

# EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CHILE. DESDE UN CONTROL CAUSAL DE OBJETO FORMALIZADO A UN CONTROL PLURAL DE OBJETO SUSTANTIVO

Rolando PANTOJA BAUZÁ\*

SUMARIO: I. *Del Estado prestacional al Estado subsidiario y al Estado democrático y social de derecho.* II. *El control de la administración del Estado, sus formas tradicionales.* III. *El control político o parlamentario de la administración del Estado.* IV. *El control administrativo de la administración del Estado.* V. *El control jurisdiccional de la administración del Estado y el proceso administrativo.* VI. *Análisis crítico de la visión clásica del control de la administración del Estado. La nueva realidad.* VII. *Desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo.*

## I. DEL ESTADO PRESTACIONAL AL ESTADO SUBSIDIARIO Y AL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

1. En estos cuarenta últimos años, la administración del Estado de Chile ha sufrido profundos cambios: habiéndose hecho Prestacional desde 1920, en un escenario dominado por la figura del servicio público, en 1973 pasó a ser Subsidiaria de la acción de los particulares, en los términos de la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de marzo de 1974,<sup>1</sup> para buscar situarse posteriormente como una administración democrática y social, desde el año 1991 en adelante, al asumir la civilidad la responsabilidad del ejercicio del poder político.

\* Titular de la cátedra de Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Presidente del Instituto Chileno de Derecho administrativo.

<sup>1</sup> *Anuario de Derecho Administrativo*, 1975-1976, Ediciones Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 515 y ss.

2. En efecto, al año 1970 la escena administrativa se hallaba dominada por la idea fuerza del servicio público como teoría del Estado, y así fue postulada por la doctrina y practicada por los gobiernos. De aquí que cuando el presidente Alessandri Rodríguez, estadista de reconocida vertiente liberal, y él mismo hombre del área empresarial, decidiera abordar el año 1959 el tema del agro, v. gr., no vacilara en hacerlo a través de tres grandes servicios públicos: la Corporación de la Reforma Agraria (Cora); el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (Indap), y que, asimismo, cuando el presidente Frei Montalva, de filiación demócrata cristiana, que lo sucedió en el poder en 1964, buscara resolver los problemas de la vivienda, recurriera a cuatro importantes servicios públicos: la Corporación de la Vivienda (Corvi), la Corporación de Obras Urbanas (COU), la Corporación de Servicios Habitacionales (Corhabit) y la Corporación de Mejoramiento Urbano (Cormu).

3. Al advenir al poder el gobierno militar, en 1973, se produjo un gran vuelco en las políticas económicas y sociales, pues trajo consigo una profunda transformación de la administración pública, no sólo por la intervención directa que dispuso la autoridad política en todos los sectores del país y la inestabilidad ínsita a toda declaración de interinato en el ejercicio de los cargos públicos, sino especialmente porque los teóricos del nuevo gobierno rechazaron la teoría keynesiana para exaltar el libre mercado como asignador de recursos y relegaron al Estado a un rol mínimo, que no era otro, en verdad, que el que le reconocía a él la sociedad occidental del siglo XVIII.

Este postulado importó sustentar en el país una nueva filosofía política sobre la sociedad y el Estado, desechando el principio del Servicio Público para adherir al de la Subsidiariedad del Estado, en una visión que llevó a calificar la política chilena como una experiencia nueva en América Latina, incluso constitutiva de un laboratorio montado en América Latina por la Escuela de Chicago.

Esta política económica importó entregar el espacio socioeconómico al protagonismo de los particulares, reduciendo el actuar estatal “sólo a aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los

servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”.

“El respeto al principio de la subsidiariedad supone la aceptación del derecho de propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico”, afirmó la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, de marzo 1 de 1974.

4. Vuelta la deliberación democrática al país con el presidente Aylwin (1990-1994), en 1991 las fuerzas políticas con representación parlamentaria impulsaron una profunda reforma constitucional, concretada en la Ley núm. 19.097 de ese año, que viabilizó la primera gran reforma de la administración del Estado correspondiente a los nuevos tiempos.

En efecto, ella incorporó al texto político el concepto funcional de administración para el desarrollo,<sup>2</sup> con la consiguiente alteración del esquema organizacional que caracterizaba a los modelos tradicionales aceptados por la administración chilena: el de la centralización y el de la descentralización administrativas, que giraban en definitiva en torno a la figura única del Presidente de la República, basados en el mandato constitucional que disponía que el Jefe de Estado era el titular de las funciones de gobierno y administración, y configurando ahora un organigrama administrativo distinto, pues estuvo modelado sobre la base de una administración nacional, a cargo del Jefe de Estado; una administración regional, a cargo de los gobiernos regionales; y una administración local o comunal, a cargo de las municipalidades, estos dos últimos sectores territoriales estructurados en personas jurídicas de derecho público, personas administrativas, constitutivas de autonomías constitucionales, en cuanto se hallaron y se encuen-

<sup>2</sup> Las Comisiones Unidas del Senado, en opinión luego compartida por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, concluyeron que “la función de gobierno implica la potestad de tomar decisiones y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características el poder adoptar resoluciones discrecionales”.

“A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”. Diario de Sesiones del Senado, sesión 23a., martes 6 de agosto de 1991, Discusión particular del proyecto, artículo 7o.

tran regidas sólo por la Constitución Política y sus propias leyes orgánicas constitucionales, e integradas por consejos elegidos por los concejales y por los vecinos de la comuna, por voto universal, respectivamente.

Por eso, si bien el artículo 1o., inciso 2o., de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) menciona a estos dos organismos territoriales entre aquellos que integran la administración del Estado, en su artículo 21, inciso 2o., los consagra, sin embargo, como pertenecientes a una categoría distinta de las normalmente aceptadas por ese texto normativo, precisamente como autonomías constitucionales, al sustraer a esos gobiernos y municipios de las normas generales que contempla para regir el ser y el actuar de los demás organismos de la administración pública.

Artículo 21, inciso 2o. Las normas del presente Título no se aplicarán a... los gobiernos regionales, a las municipalidades, ... órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales.

La administración chilena apareció así, en 1991, y se presenta hasta el día de hoy, modelada en tres planos organizacionales paralelos de organización y de actuación: el nacional, el regional y el local, orientados a “la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”,<sup>3</sup> y sujetos a un nuevo principio de actuación administrativa, fuertemente estimulado por la carta fundamental como articulador del nuevo sistema: el principio de la coordinación administrativa.

En este panorama, el control de los organismos de administración territorial se atribuyó, ante todo, a sus órganos colegiados: el Consejo Regional y el Concejo, al confiárseles por la Constitución atribuciones resolutivas, normativas y fiscalizadoras, estas últimas orientadas a examinar y pronunciarse sobre la forma y manera de la organización y funcionamiento de cada uno de esos servicios constitucionales.

<sup>3</sup> Véase, del autor: Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *La administración del Estado de Chile, Decenio 1990-2000*, artículo titulado: “1990-2000: Del principio de la subsidiariedad en jerarquía a la administración para el desarrollo en coordinación participativa”, pp. 5-49.

C.P.R., Artículo 102, inciso 1o. El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional.

C.P.R., Artículo 108, inciso 2o. El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras.

## II. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, SUS FORMAS TRADICIONALES

1. La historia del mundo occidental testimonia la correspondencia que han guardado los distintos regímenes políticos con las formas de control establecidas por ellos para hacer el seguimiento de la actuación de la administración pública.

Pero al margen de cualquier posición teórica que pudiese asumirse frente a la naturaleza del fenómeno administrativo, al buscar responderse a la pregunta que planteada en sus extremos importa responder a la pregunta de si su tratamiento ha de ceñirse a una visión jurídica abstracta o a un realismo jurídico, lo cierto es que el control de la administración del Estado ha sido de antiguo una función reconocidamente dependiente de la dirección, en cuanto no es una actividad que tenga existencia por sí misma. Consistiendo en una labor de revisión, de una verificación de si lo actuado se corresponde con lo decidido, que se especifica en una tarea verificadora de lo efectivamente hecho para determinar si se corresponde a lo previamente determinado por la autoridad competente, y en qué medida, al control corresponde poner de relieve los aciertos, omisiones o desviaciones en que hubieren incurrido las unidades operativas encargadas de realizar esas determinaciones emanadas de los centros u órganos de decisión administrativa, reviviendo ese eterno proceso del pensar, hacer y revisar.

Con razón, desde esta perspectiva, algunas entidades superiores de control externo representan su actividad por medio de un ojo abierto al mundo exterior, en actitud de observación de lo que ocurre fuera de ellas o de lo que se ha hecho por los agentes administrativos.

La escuela administrativa del proceso administrativo, que tanto auge cobrara en América en la década de 1960, destacó justamente esa interdependencia en las instancias de hacer bien las cosas, al sistematizar el fenómeno general administrativo en por lo menos tres grandes fases inter-

conectadas e interactuantes entre sí en un permanente ciclo retroalimentativo: la planificación, la dirección y el control.<sup>4</sup>

2. Desde el ángulo jurídico, la perspectiva clásica, que encuentra su fuente en la tradición francesa, confirma la sujeción del control de la administración a la convicción sociológica que domina en un determinado momento histórico, distinguiéndolo, atendidos los parámetros de la época, en control político o parlamentario, administrativo y jurisdiccional, que se corresponden con las tres grandes funciones constitutivas del Estado constitucional en su institucionalidad moderna.

3. Modelado el Estado constitucional en torno a la soberanía radicada en la nación, la Asamblea legislativa pasó a ocupar el primer preeminente del Estado constitucional, desde luego en tanto único órgano creador original de derecho-derecho, relegando a un segundo plano a la administración, concebida como simple actividad de ejecución de la ley, en una dirección que habría de mantenerse hasta principios de 1900, y habilitando en ese sentido al órgano legislador para controlar su comportamiento con miras a hacer efectiva, si cabía, la posible responsabilidad política de los ministros por conductas ilegales realizadas en el ejercicio de sus funciones.

4. El control administrativo, normalmente de naturaleza jerárquica, no presentaría los matices y complejidades que sí presentó el control jurisdiccional, al tomar dos direcciones en su expresión francesa, que en definitiva se hizo también europea.

