## Referencias

Cordero, Luis. 2010. “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, pp. 165-188.

De la Cruz, Alicia. 2019. *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?* Santiago: DER ediciones.

Faúndez, Julio. *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Ferrada, Juan Carlos. 2019. “La Administración del Estado en una nueva Constitución”, en *La Constitución que queremos*, Santiago: LOM, pp. 303-328.

Hansen, Carlos. 2007. *La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El juicio de Cuentas*. Santiago: Lexis Nexis.

Jiménez, Guillermo. 2018. *Non-judicial Administrative Justice in Latin America: A case study of the Chilean Comptroller-General*, Phd Thesis University College London.

Letelier, Raul. 2015. “Contraloría General de la República”, en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM, pp. 285-314.

Silva Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo V: La Constitución de 1980. Gobierno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Silva Cimma, Enrique. 1961. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Valdivia, José Miguel. 2018. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.