

¿Es la función dictaminadora de la Contraloría General de la República una manifestación de la función consultiva?

JUAN IGNACIO JOHNSON NARVÁEZ *

RESUMEN

Este trabajo analiza la función consultiva realizada por distintas entidades chilenas y extranjeras, revisando sus orígenes, su historia y características, así como la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República y de los dictámenes, analizando su naturaleza, regulación y finalidades, para finalmente proceder a realizar un análisis comparativo entre ambas con el objeto de demostrar que, atendidas sus particulares características, son dos funciones muy distintas.

PALABRAS CLAVE

Función consultiva – potestad dictaminadora – dictámenes.

ABSTRACT

This paper analyzes the consultative function carried out by different Chilean and foreign entities, reviewing their origins, history and characteristics, as well as the power to interpret legal norms of the Comptroller General of the Republic and its binding legal pronouncements, analyzing their nature, regulation and purposes, to finally move forward into a comparative analysis between them in order to demonstrate that, given their particular characteristics, they are two very different functions.

KEYWORDS

Consultative function – power to interpret legal norms – binding legal pronouncements – obligatory legal reports.

I. INTRODUCCIÓN

Solicitar y otorgar consejo o asesoramiento son dos acciones tan antiguas como la existencia humana en sociedad. Es por ello que en las sociedades organizadas han existido entidades encargadas de ejercer una función de asesoría tanto en la esfera pública como privada¹.

A largo de la historia, “cada vez que la Administración se desarrollaba y que el Estado extendía su actividad a nuevas ramas, hasta entonces dejadas a la iniciativa privada, el gobernante se sentía más abrumado por su forzosa falta de especialización o por lo limitado de las posibilidades de raciocinio antes de resolver”². Es por ello por lo que no ha de extrañarnos que quien gobierna haya siempre buscado “el complemento de su capacidad mediante la ilustración proporcionada por extraños”³.

* Estudiante egresado de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ayudante de la Cátedra de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público PUCV.

¹ CORDERO, José, *El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944), p. 11.

² *Ibid.*, p. 12.

³ *Ibid.*, p. 11.

En derecho comparado existen distintos órganos que históricamente han asesorado al poder, y que han recibido la denominación de órganos consultivos⁴. Uno de estos son los distintos “Consejos de Estados”, algunos de los cuales existen hasta nuestros días, como es el caso del Consejo de Estado francés y el Consejo de Estado español.

Se ha indicado que los Consejos de Estado detentan o llevan a cabo una labor de aconsejamiento y asesoría, llegando a atribuirseles, por parte de los ordenamientos jurídicos, una función que se ha denominado tradicionalmente como “función consultiva”. Esta se puede conceptualizar como aquella función que tiene por finalidad prestar asesoría y aconsejar a la autoridad que detenta un determinado poder decisorio⁵. De allí que se hable de función consultiva en los casos en donde las entidades realizan esta labor asesora.

En el contexto jurídico nacional encontramos variadas entidades que han detentado o que detentan, en medida más o menos caracterizante, el ejercicio de una función consultiva. Dentro de estas cabe mencionar al desaparecido Consejo de Estado, al Senado, el pleno de la Corte Suprema, al Fiscal Nacional Económico, al Consejo de Defensa del Estado.

Respecto a este último, se ha indicado que, junto a la Contraloría General de la República, constituyen “dos organismos o servicios públicos que desempeñan funciones de asesoría jurídica general de la Administración chilena [...]. Entre otras funciones, estos servicios tienen a su cargo la de evacuar informes o dictámenes a las autoridades administrativas acerca de la aplicación de leyes”⁶.

En este contexto, encontramos que, en el caso particular de Contraloría, en virtud de su función dictaminante o dictaminadora, ella puede emitir dictámenes de oficio, a partir de un requerimiento realizado por la administración pública, o bien, frente a una petición de pronunciamiento realizada por particulares⁷, los que manifiestan una “opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo”⁸.

En este orden de ideas, cabe el cuestionamiento de si la labor que realiza la Contraloría General de la República a través de su función dictaminante constituye o no una manifestación de la función consultiva.

Para responder esta interrogante, en el presente trabajo procederé a realizar un análisis comparativo de la función de asesoramiento que lleva a cabo la Contraloría General de la República, en virtud de su función dictaminante, con la función consultiva ejercida por el Consejo de Estado francés y el Consejo de Estado español, como también por la ejercida por diversos órganos en Chile, que ya fueron mencionados anteriormente, considerando específicamente la naturaleza de los actos emitidos, su contenido y la vinculatoriedad de los

⁴ FONT I LLOVET, Tomàs, *Órganos consultivos*, en *Revista de Administración Pública* 108 (1985), p. 54.

⁵ PANTOJA, Rolando, *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), p. 351.

⁶ AYLWIN, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996), p. 121.

⁷ AYLWIN, Arturo, *Algunas reflexiones sobre la Contraloría a General de la República*, en Navarro, Enrique (editor) *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Editorial Conosur, 2001), p. 608.

⁸ Dictamen N° 61.817, del 12 de diciembre de 2006.

mismos, como también la legitimación activa para solicitar pronunciamiento del órgano junto a su funcionamiento interno.

II. LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

1. Orígenes históricos

El acto de otorgar consejo y asesoramiento es una labor que se ha ejercido desde antiguo por distintas entidades, incluso desde la época prerromana con las Asambleas deliberantes celtas e ibéricas. Por lo mismo, no nos ha de extrañar que incluso en la antigua Roma encontremos una multiplicidad de antecedentes respecto a organismos que se encargaban de emitir opiniones sobre distintos temas importantes: los *consilium et adsesores* y los *consistorium*⁹.

“Desde los primeros tiempos del *status civitas* los romanos acostumbraron a poner al lado de la autoridad unipersonal un cuerpo consultivo para que la ilustrara, guiara y moderara con su prudencia y dictámenes, de tal suerte que, junto a las diversas magistraturas, aparece un concilio de asesores de emperador o príncipe, denominado “concilio del príncipe” (*consilium principis*)”¹⁰.

El *consilium* fue creado por el emperador Augusto (53 a.C - 14 d.C.), y tuvo por objeto asesorar, ilustrar y guiar al emperador o príncipe, razón por la que tradicionalmente se le ha denominado a esta entidad como “concilio del príncipe” y “consejo del príncipe”. Este se integraba por amigos de confianza del emperador.

Con la llegada del emperador Diocleciano al poder, el *consilium* mutó, siendo reorganizado y mutando su denominación a *consistorium principis*¹¹.

Si bien durante el Bajo Imperio, los *consilium* y *consistorium* terminarían confundándose con los *collegia*, que fueron órganos de asesoramiento y deliberación¹², la figura del *consistorium* sería el embrión de la figura de las diferentes entidades que luego serán llamadas Consejos de Estado. Aquello, a fin de cuentas, es consecuencia del nacimiento de una administración organizada y el poder absoluto que el emperador romano logró obtener tras consagrarse como autoridad¹³.

a. Francia

El *consilium principis* o consejo del príncipe perduró hasta la época del Imperio Bizantino¹⁴. Luego, durante la Edad Media, surgiría la *Curia Regis*, o Corte del Rey, órgano que también estaría presente en otros países dentro del viejo continente.

La *Curia Regis* o Corte del Rey fue una asamblea compuesta tanto por personajes laicos como eclesiásticos, quienes tenían como labor el asistir al rey de Francia en el desempeño de sus tareas

⁹ GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Legal Publishing, 2013) 1, pp. 24-25.

¹⁰ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, en *Revista Diálogos de Saberes* 25 (2006), pp. 22-23.

¹¹ *Ibid.*

¹² CORDERO, José, cit. (n. 1), p. 11.

¹³ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, cit. (n. 10), p. 23.

¹⁴ *Ibid.*

políticas¹⁵. Este cuerpo colegiado fue consecuencia de una forma de administración nacional a medida que los reyes de a poco comenzaban a afianzar su autoridad frente a los señores feudales¹⁶.

La práctica de convocar a nobles feudales y dignatarios eclesiásticos tenía por objeto “tratar diversos problemas de interés general, de orden político, jurídico, financiero o de otra naturaleza. Esta Corte tenía facultades exclusivamente asesoras y el Rey, con gran sabiduría, la reunía cada vez que deseaba asegurarse de antemano la obediencia a sus decretos, obteniendo el parecer y el consentimiento previo de sus vasallos que, como sabemos, eran a veces señores feudales casi tan poderosos como el mismo rey”¹⁷.

Durante el siglo XIII, el rey de Francia, con el objetivo de detener decisiones importantes, convocó fracciones más acotadas en donde predominó la práctica de excluir al sector feudal. Lo anterior tuvo por objetivo retener únicamente a los asesores más competentes para que prestaran asesoría al monarca¹⁸. Estos asesores serían funcionarios cuya labor es predominantemente técnica¹⁹.

La llegada del absolutismo moderno a Francia²⁰ junto con la práctica de convocar grupos o fracciones más acotadas de personas integrantes de la *Curia Regis*, causaría que esta tomase un camino propio para convertirse en un verdadero consejo de gobierno, el cual fue denominado Consejo del Rey²¹.

El Consejo del Rey fue una institución que detentaba facultades asesoras y de consejo. Los reyes convocaban a sus integrantes para consultar su parecer respecto a determinadas materias con el fin de asegurar la obediencia a los decretos que decidiera dictar. Posteriormente, con el paso del tiempo, se formó junto a esta entidad un grupo de funcionarios técnicos permanentes que estudiaban asuntos y preparaban las resoluciones del rey, conocidos como los consejeros del rey, quienes luego terminarían siendo llamados consejeros de Estado²². Es por ello que, durante el reinado de Enrique III, la entidad del Consejo del Rey pasó a denominarse Consejo de Estado²³.

Este nuevo órgano, en todo caso, no estaría exento de distintos problemas, puesto que incluso a fines del siglo XV seguiría siendo un cuerpo que se encontraba mal definido, y que gozaba de una multiplicidad de poderes, a saber: políticos, administrativos, financieros y legales²⁴.

El nombre de Consejo de Estado era uno de carácter “genérico que se daba al organismo central del cual salían todos los demás y donde se trataban los grandes temas del gobierno, en especial

¹⁵ LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Curia Regis*, disponible [en línea]: https://www.larousse.fr/encycopedie/groupe-homonymes/Curia_regis/111225.

¹⁶ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, cit. (n. 10), p. 24.

¹⁷ ESPINOZA, Raúl, *El consejo de estado en Francia*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 4 (1965), p. 28.

¹⁸ LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Conseil du Roi*, disponible [en línea]: https://www.larousse.fr/encycopedie/divers/Conseil_du_roi/114446#10930350.

¹⁹ ESPINOZA, Raúl, cit. (n. 17), p. 28.

²⁰ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, cit. (n. 10), p. 24.

²¹ LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Conseil du Roi*, cit. (n. 18)

²² ESPINOZA, Raúl, cit. (n. 17), p. 28.

²³ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, cit. (n. 10), p. 24.

²⁴ LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Conseil du Roi*, cit. (n. 18).

la política exterior. Sin embargo, a partir de Enrique IV y Luis XIII también se llamó Consejo de Estado a la Sección de Finanzas de aquella corporación, y en los tiempos de los Luises XIV Y XV se le daba asimismo el nombre de Consejo de Estado a la Sección Política”²⁵.

En el antiguo régimen francés “el Consejo de Estado era una institución asesora, un órgano de consulta del gobierno en asuntos políticos administrativos, lo cual es explicable, pues la monarquía lo utilizaba para acertar en la toma de sus decisiones”²⁶.

Esta institución u organismo no gozaba de ningún tipo de autonomía, puesto que era enteramente dependiente del gobierno. Además, estaba integrada por personas que provenían de altos círculos políticos²⁷.

Tras el periodo de la revolución francesa, Napoleón sustituyó el antiguo Consejo de Estado por uno nuevo denominado de la misma manera; sin embargo, este ya no sería una institución propia del antiguo régimen absolutista. Por lo mismo, Napoleón decidió que sus integrantes fuesen “personas influyentes que se [hubiesen] destacado durante la Revolución, a quienes les exigió un trabajo considerable y una ciega obediencia, porque quería sentirse rodeado de los representantes de las fuerzas sociales más activas del país”²⁸.

De esta forma, encontramos que, en el caso francés, el Consejo de Estado creado por Napoleón en el año 1799 tuvo como antecesor el antiguo Consejo de Estado creado por Enrique III 250 años antes, puesto que él denominó con ese nombre a su Consejo del Rey, y teniendo este como antecesor la Corte del Rey, también denominada *Curia Regis*, entidad que tuvo su origen en la época medieval.

En lo que respecta a sus funciones, desde “los tiempos del Primer Imperio, según hemos visto, corresponden al Consejo dos misiones fundamentales: una función asesora o consultiva y otra de orden jurisdiccional”²⁹, siendo la primera aquella que será objeto de nuestra atención.

En vistas a su función consultiva, en el siglo XIX y XX, el Consejo de Estado francés tendría distintas competencias y obligaciones. En primer lugar, debía participar dictaminando respecto a los proyectos de ley elaborados por el gobierno, dictaminar respecto de los decretos con fuerza de ley, resolver consultas sobre textos reglamentarios como también dictaminar en derecho ante peticiones de la autoridad administrativa³⁰, siendo llevadas a cabo por cuatro distintas secciones administrativas (Interior, Finanzas, Trabajos Públicos y Social)³¹.

b. España

En el caso español, encontramos que los orígenes de la institución del Consejo de Estado “son un tanto imprecisos, porque en España ha habido desde antiguo muy diversos tipos de cuerpos

²⁵ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, cit. (n. 10), p. 24.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés después de la revolución*, en *Revista Diálogos de Saberes* 27 (2007), p. 48.

²⁹ ESPINOZA, Raúl, cit. (n. 17), p. 29.

³⁰ *Ibid.*, pp. 31-32.

³¹ *Ibid.*, pp. 29-30.

consultivos”³²; sin perjuicio de lo anterior, varios autores fijan en el año 1526 la creación de este organismo durante el reinado de Carlos V, emperador del Sacro Imperio, también conocido con el nombre de Carlos I.

El origen de esta entidad en España “está en el consejo privado formado por asesores que acompañaron al rey a su llegada a los reinos peninsulares. Se ocupaban estos de asistirle tanto en los asuntos de carácter internacional como en los relativos a estos últimos reinos”³³.

Sin embargo, “desde la segunda década del siglo XVI tal Consejo empieza a institucionalizarse, denominándose “Consejo Privado de Estado”, que tendrá fisonomía propia y que se institucionalizará como órgano de la administración”³⁴.