En una primera dirección, se concretó en los tribunales de cuentas; desde el 24 de mayo de 1872, a estas magistraturas habría de agregarse la justicia administrativa, en cuanto sistema de solución de conflictos jurídicos suscitados entre la administración y los particulares.

a) Es sabido, en efecto, que en la Europa monárquica el control se institucionalizó en organismos especializados denominados tribunales de cuentas, llamados a examinar el uso de los dineros estatales. Se ha recordado, y

<sup>4</sup> Véase Koontz y O'Donell, *Curso de administración moderna: un análisis de las funciones de la administración*, McGraw-Hill, Colombia, 1974.

con razón, que “La fórmula de los legistas según la cual “toda justicia emana del rey”, significa que el rey es el titular de la justicia y que si algunas veces delega el derecho de juzgar puede recuperarlo en cualquier momento para ejercerlo por sí mismo, pues le pertenece a título personal. Con todo, habrían de manifestarse claras tendencias orientadas a distinguir la función administrativa de la judicial. Hasta mediados del siglo XIII, los reyes se hicieron asistir en sus funciones por la Curia Regis, compuesta por los grandes señores y los obispos (...), cuerpo colegiado que desde esa época en adelante dio origen a un Gran Consejo, encargado exclusivamente de los asuntos gubernamentales y legislativos; a la Corte de Cuentas, que se ocupaba de los asuntos financieros, y los parlamentos (tribunales), que conocían de los asuntos de justicia de los particulares”.<sup>5</sup>

La Corte de Cuentas habría de constituirse en el antecedente histórico de los actuales tribunales de cuentas, magistraturas que habrían de constituirse por largo tiempo en los órganos de control por excelencia de la administración en el mundo occidental, particularmente en Europa y en los países latinoamericanos de la Costa Atlántica, al ser llamados a velar por la correcta inversión y gasto de los dineros públicos.

Estos tribunales o juzgados de cuentas habrían de dar paso a un organismo administrativo de control externo en los países de la costa del Pacífico, al implementarse en ellos las recomendaciones de la Misión Kemmerer. Por los años 1920 y siguientes se crearon en estas naciones las contralorías generales, instituciones que absorbieron a aquellas magistraturas y que se establecieron con propósitos de normalización de informaciones administrativas relevantes, pero particularmente para ejercer el control del ejercicio presupuestario por parte del Ejecutivo, mediante la implantación de un sistema de fiscalización financiera, que inicialmente asimiló la experiencia de los tribunales de cuentas.

b) A su vez, al completar Francia, en 1872, el ciclo evolutivo de la institucionalidad liberal individualista que había concretado por medio del Estado moderno en vías de juridización, en ese decidido y profundo rescate de los valores de la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión que sus banderas impusieron en la Europa occidental de comienzos del siglo XIX, el pensamiento jurídico de la época habría de presentar el

<sup>5</sup> Chevallier, Jacques, *L'elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, LGDJ, 1970, p. 44.

control escindido en aquellos tres grandes grupos hechos suyos prácticamente en forma unánime por la doctrina *ius* administrativa de Europa y Latinoamérica: el político, el administrativo y el jurisdiccional, este último recién incorporado con especificidad propia a la institucionalidad francesa por la ley de 24 de mayo de aquel año, en una organización desconcentrada de la administración, surgida bajo el axioma de que *juger l'administration c'est encore administrer*, aplicación propia de Francia de la teoría montesquieuana, como una Separación de Poderes, que implicó, *a priori*, negar competencia a las autoridades judiciales para conocer de todo acto administrativo, de cualquier especie que fuere, como disponía la ley del 16 frutidor año III, y rechazar *a priori* la posibilidad de admitir la interposición de demandas civiles en contra de las autoridades administrativas por agravios imputables a su actuar administrativo.

Por eso, los tribunales administrativos, en su calidad de integrantes privilegiados, desconcentrados, de la administración, representaron la consagración de una nueva justicia, y simultáneamente, por aquella razón de origen, de una nueva forma de control, el control jurisdiccional, llamado a pronunciarse directamente sobre los conflictos surgidos del actuar de la administración pública, con atribuciones para darles una solución obligatoria para las partes del juicio.

La justicia administrativa habría de impactar hondamente al mundo intelectual de la época, llevando a decir al profesor Adolfo Merckl que “el medio más propio de fiscalización administrativa, lo constituye la justicia administrativa, un hallazgo jurídico moderno”, en expansión en el mundo occidental.<sup>6</sup>

### III. EL CONTROL POLÍTICO O PARLAMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El control político ha experimentado una recesión en Chile, como consecuencia de diecisiete años de gobierno militar, no obstante el impacto que su ejercicio causa en la opinión pública en democracia, por el grado de espectacularidad que alcanzan sus denuncias.

<sup>6</sup> Merkl, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 469 y 470.



Esta limitación de atribuciones parlamentarias, unida a la férrea tradición legalista del país, ha producido algunas discordancias institucionales promovidas por diputados y senadores, quienes se han dejado llevar por una definida inclinación por adquirir protagonismo ante la ciudadanía.

Esta situación deriva de las restricciones impuestas por el texto constitucional de 1980 al Congreso Nacional, las que no han sido modificadas hasta el día de hoy.

*Artículo 48.* Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1. Fiscalizar los actos del gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, debiendo el gobierno dar respuesta por medio del ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. En ningún caso, dichos acuerdos u observaciones afectarán la responsabilidad política de los ministros, y la obligación del gobierno se entenderá cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta.

Como puede advertirse, la función de control político de la administración se halla radicada en la Cámara de Diputados, no en el Senado ni en los diputados individualmente considerados, como se ha querido desprender de esa disposición.

El Senado tiene prohibido fiscalizar al gobierno. “El Senado —dispone el inciso final del artículo 49—, sus comisiones y sus demás órganos, incluidos los comités parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del gobierno ni de las entidades que de él dependan, ni adoptar acuerdos que impliquen fiscalización”,<sup>7</sup> norma que también se ha obedecido con matices por los senadores.

<sup>7</sup> No obstante, tratándose de la obligación impuesta a “Los organismos de la administración del Estado de proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos”, por el artículo 9o. de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, el campo administrativo de sujeción es distinto y mayor que el determinado para la fiscalización, ya que está referida en forma amplia a “Los organismos de la administración del Estado” y no restringidamente al “gobierno”, como dice la Constitución tratándose la fiscalización política. La aplicación de estas normas, constitucional la una, legal la otra, ha derivado en serios problemas para aquellas entidades que se estiman naturalmente al margen de la fiscalización parlamentaria por constituir autonomías constitucionales y a las que sin embargo se las estima sometidas al deber de informar, que a veces se ejerce sobre temas

Ejercida por la Cámara de Diputados, presenta no obstante un factor de conflicto institucional y dos grandes limitaciones, que han enturbiado su aplicación:

- Es un factor de conflicto, en verdad, en el control político, la contradicción que implica tener establecido para su ejercicio, por una parte, un claro marco constitucional de acción, y que la Cámara de Diputados, por el otro, no obstante esta demarcación, haga uso del derecho general de información que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional le autoriza ejercer a ella y al Senado sobre la administración del Estado en general, para extenderlo a la obtención de datos internos de organismos que no se encuentran afectos a dicho control, y que sí lo están, se ha concluido, al deber de informar, ya que con esta actitud se prohija la acción encubierta de control al vestirla con ropajes de información, lo que ha acarreado, por cierto, asperezas institucionales, desconcertantes para la ciudadanía y en rigor de verdad, innecesarias e infundadas.

Es decir, él está referido solamente a los ministerios y a los servicios centralizados y descentralizados, sin extenderse a aquellos de distinta naturaleza que éstos, como es el caso de los organismos constitucionalmente autónomos. Por eso se ha desechado por improcedente, por ejemplo, el control parlamentario sobre las municipalidades, en tanto y en cuanto estas corporaciones edilicias son órganos que no dependen ni se relacionan con el Jefe de Estado, no constituyen “Gobierno”.

- Presenta restricciones también el control político de la administración pública en Chile, tanto porque sólo puede concretarse mediante la adopción de acuerdos o la sugerencia de observaciones al presidente de la República, sin que el contenido de la respuesta gubernativa pueda ser evaluada por la entidad controladora, al prescribir el Código Constitucional, expresamente, que la obligación de contestar a la Cámara que pesa sobre el gobierno “se entenderá cumplida

que son propios de la estrategia o gestión internas del servicio y no de su función ante la sociedad. Ahonda esta tensión, el hecho de que las Cámaras entiendan que la potestad de fiscalizar es una cosa y la potestad de requerir información otra diferente, porque afirma un criterio que sujeta de diferente manera a los organismos administrativos a la potestad política del Congreso Nacional.

por el solo hecho de entregar —éste— su respuesta” en la Oficina de Partes de la Cámara, independientemente del contenido de que de cuenta esa contestación, cuanto porque el artículo 48, numeral 1o., del Código Político, que lo establece, en su interpretación aceptada, lo hace abarcar sólo a los organismos que dependen o se relacionan con el Presidente de la República.

Es cierto que ha habido una serie de iniciativas encaminadas a perfeccionar el control parlamentario sobre la administración que regula el artículo 48, numeral 1o., del Código Político, pero ninguna de ellas ha fructificado hasta ahora.

#### IV. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

1. El control administrativo, en cambio, se ha mostrado extraordinariamente dinámico y vigoroso, particularmente el control externo, radicado por la Carta Política en la Contraloría General de la República.<sup>8</sup>

2. Al día de hoy constituye una opinión generalmente admitida que el control administrativo en Chile ha de clasificar, ante todo, en control interno y control externo, atendiendo al órgano que lo realiza.

La clarificación de los campos de acción de uno y otro tipo de fiscalización se remonta a antecedentes que datan de los años 1975 y 1977, en que concretas circunstancias jurídicas permitieron alcanzar una precisión conceptual y legal que luego fue consagrada por la Constitución de 1980 en su artículo 87, dándole estabilidad, y mantenida por el Congreso Nacional en todas las oportunidades en que ha debido analizar este tema. Esta clarificación se dio en dos etapas:

- La primera se produjo el año 1975, a propósito de la elaboración del proyecto de Ley de Administración Financiera del Estado, y tuvo como protagonistas a profesionales del ministerio de Hacienda, que llevaban la iniciativa de ley, y de la Contraloría General de la República, órgano de control financiero de la administración pública chilena que fiscalizaría su cumplimiento.

<sup>8</sup> Véase, mi libro: *El derecho administrativo, clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, párrafos 63 a 66.

- La segunda fue la precisión que incorporó a esa ley el Decreto Ley núm. 2.053, de 1977, respecto de los tipos y los campos de acción propios del control financiero del Estado, distinguiendo el control interno del control externo.

El punto de partida de esta evolución, como se ha anticipado, se encuentra en los artículos 52 y 53 del Decreto Ley núm. 1.263, de 1975, Ley de Administración Financiera del Estado, que definieron el control financiero, considerándolo como de naturaleza genérica y referido a establecer “los costos, rendimientos y resultados” de la actividad del Estado, el que confió a la Contraloría General de la República, señalándole, como metodología aplicativa de esta fiscalización, lo que denominó “auditoría operativa”.

*Artículo 52.* Corresponderá a la Contraloría General de la República ejercer el control financiero del Estado. Dicho control se ejercerá fundamentalmente mediante la auditoría operativa, que fiscalizará los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos y las recaudaciones de los ingresos del Estado o de las entradas propias de las instituciones y servicios públicos.

*Artículo 53.* La Contraloría General de la República podrá exigir a los servicios públicos sujetos a su fiscalización, los informes necesarios que le permitan el adecuado análisis de los ingresos, gastos, costos, rendimientos y resultados de su gestión.