Con todo, al igual que en el caso francés, el Consejo de Estado creado por Carlos I o Carlos V, fue reemplazado siguiendo el modelo del Consejo de Estado francés del nuevo régimen, creado por Napoleón, y que fue introducido por la Carta de Bayona, del año 1808, y por la Constitución de Cádiz, del año 1812. Con todo, ambos fenecieron prontamente en vistas a que no produjeron los resultados esperados³⁵.

Recién durante el año 1845 se instauró en España el modelo francés de Consejo de Estado con el nombre de Consejo Real, nombre que, en todo caso, sería modificado el año 1858 por el que actualmente posee³⁶.

2. Órganos consultivos

Tanto el Consejo de Estado español como el francés son ejemplos de órganos consultivos³⁷, teniendo ambos un papel protagónico en la organización administrativa correspondiente al Antiguo Régimen, puesto que el ejercicio absoluto del poder se apoyaba en los Consejos que rodeaban al monarca que, incluso posteriormente, permitieron el surgimiento de los órganos unipersonales político-administrativo superiores³⁸.

Los órganos consultivos son órganos administrativos “al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración”³⁹.

³² CONSEJO DE ESTADO, *Historia y sede*, disponible [en línea]: <http://www.consejo-estado.es/quees.htm>.

³³ MUÑOZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (2ª edición, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2017) 10, p. 147.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ OLIVER, Jean, *El Consejo de Estado y los órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* 98 (1997), p. 27.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ FONT I LLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), p. 2.

³⁸ *Ibid.*, p. 54.

³⁹ *Ibid.*, p. 55.

Con todo, debe aclararse que la tipología de los órganos consultivos puede variar, puesto que no hay heterogeneidad a la hora de hablar de estos. Esto, a fin de cuenta, dificulta el análisis; sin embargo, por lo mismo, al andar se deberá procurar realizar matices⁴⁰.

Al respecto de estas entidades cabe indicar que “el elemento que caracteriza al propio concepto de órgano consultivo es la naturaleza de la actividad desarrollada por este tipo de órganos, es decir, la actividad consultiva”⁴¹.

“Se admite con carácter general que la actividad consultiva tiene una naturaleza auxiliar respecto a la actividad administrativa o ejecutiva ordinaria, de manera que el acto concreto en que se manifiesta la función se califica de acto auxiliar o instrumental [...]. Tal calificación deriva de la consideración de que la actividad primaria o principal de la Administración consiste en la emisión de actos que declaran la voluntad administrativa, mientras que los actos consultivos contienen únicamente declaraciones de opinión, juicio o apreciación que están dirigidas a auxiliar al órgano decisorio en la adopción de una resolución”⁴².

3. Dictámenes

“La forma jurídica usual de manifestarse la actividad consultiva es el dictamen”⁴³. Por ello no ha de extrañarnos que el medio a través del cual los órganos consultivos tradicionales analizados con anterioridad, a saber, el Consejo de Estado francés y el Consejo de Estado español, se pronuncien a través de dictámenes con el fin de ilustrar a la administración o el gobierno su parecer por causa de las consultas realizadas.

A modo general, los dictámenes son actos jurídicos de la administración y, para ser más precisos, son actos de carácter unilateral. Estos actos son emitidos por órganos competentes en virtud del ordenamiento jurídico, puesto que no todo acto jurídico de carácter unilateral que emana de la administración del Estado puede ser llamado dictamen⁴⁴.

También es posible definir al dictamen como “un acto administrativo de emisión de juicio. Es acto de potestad pública en cuanto constituye la exteriorización de una competencia del órgano emisor”⁴⁵.

Los dictámenes, además, contienen informes y opiniones, entendiendo a los primeros como un mero relato y exposición de hechos en donde no se incorpora una opinión o juicio, o bien, un juicio sobre el objeto de la consulta realizada al órgano, mientras que las opiniones implican un razonamiento y la añadidura de elementos valorativos, siendo más significativo y subjetivo que un informe⁴⁶.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

⁴² *Ibid.*, pp. 65-66.

⁴³ DROMI, José, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma, 1973), p. 316.

⁴⁴ DROMI, José, cit. (n. 43), pp. 311-313.

⁴⁵ MADARIAGA, Mónica, *Seguridad Jurídica y administración pública en el siglo XXI* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 154.

⁴⁶ DROMI, José, cit. (n. 43), pp. 311-313.

Cabe añadir también que los dictámenes constituyen una forma de asesoramiento de carácter técnico jurídico, por regla general; sin embargo, aquello no obsta a que los dictámenes puedan abordar temas como la oportunidad, el mérito o la conveniencia de una decisión que haya tomado algún órgano de la administración del Estado⁴⁷.

Finalmente, junto con lo anterior, a su vez, se ha indicado que ellos son preparatorios de la voluntad administrativa. En efecto, el objeto del dictamen es aportar una opinión y prestar asesoría sobre ciertas materias. Dicho esto, los antecedentes permiten facilitar la formación de la voluntad de la autoridad administrativa que solicitó el asesoramiento⁴⁸⁴⁸.

Respecto a la obligatoriedad de estos cabe señalar dos situaciones posibles:

En primer lugar, existen dictámenes facultativos, en los cuales tanto la consulta como el acatamiento de la opinión contenida en el acto de respuesta son voluntarios, es decir, es una facultad que tiene un órgano de la administración para, por un lado, consultar o no, y por otro, acatar o no la respuesta solicitada.

Lo anterior es la regla general, de modo tal que “los órganos activos de la Administración no tienen obligación jurídica de aceptar el dictamen, o parecer, del órgano consultivo”⁴⁹.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no es un requisito indispensable la no vinculatoriedad del dictamen, puesto que perfectamente pueden existir excepciones a la regla general. En estos casos, la administración, obviamente, se encontraría obligada a acatar lo establecido en el acto consultivo. En estos casos, se estima que el dictamen “es un acto productor de efectos jurídicos; en cuanto el orden jurídico, establece un nexo jurídico entre su acatamiento y sus consecuencias, pero sin embargo tampoco es acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente”⁵⁰.

4. Función consultiva de los órganos clásicos

a. *Consejo de Estado Francés*

“En el curso de su historia[,] el [*Conseil d'État*] francés se convirtió en un tribunal supremo contencioso-administrativo para la casación de las sentencias de los tribunales y cortes administrativas y para otros recursos, y en tal calidad ha tenido una gran relevancia en la formulación del moderno derecho administrativo; pero conservó las iniciales funciones consultivas para las cuales fue creado”⁵¹.

Con esto presente, en lo que respecta a la función consultiva o asesora del Consejo de Estado francés, encontramos que se desglosa en varias tareas.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 314.

⁵⁰ DROMI, José, cit. (n. 43), p. 317.

⁵¹ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019), p. 5.

A partir del artículo L112-1 del libro I del actual Código de justicia administrativa, el Consejo participa en la elaboración de leyes y ordenanzas, emite opiniones sobre los proyectos de ley como también sobre decretos y otros proyectos en donde la ley, la constitución o reglamento prevea su intervención, sin perjuicio de los que el Gobierno pueda presentarle.

Por su parte, el artículo L112-2 del mismo cuerpo normativo indica que el Consejo de Estado francés puede ser consultado por el primer ministro o los ministros sobre dificultades que se susciten en materia administrativa, sin que sea vinculante la decisión a la autoridad consultante. Aquí estamos en presencia de un caso claro de lo que se ha denominado doctrinalmente como “administración consultiva”⁵².

Además, a partir del artículo L113-1 puede afirmarse que un tribunal administrativo o corte administrativa pueden elevar el expediente litigioso al Consejo cuando conozcan una demanda que les traiga dificultades y se proyecte en varios litigios, frente a lo que el Consejo deberá examinar y decidir la cuestión. En este caso, la consulta de los tribunales es a otro tribunal. Esta figura se asimila al antiguo “referimiento al legislador”, el que consiste en la consulta realizada al legislador por parte de un juez que conoce de un litigio⁵³.

Ahora bien, la figura del Consejo de Estado francés si bien se regula en su mayoría en el Código de Justicia Administrativa francés, es pertinente mencionar que ciertas disposiciones contenidas en la Constitución francesa que también hacen referencia a este organismo.

En el artículo 39 de esta se indica que la iniciativa de las leyes pertenece de manera simultánea al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento, para luego indicar que los proyectos de ley son deliberados por el Consejo de Ministros después de consultar al Consejo de Estado. Como se puede apreciar, la consulta en este caso es obligatoria.

Finalmente, en el artículo 38 y 74-1 se prescribe que se debe consultar al Consejo, también de forma obligatoria, sobre ordenanzas tomadas por el Consejo de Ministros. Lo mismo aplica para aquellas órdenes para las colectividades de ultramar.

Como se puede apreciar, en el caso del Consejo de Estado francés los dictámenes no poseen efecto obligatorio para quien solicite su pronunciamiento. Ahora bien, lo que puede dar pie a confusión es que la consulta al organismo sí sea obligatoria. Esto significa que la autoridad se encuentra obligada por ley a consultarle al Consejo de Estado, mas no significa que el pronunciamiento emanado en sí sea obligatorio para la entidad consultante.

En lo que respecta a su a su composición, el Consejo está compuesto por personal técnico. Este personal trabaja en equipo, de modo que sus juicios no son el fruto o expresión de una opinión individual, puesto que, en efecto, nacen de un debate que se lleva a cabo de manera colectiva⁵⁴.

⁵² *Ibid.*, pp. 6-7.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ ESPINOZA, Raúl, cit. (n. 17), pp. 33-34.

b. Consejo de Estado Español

En la actualidad, el artículo 107 de la Constitución española indica que el Consejo de Estado español es “*el supremo órgano consultivo del Gobierno*”. Con el pasar de los años, esta entidad se ha terminado consagrando como el órgano consultivo de las administraciones públicas, pero no formando parte del conjunto de órganos que conforman a la administración activa. Lo anterior, a fin de cuentas, le brinda objetividad e independencia⁵⁵, lo que, por lo demás, se encuentra indicado en el artículo 1.1 de la ley orgánica del Consejo de Estado español (3/1980, del 22 de abril), donde se prescribe que este “*ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional*”, para mencionar, acto seguido, que aquella autonomía tiene por objeto garantizar su “*objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes*”⁵⁶.

Como órgano consultivo, el Consejo de Estado español se encarga de ayudar y asesorar a la administración con el fin de que su actuación esté conforme a derecho. Es por ello que se entiende que ejerce una actividad de carácter auxiliar en cuanto emite juicios sobre asuntos sometidos a su conocimiento⁵⁷.

A nivel constitucional se le consagra, principalmente, en el artículo 107, para ser mencionado posteriormente en el artículo 153 b), que indica que el “*control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá [...] b) Por el gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el ap. 2 del art. 150*”.

Este control, en cualquier caso, debe entenderse como uno adicional a los que puedan incluir las leyes concretas de delegación⁵⁸.

El Consejo de Estado español es definido por distintos rasgos, dentro de los cuales podemos mencionar que, en primer lugar, esta entidad constituye en el supremo órgano consultivo. Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que no es el único, ya que existen otros más. En segundo lugar, se caracteriza como un órgano centralizado con competencias en todo el Estado; sin embargo, esto admite excepciones, puesto que en muchas oportunidades se le sustituye por otros órganos consultivos, como ocurre en las comunidades autónomas. En tercer lugar, el Consejo de Estado español goza de autonomía orgánica, funcional y reglamentaria y, en cuarto lugar, su intervención garantiza la legalidad objetiva y el interés general⁵⁹.

A nivel legal, en el artículo 2.1 de su ley orgánica se indica que emitirá dictamen respecto a los asuntos que sean sometido a consulta por el Gobierno o sus miembros, entendiéndose presidente del Gobierno o ministros, añadiendo que ella será únicamente preceptiva cuando lo establezca la ley, es decir, no obligatoria. En consecuencia, el consejo será no vinculante.

⁵⁵ OLIVER, Jean, cit. (n. 35), p. 30.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, *Introducción*, disponible [en línea]: <http://www.consejoestado.es/introduccion.htm>.

⁵⁷ OLIVER, Jean, cit. (n. 35), p. 30.

⁵⁸ ALONSO, Enrique, *Artículo 107: El Consejo de Estado*, en Arnaldo, Enrique – Peñalver, Jesús (editores), *Comentarios a la Constitución Española* (Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2018) 2, p. 537.

⁵⁹ BALAGUER, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional* (3ª edición, Madrid, Tecnos, 2008), p. 514.

A su vez, se contienen, en el artículo 21, algunos de los supuestos en donde las consultas que son de carácter obligatorio, sin perjuicio que otras leyes puedan incluir más supuestos de obligatoriedad de la consulta.

Dentro del artículo se mencionan las siguientes: consultas sobre anteproyectos de reforma constitucional no formulados por el Consejo; anteproyectos de leyes que deban dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o de acuerdos internacionales y de derecho comunitario europeo; proyectos de decretos legislativos; dudas que surjan de la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte; problemas jurídicos sobre interpretación o cumplimiento de actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales; reclamaciones consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y cuestiones que revistan el carácter de controversia jurídica internacional; anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado; ciertas transacciones judiciales y extrajudiciales; separación de Consejeros permanentes y, por último, asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.

Es necesario mencionar que su ley orgánica regula la función consultiva en sí misma tanto procedimental y orgánicamente, como sustantivamente, puesto que no solo se admite que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de una propuesta sometida a consulta, sino que también a que esta entidad pueda valorar aspectos de oportunidad y conveniencia atendiendo a la índole del asunto, o bien, cuando así lo solicite la autoridad consultante, según el artículo 2.1⁶⁰.

Tras una reforma llevada a cabo el año 2004, a la ley orgánica de 1980 se añadió la función de elaboración de proyectos de Ley o de reforma de la Constitución, como también la confección de estudios o informes⁶¹.

“Así pues, junto a la emisión de dictámenes del art. 2.2 [*“El Consejo de Estado emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros [...]”*], la que habría que añadir las consultas de las Comunidades Autónomas del art. 23], figura ahora la del art. 2.3: *“El Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones. En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y también podrá hacer las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos”*⁶².

Hay que distinguir entre la obligatoriedad de la consulta y la obligatoriedad del acto consultivo, el que adquiere el nombre de dictamen y que a través de este son respondidas las consultas realizadas al Consejo de Estado español⁶³. En otras palabras, hasta ahora hemos hablado sobre la obligación que tienen ciertas autoridades de solicitar el pronunciamiento del Consejo de

⁶⁰ ALONSO, Enrique, cit. (n. 58), p. 539.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 541-542.

⁶² *Ibid.*, p. 542.

⁶³ OLIVER, Jean, cit. (n. 35), p. 32.

Estado; sin embargo, aquello es muy distinto a la obligación de acatar o no acatar el acto de respuesta que emane del Consejo de Estado.

Respecto a este otro punto, los dictámenes del Consejo de Estado “no son vinculantes, salvo que la Ley indique lo contrario. En todo caso, las disposiciones o resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el [d]ictamen o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”; en el segundo, la de “oído el Consejo de Estado””⁶⁴.

Cabe precisar, en cualquier caso, que su función trasciende a “la de mero órgano consultivo del Gobierno, de manera que es constitucional que ejerza la función consultiva también para las Comunidades Autónomas [...], explicando esa especial naturaleza de puesta al servicio del Estado”⁶⁵.

Por su parte, el artículo 23 de la ley en comento indica que también podrán solicitar su actuación los presidentes de las Comunidades Autónomas cuando se estime conveniente.

Algo llamativo que ocurre en el Consejo de Estado español, pero no en el francés, es que es posible que particulares puedan pedir audiencia con el fin de ser oídos por el Consejo siempre y cuando estén interesados en los asuntos que han sido sometidos a consulta, pero a fin de cuentas esto tendrá eventual trascendencia en el contenido de la opinión que luego se verá cristalizada en respectivo dictamen.

5. Actividad consultiva en Chile

A lo largo de nuestra historia han existido múltiples entidades que han desempeñado una labor de asesoría a la administración. Lo anterior se enmarca en la idea de que “ningún gobierno tiene razón para sentirse fuerte si no cuenta con el respaldo de los portadores del saber: de las personas más competentes por su ciencia o por su experiencia en los distintos campos de la vida colectiva”⁶⁶.

Las complejidades de los problemas que tienen nuestras sociedades actuales han conllevado a que se incorpore personal técnico calificado a los distintos organismos administrativos. Aquello ha permitido que, en las decisiones tomadas por los distintos órganos que forman parte de la administración del estado chileno, se añadan informes internos. Además, se han creado numerosos cuerpos colegiados con el fin de asesorar en áreas específicas como en las de normativa de planificación⁶⁷.

A continuación, se expondrán algunos órganos que desempeñan o han desempeñado una función o labor asesora en nuestro país:

⁶⁴ BALAGUER, Francisco, cit. (n. 59), p. 515.

⁶⁵ ALONSO, Enrique, cit. (n. 58), p. 538.

⁶⁶ BRAVO, Bernardino, *La función consultiva, un vacío secular dentro del régimen de gobierno en Chile 1874-1973*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 21/22 (1977), p. 176.

⁶⁷ PANTOJA, Rolando, cit. (n. 5), p. 345.

a. Consejo de Estado y Senado

Históricamente en Chile la función consultiva ejercida por un Consejo de Estado, entidad que encarna por antonomasia dicha función, existió en tres oportunidades. La primera ocasión fue con la Constitución Política del Estado de Chile del año 1823, en donde el Consejo de Estado tenía un título propio dentro de la carta fundamental⁶⁸.

El artículo 28 del cuerpo normativo mencionado con anterioridad indicaba: *“Habrá un Consejo de Estado compuesto de dos [m]inistros de la Suprema Corte de Justicia, una dignidad eclesiástica, un jefe militar, un Inspector de rentas fiscales y los dos [d]irectores sedentarios de economía nacional: todos sin más gratificación que las rentas de sus destinos. Los ex-[d]irectores son miembros natos de este Consejo”*.

Esta entidad constitucional gozaba de diversas atribuciones de carácter consultivo en relación con las facultades que detentaba el presidente de la República. Dentro de estas estaba que el presidente debía nombrar los ministros del Despacho a consulta del Consejo, de acuerdo con el artículo 18 N° 11. Por su parte, el artículo 18 N° 16 indicaba que debía *“retener o conceder el pase a las bulas y ordenanzas eclesiásticas, con acuerdo de su Consejo de Estado”*⁶⁹.

Con el paso del tiempo, “el destino de este Consejo fue el mismo que el de la Constitución que lo instituyera: ser declarado “insubsistente” por una simple ley en 1825, con lo que la organización “moralista” dio paso a un período de desorden en materia constitucional hasta la dictación de la Constitución de 1828. Esta última, de inspiración liberal, no contenía la institución del Consejo de Estado, organismo que debería esperar hasta la dictación de la Constitución de 1833 para hacer su reaparición en escena”⁷⁰.

La reincorporación la figura Consejo de Estado en Chile en la Constitución de Diego Portales tiene como fundamento que los constituyentes decidieron estructurar una institucionalidad en donde predominara el orden. Este propósito se ve cristalizado en el hecho de que se hayan puesto prestigiosos integrantes dentro de aquel organismo para que prestaran asesoría al gobierno de turno en la conducción del país⁷¹.

Este Consejo de Estado fue el que tuvo una mayor relevancia dentro de nuestra historia. Dentro de sus atribuciones estaba el dar su dictamen al presidente de la República cuando este le consultare y, además, se le autorizaba para proponer la deliberación de todos los negocios respecto de los cuales se juzgare conveniente oír su dictamen, lo que se desprende de los artículos 104 N° 1 y 105 N° 5, respectivamente⁷².

En cuanto a su ejercicio de la función consultiva, ella “tenía un doble efecto; por un lado, revestir las decisiones presidenciales con el manto del prestigio social detentado por las instituciones de las cuales extraía a sus integrantes; por el otro, prolongar y reconocer institucionalmente dicho

⁶⁸ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 8.

⁶⁹ MUÑOZ, Fernando, *Árbol genealógico del Consejo de Estado: el constitucionalismo autoritario en nuestra historia*, en *Revista Ius et Praxis* 2 (2010), p. 219.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, pp. 219-220.

⁷² GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 8.

prestigio, dándole una representación estamental a los sectores eclesiásticos, militares, judiciales y administrativos allí incluidos”⁷³.

Durante el Gobierno Militar se creó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución por parte de la Junta Militar. Esta fue una entidad de carácter consultivo que tenía por objeto la elaboración de un proyecto de Constitución con una inspiración autoritaria y tradicionalista⁷⁴.

En este periodo se creó un órgano que poseía características similares al Consejo de Estado en virtud del Acta constitucional N°1 contenida en el Decreto Ley N° 1.319; sin embargo, nunca llegó a verse incorporado en la Carta Fundamental de 1980⁷⁵.

El artículo 1° del anteriormente referido cuerpo normativo configura a este nuevo Consejo de Estado “*como supremo cuerpo consultivo del [p]residente de la República en asuntos de gobierno y administración civil*”, para luego, en los artículos siguientes, indicar su composición y las materias sobre las que el presidente de la República puede solicitar la opinión de esta entidad.

“Hasta este punto, las actividades representadas se asemejan nítidamente a las actividades tradicionalmente representadas en el Consejo de Estado del siglo XIX y a las que se incluirían posteriormente en el senado designado o institucional de la Constitución de 1980”⁷⁶. De allí que actualmente encontremos que el artículo 53 N° 10 de nuestra Constitución establezca que “*Son atribuciones del senado: [...] 10° Dar su dictamen al presidente de la República en los casos en que éste lo solicite*”, de donde se colige que esta entidad también desempeña una función consultiva en virtud de un mandato constitucional, lo que obedece a que la función consultiva del Consejo de Estado fue atribuida al Senado por la constitución de 1980⁷⁷.

“Los senadores institucionales mantienen el mismo tipo de justificación discursiva que caracteriza históricamente al Consejo de Estado. Es su sabiduría, su experiencia, su [*autoritas*], lo que justifica su presencia institucionalidad”⁷⁸; sin embargo, esta atribución “completamente excepcional, pues transforma a una asamblea legisladora en una consultiva”⁷⁹.

Con todo, es necesario destacar que la consulta al Senado es facultativa, puesto que la Constitución no obliga al presidente a formularla. De allí que, de hacerlo, “podrá el [p]rimer [m]andatario ajustarse a su actuación al contenido del informe o prescindir en todo o parte de su parecer. Será siempre el [p]residente quien calculará sus propias responsabilidades y las eventuales reacciones de la ciudadanía, generadas al ajustarse o no al criterio senatorial”⁸⁰.

Por causa de lo anterior, el Senado actualmente es considerado como un órgano que detenta de una atribución de carácter consultivo otorgada por nuestro texto constitucional; empero, nunca

⁷³ MUÑOZ, Fernando, cit. (n. 69), pp. 220-221.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 229.

⁷⁵ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 8.

⁷⁶ MUÑOZ, Fernando, cit. (n. 69), p. 231.

⁷⁷ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 9.

⁷⁸ MUÑOZ, Fernando, cit. (n. 69), p. 233.

⁷⁹ VIVANCO, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2014) 3, p. 175.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 175-176.

ha sido ejercida esta facultad por parte del presidente de la República después del retorno a la democracia⁸¹.

b. *Consejo de Defensa del Estado*

En la actualidad, aparte del Senado, el Consejo de Defensa del Estado es una entidad que también ejerce la función consultiva.

De acuerdo con el artículo 1 del DFL N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda, el “*Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios*”, cuyo objeto principal es la “*defensa judicial de los intereses del Estado*”, según el artículo 2 del mismo cuerpo normativo.

En el artículo 3° de su ley orgánica constitucional se indica que “*las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que le señalen las leyes, las siguientes: [...] 10° La expedición de dictámenes que el presidente de la República o los ministros de Estado soliciten sobre materias jurídicas determinadas*”.

En este caso, se sigue el esquema típico que rige a la administración consultiva, puesto que existe una entidad que se encuentra legitimado para preguntar o consultar, la entidad que se encuentra obligada a responder y, finalmente, la materia consultable. A saber, el presidente de la República, el Consejo de Defensa del Estado y materias jurídicas determinadas, respectivamente. En este caso, como es del todo lógico, los dictámenes del Consejo no son vinculantes⁸² por los motivos que señalaremos más adelante.

c. *Pleno de la Corte Suprema*

Por su parte, otra manifestación de la administración consultiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional lo encontramos en dos supuestos indicados en el artículo 96 N° 5 y 6 del Código Orgánico de Tribunales. Ambos artículos dicen relación con los deberes del pleno de la Corte Suprema.

El numeral 5 indica que deberá “*Informar al Presidente de la República, cuando se solicite su dictamen, sobre cualquier punto relativo a la administración de justicia y sobre el cual no exista cuestión de que deba conocer*”, mientras que el numeral 6 menciona que al pleno le corresponde “*Informar las modificaciones que se propongan a la ley orgánica constitucional relativa a la Organización y Atribuciones de los Tribunales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Política*”.

Debe precisarse que la referencia que realiza el numeral 6 al artículo 74 de la CPR, en verdad debe entenderse que es al artículo 77 de la Constitución, puesto que es este el que regula las materias relativas a la consulta a la Corte Suprema⁸³.

⁸¹ *Ibid.*, p. 176.

⁸² GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 10.

⁸³ *Ibid.*, p. 12, nota 19.

El artículo 77 establece, en primer lugar, que *“la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, solo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva”*.

Además, en su inciso tercero a sexto indica los pasos a seguir respecto a las consultas de opinión indicándose al respecto que deberá pronunciarse en un plazo de treinta días desde que se recepcione el oficio en virtud del cual se solicita la opinión; sin perjuicio de que el Presidente pueda hacer presente una urgencia al proyecto consultado, caso en el que la Corte deberá evacuar la consulta y así poder cumplir con la urgencia, para finalmente indicar que, en el caso que la Corte no emita opinión dentro de los plazos, se tendrá por evacuado el informe.

Llegado a este punto es necesario aclarar que si bien mencionamos en un principio que los órganos consultivos son órganos administrativos *“al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración”*⁸⁴, lo anterior debemos entenderlo siempre recordando que al no existir heterogeneidad en los órganos consultivos, su tipología puede perfectamente variar⁸⁵.

Es por ello que, además, debemos tener presente que *“la actividad consultiva tiene una naturaleza auxiliar respecto a la actividad administrativa o ejecutiva ordinaria”*⁸⁶. De allí que entendemos que el Senado y el Pleno de la Corte Suprema son entidades ante las que también cabe predicar su actividad consultiva en cuanto dan su dictamen, es decir, su parecer sobre determinado asunto, aún cuando no sean parte de la administración del Estado o no dependan de ella.

d. *Fiscalía Nacional Económica*

*“La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la agencia chilena encargada de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena”*⁸⁷.

De acuerdo con el artículo 33 del DL 211 de 1973, la Fiscalía Nacional Económica *“será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del [p]residente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*.

Esta entidad también merece ser mencionada al momento de analizar la actividad consultiva en Chile, puesto que se le atribuye la facultad consultiva al fiscal nacional económico, quien debe, en virtud del artículo 39 inciso 2º letra e) del Decreto Ley N° 211, de 1973, *“emitir los informes que solicite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos en que el Fiscal Nacional Económico no tenga la calidad de parte”*⁸⁸.

⁸⁴ FONT I LLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), p. 55.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 65-66.

⁸⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Nosotros*, disponible [en línea]: <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>.

⁸⁸ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 12.

III. LA FUNCIÓN DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Generalidades

La deficiente fiscalización a la que se encontraba sometida la administración pública chilena⁸⁹ junto con el interés de dar prestigio a los planes chilenos de facilitar los vínculos con Estados Unidos, generaría que el gobierno de Chile contactara a Edwin Kemmerer, profesor de economía de la Universidad de Princeton, quien “remodeló los sistemas monetarios, bancarios y fiscales en Colombia, Chile, Bolivia y Perú”⁹⁰.

El gobierno le encomendó la misión de proponer una reforma a los órganos fiscalizadores en el contexto de una demanda progresiva de reforma al Estado. Esto explica por qué el informe presentado por la Comisión Kemmerer “tratará de trasladar al sistema nacional un diseño institucional que buscaba poner énfasis en el control y eficiencia en el gasto público”^{91 92}.

Finalmente, la Misión Kemmerer terminó haciendo posible que, ya en el año 1927, a través del DFL N° 400 bis. del Ministerio de Hacienda, el presidente Emiliano Figueroa Larraín haya dispuesto la creación de la Contraloría General de la República⁹³. A esta se le sumaría, por lo demás, la Tesorería General de la República y el Servicio Nacional de Aduanas⁹⁴.

“Fruto de la reforma constitucional de 1943 se incorpora dicha institución al texto de la Carta Política [...]. La Constitución Política vigente ha fortalecido aún más dicho órgano, resaltando su rol de contralor de la legalidad de los actos de la Administración, que, como se sabe, es una particularidad propia de dicho ente en comparación a otros similares de habla hispana”⁹⁵.

La Contraloría General de la República es concebida como “un órgano administrativo, de rango constitucional, que constituye el órgano de control administrativo por excelencia en el sistema constitucional chileno”⁹⁶.

El hecho que el nombre de esta institución mencione que es un órgano de la República de Chile y no del Estado o de Chile a secas no es algo baladí. A opinión de Alfredo Jocelyn Holt, lo anterior denota que la Contraloría se encuentra fuera de cualquier tipo de pretensión de carácter monopólico que pueda tener el Estado. Esto en vistas a que el aparato estatal aspira a poseer el

⁸⁹ BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho administrativo general* (3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2014), p. 489.