Ahora bien, el distingo entre control interno y control externo, así como la precisión de sus respectivos campos de acción, habría de producirse dos años después, en 1977, como consecuencia del debate habido al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), a raíz de haberse requerido a este órgano consultivo, por parte del Presidente de la República, la elaboración de un Acta Constitucional que determinara la organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

Siguiendo sus procedimientos internos, la CENC invitó a exponer sus puntos de vista al Contralor General de la República y a las autoridades del área.

El Contralor General, en lo que interesa, junto con exponer el punto de vista de la Contraloría General sobre qué entendía ella por control de la administración del Estado y qué extensión y profundidad le asignaba, in-

cluso propuso su ampliación al contencioso anulatorio,<sup>9</sup> desarrolló las facultades que en su concepto asistían a ese organismo en su calidad de órgano de control externo de la administración pública, para ejercer sobre ella controles de eficiencia, eficacia y de costos-resultados, adhiriendo así, aclaró, a las recomendaciones de la Internacional Organization of Supreme Auditing Institutions y de la Organización Latinoamericana de Entidades Fiscalizadoras Superiores, a las cuales pertenecía, entidades que en sus congresos internacionales se inclinaban por superar el simple control formal, de normas y procedimientos, de la administración, para ocuparse de aquellos otros factores de la vida administrativa que contribuían de mejor manera a obtener el cabal cumplimiento de los objetivos del Estado.

“En el gobierno del señor Frei Montalva —explicó el contralor Héctor Humeres Magnan, en la sesión 307a. de las celebradas por la Comisión de Estudio, de 26 de julio de 1977—, a raíz de una experiencia recogida en Inglaterra sobre la realización del control de rendimiento se empezó a aplicarlo también en Chile, incluso por recomendación de la comisión que asesoraba al Presidente de la República en cuanto a la racionalización de la administración pública”. Porque, agregó, Chile pertenece a la “agrupación de entidades fiscalizadoras superiores, cuya sigla es Intosai, y en América Latina al Cladef”, que son las organizaciones que “fijan las normas” a que ha de sujetarse el control de la administración pública, lo que le facilita, además, “conocer al instante lo que sucede en los demás países” y actualizar sus métodos de trabajo.<sup>10</sup>

La Contraloría General se sentía cómoda moviéndose en este terreno. En 1971 había dado a conocer la nueva política de control implantada como guía de su acción, que era de profundo contenido social,<sup>11</sup> y en 1975 la Ley de Administración Financiera del Estado, seguida por la Ley Orgánica de

<sup>9</sup> La intervención del señor Héctor Humeres Magnan, Contralor General de la República, se recoge en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, pp. 1392 y ss.

<sup>10</sup> Actas Oficiales, sesión 307a., celebrada el martes 26 de julio de 1977, pp. 1406 y 1408.

<sup>11</sup> En virtud de su autonomía, la Contraloría determina unilateralmente sus políticas de control. Véase, en lo específico: Contraloría General de la República, Memoria correspondiente al año 1972, Santiago de Chile, 1973. Los principios de esa nueva política fiscalizadora fueron seis: la interpretación finalista de la ley; la protección de valores jurídicos esenciales; la fiscalización educativa; el control de eficiencia; el desarrollo y estímulo del control interno de cada servicio, y la integración activa al fin del Estado.

Municipalidades, le había otorgado el ejercicio de un control de eficiencia, eficacia y de costos y resultados que satisfacía sus planteamientos, sin que su actuar hubiere merecido observación alguna por parte del gobierno militar. Antes bien y por el contrario, uno de los más importantes documentos del gobierno la situaban en un lugar estratégico dentro de la en ese entonces nueva institucionalidad postulada como futuro del país,<sup>12</sup> y en las reuniones celebradas el año 1974 para el estudio de la nueva Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, sólo había recibido adhesiones a la posición por ella definida como oficial.

Sin embargo, desconocía que a nivel ministerial la óptica era diferente. Vino a advertirlo sorpresivamente en las sesiones de la CENC para debatir el contenido del Acta Constitucional que habría de regirla, donde se encontró con una cerrada oposición gubernativa a sus puntos de vista, que la llevó incluso a modificar sus programas anuales de control.

La oposición surgió primero del ministro director de la Oficina de Planificación Nacional, quien afirmó que la acción planificadora abarcaba “dos acciones: la de control, que le es propia, y la de evaluación de lo planeado”, añadiendo: “No sería políticamente conveniente que una persona que maneja una institución descentralizada... sea el ente crítico y evaluador de la gestión personal del Presidente de la República, que es quien tiene la responsabilidad de dirigir al país”.

Le siguió en el uso de la palabra el ministro presidente de la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa, quien sostuvo que de conferirse a la Contraloría General facultades de control sobre la eficiencia, eficacia y costos y resultados sobre la administración, ella “dejaría al Ejecutivo, prácticamente, en una posición de no poder operar”, significaría “crear un poder que sobrepasaría incluso al propio Poder Ejecutivo en materia administrativa”.<sup>13</sup>

“Si se traslada el concepto de eficiencia o eficacia a la administración del Estado, y si además el control no es restringido sino entendido en el sentido amplio de la palabra, y se trata de hacer esta medición de eficien-

<sup>12</sup> El Objetivo Nacional de Chile, aprobado por Resolución Presidencial núm. 3.102, de 23 de diciembre de 1975, dispuso al respecto: “El nuevo régimen político institucional se fundará en el ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva, judicial y *contralora*, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de una adecuada interrelación”.

<sup>13</sup> Actas, sesión 310a., celebrada en miércoles 3 de agosto de 1977, pp. 1453, 1454 y 1458.

cia, se produce un lío más o menos grande —expresó enseguida el ministro de Economía—, porque para medir la eficiencia en primer lugar hay que tener muy claros los objetivos, la prioridad de objetivos, o por lo menos saber cuánto se está dispuesto a dar para sacrificar determinado objetivo. Todo ello incluye juicios políticos; no es una cuestión mecánica. ¡Cómo alguien ajeno al quehacer político, revestido de lo que se podría llamar un velo técnico, puede juzgar eficiencia o eficacia en entidades o en problemas de esa magnitud!”

Asignar a la Contraloría General este tipo de control es transformarla “en un organismo coadministrador”, añadió el fiscal del Banco Central: “la eficacia y la eficiencia la debe medir el gobernante, pues él sabe los objetivos y las misiones que ha señalado a los distintos entes públicos... por otra parte, la eficacia o eficiencia de un gobierno la mide el o los generadores del poder político”, pero no un organismo externo, lo que “un Estado moderno, en lugar de darle eficacia, la resta”.<sup>14</sup>

Al ministro de Hacienda le mereció “especial reparo el control administrativo en cuanto la Contraloría lo plantea como un mecanismo para determinar la eficiencia en el manejo de los recursos y la eficacia en el logro de los fines de los organismos que están bajo su control. Esta función implicaría entregar a la Contraloría atribuciones para evaluar la acción política de los órganos del gobierno, lo que no contribuye a la mantención del Estado de Derecho; en cambio puede constituir un elemento que distorsione el manejo de la administración... en el hecho —la Contraloría— tendría más poder que el Presidente de la República, lo que le parece inaceptable”. La función fiscalizadora del sistema de administración financiera, agregó, “debe limitarse a controlar el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias que la regulen”.

Para él, “sólo por la vía de la interpretación ... podría decirse que ese precepto —que se ha citado por la Contraloría— le da facultad para juzgar, o para enjuiciar más bien, los resultados o rendimientos de los entes fiscalizados. La idea —del proyecto de ley— consistía, precisamente, en efectuar una auditoría donde se estableciera: “Se entregaron tantos fondos, se les dio tal uso, y éste es el resultado”, sin pronunciarse sobre si el resultado era bueno o malo; es decir, presentar la información para que el Ejecutivo procediera”.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Actas, sesión 311a., martes 16 de agosto de 1977, pp. 1482, 1483 y 1487.

<sup>15</sup> Actas, sesión 313a., martes 30 de agosto de 1977, pp. 1518 y 1524.

Estas exposiciones pusieron de relieve el hondo desencuentro que separaba los puntos de vista de la Contraloría General del parecer de los representantes del gobierno frente al ámbito de control de la Contraloría General de la República.

Mientras el Contralor General afirmaba que el “control de rendimientos dio muy buenos resultados. O sea, no se trataba de ir a los servicios a efectuar un arqueo de caja, ver si los funcionarios cumplían los horarios, etcétera, sino de medir un trabajo: medir cuáles habían sido los propósitos y cuáles los resultados”;<sup>16</sup> el ministro de Hacienda, que es con quien se relaciona la Contraloría con el Presidente de la República, manifestó que él no conocía informe alguno de esta naturaleza que hubiera emitido la Contraloría<sup>17</sup> y el ministro de Economía, junto con estimar “extremadamente peligroso” el control de eficiencia o eficacia, recordó el problema que se había presentado en su sector con un informe del Organismo Contralor recaído en la venta de un gallinero en la zona de Concepción: “un techo, un galpón, cosas así”, en que, “un poco llamando a escándalo”, el Organismo Contralor había objetado la venta arguyendo que “la finalidad que tuvo en mente el gobierno... era poner ahí un gallinero —por lo tanto— el objetivo no se cumplió... no se podía vender —sostenía el informe, lo único que cabía era— ponerlo en marcha”, sin reparar en el hecho de que la actividad de los gallineros estaba deprimida en la zona y no era aconsejable seguir adelante con la idea original.<sup>18</sup>

3. Atendido este desencuentro, y hallándose cuestionadas las facultades de fiscalización de la Contraloría, “por parte no sólo de los señores ministros y fiscales invitados, ... —sino— además por parte de los miembros de la Comisión en forma prácticamente unánime”, el señor Jaime Guzmán solicitó “a los señores ministros del sector económico un proyecto alternativo frente al que la Contraloría ha propuesto”, que precisara las atribuciones del organismo contralor, ya que no correspondía a la CENC atribuir facultades a los organismos públicos, sino sólo sistematizar o normalizar las existentes.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Actas, sesión 307a., martes 26 de julio de 1977, p. 1407.

<sup>17</sup> Actas, sesión 313a., martes 30 de agosto de 1977, p. 1525.

<sup>18</sup> Actas, sesión 311a., martes 14 de agosto de 1977, pp. 11482, 1483.

<sup>19</sup> Actas, sesión 311a., martes 16 de agosto de 1977, p. 1496.



4. Esta precisión se contuvo días después en el Decreto Ley núm. 2.053, de ese mismo año 1977, del ministerio de Hacienda, que reemplazó los artículos 52 y 53 del anterior DL núm. 1.263, Orgánico de la Administración Financiera del Estado, con el definido propósito de eliminar la facultad de controlar los costos, rendimientos y resultados de la administración, por parte de la Contraloría General, para confiándosela al propio Poder Ejecutivo, y circunscribiendo el campo del control externo sólo a la fiscalización del “cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias”. Dispusieron los nuevos artículos 52 y 53:

*Artículo 52.* Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos, son funciones que competen a la administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo.

*Artículo 53.* La Contraloría General de la República podrá exigir a los servicios públicos sujetos a su fiscalización, los informes necesarios que le permitan la comprobación de los ingresos y gastos correspondientes a su gestión.

La Constitución Política aprobada y plebiscitada el año 1980 haría suya esta óptica del legislador de 1977. De aquí que previniera en su artículo 87:

*Artículo 87.* Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República *ejercerá el control de la legalidad de los actos de la administración*; fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

5. Al día de hoy, la Contraloría General de la República se mantiene como miembro activo de la Intosai y de la actual Olacefs, y ha enriquecido

la doctrina de control aprobada el año 1971 por el contralor Héctor Humeres, adicionándola con lo que denomina Doctrina Institucional, documento oficial al cual ha incorporado la defensa del Principio de la Probidad Administrativa, ampliando su competencia legal: interpretar y fiscalizar el Estatuto Administrativo, hacia todas aquellas materias que puedan verse tocadas por posibles focos de corrupción, incluyendo actividades privadas.

En un proyecto de reforma legal, aprobado el año 2002 como ley núm. 19.817 de la República, la Contraloría General presentó oficialmente esta idea al Parlamento, ampliando, para estos efectos el concepto de auditoría, propio del campo financiero, al ámbito de la probidad administrativa, en una búsqueda de escaparse de los criterios jurídicos que enmarcan constitucionalmente su acción, para entrar a ámbitos funcionales que le otorguen mayor flexibilidad de análisis.

Dispone el actual artículo 21 A de la Ley Orgánica de la Contraloría, luego de la modificación que le introdujera la Ley núm. 19.817, de 2002:

*Artículo 21 A, inciso 1o.* La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Con este precepto, se modificó el alcance del artículo 61, inciso 1o., de la LOCBGAE, que confiaba el control de la probidad administrativa a los órganos de control interno de los servicios y mantenía esa fiscalización a la Contraloría en los mismos términos entonces vigentes, esto es, circunscrito al de las disposiciones del Estatuto Administrativo, pues atribuyó también al Organismo Contralor la facultad de efectuar “auditorías con el objeto de velar por... la probidad administrativa”.

*Artículo 61.* Las reparticiones encargadas del control interno en los órganos u organismos de la administración del Estado tendrán la obligación de velar por la observancia de las normas de este Título, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

Como puede advertirse, el objeto de las auditorías reguladas por este artículo 21 A, inciso 1o., abarca tres ámbitos claramente diferenciados: el primero es el cumplimiento de las normas jurídicas, lo que responde a los criterios legal y reglamentario admitidos en los años 1977 y 1980 como patrones reguladores del control externo; el segundo es el resguardo del

patrimonio público, que amplificado puede asimilarse en cierto modo, aunque no identificarse, con la fiscalización de ingresos e inversión de los fondos públicos a que alude el artículo 87 de la Constitución Política, y “la probidad administrativa”, donde sí hay una abierta innovación, por considerarse entonces, a la probidad administrativa, como una materia fiscalizable diferente de “las normas jurídicas” y del “resguardo del patrimonio público”, que en este carácter genérico, sin orillas, se somete a “auditorías” que velen por su “cumplimiento”.

Según un antiguo axioma jurídico, cuando la ley ha definido una palabra para ciertas materias, ha de dársele en éstas su alcance legal. Pues bien, el principio de la probidad administrativa se encuentra regulado por la LOCBGA, y al él sin duda se extiende el control de la Contraloría General de la República según la Ley núm. 19.817, de 2002, aunque en sus mismos términos, los que permiten una amplia interpretación, por consistir en conceptos jurídicos indeterminados.

*LOCBGAE, Artículo 52, inciso 2o.* El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

*LOCBGAE, Artículo 53.* El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa en conformidad a la ley”.

El Senado de la República acusó dudas sobre el alcance de la proposición inicial de la Contraloría General. Por ello, solicitó informes en derecho, entre otros, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sobre el proyecto de ley que pendía de su estudio. En su informe, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento hizo suyas las observaciones formuladas por la cátedra de Derecho administrativo de esa Facultad, en orden a que el marco constitucional delimitador del actuar del organismo contralor lo circunscribía a parámetros de legalidad y no de oportunidad o contenido discrecional de la actuación administrativa, al

prescribir que “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República *ejercerá el control de la legalidad de los actos de la administración*”, en el *iter* de la evolución que se ha reseñado precedentemente.

Como resultado de esos dos puntos de vista en definitiva discrepantes: el del proyecto y el de la Universidad de Chile, el Senado aprobó el indicado artículo 21 A, cuyo propósito, claramente expresado en las actas correspondientes a esas sesiones, estuvo determinado por la voluntad legislativa de confirmar el alcance del artículo 87 del Código Político, impidiendo interpretaciones posteriores que pudieran desconocer su claro tenor.

Según este artículo 21, pues, a través de las auditorías que autoriza realizar, “la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; *fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado*, particularmente las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; *verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos* y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte”.

Confirmando la tesis histórica del control en Chile, el nuevo artículo 21 B agregado a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General, la Ley precisó: “La Contraloría General, con motivo del *control de legalidad* o de las *auditorías*, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

## V. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y EL PROCESO ADMINISTRATIVO

1. En la actualidad, el control jurisdiccional como tal, no es considerado en el campo de las ciencias jurídicas como una prolongación especializada de la función administrativa de control o fiscalización de la administración que tuvo en el pasado, en que al hacerse hincapié en el control como un concepto genérico caracterizado por el examen del hacer administrativo con vistas a determinar la licitud o ilicitud de la conducta observada por la administración, se privilegiaba la finalidad jurisdiccional propia de la función de control, no importando si ella se realizaba por un órgano político, administrativo o jurisdiccional.

El control llamado jurisdiccional es, en verdad, una actividad propiamente juzgadora, integrada a la teoría del proceso, al margen de la disciplina jurídica en que se radique su estudio.

2. Incluso en Francia, donde surgió esta perspectiva por efecto de su característica manera de asimilar la teoría montesquievana, desde hace ya tiempo, por decirlo así, el contenido administrativo no se piensa como una actividad de control o fiscalización administrativas, considerándose, *nemine discrepante*, que constituye el ejercicio de una función propiamente juzgadora de carácter especializado, independientemente de cuál fuere el concepto que se tenga sobre la forma de organización del sistema.

3. Por otra parte, la madurez alcanzada por la teoría procesal desde comienzos del siglo XX, gracias a los destacados aportes doctrinales, en particular de los juristas italianos, donde se inscriben las célebres obras de Chiovenda y Carnelutti, ha hecho rescatar a la teoría del proceso las bases sustantivas de los diversos sistemas de solución de los conflictos jurídicos que se articulan dentro de la sociedad, contribuyendo desde este punto de vista a consolidar esa independencia reconocida a la justicia administrativa, aislándola de lo que fue su tronco administrativo original, para incluirla conceptualmente en uno más de los varios tipos de procesos que admite el Estado de Derecho, en tanto y en cuanto titulariza a un sujeto jurídico para llevar a la autoridad administrativa ante un juez imparcial para obtener con fuerza coactiva la satisfacción de un agravio infringido a su esfera subjetiva, al margen de que su estudio se radique en el derecho administrativo o en el derecho procesal.

4. En el derecho hispano, con profunda influencia en el derecho de habla castellana y portuguesa, es conocido el extraordinario y fructífero aporte realizado en esta dirección, desde hace muchos años hasta hoy, por el profesor Jesús González Pérez, pionero de este tratamiento en el derecho iberoamericano.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Véase su *Derecho procesal administrativo*, t. I, 1955; t. II, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España. En el año 2003, el profesor González Pérez presentó un anteproyecto de Código Procesal Administrativo tipo para Iberoamérica, en el que recoge: “los principios generales que informan este sector del Ordenamiento, decisivo en todo Estado de derecho”.

5. En todo caso, la experiencia francesa ha sido y es modélica, y a ella se debe el haber dado consistencia conceptual y operativa a un ámbito jurisdiccional que por primera vez en el mundo entró a juzgar al poder político para encauzarlo por las vías del derecho.

Este control jurisdiccional, es sabido, fue estructurado definitivamente en Francia por el legislador de la III República, en la Ley de 24 de mayo de 1872, al dar independencia juzgadora al Consejo de Estado, cuyo rol creador de jurisprudencia, junto al Tribunal de Conflictos, no puede silenciarse en el derecho francés, atendido el decisivo papel que ha jugado en el campo del derecho desde entonces hasta ahora.

*Ley de 24 de mayo de 1872, artículo 9o.* El Consejo de Estado estatuye soberanamente en los recursos en materia contenciosa administrativa y en las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas.

Su labor ha sido notoria en su rol garantizador de la recta aplicación del derecho objetivo y del respeto a los derechos subjetivos de las personas.

Vela por el derecho objetivo, porque la ley del 7-14 de octubre de 1790, que había consagrado al recurso por exceso de poder como una simple reclamación de nulidad por vía administrativa en contra de los actos administrativos por causal de incompetencia, por efecto de sus arrêts habrá de verse amplificado ahora en el número de los titulares de la acción, el tipo de actos impugnables y las causales de nulidad —incorporando a la incompetencia inicial, el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de ley—, haciéndola ser una real acción procesal de defensa del derecho objetivo.

Como lo expresó el Comisario de Gobierno, Pichat, en los autos Lafage, de 1912, el recurso por exceso de poder es “un instrumento puesto al alcance de todos para la defensa de la legalidad”, en caso de ser desconocida por la autoridad administrativa. “En realidad —dicen Long, Weil y Braibant—, el Consejo de Estado no admite que el contencioso del exceso de poder tenga un carácter subjetivo semejante al contencioso de plena jurisdicción, que es de carácter indemnizatorio. Rechaza, por lo tanto, que pueda desenvolverse procesalmente como éste, entre partes”. “El recurso por exceso de poder ha permanecido en el tiempo como un proceso de legalidad contra el acto y la sentencia anulatoria que en él se dicta produce efectos *erga omnes* y no sólo respecto del recurrente”.

Actualmente, expresa el profesor De Laubadère, el recurso por exceso de poder aparece como el instrumento por excelencia del control de la legalidad administrativa. Tiene el carácter de derecho común en materia impugnatoria, esto es, procede en contra de todo tipo de decisiones administrativas, independientemente de si la ley autoriza o no su interposición y aun cuando el legislador disponga que un acto no es “susceptible de recurso alguno”. Además, la demanda anulatoria origina un procedimiento inquisitivo, llevado por el juez; no requiere patrocinio de abogado y puede ser interpuesto por todo aquel que tenga interés legítimo en ello.<sup>21</sup>

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el arrêt Falco et Vidailiac, de 1953, del Consejo de Estado, concluyó que si bien el artículo 81 de la ley de 1947 disponía que las resoluciones del Consejo Superior de la Magistratura —institución judicial encargada de la designación de los magistrados y de aplicar su estatuto legal—, “no son susceptibles de ningún recurso”, ello no es óbice para la procedencia del recurso anulatorio por exceso de poder, ya que “en ausencia de toda prescripción prohibitiva en sentido contrario, esta norma excluye únicamente el recurso de plena jurisdicción, pero no el recurso por exceso de poder, que por naturaleza está abierto a los interesados en esta materia, como en todas las demás, en virtud de principios generales de derecho”.