⁹⁰ DRAKE, Paul, *La misión Kemmerer a Chile: Consejeros Norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932*, en *Cuadernos de Historia* 4 (1984), p. 31.

⁹¹ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, en Universidad Diego Portales (editor), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010), p. 175.

⁹² BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 489.

⁹³ OBANDO, Iván – ALLESCH, Johann, *La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), p. 70.

⁹⁴ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 489.

⁹⁵ NAHUM, Roberto, *Conmemoración de los 85 años de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público* 78 (2013), p. 14.

⁹⁶ CORDERO, Luis, *El control de la administración del Estado* (Santiago, Lexis Nexis, 2007), p. 47.

monopolio de la violencia legítima, por una parte, y por otra, porque este reclama a su vez el monopolio normativo sobre la sociedad⁹⁷.

La Contraloría General de la República es un organismo constitucionalmente autónomo de acuerdo con el artículo 98 CPR, adquirida el año 1943 en virtud de la reforma constitucional de la Ley N° 7.727, que permitiría que esta entidad pudiese ejercer todas sus atribuciones sin interferencia de cualquier autoridad o poderes del Estado⁹⁸.

La noción de autonomía “supone la existencia de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente, lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones”⁹⁹. Es por ello que se afirma que la característica principal de los organismos autónomos es que ellos se escapan de la línea jerárquica y no admiten el ejercicio de facultades de tutela o supervigilancia sobre ellos. De este modo, se encuentran fuera de los vínculos jurídico-administrativos¹⁰⁰.

En consecuencia, Contraloría es independiente de los otros poderes del Estado, hallándose solo sometida a la Constitución y la ley que regula su organización, funcionamiento y atribuciones, siendo una de las manifestaciones de esta autonomía el hecho que el Contralor General de la República goce de inamovilidad luego de ser nombrado por el presidente de la República¹⁰¹.

Ahora bien, el hecho que la Contraloría General de la República sea un organismo autónomo o acentralizado no implica de ninguna manera que quede al margen de la administración, puesto que el efecto que genera la autonomía es únicamente la desvinculación de la entidad de otros órganos de carácter constitucional; permite básicamente que esta no reciba instrucciones. Lo anterior se traduce en que “en el ejercicio de sus competencias no puede estar sujeta a la dependencia o jerarquía de ninguna otra entidad[,] particularmente del gobierno”¹⁰².

Con todo, si bien la autonomía “supone la ausencia de una relación de jerarquía con el [p]residente de la República [...] necesariamente deben existir mecanismos de coordinación para garantizar la unidad de acción, así como la eficiencia y la eficacia en la gestión”¹⁰³.

Por su parte, la noción de autonomía tampoco significa que Contraloría detente de un verdadero poder de autorregulación¹⁰⁴, es decir, “la autonomía no significa autoarquía, pues toda entidad

⁹⁷ JOCELYN HOLT, Alfredo, *La Contraloría General de la República: su sentido histórico*, en *Revista de Estudios Públicos* 137 (2015), p. 138.

⁹⁸ OBANDO, Iván – ALLESCH, Johann, cit. (n. 93), p. 73.

⁹⁹ CORDERO, Eduardo, *La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), p. 16.

¹⁰⁰ CORDERO, Luis, *El control de la administración del Estado*, cit. (n. 96), p. 51.

¹⁰¹ AYLWIN, Arturo, cit. (n. 7), p. 601.

¹⁰² CORDERO, Eduardo, cit. (n. 99), p. 29.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰⁴ CORDERO, Luis, *El control de la administración del Estado*, cit. (n. 96), p. 52.

que forma parte de la Administración del Estado se debe someter a las normas legales que la rigen, sin que se pueda sustraer de su cumplimiento”¹⁰⁵.

Con esto presente, es posible concluir que acá no hablamos de una desconexión total “entre el Supremo Administrador del Estado y aquellos órganos menores de administración. Ello no sería posible, porque no hay que olvidar que aquellos entes autónomos [...] están realizando actividades que son propias del Estado y que a éste interesan”¹⁰⁶.

En cuanto a su estructura y organización interna, vemos que ella es una entidad jerarquizada, en cuya cabeza se encuentra la figura del Contralor General, quien, de acuerdo con el artículo 98 de nuestra Constitución, deberá tener mínimo diez años de título de abogado, tener cumplidos cuarenta años y tener las calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

En la línea jerárquica sigue la figura del Subcontralor General, quien dentro de sus principales funciones tiene el actuar como juez de cuentas en primera instancia¹⁰⁷.

Anterior al 21 de diciembre del año 2019, le correspondía a la figura del Subcontralor subrogar al Contralor General en caso de su ausencia o vacancia; sin embargo, tras la modificación a la ley 10.336, realizada por la ley 21.196, este le reemplazará únicamente “*en los casos de vacancia y mientras se nombre al titular*”, mientras que la subrogación estará entregada al “*Jefe de Departamento en el orden que se determine por resolución*”, en caso de ausencia temporal o accidental.

Finalmente, en cuanto al personal de la Contraloría General de la República, este “es designado por el Contralor, es de su exclusiva confianza, rigiéndose en lo demás por las normas especiales que gobiernan y por el Estatuto Administrativo general de los funcionarios públicos”¹⁰⁸.

2. Función dictaminante

La voz “función”, según la Real Academia de la Lengua Española, alude a la “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas”. Con esto presente, podemos afirmar que la Contraloría General de la República tiene asignadas una multiplicidad de funciones, algunas de las cuales se encuentran establecidas en la Constitución Política de la República, mientras que otras están contenidas en su ley orgánica.

Nuestra Constitución indica en su artículo 98 que la Contraloría deberá ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales de las municipalidades, como también de los demás organismos y servicios que determinen las leyes. Además, indica que ella deberá examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades junto con llevar la contabilidad general de la Nación. Finalmente, se dispone que le corresponde desempeñar las demás funciones que le encomiende su ley orgánica constitucional respectiva.

¹⁰⁵ CORDERO, Eduardo, cit. (n. 99), p. 32.

¹⁰⁶ SILVA, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), p. 168.

¹⁰⁷ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 493.

¹⁰⁸ PANTOJA, Rolando, cit. (n. 5), p. 297.

Respecto a este último punto, cabe mencionar que el artículo 5° de la ley orgánica de Contraloría indica que el Contralor General de la República está facultado para emitir dictámenes¹⁰⁹. Solo a través de ellos el Contralor podrá informar, siguiendo lo indicado por el referido artículo referido, “a petición de parte o jefaturas de servicio o de otras autoridades”.

Acto seguido, en el artículo 6° del cuerpo legal antes mencionado se prescriben las materias sobre las cuales la autoridad contralora podrá informar de forma exclusiva, que son relativas a “derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desabucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”, para luego añadir que también le “corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”. En ambos casos, aquello deberá ser realizado a través de dictámenes, los que pueden ser solicitados por órganos y funcionarios públicos, como también por “particulares interesados en alguna decisión de carácter administrativo”¹¹⁰.

Lo indicado en los párrafos precedentes debe complementarse con lo contenido en el inciso primero del artículo 9° de la ley orgánica de Contraloría, que faculta al Contralor General para poder actuar de oficio. Este establece que el Contralor podrá “dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio”, de forma que el dictamen es empleado para impartir instrucciones sobre la aplicación de una ley determinada¹¹¹.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, el Contralor está legalmente obligado a informar y, en consecuencia, a emitir dictámenes o informes, “a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría” en virtud del artículo 9 inciso 5 de la ley orgánica de Contraloría.

Cabe mencionar que la potestad dictaminante atribuida por la ley al Contralor es amplia, puesto que utiliza locuciones como “asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización”, “cualquier asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o el compromiso de los fondos públicos”, e incluso “organización y funcionamiento de los servicios públicos”. Lo anterior implica que, a fin de cuentas, se cubra en la práctica todas las materias relativas a la Administración del Estado¹¹².

Nos encontramos entonces frente a un panorama en el que podemos encontrar tres tipos de dictámenes: en primer lugar, aquellos que son emitidos en virtud de una solicitud de

¹⁰⁹ NAVARRO, Enrique, *Bases constitucionales de la toma de razón y la potestad dictaminante de la contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 78 (2013), p. 106.

¹¹⁰ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, *Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), p. 127.

¹¹¹ AYLWIN, Arturo, cit. (n. 7), p. 608.

¹¹² GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 21.

pronunciamiento; en segundo lugar, los emitidos de oficio de manera facultativa, es decir, aquellos emitidos en supuestos en donde el Contralor tiene la libertad de decisión respecto si se pronuncia o no sobre determinada materia y; en tercer lugar, los emitidos de oficio de manera obligatoria.

Ahora, al existir una lista de materias ante las que existe una obligación para el Contralor de emitir un pronunciamento, se impide, consecuentemente, que tanto los funcionarios como los particulares puedan realizar consultas referentes a aquellas materias mencionadas en el artículo 9º de la LOCGR.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto los particulares pueden reclamar ante un derecho o beneficio desconocido por la Administración pública en virtud del derecho de petición consagrado en nuestra carta fundamental, o bien, a través de la posibilidad de solicitar su intervención, derecho consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo¹¹³, que da derecho a los funcionarios para poder reclamar ante Contraloría en supuestos donde existan vicios de ilegalidad que afecten derechos que otorgue el referido Estatuto.

Al respecto de la solicitud de pronunciamento a Contraloría, es necesario indicar la existencia del dictamen 24.143 de 2015, a través del cual la entidad contralora ha ido moldeando el ejercicio de su función dictaminante. A través de esta el órgano contralor imparte instrucciones *“para la atención de solicitudes de pronunciamento jurídico [...] relativas a la interpretación de la normativa que rige a los órganos de la Administración del Estado, así como de la juridicidad de sus actos y actuaciones materiales”*.

En el N° 4 del dictamen aludido se indica que las consultas de los particulares, de funcionarios públicos y de asociaciones de funcionarios *“deben referirse a asuntos en los cuales tengan derechos o intereses específicos, individuales o colectivos”*.

Es en este contexto en el que se ha indicado que, en virtud de la función dictaminante de Contraloría esta adquiere un rol de órgano asesor en vistas a que desempeña una tarea de asistencia y consejo para con la autoridad administrativa frente a variados problemas jurídicos, específicamente, acerca de la aplicación de leyes, con el fin de que puedan actuar conforme al ordenamiento jurídico chileno¹¹⁴, puesto que *“a través del dictamen, el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular”*¹¹⁵.

Para tales efectos, a través del ejercicio de la función dictaminante de Contraloría se lleva a cabo una *“labor interpretativa de las normas aplicables en el ámbito administrativo [...] tendientes a precisar el sentido alcance de las reglas que deben acatar los distintos organismos de la*

¹¹³ MARÍN, Urbano, *La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General y su relación con la de los tribunales y de otros organismos estatales*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), pp. 150-151.

¹¹⁴ AYLWIN, Patricio, cit. (n. 6), p. 122.

¹¹⁵ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 506.

administración del Estado”¹¹⁶, insertándose “en la vasta y compleja función fiscalizadora de la Administración del Estado”¹¹⁷.

Por su parte, Contraloría define su potestad dictaminante como “la facultad de interpretar las normas jurídicas para el ámbito administrativo y que se materializa en informes jurídicos obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización”¹¹⁸

Con todo, la potestad o función dictaminante de Contraloría se encuentra limitada, puesto que existen dos supuestos de improcedencia de su ejercicio. Los referidos límites se encuentran mencionados en el artículo 6º, inciso 3 de la ley N° 10.336, de organización y atribuciones de la CGR, el que prescribe que “*la Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado*”.

Respecto al primer límite, a fin de cuentas, la ley “no está haciendo más que particularizar y concretar la [...] prohibición de rango constitucional (art. 76), que proscribió a la Administración “*ejercer funciones judiciales*”. En el sentido que Contraloría no puede dictaminar sobre la legalidad de un acto administrativo, a instancias de un particular, si de su invalidez pudieran derivarse perjuicios para los derechos de terceros, porque zanjar el [*quid juris*], cual es el límite de un derecho y del ajeno, comporta un asunto eminentemente litigioso, de exclusivo conocimiento judicial”¹¹⁹.

Ahora bien, se debe entender de manera flexible este límite, pues “si se lo entendiera en términos expansivos, como cualquier asunto susceptible de pronunciamiento judicial o sobre el que exista controversia jurídica, la función de la Contraloría tendería a desaparecer, atendidas las amplísimas competencias contencioso-administrativas de los tribunales ordinarios o especiales”¹²⁰.

Respecto al segundo límite, en el caso que el asunto ya se encuentre radicado en sede jurisdiccional, ahí el órgano contralor no puede pronunciarse, puesto que estarían sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. “[S]e entiende nítidamente que si el asunto ya está radicado en sede jurisdiccional, la Contraloría no puede emitir parecer alguno, por configurarse la susodicha prohibición que le impide dictaminar en asuntos “*que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia*”, en correspondencia con aquel impedimento general de “*avocarse causas pendientes*””¹²¹.

¹¹⁶ AYLWIN, Arturo, cit. (n. 7), p. 608.

¹¹⁷ MARÍN, Urbano, cit. (n. 113), p. 151.

¹¹⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Ámbito de la función*, disponible [en línea]: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-juridica>.

¹¹⁹ ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, en *Revista Actualidad Jurídica* 16 (2007), p. 131.

¹²⁰ VALDIVIA, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), p. 347.

¹²¹ ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, cit. (n. 119), pp. 130-131.

3. Naturaleza y régimen jurídico de los dictámenes de Contraloría

a. *Concepto*

Los dictámenes son el fruto o resultado de la función dictaminante de la Contraloría General de la República. Esta función permite cumplir con una función de asesoramiento a la administración pública. En efecto, a través de estos, la administración activa, que decide y ejecuta, recibe asesoramiento en lo que respecta a sus actos y resoluciones¹²².

El actual Contralor General, Jorge Bermúdez, sostiene que el dictamen es un “informe en Derecho o interpretación jurídica emanada de la Contraloría General de la República sobre materias que son de su competencia”¹²³.

Por su parte, la propia Contraloría en el dictamen N° 61.817, del 12 de diciembre de 2006, ha indicado qué se entiende por dictamen, indicando que este “*consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo*”.

b. *Naturaleza*

Ante este panorama, es del todo oportuno preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de estos actos objeto de análisis y, específicamente, si ellos son o no actos administrativos.