Garantiza el respeto a los derechos subjetivos, enseguida, ya que las importantes sedes jurisdiccionales administrativas francesas habrán de superar desde 1872 los estrangulamientos contenidos en el derecho tradicional en su aplicación al sector público, para abrir espacio a criterios adecuados a la nueva realidad pública y permitiendo la creación de un equilibrio entre la prerrogativa pública representativa del interés general y los derechos individuales animados de un interés particular, haciendo aparecer en la escena pública un derecho diferente del tradicional, que se apreciaba anclado en sus representaciones jurídicas a la imagen individualista que lo hizo surgir, y en el cual habría de primar el interés público a través de los conceptos de servicio público y de potestades administrativas finalizadas.

He aquí el mérito del arrêt Blanco de 1873, que lo hizo merecedor del calificativo de certificado de nacimiento del derecho administrativo con

<sup>21</sup> De Laubadère, André, *Manual de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1984, p. 92; *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1967, t. I, pp. 465 y 466.

que se le ha llamado: haber sido el primer fallo de un tribunal especializado en pronunciarse francamente sobre el significado del *ius publicum* que reemplazó al *ius politiae* con el perfil de un verdadero derecho. Él reconoció con franqueza que la administración estaba sujeta a derecho, pero no a cualquier derecho, dijo, y desde luego no a “los principios establecidos por el Código Civil”, sino al derivado de “disposiciones especiales que concilian los derechos del Estado con los derechos privados”, afirmación inédita, justificativa de esas normas especiales constitutivas del cuerpo normativo del derecho público administrativo, de obligatorio acatamiento para la autoridad, los funcionarios y los ciudadanos, y aplicable por los tribunales especializados en resolver los conflictos contencioso administrativos.

“La responsabilidad patrimonial que puede afectar al Estado Administración por los daños causados a los particulares y atribuibles a las personas que emplea en el servicio público —expresó ese fallo—, no se rige por los principios y normas establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular”; “esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene disposiciones especiales que varían según las necesidades de servicio y que concilian los derechos del Estado con los derechos privados”.

La resolución del Tribunal de Conflictos, complementada por fallos de aquel mismo año, entre ellos, el arrêt Pelletier, el más citado de todos, llevaría a establecer la tesis de la responsabilidad pública por falta de servicio, que justifica la pretensión deducida ante Estrados, no por la culpa o dolo con que hubiere actuado el autor del perjuicio, sino por la no prestación del servicio, por haberse prestado deficientemente o por haberlo hecho tardíamente, abandonando la teoría subjetiva que surgía del Código Civil, y que había llevado al rechazo de las demandas indemnizatorias, y creando la responsabilidad por una falta anónima imputable directamente a la persona administrativa que aparecía como autora del perjuicio.

Esta función garantizadora de los derechos subjetivos habrá de mostrarse particularmente innovadora en los arrêts Cames, de 1895, y Tomaso Grecco, de 1905, que admitieron tempranamente la responsabilidad por riesgo: accidente en un arsenal del ejército, y por falta de servicio, tratándose de servicios de policía, al acogerse la demanda del señor Grecco por lesiones sufridas por efecto de un disparo de bala producido durante un operativo policial en una calle, que lo alcanzó mientras descansaba al interior de su casa habitación, respectivamente.

Los juristas franceses tienen justificada razón para honrar su pasado *ius* administrativista, como lo hacen. “El repudio al Código Civil y al derecho



privado —señalan Duez y Debeyre—, y las inmensas lagunas jurídicas que existían en el derecho administrativo, llevaron al juez administrativo a hacer verdaderamente un derecho nuevo. Gracias al admirable esfuerzo del Consejo de Estado y de la doctrina, la originalidad del derecho administrativo encontró su razón de ser en la idea de que la administración es la gestora del interés colectivo”.<sup>22</sup>

“El derecho administrativo —afirma Mestre— es un derecho pretoriano, un derecho hecho por los jueces, un derecho jurisprudencial más que un derecho legal. Lo importante dentro del derecho administrativo son, ante todo, las soluciones aportadas por la jurisprudencia, por la doctrina jurisprudencial”, y no las regulaciones legales.<sup>23</sup>

“El juez administrativo —señala Georges Langrod— es el verdadero creador del derecho administrativo”.<sup>24</sup> “A él se le debe el desarrollo de todo el sistema de derecho administrativo francés, que fue modélico para el mundo de la civilización occidental”.<sup>25</sup>

Actualmente, el sistema francés de justicia administrativa continúa siendo un importante referente de derecho comparado, más aún con las profundas reformas que ha experimentado en los últimos años, en que ha confirmado ser un sistema juzgador realmente autónomo, con tribunales de primera instancia, de segunda instancia y manteniendo en su cúspide al Consejo de Estado, sin que las experiencias alcanzadas desde la segunda posguerra le hayan restado la originalidad y la novedad que deslumbraron al mundo jurídico del siglo XIX.

6. Las aclaraciones precedentes llevan a sostener, por comparación, que la importancia y extensión que ha alcanzado la institucionalización del proceso contencioso administrativo en el mundo contemporáneo, sea radicándolo en sedes jurisdiccionales especializadas, en la estructura judicial o en sistemas mixtos, poco ha influido en Chile, donde lo cierto es que en Chile han pasado los años sin haber logrado concretar en el país una justi-

<sup>22</sup> Duez, Paul y Debeyre, Guy, *Traité de Droit Administratif*, París, Librairie Dalloz, 1952, p. 4.

<sup>23</sup> Mestre, A., *Répétitions écrites de Droit Administratif*, París, Cours, 1935-1936.

<sup>24</sup> Langrod, Georges, “Procédure administrative et Droit Administratif”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XXII, 1956, núm. 3, p. 29.

<sup>25</sup> Langrod, Georges, Recensión del tratado del profesor Waclaw Brzezinski: “Sadowa Konyttola Administracjji we Francji”, *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 4, 1961.

cia contencioso administrativa ordinaria o general, lo que ha traído consigo, por supuesto, algunos efectos altamente interesantes en la institucionalidad<sup>26</sup> y lamentablemente gravosos para los ciudadanos.

“Se termina el siglo XX sin tribunales contencioso administrativos —constata no hace mucho tiempo un autor de dilatada trayectoria en la defensa de la justicia administrativa—. Las esperanzas que alguna vez se tuvieron de su creación en ese siglo, se esfumaron. Aquellos que nos hemos dedicado al derecho administrativo como disciplina académica, hemos vivido toda nuestra vida universitaria en gran parte vinculada a este problema y, duro es decirlo, estoy llegando a estas alturas a la conclusión que finalmente no se establecerán. Al menos, no en nuestro tiempo”.<sup>27</sup>

a) El artículo 87 de la Constitución Política de 1925 dispuso que habrían “Tribunales Administrativos, formados por miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no está entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes”, remitiendo su organización y atribuciones a la ley, mas, como nunca se dictara esta ley, el artículo permaneció, como se indicara desde entonces, en calidad de disposición programática incumplida de la carta de 1925.

Esta circunstancia ha hecho que sólo se haya contado y se siga contando en forma aislada con tribunales de esta naturaleza, circunscritos a materias específicas, habiéndose cuestionado históricamente por la doctrina la competencia judicial para conocer de esta clase de asuntos, por no revestir los juicios contencioso administrativos carácter civil ni criminal, las dos grandes columnas que sustentan constitucionalmente la competencia absoluta del Poder Judicial, argumento respaldado con argumentos irrefutables.

b) En la actualidad, luego de otros tantos avatares legislativos, ha llegado a alcanzarse tal grado de consenso en el país respecto de la necesidad de

<sup>26</sup> En efecto, ha impulsado, por una parte, a la Corte Suprema de Justicia a sostener que el concepto de causa civil abarca los procesos contencioso administrativos, y por la otra, a la Contraloría General de la República, que en Chile es el órgano llamado a interpretar la ley administrativa dentro de la administración, a afirmar que a ella corresponde no sólo defender el patrimonio público, sino también los derechos de las personas.

<sup>27</sup> Pierry Arrau, Pedro, “Tribunales contencioso administrativos”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año I, núm. 2, diciembre de 2000, p. 97.

contar con estas sedes jurisdiccionales, que aunque la norma constitucional que regula esta materia se remite a la ley, el artículo 38, inciso 2o., ha llegado a aceptarse *nemine* discrepante que hoy los tribunales ordinarios de justicia son aptos para conocer y juzgar en plenitud de los asuntos contencioso administrativos que se presenten a Estrados, y así se practica en el Foro, sea por la vía de la suplencia, como piensan algunos autores, sea en forma definitiva, como estiman otros.<sup>28</sup>

*Artículo 38, inciso 2o.* Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Ha sido determinante en este consenso nacional, la experiencia vivida por el país bajo la vigencia de la Constitución de 1925, cuyo artículo 87, que creó “Tribunales Administrativos”, fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia como atributivo de una reserva exclusiva de competencia en estos asuntos a favor de dichos “Tribunales Administrativos”, de lo cual coligió la incompetencia absoluta, cuando no la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para componer conflictos contencioso administrativos, con la lamentable consecuencia de configurar así, jurisprudencialmente, un gran espacio de inimpugnabilidad jurídica, sancionada definitivamente por la omisión del legislador al no crear dichos tribunales.

Para evitar que se repitiera esa experiencia, la Comisión de Juristas que el año 1989 redactó la posterior Ley núm. 18.825, de ese año, dio a este artículo 38, inciso 2o., el texto que ahora tiene, que presenta determinada diferencia con el original plebiscitado en 1980, inspirada justamente en la intención de evitar ese campo de transitoria pero indefinida inimpugnabilidad, fuente de indefensión ciudadana.

En todo caso, ha de señalarse que los antecedentes que ilustran el contencioso administrativo en Chile demuestran que su evolución se ha dado más bien como reacción a la tradición hispánica de concentración de poder

<sup>28</sup> Véase mi artículo: “Una nueva perspectiva de comprensión del artículo 38, inciso 2o., de la Constitución Política de la República”, *Gaceta Jurídica*, núm. 278, agosto de 2003, pp. 40-49. Además, Andrade Geywits, Carlos, *Reforma de la Constitución Política del Estado de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 216 y 231.

res en la autoridad gubernativa, como que el gobernador era además Capitán General del Ejército y Presidente de la Real Audiencia en el ámbito juzgador, v. gr., en aras de establecer una institucionalidad moderna de adecuada distribución de funciones públicas.

No fue influida, pues, por el modelo francés que se ha bosquejado precedentemente, del cual incluso abominó un gran constitucionalista liberal del siglo XIX llamándolo fruto de “la concentración audaz del más atroz despotismo”,<sup>29</sup> aunque la riqueza didáctica de sus conceptos siempre se ha tenido a la vista por la doctrina como fuente ilustrativa de lo que es, cómo es y la finalidad que persigue un sistema contencioso administrativo.

#### VI. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. LA NUEVA REALIDAD

1. Resumiendo lo hasta aquí expuesto respecto del control de la administración del Estado en Chile puede decirse que difícilmente cabe hablar en el país de un efectivo control político, ya que por la fuente autoritaria que le dio origen, la carta de 1980 se redactó y aprobó bajo el gobierno militar, se halla reducido hoy por hoy a la simple recepción de las respuestas que el Poder Ejecutivo dé a los acuerdos u observaciones adoptados por la Cámara de Diputados, en la medida que ellos no afectan la estabilidad ni la responsabilidad política de los ministros de Estado y que es la misma Constitución Política la que cuida de precisar que “la obligación del gobierno se entenderá cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta”, encontrándose la Cámara de Diputados, al tratar de superar algunos de los estrangulamientos con que tropieza para ejercer sus facultades de fiscalización, con fuertes cuestionamientos, al haber acudido oblicuamente a la facultad de requerir información a la administración pública que le otorga la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, para alcanzar por esta vía lo que el Código Político no le permite directamente.

De igual manera, es difícil sustentar la existencia de un adecuado control jurisdiccional, si se permite emplear esta expresión, ya superada, según se ha manifestado, en la práctica y en la doctrina de derecho comparado, en un país de estructura jurisdiccional administrativa de estructura caleidoscópica, formada por múltiples organismos de diversa conformación que

<sup>29</sup> Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2a. ed., Obras completas, Edición Nacional t. II, 1891, p. 227.

funcionan como tribunales *especiales* acostumbra decirse, al interior de la administración pública, proliferando ante la injustificada ausencia de un sistema unitario o general de composición de los conflictos jurídico administrativos.

Si bien es efectivo que esta facultad juzgadora se ejerce en la actualidad por los tribunales ordinarios, ello obedece más bien a un consenso social, pues no hay texto de ley que así lo disponga, en un rol que hace sentirse altamente incómodos a los magistrados del orden civil, quienes deben actuar en un área de competencia que les era y les es desconocida y ajena, y en la cual tratan dificultosamente de salir adelante aplicando las reglas del proceso civil, penosamente adecuadas a la naturaleza de los procesos contencioso administrativos.

2. En este panorama del control en la República, resalta, pues, el control administrativo, pero en ese análisis que se realiza desde la perspectiva tradicional, conforme al criterio orgánico formal predominante desde los tiempos modernos y en cierto grado hasta en parte de los contemporáneos, para analizar lo administrativo, y que gira característicamente, en verdad, autorreferencialmente si se quiere, desde y hacia la propia administración del Estado, en una concreción explícita de lo administrativo en la forma básica de entender el objeto de estudio del derecho administrativo, reparando en su nota incluso visible: su presencia organizativa, su estructura ósea, la cual se completa enseguida con algunos modos funcionales de actividad jurídica. Se da, de este modo, es cierto, una primera respuesta, y se acepta el desafío que implica para todos los cultores de la disciplina la precisión del objeto mismo del derecho administrativo, esta tarea que constituye un “problema de capital importancia en el estudio de toda rama del saber”,<sup>30</sup> en el decir de Entrena Cuesta, “como quiera que el derecho administrativo está integrado por un conjunto de normas relativas a la administración pública, el primer paso consistirá, y también la más grave dificultad, en la determinación del concepto de aquélla. El concepto de administración pública se erige así en “clave de bóveda”, según las palabras de Gasparri, del derecho administrativo”.<sup>31 32</sup>

<sup>30</sup> Entrena Cuesta, Rafael, 1999, pp. 27 y 28.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> “Clave de bóveda” o la clave de una bóveda es el nombre arquitectónico que recibió en la época premoderna la piedra en forma de cuña que cerraba la parte superior del arco en la convergencia de cada una de sus alas de piedra, sosteniéndolas.

En este orden de ideas, es indudable que la primera aproximación al fenómeno administrativo lo ofrece por su cercanía de percepción, el ser mismo de la administración del Estado, que al presentarse externamente lo hace ante todo como un esqueleto orgánico claramente discernible en la institucionalidad del Estado: según la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado, su organigrama está presidido por el Jefe de Estado y se halla constituido por los ministerios, las subsecretarías, las secretarías regionales ministeriales y los servicios públicos, respondiendo con facilidad a la representación mental que la ciudadanía se ha hecho de la administración pública en su contacto del día a día con el hacer y quehacer administrativos.

3. Con todo, esta visión geométrica del control presenta un doble inconveniente, tanto doctrinal cuanto práctico: por una parte, porque está claro que al privilegiar la óptica jurídica decimonónica está, si no desechando, por lo menos preteriendo su presente, mirando hacia el lado de las corrientes predominantes de la administración contemporánea que dinamizan el control interno de la administración bajo parámetros de eficiencia y eficacia; por la otra, porque ha limitado el análisis global del control que se ejerce por la administración hacia la sociedad, focalizándolo solamente en comportamientos administrativos que interesan esencialmente al aparato estatal interno, si se quiere, se orienta a determinar cómo actúa la administración en el ejercicio de sus potestades o en el cumplimiento de sus deberes frente al ordenamiento que la rige, con fines de responsabilidad antes que de representatividad de su ser actual, descartando de este modo la real dimensión de contenido y significado de la función administrativa al día de hoy en el país.

a) En el primer aspecto, parece claro que una de las claves de la administración contemporánea se halla en efecto en ese desplazamiento que por razones de variada índole acusa la sociedad actual, desde el predominio de los criterios causales o formales de la actividad administrativa, con su prioridad en las normas y procedimientos, en definitiva, con su imposición de respeto a los medios de acción como expresión de una legítima legalidad, hacia patrones finalistas o teleológicos, con sus correspondientes exigencias de eficacia, eficiencia y economicidad, en último término, con requerimientos de actuación productiva, social y económica, que den espacio e interacción a políticas públicas concretas, demostrables en su efectividad y resultados.

En verdad, la perspectiva tradicional del control, aunque se la vincule al régimen democrático en aras de destacar el contenido valórico, que sin lugar a dudas revela el tema, no pierde su anclaje formal. Así se comprueba, *v. gr.*, al revisar una última obra publicada sobre la materia, en la cual se afirma, en efecto, “que no hay democracia sin control, ni control sin democracia”, y que su solo lenguaje confirma lo manifestado precedentemente: “Si las dictaduras implican el avasallamiento de las normas y principios básicos que regulan la vida institucional de una nación, no se ve cómo puede subsistir en ellas una adecuada modalidad de control que signifique, por una parte, válvula de contención en contra de los abusos del poder y, por otra, amparo a los administrados contra las arbitrariedades que los detentadores cometan o puedan cometer”, aseverándose la esencialidad de la existencia en el Estado de un “sistema que implique garantías de respeto e independencia por su gestión, así como también para que una acción de las esferas políticas o administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad”.<sup>33</sup>

a.1. Data de la Presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) el cambio de eje rector del control para llevar la atención gubernativa más bien hacia la gestión pública.<sup>34</sup> Simultáneamente, se entronca en esa administración el establecimiento de una Auditoría Interna de Gobierno llamada a velar, desde un ángulo especializado, por su aplicación y medición,<sup>35</sup> conforme a indicadores de resultado.

a.2. En ese tiempo se estableció la Asignación de Modernización, por la Ley núm. 19.553, de 1998, que con los posteriores ajustes que se han incorporado a su texto, ha llegado a transformarse en la actualidad en una importante herramienta de control administrativo en la República, a nivel nacional, regional y provincial, planteada desde la perspectiva contemporánea de lo que representa el control en la sociedad democrática y social actual, estimulando a la propia administración y a sus funcionarios a actuar eficiente, eficaz y económicamente.

<sup>33</sup> Silva Cimma, Enrique y Verdugo Lay, Aliro, *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 15.

<sup>34</sup> Véase, del autor como coordinador, “La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000”, artículo: “La modernización de la gestión pública en Chile, 1994-2000”, del Proyecto de Reforma y Modernización del Estado del ministerio Secretaría General de la Presidencia, pp. 95-145.

<sup>35</sup> Véase Moraga Guerrero, Rodrigo, Téllez Mellado, Luis, “Auditoría Interna de Gobierno. La experiencia chilena 1994/1999”, Presidencia de la República, 1999.

a.3. La Asignación de Modernización discurre sobre la base de establecer Programas de Mejoramiento de la Gestión (PMG), que no consisten en otra cosa que en proposiciones estructuradas y fundamentadas que los Jefes Superiores de Servicio formulan al respectivo ministro, precisando en ellas su Misión Institucional, los objetivos estratégicos de mediano y largo plazo que se fijan, y para cada año los objetivos de gestión, de eficiencia institucional y de calidad de los servicios prestados a los usuarios, con sus respectivos indicadores que posibiliten la medición de su grado de cumplimiento, conforme a determinadas pautas que imparte el ministerio de Hacienda.<sup>36</sup>

El PMG se presenta por los servicios públicos junto con el presupuesto correspondiente a cada año, es aprobado por decreto supremo y una vez ejecutado durante el año siguiente, se evalúa en sus resultados, internamente y por organismos validadores administrativos externos al Servicio ejecutante del PMG, lo que permite, a comienzos del año siguiente al de ejecución, aprobarlo por decreto supremo “del ministerio del ramo, suscrito además por los ministros de Hacienda, del Interior y de la Secretaría General de la Presidencia, —en el que se— señalará el grado de cumplimiento de los objetivos de gestión que se hayan alcanzado anualmente”.

En el año 2004, el PMG para los servicios públicos consulta cinco áreas de mejoramiento: Recursos Humanos, Calidad de Atención a los Usuarios, Planificación-Control de Gestión-Auditoría Interna-Gestión Territorial Integrada, Administración Financiera y Enfoque de Género, con sus respectivas subáreas, respecto de las cuales, a su vez, habrán de fijarse los correspondientes objetivos de gestión para el año. El cumplimiento del PMG resulta de agregar uno a otro el cumplimiento de estos objetivos con la ponderación para ellos establecida.

El decreto aprobatorio del respectivo PMG determina, además, la fecha de inicio de los pagos constitutivos de la Asignación de Modernización, los que se hacen en cuatro cuotas, correspondientes a los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año.