El artículo 3 de la ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, contiene una definición de acto administrativo, indicando que son 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*”, para luego indicar que los actos administrativos pueden adquirir dos formas: la de decretos supremos, o bien, la de resoluciones; luego añade en su inciso 5 que constituirán también actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Teniendo esto presente, se ha entendido doctrinalmente que los dictámenes de Contraloría “no son actos administrativos en sentido estricto, es decir, propios de la administración activa (que decide y ejecuta), aun cuando lo son en sentido amplio, es decir, en cuanto exteriorizan la competencia asignada a un órgano de la Administración en el ejercicio de una potestad específica de derecho público”¹²⁴, pues, en efecto, ellos contienen una “*formulación de opinión o de juicio*”¹²⁵ en donde se fija la interpretación de una determinada norma por parte de Contraloría, de forma que si bien son asimilables a un actos administrativo, no lo son en su esencia¹²⁶.

Es por causa de lo anterior que se plantea doctrinalmente que podemos hablar de dos sentidos a la hora de analizar actos administrativos. En primer lugar, los actos administrativos en sentido

¹²² ARGANDOÑA, Manuel, *Control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 29/30 (1980), p. 247.

¹²³ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 506.

¹²⁴ ARGANDOÑA, Manuel, cit. (n. 122), p. 247.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 253.

¹²⁶ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 495.

restringido y, en segundo lugar, los actos administrativos en sentido amplio, estando ubicados los dictámenes dentro del segundo grupo¹²⁷.

La calificación de los dictámenes como actos administrativos no es menor, pues es de suma relevancia, “particularmente[,] en relación con los recursos, la invalidación a petición del interesado y, en general, la participación de [e]stos”¹²⁸.

Este *statu quo*, sin embargo, fue alterado por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 10.499-2011, en la que el ministro Pedro Pierry realizó una clasificación de los dictámenes, indicando que aquellos que instruyen a la “[a]dministración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal [...], no cabe[n] dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de ‘dictámenes o declaraciones de juicio’, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares”. En consecuencia, “no sería[n] acto[s] [administrativos] y, por lo tanto, no sería[n] recurrible[s] de protección”¹²⁹.

Desde aquella fecha hasta ahora, la jurisprudencia ha sido variada respecto a calificar este tipo de dictámenes como actos administrativos.

A modo de ejemplo, en la sentencia Rol N° 59.522 del año 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo que posteriormente sería confirmado por la Corte Suprema, concluyó en su considerando décimo tercero que “en la dictación del [d]ictamen impugnado[,] el organismo contralor ha actuado precisamente dentro del marco de las atribuciones que le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico”, para luego añadir que “los [d]ictámenes de la Contraloría General de la República que fijan el alcance de determinados preceptos jurídicos que debe aplicar la administración, no pueden ser objeto de control de legalidad mediante el recurso de protección, pues es inconcuso que compete al órgano contralor examinar y controlar la juridicidad de los actos de la autoridad administrativa”.

Por su parte, en la reciente sentencia Rol N° 41.254-2019 emitida por la Corte Suprema, el considerando décimo cuarto considera que los dictámenes constituyen actos administrativos debido que, dentro del ámbito de aplicación de la ley 19.880, indicado en el artículo 2, se incluye la Contraloría, para luego, en el considerando décimo quinto, señalar que los Oficios N° 4.160 y 4.168, junto con el dictamen N° 20.921, en el que se concluye que las “funcionarias que se desempeñan bajo las figuras de contrata de reemplazo, como también aquellas que realizan una suplencia, están protegidas por el fuero maternal por todo el lapso que dispone el artículo 201 del Código del Trabajo”, son efectivamente actos administrativos.

Como es posible apreciar, es un tema aún no zanjado; sin embargo, se ha entendido, generalmente, “que los dictámenes son impugnables, y no en la negativa. En efecto, dentro del

¹²⁷ CELIS, Gabriel, *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago, Thompson Reuters Puntotext, 2010), p. 342.

¹²⁸ PIERRY, Pedro, *Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República*, en EDEVAL (editor), *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, EDEVAL, 2006), p. 80.

¹²⁹ DE LA CRUZ, Alicia, *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?* (Santiago, DER Ediciones, 2019), p. 25.

ámbito de sus competencias, la Corte está cada vez más vigilante frente al actuar, a veces hiperactivo, de la Contraloría”¹³⁰.

c. *Dictámenes como fuente de derecho*

Los dictámenes y decisiones de la Contraloría General de la República pueden hacerse valer como jurisprudencia administrativa en lo que respecta a las materias indicadas en el artículo 1° de la ley orgánica que rige a este organismo, algunas de las cuales ya hemos mencionado al hablar del artículo 98 de nuestra Carta Fundamental. Por ello que “el razonamiento contenido en un dictamen tiene un valor normativo que rebasa el caso preciso con ocasión del cual se haya pronunciado, y contribuye a formar un acervo jurisprudencial que tiene valor autónomo”¹³¹.

De esta manera, con estos actos de gran relevancia, Contraloría puede llevar a cabo su función de control jurídico de las actuaciones de la multiplicidad de organismos que forman parte de la Administración Pública.

No ha de extrañar que a través de la jurisprudencia del organismo contralor, este haya colaborado enormemente en la génesis de nuevas reglas de carácter jurídico, puesto que el legislador incluso ha llegado a utilizar sus criterios para producir y generar normativa que actualmente forma parte de nuestro ordenamiento jurídico positivo¹³².

Asimismo, ellos han permitido “uniformar la interpretación y aplicación de las normas de índole administrativa, de donde emana un notable aporte de este organismo a la cultura jurídico-administrativa”¹³³.

Contraloría, por su parte, reconoce la importancia de los dictámenes como fuente de derecho indicando que el “sistema jurídico basado en el precedente administrativo, es decir, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica permite que los ciudadanos tengan una legítima expectativa de que la Administración del Estado toma decisiones de manera armónica y según criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes”¹³⁴.

Lo anterior, cualquiera sea el caso, no obsta a que con posterioridad los tribunales de justicia puedan interpretar la normativa de manera distinta, en cuyo caso prevalece esta última¹³⁵.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 28.

¹³¹ VALDIVIA, José Miguel, cit. (n. 120), p. 349.

¹³² BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 508.

¹³³ VERGARA, Alejandro, *El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), p. 107.

¹³⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Ámbito de la función*, disponible [en línea]: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-juridica>.

¹³⁵ CÉSPEDES, Rodrigo, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001), p. 151.

d. *Fuerza vinculante*

El fundamento legal de la obligatoriedad se encuentra contenido en dos artículos de su ley orgánica, a saber, el artículo 9º y el artículo 19.

En primer lugar, el artículo 9º indica que los informes emanados por Contraloría son obligatorios para los “*funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran*”, mientras que, en segundo lugar, el artículo 19 prescribe que “*los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios*”, de manera tal que “*puede invocarse como fuente de derecho obligatoria*”¹³⁶.

Lo indicado con anterioridad conlleva que la interpretación que realiza el ente contralor tenga un carácter considerablemente más amplio comparada con la interpretación realizada por los jueces por dos razones.

“En primer término, porque mientras las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas e que actualmente se pronunciaren, las decisiones y dictámenes de la Contraloría, además de constituir la última instancia interpretativa para la administración, tienen una validez general más allá del caso específico en que fueron pronunciados”¹³⁷ y, en segundo término, porque la fórmula utilizada en el artículo 9º, a saber, que los informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, implica que los dictámenes de la entidad Contralora no afectarán única y exclusivamente al funcionario específico, sino que a cualquier otro que se encuentre en un supuesto análogo¹³⁸.

En consecuencia, cabe afirmar que “los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”¹³⁹.

Respecto de los particulares, actualmente no existe ninguna obligación de carácter jurídica que les imponga la obligatoriedad de los dictámenes de Contraloría respecto a ellos. De allí que es posible concluir que los dictámenes de la Contraloría General de la República “*tienen fuerza obligatoria para los ministros y jefes de servicios, pero para los particulares constituyen meras opiniones en apoyo de su pretensión*”¹⁴⁰.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 151.

¹³⁷ DUCCI, Carlos, *Interpretación Jurídica: en general y en la dogmática chilena* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 166.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 171.

¹⁴⁰ BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 510.

e. Características

Los dictámenes de Contraloría gozan de ciertos elementos esenciales que los distinguen de otro tipo de dictámenes emitidos por otras entidades y los perfilan. Estos elementos, además, constituyen sus características.

En primer lugar, se ha indicado que la emisión de dictámenes procede a petición de parte, o bien, de Jefaturas de Servicio u otras autoridades. Lo anterior, sin perjuicio de que el Contralor General de la República decida dictaminar de oficio en ciertos supuestos, o bien, se encuentre obligado a hacerlo, lo cual, a fin de cuentas, dependerá de la materia.

En segundo lugar, se ha indicado que ellos gozan de un carácter administrativo y no litigioso, lo cual constituye una limitación, puesto que a través de ellos se realiza una interpretación de carácter administrativo y no contencioso. Esto, por supuesto, tiene su consagración legal en el artículo 6º, inciso 3 de la LOCGR, como ya indicamos con anterioridad.

En tercer lugar, ellos tienen un efecto vinculante para los miembros de la administración pública, mas no para los particulares, peculiaridad que ya analizamos en párrafos precedentes.

En cuarto lugar, esta potestad puede ser perfectamente delegada por el Contralor General. Aquello tiene por fundamento legal el artículo 41 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en donde se indican los requisitos de la delegación¹⁴¹.

4. Finalidad de la potestad dictaminante

Contraloría, atendiendo que el sistema legal cada vez fue complejizando la función de la administración durante el siglo XX, debido a que resolvía controversias en su ejercicio de atribuciones, fue de forma progresiva adquiriendo un papel protagónico en la aplicación de la legalidad administrativa al disponer de su potestad interpretativa de carácter general; fue convirtiéndose en legislador positivo considerando que suplió omisiones en las que había incurrido el legislador respecto a regulaciones básicas de la administración¹⁴².

“Muchos son los ejemplos que demuestran esta circunstancia. Durante la década de los 50 y los 60, la principal dictaminación de la Contraloría se concentró en las materias estatutarias”¹⁴³.

Recordemos que a través del ejercicio de la función dictaminante de Contraloría se lleva a cabo una “labor interpretativa de las normas aplicables en el ámbito administrativo [...] tendientes a precisar el sentido alcance de las reglas que deben acatar los distintos organismos de la administración del Estado”¹⁴⁴.

La atribución de una la potestad interpretativa hecha por la ley al Contralor General de la República fue la primera en nuestro ordenamiento jurídico nacional, e incluso, sirvió como

¹⁴¹ CELIS, Gabriel, *El Control de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial El Jurista, 2017), pp. 110-115.

¹⁴² CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 180.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ AYLWIN, Arturo, cit. (n. 7), p. 608.

modelo para los casos posteriores¹⁴⁵. A través de esta potestad la autoridad puede realizar interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente.

La interpretación constituye un fenómeno que tiene por objeto el asignar un significado a las señales de lenguaje contenidas en un texto. La formulación de reglas de interpretación no tiene como finalidad el desentrañar uno o varios sentidos existentes originalmente en un texto, sino que tiene por objetivo generar reglas que habiliten y permitan, en este caso, a la autoridad administrativa, justificar o acotar el margen dentro del cual se asigna un significado determinado a un texto normativo¹⁴⁶.

El ejercicio interpretativo jurídico, en general, implica seguir las reglas de interpretación contenidas en el “Título Preliminar” del Código Civil al momento de interpretar alguna disposición jurídica. Es por ello que, al no ser meros consejos, directivas generales y abiertas o guías del legislador al intérprete, la autoridad administrativa que ejerce su potestad interpretativa se encuentra obligada a seguirlas y, en caso de no hacerlo, se verá expuesta a cometer una ilegalidad que puede ser revisada por la misma administración y, desde luego, por el poder judicial¹⁴⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima que, en el ejercicio de la potestad interpretativa, ejercida por Contraloría, no se utilizan única y exclusivamente aquellas reglas de interpretación contenidas en nuestro Código Civil. La razón de lo anterior es en vistas a que “el objeto principal de los organismos administrativos es llevar a cabo los propósitos de política pública al momento de establecer la regla”¹⁴⁸.

A modo de ejemplo podemos mencionar el dictamen N° 8.552, de marzo del año 2019. En el referido dictamen la entidad contralora se pronuncia en vistas a una solicitud de pronunciamiento realizada por la Directora de Obras Municipales de la comuna de Peñalolén, Santiago, con el objetivo de que la entidad contralora determine si resulta procedente asimilar la arteria “Los Jardineros”, considerada como pasaje, de dicha comuna, a la clasificación de vía local.

Contraloría dictaminó, tras un razonamiento y análisis pormenorizado de distintos artículos legales pertinentes, que no resulta procedente la homologación del pasaje Paso Hondo a la categoría de vía local. En síntesis, lo que realizó Contraloría fue, a través de interpretación jurídica, no incluir el pasaje “Los Jardineros” dentro de la categoría conceptual de vías locales.

Ya llegado este punto, es menester indicar que Contraloría dictaminó en su momento cómo deben “aplicarse e interpretarse las leyes y reglamentos, tanto al despachar los dictámenes que precisan el alcance de tales disposiciones, como al verificar la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y las resoluciones de los jefes de servicio, o al pronunciarse sobre las cuentas que debe examinar la Contraloría, o al revisar la legitimidad y regularidad de las actuaciones cumplidas por los funcionarios públicos a través de investigaciones o sumarios, etc.

¹⁴⁵ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 1.

¹⁴⁶ ALDUNATE, Eduardo, *Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho* Número Especial (1998), p. 31.

¹⁴⁷ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 113.

¹⁴⁸ CORDERO, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 38.

Como se ve, este dictamen no solo se aplica a los actos directamente orientados a interpretar, como puede ser un dictamen, sino a los demás actos del contralor que necesariamente suponen una interpretación, como típicamente acaece cuando toma razón de sus decretos supremos y de otras resoluciones administrativas, en función de controlar su constitucionalidad y legalidad, pues que las consideres legales y tome razón o ilegales y represente la ilegalidad, eso solo lo puede hacer si previamente interpreta el ordenamiento normativo comprometido en el decreto o en la resolución. Lo propio vale para las demás operaciones descritas en el [d]ictamen N° 70. 118”¹⁴⁹.

Por otro lado, debe mencionarse que la facultad interpretativa que ordenamiento entrega al organismo contralor tiene un doble carácter, el cual depende en el momento en que se ejerce:

En primer lugar, puede ejercerse de forma represiva, que consiste en verificar la juridicidad de un acto administrativo. Esta forma en cómo se lleva a cabo el control de los actos de la administración sujetos a su fiscalización ha cobrado relevancia debido a la gran cantidad de actos exentos del trámite de toma de razón y debido a que en el plano fáctico existe la práctica por parte de personas y organizaciones de impugnar distintos actos administrativos ante Contraloría en vez de acudir ante los tribunales de justicia¹⁵⁰.