En el año 2005, la Dirección de Presupuestos del ministerio de Hacienda prevé “profundizar los avances logrados —atendido—, el gran número de servicios que alcanzan las metas fijadas —buscando—, la

<sup>36</sup> Reglamento para la aplicación del incremento por desempeño institucional, Decreto núm. 475, de 1998, del ministerio de Hacienda, artículo 2o.



aplicación de un estándar externo que continúe promoviendo la excelencia en el servicio público, pero que también haga reconocibles los logros por parte del conjunto de la sociedad. Con este fin, la formulación de los PMG correspondientes al año 2005 introduce los primeros elementos para transitar hacia un mecanismo de certificación externa de sistemas de gestión para los servicios públicos —reconocido internacionalmente a través de las Normas ISO—<sup>37</sup> respondiendo además al compromiso establecido en el Protocolo que acompaña a la Ley de Presupuestos para el Sector Público, suscrito por el gobierno y la Comisión Mixta de Presupuestos del Congreso Nacional”.<sup>38</sup>

La Asignación de Modernización contempla incrementos de remuneraciones a nivel básico, institucional y colectivo.

El componente básico se paga a todo el personal de las instituciones incluidas en el Sistema de PMG. Es una cantidad fija de un 10% de las remuneraciones que determina la ley como computables para este efecto.

El componente institucional se concede “en relación con la ejecución eficiente y eficaz por parte de los servicios de los programas de mejoramiento de gestión” y que da derecho “a un incremento del 3% de las remuneraciones siempre que la institución haya alcanzado un grado de cumplimiento igual o superior al 90% de los objetivos de gestión anuales que se hayan comprometido. Si el grado de cumplimiento fuere superior a un 75% e inferior al 90%, el porcentaje de esta bonificación será de un 1.5% (artículo 6o.).

El componente colectivo, a su vez, favorece a “los funcionarios que se desempeñen en equipos, unidades o áreas de trabajo en relación con el grado de cumplimiento de las metas anuales fijadas para cada uno de ellos”, asciende a un 4% cuando el nivel de cumplimiento de esas metas alcance a lo menos a un 90% y a un 2% si fuere inferior a ese porcentaje pero igual o superior al 75%, incremento que se calcula sobre aquellas mismas remunera-

<sup>37</sup> Denominación con que se conoce a la International Standard Organization, con sede en Ginebra, Suiza, organización dedicada a promover la estandarización de normas, con el objeto de facilitar, a través de estándares o exigencias reconocidos, la confiabilidad en el intercambio internacional de bienes y servicios. La ISO 9001-2000 contiene los requisitos básicos que debe acreditar un sistema de gestión, público o privado, para ser certificado por la Organización Internacional de Normalización como apto para cumplir sus finalidades.

<sup>38</sup> Para mayores detalles, consúltese [www.dipres.cl/Control de gestión](http://www.dipres.cl/Control%20de%20gesti3n). Las citas no especificadas que se hacen a continuación, pertenecen a este sitio web.

neraciones, y se carga a los “recursos que queden excedentes en la institución como consecuencia de que otras unidades no hayan obtenido dicho nivel de cumplimiento” (artículo 7o.).

“Reemplaza —explican las instrucciones para el año 2005— al incentivo por desempeño individual de la asignación de modernización de la Ley núm. 19.553 y constituye un avance más en la política de descentralización de la gestión de los servicios públicos. Esta nueva herramienta permite incentivar el trabajo de equipo de los funcionarios públicos en el cumplimiento de metas orientadas a brindar un mejor servicio a la ciudadanía. Será responsabilidad de los subsecretarios y jefes superiores respecto de sus correspondientes subsecretarías y servicios, llevar a cabo las acciones necesarias para la implementación de este incremento”. Corresponde a estas autoridades estructurar “los equipos, unidades o áreas de trabajo, teniendo en consideración parámetros funcionales o territoriales, o la combinación de ambos. El parámetro territorial podrá establecerse a nivel nacional, regional o provincial. El parámetro funcional debe corresponder a la ejecución de tareas identificables y relevantes para el cumplimiento de los objetivos institucionales, radicadas en un centro de responsabilidad”, así como la suscripción del Convenio de Desempeño con el ministro de la Cartera correspondiente, convenio cuya estructura se recomienda formular conteniendo: “1o. Individualización del ministro del ramo y del Subsecretario o Jefe Superior de Servicio que corresponda; 2o. Objetivo general del convenio que se suscribe; 3o. Marco global utilizado para definir los equipos de trabajo (territorial, funcional o mixto); metas e indicadores de gestión; 4o. Identificación de los equipos de trabajo (la individualización de los funcionarios que integrarán cada equipo de trabajo y su responsable podrán establecerse en un anexo que deberá formar parte integrante del convenio de desempeño); 5o. Definición de las metas e indicadores de gestión para los equipos de trabajo definidos para la institución (la especificación también podrá establecerse en un anexo como en el caso anterior); 6o. Plazo en que deberán cumplirse las metas prefijadas; 7o. Mecanismo de seguimiento del convenio por las partes; 8o. Firma de las partes”.

a.4. El Sistema de Mejoramiento de Gestión ha arrojado resultados altamente satisfactorios, moviendo al gobierno a establecer desde el año 2003, para los servicios que lo integran, un Premio Anual de Excelencia Institucional cuando el respectivo servicio haya “alcanzado un grado de cumplimiento igual o superior al 100% de los objetivos anuales fijados en su programa de mejoramiento de la gestión”, como lo dispuso el artículo 6o.

de la Ley núm. 19.882, de 23 de junio de 2003, en el afán de crear un legítimo reconocimiento al mérito funcionario y estimular el espíritu de superación dentro del sector público.

b) En la segunda faceta limitativa de la realidad administrativa actual por parte del enfoque tradicional del control, ha de destacarse la pérdida, por parte de la administración, de su pasado autorreferente en lo normativo y procedimental.

La administración actual no gira ya en torno de sí misma buscando garantizar la responsabilidad político-jurídica de sus directivos y postergando todo sentido de productividad social. En gran medida se orienta a alcanzar fines de conformación social, en la terminología de Ernst Forsthoff de la primera mitad del siglo XX,<sup>39</sup> y a desarrollar consecuentes acciones de variado espectro que exceden la concepción de la actividad administrativa decimonónica como estrictamente potestativa o de ejercicio de la prerrogativa pública.

Y ello, por efecto de dos fenómenos: por haberse asumido por parte de los gobiernos la práctica de ordenar sus acciones gubernativas mediante la determinación y priorización de políticas públicas, por una parte, y por la otra, por la convicción adquirida por la sociedad mundial de que la realidad contemporánea no es un tránsito hacia, sino una llegada a un determinado punto histórico de destino, caracterizado por una vida interaccionada, influida y determinada, día a día, hora a hora, minuto a minuto, en los cuatro puntos cardinales, por la dependiente interconectividad visual y oral instantáneas que facilita la ciencia-técnica, así como por la velocidad y facilidad de los desplazamientos de uno a otro continente.

b.1. La economía social de mercado, implantada por Alemania en la segunda posguerra, habría de estimular la acción conformadora social de la administración del Estado y la adopción de políticas públicas aptas para dar viabilidad a sus contenidos.

Se superó, así, a cincuenta años de su implantación, la labor participativa de la administración en el mercado de bienes y servicios que le infundió el Estado Prestacional de comienzos del siglo XIX, a través de sus formas serviciales centralizadas y descentralizadas, para transformarla en un centro de decisiones condicionadoras de la comunidad nacional, normalmente

<sup>39</sup> Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, en particular, pp. 98-119.

acompañadas de medidas legales y administrativas de limitación o ampliación de derechos, al establecer, por una parte, zonas socioeconómicas, cuando no vedadas, fuertemente desalentadas como campo de actividades, y por la otra, exenciones, subsidios y beneficios para aquellas otras que buscaron estimularse como necesarias de apoyar para el éxito del modelo estructurador de la sociedad que experimenta la acción de las correspondientes políticas económicas.

Este paisaje administrativo posmoderno cambió también la óptica doctrinal del derecho administrativo, como lo testimonió “El ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo” publicado por el profesor Luis Jordana de Pozas en el número 48, correspondiente al año 1949, de la *Revista de Estudios Políticos*, en una tesis que armonizó los logros administrativistas alcanzados hasta entonces por la doctrina italiana y francesa, para presentar una disciplina remozada con el tratamiento, no de una función administrativa representativa de su contenido, sino de una función administrativa expresada en actividades genéricas y sustanciales, de diferente conformación y finalidad: la actividad autoritaria, de coacción o de policía, cuya característica estaba en manifestarse por medio de limitaciones y prohibiciones; una actividad de fomento, que se traducía en múltiples formas estatales de ayuda, persuasión y estímulo: exenciones, subsidios y subvenciones a variados títulos, reconocimientos oficiales con efectos patrimoniales favorables, etcétera, y una actividad de prestación, en la cual concurrían diversas formas de prestación directas e indirectas, gratuitas o sujetas a al pago de tarifas, en monopolio o en libre competencia, entre las cuales se consultaban, naturalmente, en lugar preferente las que consistían en servicios públicos estatales creados bajo la fórmula de la *publicatio*.

b.2. En este sentido, Chile es un país particularmente sensible a ese enfoque de su escenario político social, atendida la circunstancia de haber superado los gobiernos civiles, desde 1991 en adelante, la política económica crudamente liberal del gobierno militar, implantando en el país un sistema de economía social de mercado.

Esta política económica hizo suyo el marco macroeconómico entonces existente; además, consolidó una economía de exportación de bienes y servicios dotándola de complejos mecanismos de fomento, incluida la actuación directa del Presidente de la República como jefe de misiones económicas al extranjero, e inició y culminó una apertura al mundo que lo llevaría a suscribir auspiciosos y numerosos tratados bilaterales, primero, y de Libre Comercio, después, aun de última generación, como los firma-

dos con Estados Unidos y la Unión Europea, en una línea ascendente que le lleva a dialogar en estos días en el mismo sentido, con los países del Asia Pacífico, entre ellos China y Japón.

b.3. Sin embargo, estos parámetros económicos no hicieron descuidar a los gobiernos civiles el aspecto social de esta articulación económica, como se aprecia en el decidido apoyo que han prestado en estos catorce años a la educación, a la salud, a la vivienda y a la cultura,<sup>40</sup> a través de una rica variedad de medios de estímulo y apoyo, que van desde el pago de un subsidio a las cuentas de los consumos básicos: luz, agua, gas, a los sectores de menores ingresos, hasta un importante número de becas de pre y posgrado, en Chile y en el extranjero, pasando por diversos subsidios habitacionales que han brindado acceso a la vivienda a un alto número de estratos medios, ya que los bajos gozan de los planes de construcción que diseñan para ellos los Servicios de Vivienda y Urbanización, y los fondos concursables para proyectos de cine y teatro.

b.4. En este ambiente dinámico y de amplio espectro, el Estado ha pasado a situarse en una posición activa de defensa del interés general, público y privado, sin temor a retraer su participación de los espacios socioeconómicos en los que ya no se requiere su presencia o a expandirlos en su caso.<sup>41</sup>

Ha dado un sentido inédito, en verdad, al mandato contenido en el inciso 4o. del artículo 1o. de la Constitución Política de la República, que previene: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, adoptando todas las medidas que contribuyan “a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

<sup>40</sup> Creando una nueva institucionalidad cultural con carácter de ministerio: el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Ley núm. 19.891, de julio de 2003, y estableciendo un Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, dotado para el año 2004 de cinco mil ciento cincuenta y siete millones de pesos (aproximadamente 4.5 millones de dólares americanos), un Fondo del Libro y la lectura; un Fondo de la Música Nacional con tres áreas: Música Folclórica; Música Clásica y Música Popular, y un Fondo Nacional de Escuelas Artísticas.