En segundo lugar, la facultad interpretativa puede ejercerse de forma preventiva, en donde la “potestad dictaminante se concreta más bien en una instrucción interpretativa a futuro, sin perjuicio de su carácter obligatorio para los órganos sometidos a su fiscalización”¹⁵¹.

a. Potestad dictaminante ejercida de forma represiva

Si bien la Contraloría General de la República nació para “fiscalizar la legalidad-contable, la regularidad financiera solamente de los actos de la Administración, desde el punto de vista únicamente presupuestario o haciendista [...], hacia comienzos de la década de los ‘50 del siglo pasado [...] -tras una interpretación extensiva de sus facultades- pasó a profundizar su control a fin de asegurar que los actos de la Administración se conformen al ordenamiento jurídico en su integridad”¹⁵².

En concreto, en el ejercicio de su potestad dictaminante, Contraloría no solo ha interpretado la normativa vigente de manera abstracta, sino que en muchos casos sus dictámenes resuelven situaciones particulares y ordenando la invalidación de actos administrativos¹⁵³.

En efecto, hay dictámenes en los que, “enseguida de interpretar en general, extraen de esta operación unas consecuencias o efectos particulares tales, reveladores de que su verdadero

¹⁴⁹ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), pp. 23-24.

¹⁵⁰ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 126.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 126-127.

¹⁵² ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, cit. (n. 119), p. 126.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 132.

objeto consiste en resolver sobre la situación subjetiva de una o más personas determinadas, directamente y por sí mismos”¹⁵⁴.

A modo de ejemplo cabe apreciar la respuesta que da Contraloría en el dictamen N° 7.285, del 12 de marzo de 2019.

Antonio Dunstan Pavez, ex profesor civil del Ejército, quién se desempeñó en aquellas funciones entre 1998 y 2018, acudió al organismo contralor para reclamar contra la decisión de no prorrogar su contrata para el año 2019.

Contraloría argumentó que la *“renovación reiterada de la contrata torna en permanente y constante la mantención del vínculo de los empleados de que se trate, generando en ellos una legítima expectativa que les induce a confiar en la repetición de tal actuación”*.

Finalmente, dictaminó que la no renovación de la contrata fue ilegal y, en consecuencia, el *“Ejército deberá disponer la renovación del vínculo con aquel, para lo cual deberá reincorporarlo, pagándole las remuneraciones correspondientes al tiempo que permaneció alejado de sus funciones”*.

Dicho esto, se hace patente que esta vía es la que *“invoca la Contraloría para controlar un acto administrativo que ya ha nacido a la vida del derecho y producido sus efectos, declarándolo contrario a derecho en caso de estimar que se ha hecho una incorrecta aplicación de la normativa que lo rige por parte de los organismos emisores”*¹⁵⁵.

No deja de ser interesante el hecho que los dictámenes en este contexto tienen meramente efecto declarativo respecto al acto que se declara ilegal, y esto se debe a que la anulación del mismo no puede ser decretada por Contraloría, puesto que no está habilitada legalmente para aquello; sin embargo, lo que sí puede hacer es ordenar la invalidación del acto administrativo ilegal a la autoridad que lo emitió, haciendo uso del artículo 53 de la ley 19.880, que indica, respecto a la invalidación que *“la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”*.

A este respecto, se ha afirmado que la Contraloría *“se alza con pretensiones de superior jerárquico del respectivo órgano al no limitarse a emitir un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de su proceder, sino que, al ordenarlo un modo concreto de actuar, esto es, al ejercer una facultad o poder de instrucción que el ordenamiento no le otorga”*¹⁵⁶.

Para entender el porqué de este actuar de Contraloría hay que atender a el origen de esta práctica y el contexto jurídico que hizo posible su nacimiento.

En la Constitución del año 1925 se consagraron los Tribunales Administrativos con el objeto de que ellos pudiesen resolver disputas que existiesen entre la administración y particulares. Sin

¹⁵⁴ ARÓSTICA, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en *Revista Actualidad Jurídica* 14 (2006), p. 156.

¹⁵⁵ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 125.

¹⁵⁶ ALDUNATE, Eduardo, *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* 26 (2005) 2, p. 28.

embargo, estos tribunales especiales nunca fueron creados, pasando a ser el artículo 87 de aquella Constitución letra muerta.

En atención a la inexistencia de estos tribunales, la justicia ordinaria tomó la postura de no reconocer su jurisdicción para conocer los casos que se pudiesen suscitar entre los particulares y los órganos de la administración¹⁵⁷.

“Ante tal dimisión del juez [...] el administrado se volvió lenta pero sostenidamente hacia Contraloría General de la República a fin de que, por medio de su potestad dictaminante o con ocasión del trámite de toma de razón, pudiera obtener en alguna medida, tan siquiera, tutela, protección o defensa frente a la ilegalidad de la Administración”¹⁵⁸.

Si bien inicialmente la Constitución de 1980 incluyó los Tribunales Contencioso Administrativos en los artículos 38 y 79, fueron suprimidos del texto constitucional el año 1989 a través de la ley 18.835, de modo que ya no cabe alegar la falta de jurisdicción por parte de los jueces ordinarios¹⁵⁹.

Ante cuestionamientos de constitucionalidad, esta práctica llevada a cabo por el órgano Contralor no debería por qué tener algún reparo, puesto que el constituyente de 1980, conociendo esta práctica, no restringió las potestades de Contraloría, sino que mantuvo su situación.

En efecto, en su momento Raúl Bertelsen planteó a la Comisión Ortúzar que la Contraloría General no debía gozar de la “facultad de interpretar la ley de manera general y obligatoria (por pertenecerle al Parlamento) ni [de] competencia contencioso contencioso-administrativa alguna para mandar invalidar actos administrativos (por ser ello de resorte exclusivo de los tribunales)”¹⁶⁰.

Si bien finalmente no se rechazó de forma explícita, se prefirió conservar el régimen que Contraloría había consolidado hasta ese momento, es decir, admitiendo que su potestad dictaminante podía resolver, vía dictamen, situaciones particulares y ordenando la invalidación de actos de la administración.

De esta forma, a fin de cuentas, “la práctica administrativa llevó a la Contraloría a pronunciarse en materias que iban más allá de la aplicación de la ley por parte de los organismos administrativos, transformándose en una jurisprudencia que tendió a resolver conflictos asignativos y, por lo tanto, a transformarse progresivamente en un organismo de solución de controversias, primero al interior del Estado y luego entre los particulares y el Estado”¹⁶¹.

Lo anterior es criticable en cuanto “para los particulares la Contraloría opera como un foro alternativo a los tribunales, de modo que en la estrategia contenciosa pueden elegir la sede ante

¹⁵⁷ ARÓSTICA, Iván, *Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República*, en EDEVAL (editor), *XX Jornadas chilenas de Derecho público* (Valparaíso, EDEVAL, 1990), pp. 536-537.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 537.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 538.

¹⁶⁰ ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, cit. (n. 119), p. 132.

¹⁶¹ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 181.

la cual presentar sus planteamientos”¹⁶², lo que no se justifica en cuanto actualmente existen tribunales con competencia contencioso-administrativa.

Con todo, lo anterior puede ocurrir teniendo siempre presente dos límites, a saber: cuando la materia ya está siendo conocida por tribunales y en los casos en donde un asunto pudiese comprometer derechos de terceras personas, puesto que, de lo contrario, implicaría avocarse causas pendientes o ejercer funciones judiciales, respectivamente¹⁶³.

Con todo, se hace necesario precisar que esta práctica que realiza Contraloría en virtud de su potestad dictaminante es distinta al trámite de toma de razón, el cual constituye “un mecanismo de control preventivo que se realiza en el seno de un procedimiento de la misma clase, una vez que se ha dictado el respectivo acto administrativo, en virtud del cual Contraloría examina la juridicidad del mismo, y que puede tener como resultado su ‘representación’, por considerar que adolece de un vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, o bien estampar su ‘Toma de Razón’, que implica que lo ha estimado ajustado a Derecho, superando, entonces, dicho control”¹⁶⁴; este busca “revisar preventivamente la validez jurídica de los actos decisorios de la autoridad, sin perjuicio de las atribuciones de control represivo que le corresponden al Tribunal Constitucional y a los tribunales del Poder Judicial”¹⁶⁵.

En otras palabras, el trámite de toma de razón realiza un control de juridicidad de los actos de la administración antes de que ciertos actos de la administración del Estado produzcan efectos jurídicos, mientras que el control de actos a través de los dictámenes de Contraloría es una vez que estos ya han producido efectos.

b. *Potestad dictaminante ejercida en forma preventiva*

En relación al momento en el que se puede ejercer la potestad dictaminante, “[u]na primera lectura del texto del artículo 6° de la Ley N° 10.336, parece sugerir que la facultad dictaminante de la Contraloría tendría un carácter eminentemente ‘preventivo’, es decir, que estaría destinada a ejercerse como una guía o pauta acerca de cómo deberá aplicarse una norma determinada al dictarse un acto por la Administración”¹⁶⁶; aquí la potestad se “concreta más bien en una instrucción interpretativa a futuro, sin perjuicio de su carácter obligatorio para los órganos sometidos a su fiscalización”¹⁶⁷.

Los dictámenes emitidos para estos efectos “tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que deberán dar a algún precepto legal”¹⁶⁸.

Este tipo de dictámenes son aquellos que, como se indicó con anterioridad, han generado controversia a partir de la sentencia Rol N° 10.499-2011 de la Corte Suprema, en donde el

¹⁶² VALDIVIA, José Miguel, cit. (n. 120), p. 350.

¹⁶³ ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, cit. (n. 119), pp. 132-133.

¹⁶⁴ VENEGAS, Marcelo, *Toma de razón, presunción de legalidad y jurisdicción*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012), p. 223.

¹⁶⁵ ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, cit. (n. 119), p. 129.

¹⁶⁶ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 126.

¹⁶⁷ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), pp. 126-127.

¹⁶⁸ PIERRY, Pedro, cit. (n. 128), p. 80.

ministro Pedro Pierry indica que no constituyen actos administrativos, postura que parte de la base de que estaríamos en presencia de “circulares, de acuerdo al concepto que el Derecho Administrativo da a esta categoría. Recordemos que en esta materia se insiste mucho en que puede haber circulares que contengan en realidad verdaderos reglamentos, pero careciendo la Contraloría de potestad reglamentaria respecto a las leyes que aplican los servicios públicos, su función en este punto es la de emitir circulares o medidas de orden interno”¹⁶⁹, y a pesar de “su carácter general, no podrían legalmente tener carácter reglamentario y, al respecto, la distinción clásica entre circulares interpretativas y circulares reglamentarias [...], ya que la Contraloría solo podría dictar circulares interpretativas, evidentemente con efecto obligatorio”¹⁷⁰.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA FUNCIÓN DICTAMINANTE DE CONTRALORÍA Y DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Como ya indicamos con anterioridad, la voz función, según la RAE, constituye una “tarea que le corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas”.

La Contraloría General de la República detenta de la función dictaminante en virtud de la cual está facultada para emitir dictámenes, labor que la ley encomienda, en su artículo 5, particularmente, al Contralor General de la República.

A través del ejercicio de la función dictaminante por Contraloría, se afirma que ella realiza un ejercicio de asesoría. Lo anterior se explica en vistas a que a través de los dictámenes se lleva a cabo una tarea de asistencia y consejo para con la autoridad administrativa frente a variados problemas que son de carácter jurídico¹⁷¹, pues consisten en pronunciamientos “sobre dudas o discrepancias relativas a la aplicación del derecho en casos concretos”¹⁷².

En otro orden de ideas, como ya analizamos, de larga data es la existencia de distintos órganos que desempeñan labores de asesoría; a lo largo de la historia han existido diversos organismos administrativos que han asesorado al poder público. A partir de esta labor se ha perfilado doctrinalmente la existencia de una función denominada consultiva.

Los órganos consultivos más patentes y que han desarrollado y ejercido la función consultiva de forma permanente e institucionalizada son los Consejos de Estado, de composición colegiada, en donde sus miembros son considerados como portadores de conocimientos técnicos o de experiencia administrativa¹⁷³.

La labor o función denominada consultiva es ejercida por determinados órganos habilitados por el ordenamiento jurídico que forman parte de la administración consultiva, pudiendo esta definirse como una “merced a la cual el ordenamiento considera la existencia de ciertos órganos de los cuales las autoridades públicas pueden someter asuntos para que expresen su parecer no

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ AYLWIN, Patricio, cit. (n. 6), p. 122.

¹⁷² VALDIVIA, José Miguel, cit. (n. 120), p. 346.

¹⁷³ FONTILLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), p. 58.

vinculante, aunque en ciertos casos el sometimiento a consulta mismo sí pueda ser obligatorio”¹⁷⁴.

En nuestro contexto jurídico nacional encontramos también diversos organismos que, como ya vimos en el capítulo anterior, ejercen funciones consultivas, a saber:

- El Senado, que da su dictamen al PdR en los casos que este lo solicite (art. 53 N° 10 CPR).
- El Consejo de Defensa del Estado, que emite dictámenes sobre materias jurídicas determinadas a petición del PdR o de algún ministro (art. 3 N° 10 LOCDE).
- El Pleno de la Corte Suprema, que informa cuando se solicite su dictamen sobre puntos sobre administración de justicia (art. 96 N° 5 y N° 6 COT; art. 77 CPR).
- El Fiscal Nacional Económico, quien emana informes solicitados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (art. 39, inc. 2, letra e) del DL 211, de 1973).

Es en este contexto en el que intentaremos dilucidar si la función dictaminante de la Contraloría General de la República, en virtud de la cual este organismo emite dictámenes, es una manifestación o ejercicio de la función consultiva. Para aquello es necesario hacer un contraste entre la misma potestad dictaminante y los órganos que efectivamente ejercen la función consultiva.

1. Acto emitido

Como ya se indicó, los órganos consultivos son aquellos a los que “el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración”¹⁷⁵.

La labor asesora que desempeñan entidades se manifiesta en la emisión pronunciamientos, los que se materializan en instrumentos denominados actos consultivos, en cuanto dan respuesta a una consulta.

Tradicionalmente los dictámenes son considerados como “la forma jurídica usual de manifestarse la actividad consultiva”¹⁷⁶, mas no la única, ya que, a modo de ejemplo, en el caso del fiscal nacional económico, vemos que este emite actos denominados informes a solicitud del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no dictámenes, pero, sin perjuicio de lo anterior, igual desempeña funciones de carácter consultivo.

Los dictámenes, como es posible ver, son emitidos por los Consejos de Estados, pero de igual manera en nuestro contexto jurídico nacional encontramos que son emitidos por el Consejo de Defensa del Estado (art. 3 de su LOC), por el Senado, quien da su dictamen al PdR (art. 53 n°10)

¹⁷⁴ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), p. 5.

¹⁷⁵ FONTILLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), p. 55.

¹⁷⁶ DROMI, José, cit. (n. 43), p. 316.

y el Pleno de la Corte Suprema, que informa cuando se solicita su dictamen (art. 96 N° 5 y 6 COT; art. 77 CPR).

Por otro lado, Contraloría también emite dictámenes en virtud de la potestad dictaminante que detenta el Contralor General. Ellos reciben aquella denominación atendiendo a su función, la función de asesorar. Es por ello que tradicionalmente se ha entendido que ellos consisten “*en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo*”, según el dictamen N° 61.817, del 12 de diciembre de 2006, y que, además, siempre suponen “un pronunciamiento acerca del derecho aplicable a una situación concreta”¹⁷⁷.

2. Contenido del acto

Debemos recordar que “los actos consultivos contienen únicamente declaraciones de opinión, juicio o apreciación que están dirigidas a auxiliar al órgano decisorio en la adopción de una resolución”¹⁷⁸, es entonces “un acto administrativo de emisión de juicio”¹⁷⁹.

El contenido del acto o finalidad del mismo puede variar dependiendo las funciones específicas que el ordenamiento encomienda al órgano consultivo. Es por ello que los dictámenes pueden tener, por ejemplo, por objeto apreciar la legalidad de una actividad que busca realizar la Administración, situación que ocurre en el Consejo de Estado español, por ejemplo¹⁸⁰, o bien, incluso valorar aspectos de oportunidad y conveniencia, lo que también se produce en el Consejo de Estado Español en los casos en donde se lo solicite la autoridad consultante o atendida la naturaleza del asunto sometido a su consulta¹⁸¹.

Dicho está que el Contralor General, a través de dictámenes, ejerce la potestad dictaminante, y mediante estos “resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular”¹⁸². Esto ha llevado a afirmar que, a través de los dictámenes, ella realiza un ejercicio de asesoría a la autoridad administrativa¹⁸³. En consecuencia, *a priori*, cabe concluir su finalidad sería asesorar.

Es de toda relevancia destacar que “la potestad dictaminante de la Contraloría es de carácter interpretativo, de modo que faculta para fijar el sentido y alcance de las normas que rigen a los órganos administrativos sometidos a su fiscalización. Así, a través de ella, el órgano de control va fijando criterios de interpretación de las leyes y reglamentos que aplican los distintos órganos de la Administración en el cumplimiento de sus funciones”¹⁸⁴; esta potestad es privativa del órgano contralor¹⁸⁵.

¹⁷⁷ VALDIVIA, José Miguel, cit. (n. 120), p. 346.

¹⁷⁸ FONT I LLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), pp. 65-66.

¹⁷⁹ MADARIAGA, Mónica, cit. (n. 45), p. 154.

¹⁸⁰ FONT I LLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), pp. 66-67.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 66.

¹⁸² BERMÚDEZ, Jorge, cit. (n. 89), p. 506.

¹⁸³ AYLWIN, Patricio, cit. (n. 6), p. 122.

¹⁸⁴ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 125.

¹⁸⁵ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), pp. 169-170.

Ya se mencionó que la interpretación consiste en un fenómeno que tiene por objeto el asignar un significado a las señales de lenguaje contenidas en un texto¹⁸⁶, pero cabe añadir a lo anterior que ella puede realizarse de dos formas: una directa y otra indirecta.

De forma directa, se busca atribuir un significado a un enunciado contenido en una disposición, que se ejerce interpretando directamente. Por su parte, podemos hablar de interpretar indirectamente en los supuestos donde el Contralor General toma razón de decretos supremos u otras resoluciones administrativas, labor que realiza luego de haber analizado la constitucionalidad y legalidad de los mismos. Lo anterior es debido que para determinar la inconstitucionalidad o ilegalidad supone que haya previamente interpretado el ordenamiento normativo utilizado en el decreto o resolución¹⁸⁷.

Por su parte, “los asuntos sometidos a los órganos consultivos suelen ser de variada y amplia naturaleza [...] que no necesariamente consisten en la interpretación de normas”¹⁸⁸. De esta forma, el ejercicio de la función consultiva por parte de los órganos que tradicionalmente se entiende que la detentan pueden realizar un ejercicio interpretativo; sin embargo, la función no se agota en interpretar.

Por ejemplo, si bien el Consejo de Estado estaba dotado de varias atribuciones que le permitían realizar asesorías, la Constitución de 1833 nunca le dio facultades interpretativas para que pudiese interpretar directamente el ordenamiento jurídico de aquella época. Lo mismo se puede predicar respecto al Consejo de Estado contemplado en la Constitución de 1823 y 1976. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que, “en teoría, el presidente de la República podía solicitarle una tal interpretación, haciendo uso de la amplia facultad de requerirle dictámenes; lo cual no consta que en la práctica hubiera sido solicitada alguna vez”¹⁸⁹.

La misma situación descrita anteriormente puede predicarse respecto a la función consultiva ejercida por Consejo de Defensa del Estado, puesto que la frase “*expedición de dictámenes que el presidente de la República o los ministros de Estado soliciten sobre las materias jurídicas determinadas*” no deja de ser amplia, de modo que, en su ejercicio, por supuesto que el órgano consultado puede elaborar diversas interpretaciones sobre algún tema específico que haya sido consultado¹⁹⁰.

Todo lo anterior, a fin de cuentas, permite afirmar que la labor auxiliar o asesora realizada por los órganos consultivos puede implicar el ejercicio interpretativo del órgano consultivo.

Sin embargo, el problema yace en que la función dictaminante de Contraloría permite llevar a cabo una labor que constituye algo más que de mera asesoría por las razones que se expondrán a continuación.

¹⁸⁶ ALDUNATE, Eduardo, *Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica*, cit. (n. 146), p. 31.

¹⁸⁷ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), pp. 23-24.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 11.

Desde sus inicios, el organismo Contralor sería protagonista del control de la juridicidad por dos vías: su potestad dictaminante y el control preventivo a través del trámite de toma de razón.

Mientras más se complejizaba la función de administración en el siglo XX finalmente el ente Contralor se transformaría en un legislador positivo en cuanto cubría las omisiones que el poder legislativo realizaba en la normativa administrativa a través de su potestad dictaminante¹⁹¹.

Además, “la práctica administrativa llevó a la Contraloría a pronunciarse en materias que iban más allá de la aplicación de la ley por parte de los organismos administrativos, transformándose en una jurisprudencia que tendió a resolver conflictos asignativos y, por lo tanto, a transformarse progresivamente en un organismo de solución de controversias, primero al interior del Estado y luego entre los particulares y el Estado”¹⁹².

De esta forma, “Contraloría determina la manera en que la legalidad se aplica a una situación específica. Entonces, no sólo interpreta, sino también califica las situaciones de acuerdo a la legalidad que resulte aplicable. En este sentido, la función dictaminante guarda estrecha semejanza con la función jurisdiccional”¹⁹³.

La potestad dictaminante ha sido, en parte, utilizada “para controlar un acto administrativo que ya ha nacido a la vida del derecho y producido sus efectos, declarándolo contrario a derecho en caso de estimar que se ha hecho una incorrecta aplicación de la normativa que lo rige por parte de los organismos emisores”¹⁹⁴.

Esta práctica permite que Contraloría revise la juridicidad de un acto ya vigente emanado por los órganos de la administración y, de esa forma, termina convirtiéndose en una especie de tribunal contencioso-administrativo¹⁹⁵.

Llegado este punto, entonces, es importante cuestionarse la verdadera función de los dictámenes de Contraloría en consideración a sus contenidos. No deja de ser llamativo que en muchos casos las decisiones de la entidad Contralora indiquen lo que es Derecho, además de obligar y afectar “de modo inmediato [...] al sujeto que se ve privado o perturbado en el ejercicio de un derecho que posee”¹⁹⁶, por ejemplo. Y es por ello que “resulta absurdo, y un error ostensible, craso, y patente, afirmar que en nuestro derecho positivo chileno vigente los dictámenes [...] son ‘meras opiniones del señor Contralor’, y que ‘carecen de fuerza resolutive’”¹⁹⁷.

Es por lo anterior que se puede afirmar que, a fin de cuentas, algunos dictámenes “son verdaderas declaraciones de voluntad, productoras de efectos jurídicos directos, que obligan -por sí mismos,

¹⁹¹ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 180.

¹⁹² *Ibid.*, p. 181.

¹⁹³ VALDIVIA, José Miguel, cit. (n. 120), p. 347.

¹⁹⁴ EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 125.

¹⁹⁵ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 181.

¹⁹⁶ SOTO, Eduardo, *Derecho administrativo temas fundamentales* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 722.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 722-723.

unilateralmente- tanto internamente dentro de la Administración como externamente a los sujetos privados relacionados con ella¹⁹⁸, puesto que, en definitiva, a través de este tipo de dictámenes Contraloría resuelve un punto de forma particular¹⁹⁹.

A estos se les debe sumar aquellos dictámenes que posibilitan un acto administrativo; estos son verdaderos actos de trámite, lo que tiene relevancia en vistas a que, por regla general, no son impugnables (ej. aquellos en donde un jefe de servicio solicita a Contraloría un pronunciamiento). En tercer lugar, aquellos que tienen por objetivo indicar a la Administración del Estado “respecto al alcance o interpretación que deberán dar a alguien precepto legal. Se trata en este caso de circulares, de acuerdo con el concepto que el Derecho Administrativo da a esta categoría”²⁰⁰.

3. Legitimación activa

La actuación de los órganos consultivos requiere de una solicitud previa de alguien legitimado para solicitar un pronunciamiento del órgano. Estos pronunciamientos usualmente son solicitados por diversas autoridades que se encuentra habilitadas por el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Por ejemplo, en el Consejo de Estado chileno, este gozaba de diversas atribuciones de carácter consultivo en relación con las facultades que detentaba el presidente de la República para solicitar su dictamen²⁰¹, misma línea que sigue actualmente el Consejo de Defensa del Estado, añadiendo a los ministros como posibles solicitantes del dictamen de aquella entidad.

En el caso de la Contraloría General de la República su potestad dictaminante admite que el mismo Contralor General para emitir dictámenes de oficio, es decir, interpretaciones a la normativa vigente sin mediar requerimiento de autoridad alguno, sino que por la sola habilitación de la ley. En efecto, y como ya se mencionó con anterioridad, existen supuestos en donde el Contralor se encuentra obligado a dictaminar de oficio, así como otros en donde la ley le da la libertad de dictaminar si lo desea, lo que dependerá, a fin de cuentas, de la materia sobre la cual eventualmente se referirá su pronunciamiento.

Aparte de la posibilidad de emitir un pronunciamiento de oficio, estos pueden ser solicitados también por órganos y funcionarios públicos junto a “particulares interesados en alguna decisión de carácter administrativo [...] Así, cualquiera persona está legitimada para realizar una presentación al órgano contralor, solicitando un pronunciamiento acerca de la juridicidad de un acto administrativo determinado”²⁰².

En ninguno de los organismos que hemos analizado se admite la participación de particulares como legitimados para solicitar un pronunciamiento de una entidad. Aunque si bien en el caso del Consejo de Estado español se permite, como indicamos en su oportunidad, a los particulares solicitar audiencia con el objeto de que sean oídos por el Consejo, solo en el caso que tengan un

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 721-722.

¹⁹⁹ PIERRY, Pedro, cit. (n. 128), pp. 79-80.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ MUÑOZ, Fernando, cit. (n. 69), p. 219.

²⁰² EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, cit. (n. 110), p. 127.

interés en los asuntos sometidos a consulta, aquello dista a lo que ocurre con Contraloría. En efecto, el supuesto del Consejo de Estado español la consulta ya fue realizada, y las observaciones que realice el particular solo tendrá eventual trascendencia en la opinión que emane de este organismo, pero no debe entenderse como una suerte de legitimación activa.

4. Funcionamiento

“Es usual que la función consultiva de una cierta trascendencia esté atribuida a órganos colectivos o de composición colegiada”²⁰³, como ocurre con los Consejos de Estado, organismos de carácter colegiado.

Los órganos cuya composición es colegiada “forman su opinión aisladamente, separadamente, sin la presencia de los órganos activos que han de ser destinatarios de la misma. El hecho de que la colegialidad deba caracterizar a los órganos consultivos responde, ciertamente, a razones claras, según el sistema: se trata de permitir ponderar los aspectos distintos de cada problema desde la perspectiva también singular que puede aportar cada uno de los miembros del colegio. Pero, sin embargo, no hay que olvidar que el hecho de la colegialidad [...], implica, en realidad, que cualquiera que sea el proceso interno de formación de la voluntad del colegio, esta voluntad se manifiesta externamente -y por tanto frente al órgano activo que consulta- como una voluntad unitaria”²⁰⁴.

Esta composición, en consecuencia, permite que coexistan varias opiniones y visiones respecto a un tema en particular, de modo que las discusiones son mucho más ricas en cuanto al contenido del acto consultivo.

Sin perjuicio de lo anterior, “el dinamismo de la vida contemporánea ha obligado a la Administración del Estado a emplear nuevas tecnologías que han superado la concepción de la antigua función consultiva, [*v. gr.*], que se estimaba conveniente instituir a cargo de órganos colegiados, por cuanto por su composición obligaba a compatibilizar diversas opiniones, garantía de equilibrio en las soluciones propuestas”²⁰⁵. En vistas a lo anteriormente expuesto, se estima que los “actuales parámetros de análisis organizacional no se sientan interpretados por las referencias desde las cuales la doctrina examinó esta función a comienzos de siglo”²⁰⁶.

De allí que se entienda que se prefiera crear entidades unipersonales que detenten de funciones de asesoría. Ejemplo de lo anterior es el caso del fiscal nacional económico quien desempeña una actividad consultiva de manera unipersonal.

En el caso de la Contraloría General de la República, la potestad dictaminante se encuentra precisamente radicada en el Contralor General de la República, es él quien detenta de esta función de “asesoría”.

²⁰³ FONTILLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), p. 69.

²⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Aspectos de la administración consultiva*, en *Revista de Administración Pública* 24 (1957), pp. 174-175.

²⁰⁵ PANTOJA, Rolando, cit. (n. 5), p. 345.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 345-346.

Si bien con el pasar de los años se ha admitido la posibilidad de que la actividad consultiva pueda ser desarrollada en una entidad unipersonal y aquello puede constituir un punto de comparación con la labor realizada por Contraloría, debe tenerse presente que la misma puede delegarse a funcionarios de la institución, cuestión que resultaría complejo de justificar si considerásemos como una manifestación de la función consultiva a la función dictaminante del Contralor.

5. Vinculatoriedad del acto

Es necesario recordar que, “en general, los órganos activos de la Administración no tienen obligación jurídica de aceptar el dictamen, o parecer, del órgano consultivo”²⁰⁷. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina distingue tres clases de pronunciamientos: los dictámenes facultativos, los informes obligatorios y los dictámenes vinculantes²⁰⁸.