<sup>41</sup> Así, el ministro de la Cultura de Chile, José Weinstein, y la ministra de Educación, Cultura y Deportes de España, señora Pilar del Castillo, firmaron este año un acuerdo de coproducción, promoción y conservación del patrimonio cinematográfico entre ambos países.

*Artículo 1o., inciso 4o.* El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Sin prejuicios, en lo que ha sido y es el proceso de modernización del Estado, ha abandonado sus postulados de ejercicio privativo y monopólico de ciertas actividades, como lo había postulado el Estado Prestacional de derecho, hecho doctrina por la teoría del servicio público; ha mantenido las prestaciones que las actuales necesidades sociales aconsejan conservar; ha incorporado otras, al margen de toda inercia de crecimiento por agregación, y se ha hecho custodia del cumplimiento de las políticas de orden, fomento y prestación por particulares de servicios a particulares, creando una serie de organismos de actuación activa pro personas frente a las empresas e instituciones que en esos ámbitos tienen la responsabilidad directa de su gestión ante la sociedad.

b.5. Especial importancia han pasado a cobrar dentro de esta perspectiva de la administración chilena de hoy, ciertos servicios públicos especializados en ejercer un control especializado sobre sectores nacionales de prestación de servicios generales a la población, que por lo mismo comprometen la fe pública depositada en su continuidad y eficaz funcionamiento.

En Chile se les llamó y se les denomina Superintendencias. Las hay de orden económico: la Superintendencia de Valores y Seguros (Decreto Ley núm. 3.538, de 1980), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Decreto con Fuerza de Ley núm. 3, de 1997, del ministerio de Hacienda), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley núm. 18.410), la de Servicios Sanitarios (Ley núm. 18.902); de orden social: la Superintendencia de Seguridad Social (Ley núm. 16.395), la Superintendencia de Fondos de Pensiones (Decreto con Fuerza de Ley núm. 101, de 1980, del ministerio del Trabajo), la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional (Ley núm. 18.933), a las cuales el artículo 2o. del Decreto Ley núm. 5.551, dio el nombre de “instituciones fiscalizadoras”, dentro de las cuales incorporó al Servicio Nacional de Impuestos Internos, al Servicio Nacional de Aduanas y a la Dirección del Trabajo, organismos que tradicionalmente han fiscalizado los campos del impuesto, las importaciones y exportaciones y el cumplimiento de las leyes laborales. A ellos se agrega la Subsecretaría de Telecomunicaciones del ministerio de Trans-

portes, que de conformidad con la Ley General del ramo, núm. 18.168, de 1982, goza de amplias facultades de “aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos” (artículo 6o.).

Si bien el artículo 2o. del Decreto Ley núm. 3.551, de 1980, reconoció a estas entidades un carácter autónomo, el artículo 1o. de la Ley General de Bancos, refiriendo esta independencia de actuación a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, habría de destacar que ello significaba que “no se considerará —a esta Superintendencia— como integrante de la administración orgánica del Estado, ni le serán aplicables las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público y, en consecuencia, tanto la Superintendencia como su personal se regirán por las normas del sector privado”.

4. Sin perjuicio de las especificidades que presentan, estos organismos especializados y autónomos en materia de control estatal, constituyen servicios públicos integrantes del organigrama administrativo y están sometidos al derecho administrativo en calidad de servicios personificados sujetos al control de tutela del Presidente de la República, revelándose su independencia en la inexistencia de vínculo jerárquico que subordine sus decisiones a lo que resuelva la autoridad ministerial, su superior en este sentido, nominal.

Sus atribuciones generales son de índole normativa, fiscalizadora, sancionadora y de resolución de conflictos, referidos a los que se produzcan dentro de su respectivo ámbito de competencia.

Facultades normativas tienen estos entes, en tanto y en cuanto están dotados por sus correspondientes leyes orgánicas —las que determinan su organización y atribuciones— de la potestad de dictar normas *intra legem* de general aplicación, así como dictámenes e instructivos de interpretación del régimen normativo correspondiente y que revisten el carácter de obligatorias para los componentes del sector que fiscalizan; facultades de control poseen también, preventivas, concomitantes o *ex post*, las que le permiten examinar todo tipo de documentación sustentatoria de actividades realizadas, incluyendo libros, cuentas, archivos, balances, etcétera, requerir información, realizar visitas al ente, citar a declarar a su persona y formularles exigencias varias; asimismo, ejercen potestades sancionatorias, que previo procedimiento legalmente tramitado las facultan para aplicar sanciones de censura, multa, clausuras temporales o definitivas, revocación de autorizaciones, sustitución del prestador, etcétera, en caso de

infracción al orden jurídico que las rige. Ello, sin perjuicio de la vía judicial, que les permanece siempre abierta para reclamar de lo administrativamente resuelto.

Por último, las superintendencias poseen facultades de resolución de conflictos dentro del sector. Así, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles puede pronunciarse sobre las reclamaciones que se deduzcan ante ella en materia de problemas derivados del uso de servidumbres por parte de propietarios de líneas eléctricas o las que se interpongan en contra de servicios eléctricos, de gas o de combustibles, por la forma de dar cumplimiento a esas prestaciones. Algo análogo ocurre tratándose de reclamos de los afiliados a una Isapre, ante la Superintendencia de Instituciones de Salud Provisional.

5. El panorama que se ha reseñado hasta aquí demuestra que al día de hoy se está en presencia de una actividad administrativa extraordinariamente compleja y diversificada, que abarca un cúmulo de actividades encaminadas al desarrollo humano, social, económico y cultural del país, perspectiva que encontró su reconocimiento oficial en la reforma constitucional del año 1991, tanto el nuevo artículo 100 por ella incorporado al texto político, sintetizando su campo de acción, precisó la función administrativa de los gobiernos regionales apuntando precisamente al desarrollo, y los informes de Comisión recaídos en el proyecto de la que fue enseguida la Ley núm. 19.097, de ese año, reflejaron el consenso con que el Congreso Nacional vio a la administración del Estado contemporánea, al expresar que constituía jurídicamente “un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”,<sup>42</sup> lo que importó concretar de esta manera el mandato genérico del artículo 1o., inciso 4o., de la Constitución, y reconocer que junto con satisfacer necesidades públicas, la administración está llamada a materializar objetivos de desarrollo personal y social, económicos, sociales y culturales.

*Artículo 1o., inciso 4o.* El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear

<sup>42</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión 23a., martes 6 de agosto de 1991, Discusión particular del proyecto, artículo 7o.



las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

*Artículo 100, inciso 2o.* La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Al redactar el actual artículo 3o. de la LOCBGAE, busqué plasmar una síntesis de contenido de los artículos 1o., inciso 4o., y de la definición constitucional de administración concretada por el constituyente en ese artículo 100, inciso 2o., para manifestar, como dispone hoy esa ley orgánica constitucional, en el inciso 1o. de su artículo 3o.: “La administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas de forma continua y permanente, y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”.

## VII. DESDE UN CONTROL CAUSAL DE OBJETO FORMALIZADO A UN CONTROL PLURAL DE OBJETO SUSTANTIVADO

La Contraloría General de la República, desde 1950 en adelante, contribuyó en forma importante a profundizar aquella evolución institucional verificada por Veil Valentín, en cuanto a que desde el siglo XIX en adelante “el ideal jurídico desplazó, con creciente éxito, al ideal del poder político en la vida política interior de las principales naciones de la Europa culta”.<sup>43</sup>

Tuvo la capacidad de ofrecer al país, por medio de sus dictámenes o informes en derecho, creadores de jurisprudencia conforme a su ley orgánica, al surgir de sus atribuciones legales de interpretación y fiscalización de la ley administrativa, algunas construcciones jurídicas que despejaron serias dudas en importantes sectores de la administración chilena, contribuyendo a solucionar problemas que en su momento parecieron imposi-

<sup>43</sup> Veil, Valentín, t. III, 1945, pp. 196 y 197.

bles de abordar con éxito. Así sucedió, v. gr., con el concepto de Estatuto Administrativo y con el cuadro clasificatorio de los servicios públicos en el país, en momentos de una cuasi anarquía administrativa nacida de una proliferación incontrolada de organismos administrativos.

No obstante, si bien ese ideal jurídico, en cuanto aplicación de normas objetivas relativas al ser y al actuar del Estado, haciendo *ius publicum* donde antes dominaba el *ius politiae*, encendió de satisfacción las pupilas de la intelectualidad jurídica de principios del siglo XX, con posterioridad a su aceptación y práctica sociales se ha visto impactado por la más veloz de las transformaciones que ha conocido el mundo desde los inicios de su historia, como han sido las de la segunda posguerra mundial, que han sido asimiladas con tan profunda naturalidad y vivenciadas con tal convicción por las generaciones actuales, que hoy cuesta siquiera imaginar que pudo haber tiempos en que no existía lo que actualmente es cosa común en anchos campos de la vida.

El control de la administración pública como actividad orientada a dar estabilidad y confiabilidad a la presencia estatal en la sociedad, presenta, *mutatis mutandis*, un tipo de transformación que no escapa a lo que acontece en el mundo científico técnico y al efecto que producen sus aplicaciones en la vida de las personas, como que el Estado potestativo del siglo XIX, base del actual, ha sido objeto también de hondas y sucesivas conmociones que si bien fueron adelantadas en parte por preclaros pensadores, únicamente está alcanzando cierto grado de concreción en este último tiempo de paz mundial, implicando, en síntesis, la aceptación del orden y la seguridad como el logro mínimo de un gobierno, del cual se espera y al cual se exige críticamente abordar responsablemente el desarrollo humano, social, económico y cultural del país, en un extenso espectro de complejas actividades y conforme a patrones inexcusables de eficacia, eficiencia, economicidad y moralidad.

Esta es la imagen que busca dejar este trabajo en la retina de quienes se acerquen al control de la administración del Estado: el control no es sino complemento de la dirección, de modo que todo cambio de políticas organizativas y funcionales impacta al control. La administración del Estado es una organización-función de extraordinario dinamismo en su adaptación a las convicciones de la sociedad que se hacen gobierno, razón por la cual sus acciones se adaptan con extraordinaria rapidez a los tiempos.

Si se quiere tener la sensibilidad que los cambios contemporáneos han imprimido al control de la administración del Estado, parece conveniente

recurrir a la transformación misma experimentada por el Estado de hoy, heredero de aquel venerable Estado liberal de derecho, para confirmar si realmente ha sufrido esa evolución que se postula como yendo desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivado, como sustantivadas se presentan hoy día las actividades que expresan a esa administración ante la sociedad.