“En el caso de los dictámenes facultativos, tanto la solicitud del parecer del órgano consultivo como la opinión misma contenida en él -en caso de haber sido requerida- constituyen una mera facultad para el órgano decisor. Dicho en otros términos, en este caso se está en presencia de una potestad o poder jurídico que puede o no ejercerse, tanto para solicitar el dictamen como para acatar la opinión contenida en su texto, en caso de que se hubiese solicitado ese parecer”²⁰⁹.

Esta distinción obedece a dos criterios: en primer lugar, distinguiendo la posibilidad y obligatoriedad de la administración para solicitar un pronunciamiento, siendo “facultativas aquellas consultas en que depende de la sola voluntad de la autoridad el requerirlas o no requerirlas, y obligatorias, en cambio, aquellas que por disposición de la ley deben necesariamente preceder a la emisión del acto de decisión de la administración activa”²¹⁰. En segundo lugar, atendiendo a la vinculatoriedad misma del dictamen emitido en relación con la resolución que realice la administración²¹¹.

En el caso de los dictámenes que son de carácter facultativo, la solicitud y la respuesta a la misma son de carácter facultativo, es decir, el órgano solicitante puede pedirlos o no, y una vez emanados, puede seguir o no las opiniones contenidas en el respectivo acto.

Por su parte, en el caso de los dictámenes obligatorios, pueden ser que exista o no la obligación de requerir el pronunciamiento; sin embargo, una vez emitido, la entidad consultante se verá vinculada con aquel pronunciamiento²¹².

Cabe mencionar que “este planteamiento no encaja, como se adivinará, con la figura de la consulta preceptiva que viene impuesta obligatoriamente por el ordenamiento. En estos casos, hay que admitir por fuerza que la actividad consultiva no representa estrictamente una función de verdadero asesoramiento o consejo. Al contrario, ahí es donde se manifiesta más abiertamente esa función añadida, complementaria y, a veces, incluso preponderante en el fenómeno

²⁰⁷ DROMI, José, cit. (n. 43), p. 314

²⁰⁸ MADARIAGA, Mónica, cit. (n. 45), p. 154.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 155.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 154.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, pp. 155-156.

consultivo cual es la función de garantía y que viene a desembocar, en definitiva, en un medio de control de la Administración activa”²¹³, lo que se explica en atención a que los órganos consultivos, como ya indicamos con anterioridad, no gozan de una tipología única²¹⁴.

A su vez, también cabe mencionar que “cuando el órgano activo debe resolver inexorablemente de acuerdo con el parecer del órgano consultivo, en realidad se produce una compartición de competencia decisoria entre ambos órganos o, en términos similares, se está en presencia de un acto complejo formado indisolublemente por la manifestación de juicio y la manifestación de voluntad. No hay, pues, un verdadero consejo, sino que se produce de forma consecutiva y con idéntico contenido, el binomio juicio-medida propio de la actividad de control”²¹⁵.

En el plano nacional cabe mencionar a modo de ejemplo el caso del Consejo de Defensa del Estado, cuyos dictámenes no son obligatorios o vinculantes. Lo anterior “deriva de la naturaleza de la actividad, de la que resulta imposible que el Consejo de Defensa del Estado, con ocasión de haber sido consultado por el presidente de la República o por un ministro de Estado, haya de subrogar a uno u otro en la decisión normativa que les corresponda”²¹⁶, puesto que ellos se encuentran jerárquicamente por arriba del Consejo de Defensa. En este caso, el dictamen “constituye nada más que un antecedente que el consultante puede o no tener en cuenta al adoptar una decisión de fondo sobre la materia consultada”²¹⁷.

Volviendo a la Contraloría General de la República, en virtud de los artículos 9 y 19 de su ley orgánica, se desprende que los dictámenes tienen efecto vinculante y obligatorio respecto a los funcionarios de la administración sometidos a control del órgano contralor²¹⁸.

En este sentido se afirma que los dictámenes de Contraloría tienen fuerza obligatoria respecto a los empleados públicos, e incluso, “el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado [...] acarreará la responsabilidad [...] sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda”²¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, aún cuando parezca que los dictámenes de Contraloría podrían encuadrarse dentro de aquellos actos en donde una vez solicitado el pronunciamiento del órgano estos son obligatorios, aquello no basta para indicar que la función dictaminante de Contraloría constituye una manifestación consultiva, puesto que el punto de quiebre se produce debido a que los “dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refiere, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”²²⁰.

²¹³ FONTILLOVET, Tomàs, cit. (n. 4), pp. 70-71.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 56.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 72.

²¹⁶ GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, cit. (n. 51), pp. 10-11.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁸ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, cit. (n. 91), p. 170.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, p. 171.

En consecuencia, por ejemplo, si una municipalidad realiza una consulta a Contraloría sobre la correcta interpretación de una disposición contenida en la ley orgánica de municipalidades, este pronunciamiento pedido por la municipalidad no solo le obliga a ella, sino que a todas las otras municipalidades y, en general, a todos los órganos de la administración del estado, que deberán adecuar su actuar a la interpretación atribuida por el órgano contralor a la respectiva disposición; este efecto es mucho más intenso que el que se produce con los dictámenes obligatorios, emanados por un órgano consultivo, para la entidad que pidió la consulta, puesto que este sería únicamente vinculante para el consultante, mas nunca para toda la administración.

Lo anterior no es de menor importancia, puesto que incluso permite concluir que, atendidos los deberes y atribuciones que tiene Contraloría, “si el dictamen vincula a la Administración [...] y ésta se encuentra obligada por él[,] resulta que el acto que la Administración dicte habrá necesariamente de ajustarse a aquel dictamen, pues de otro modo se encontrará con el rechazo de [Contraloría] al momento de tomar razón de él, o con la reclamación del afectado, o con la responsabilidad del funcionario por no acatar el pronunciamiento de [Contraloría]. Y si ha de ajustarse porque le vincula[,] no es la Administración quien ‘resuelve’ sino la [Contraloría], siendo aquella simple ‘estación retransmisora’, que repite lo ya ‘decidido’ por ésta”²²¹.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo de investigación se puede apreciar que el acto de solicitar asesoría es una actividad que se ha desarrollado desde antiguo tanto en la esfera pública como privada, y cuya existencia se justifica, al menos en el ámbito público, en vistas a que la falta de especialización de la administración sería una problemática por causa del desarrollo del Estado y la diversificación de actividades que este realiza a través de la administración pública.

Es este contexto en el que se comprende la relevancia que poseen los órganos consultivos, los cuales realizan una función de asesoría y consejo a la administración, desarrollando así la actividad consultiva, dentro de los que encontramos, en derecho comparado, por ejemplo, al Consejo de Estado francés y al Consejo de Estado español, mientras que, a nivel nacional, al Senado, el pleno de la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico y el Consejo de Defensa del Estado, que desarrollan la actividad consultiva en medida más o menos caracterizante.

Por su parte, se ha indicado que, tanto el Consejo de Defensa del Estado como la Contraloría General de la República, llevan a cabo la tarea de asesoría jurídica general de la administración.

En efecto, la Contraloría General de la República a través de su potestad dictaminante está habilitada por el ordenamiento para desempeñar una función interpretativa del ordenamiento jurídico vigente, precisando el sentido y alcance de la normativa con la que se rigen los órganos de la administración del Estado, razón por la que se ha indicado que a través de ella se lleva a cabo una tarea de asistencia y consejo para con la autoridad administrativa ante problemas de carácter jurídico.

²²¹ SOTO, Eduardo, cit. (n. 196), p. 726.

Sin embargo, esta labor no debe entenderse como una manifestación de una actividad o función consultiva por diversos motivos.

Los órganos consultivos que desarrollan la actividad consultiva son, en general, órganos administrativos que prestan asesoría y entregan elementos de juicio a la administración del Estado. Por su parte, la potestad dictaminante de Contraloría dista mucho de ser una labor ante la cual quepa predicar ligeramente que presta una mera asesoría una vez que comenzamos a analizar las maneras en que ella se manifiesta.

De aquel análisis se desprende la existencia de dictámenes que posibilitan actos administrativos, como también aquellos que indican a la administración cómo deben interpretarse distintos preceptos legales.

Por otro lado, la práctica histórica de Contraloría permitió en su momento suplir la inexistencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos en Chile, lo que derivó en que la entidad contralora terminara resolviendo vía dictamen casos de forma particular y específica, permitiéndole incluso a particulares solicitar su intervención.

Por ello que cabe concluir que los dictámenes no son meras opiniones o juicios en donde se fija la interpretación de la normativa, sino que pueden llegar a ser incluso actos de decisión que producen efectos en el plano jurídico.

A lo anterior se debe sumar que la jurisprudencia de Contraloría, constituida por sus dictámenes, son obligatorios para todos los órganos de la administración sometidos al control del organismo contralor, y no solo a aquel que lo solicitó, siendo que lo propio de los dictámenes emitidos por organismos consultivos, por regla general, es que no sean obligatorios para el consultante.

Dicho esto, es posible concluir que la potestad dictaminante de Contraloría no puede ser bajo ningún punto de vista entendida como una manifestación de la función denominada consultiva, puesto que goza de varias particularidades irreconciliables con las características propias de la función consultiva ejercida por los órganos consultivos.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE, Eduardo, *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* 26 (2005), 2.

ALDUNATE, Eduardo, *Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho* Número Especial (1998).

ALONSO, Enrique, *Artículo 107: El Consejo de Estado*, en Arnaldo, Enrique – Peñalver, Jesús (editores), *Comentarios a la Constitución Española* (Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2018), II.

ARGANDOÑA, Manuel, *Control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 29/30 (1980).

- ARÓSTICA, Iván, *La Contraloría hoy*, en *Revista Actualidad Jurídica* 16 (2007).
- ARÓSTICA, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en *Revista Actualidad Jurídica* 14 (2006).
- ARÓSTICA, Iván, *Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República*, en EDEVAL (editor), *XX Jornadas chilenas de Derecho público* (Valparaíso, EDEVAL, 1990).
- AYLWIN, Arturo, *Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*, en Navarro, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Editorial Conosur, 2001).
- AYLWIN, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996).
- BALAGUER, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional* (3ª edición, Madrid, Tecnos, 2008).
- BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés después de la revolución*, en *Revista Diálogos de Saberes* 27 (2007).
- BALLÉN, Rafael, *El Consejo de Estado Francés en el antiguo régimen*, en *Revista Diálogos de Saberes* 25 (2006).
- BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho administrativo general* (3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2014).
- BRAVO, Bernardino, *La función consultiva, un vacío secular dentro del régimen de gobierno en Chile 1874-1973*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 21/22 (1977).
- CÉSPEDES, Rodrigo, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001).
- CELIS, Gabriel, *El Control de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial El Jurista, 2017).
- CELIS, Gabriel, *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago, Thompson Reuters Puntolex, 2010).
- CONSEJO DE ESTADO, *Historia y sede*, disponible [en línea]: <http://www.consejo-estado.es/quees.htm>.
- CONSEJO DE ESTADO, *Introducción*, disponible [en línea]: <http://www.consejoestado.es/introduccion.htm>.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Ámbito de la función*, disponible [en línea]: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-juridica>.
- CORDERO, José, *El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944).

CORDERO, Eduardo, *La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

CORDERO, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2015).

CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista (comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después)*, en Universidad Diego Portales (editor), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010).

CORDERO, Luis, *El control de la administración del Estado* (Santiago, Lexis Nexis, 2007).

DE LA CRUZ, Alicia, *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?* (Santiago, DER Ediciones, 2019).

DRAKE, Paul, *La misión Kemmerer a Chile: Consejeros Norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932*, en *Cuadernos de Historia* 4 (1984).

DROMI, José, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma, 1973).

DUCCI, Carlos, *Interpretación Jurídica: en general y en la dogmática chilena* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).

ESPINOZA, Raúl, *El consejo de estado en Francia*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 4 (1965).

EVANS, Eugenio – POBLETE, Domingo, *Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Nosotros*, disponible [en línea]: <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>.

FONT I LLOVET, Tomàs, *Órganos consultivos*, en *Revista de Administración Pública* 108 (1985).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Aspectos de la administración consultiva*, en *Revista de Administración Pública* 24 (1957).

GUZMÁN, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2019).

GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Legal Publishing, 2013), I.

JOCELYN HOLT, Alfredo, *La Contraloría General de la República: su sentido histórico*, en *Revista de Estudios Públicos* 137 (2015).

MADARIAGA, Mónica, *Seguridad Jurídica y administración pública en el siglo XXI* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993).

MARÍN, Urbano, *La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General y su relación con la de los tribunales y de otros organismos estatales*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

MUÑOZ, Fernando, *Árbol genealógico del Consejo de Estado: el constitucionalismo autoritario en nuestra historia*, en *Revista Ius et Praxis* 2 (2010).

MUÑOZ, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (2ª edición, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2017), X: La Administración del Estado.

NAHUM, Roberto, *Conmemoración de los 85 años de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público* 78 (2013).

NAVARRO, Enrique, *Bases constitucionales de la toma de razón y la potestad dictaminante de la contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* 78 (2013).

LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Conseil du Roi*, disponible [en línea]: https://www.larousse.fr/encyclopedia/divers/Conseil_du_roi/114446#10930350.

LAROUSSE ENCYCLOPEDIE, *Curia Regis*, disponible [en línea]: https://www.larousse.fr/encyclopedia/groupe-homonymes/Curia_regis/111225.

LE CONSEIL D'ÉTAT, *El Consejo de Estado en breve*, disponible [en línea]: http://espanol.conseiletat.fr/content/download/53595/473837/version/1/file/CE_EnBref_ES_012016.pdf.

OBANDO, Iván – ALLESCH, Johann, *La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

OLIVER, Jean, *El Consejo de Estado y los órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas*, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* 98 (1997).

PANTOJA, Rolando, *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012).

PIERRY, Pedro, *Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República*, en EDEVAL (editor), *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, EDEVAL, 2006).

SILVA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).

SOTO, Eduardo, Derecho administrativo temas fundamentales (2ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2010).

VALDIVIA, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018).

VENEGAS, Marcelo, *Toma de razón, presunción de legalidad y jurisdicción*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

VERGARA, Alejandro, *El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración*, en Contraloría General de la República (editor), *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional 1927-2012* (Santiago, Contraloría General de la República, 2012).

VIVANCO, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2014), III.

JURISPRUDENCIA CITADA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 61.817 de 2006.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 24.143 de 2015.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 20.921 de 2018.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 8.552 de 2019.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 7.285 de 2019.

CORTE SUPREMA, sentencia Rol N° 10.499 de 2011.

CORTE SUPREMA, sentencia Rol N° 59.522 de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia Rol N° 41.254 de 2019.