

LA EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA*

EDUARDO ALDUNATE LIZANA**
Profesor de Derecho Constitucional

RESUMEN

Este trabajo expone la particular falta de coordinación existente entre la labor fiscalizadora de la Contraloría General de la República y el control presupuestario a nivel parlamentario, mostrando cómo el déficit de control de la Contraloría se explica en parte por una inadecuada evolución en materia de sus competencias de control de legalidad.

PALABRAS CLAVE: Contraloría – Fiscalización – Control de legalidad – Control presupuestario.

ABSTRACT

This article discusses the distinct lack of coordination in both the control carried out by the General Comptroller's Office of the Republic and the congressional budgetary control, and it shows that the reason for this lack of control on the part of the Comptroller's Office is partially due to the inadequate evolution of its competence in the control of illegality.

KEY WORDS: Comptroller's Office – Control – Control over legality – Budgetary Control.

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt N° 1020645 “Propuestas para robustecer la fiscalización parlamentaria en Chile”.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo Electrónico: ealdunat@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto examinar la particular evolución de la Contraloría General de la República en el contexto del sistema de control presupuestario y fiscal a partir de su creación en 1925, bajo la hipótesis de que ella se inserta dentro de un proceso de empobrecimiento en el régimen de control financiero público inaugurado bajo la Constitución de 1925 y profundizado durante su vigencia y la posterior adopción de la Constitución de 1980.

Como es sabido, la Contraloría surge como resultado de la ordenación que la misión Kemmerer hiciera de órganos y procedimientos existentes en Chile a la fecha de su visita, tal y como, por lo demás, sucedió con una serie de otros países sudamericanos, y otros, durante la década de los '20 del siglo pasado. Edwin Kemmerer unía, a su experiencia académica, el impulso de la creación de la General Accounting Office en Estados Unidos, en 1921, agencia creada como brazo de control del Congreso Federal para la revisión de las boletas de gastos o *vouchers* utilizados como mecanismo usual de rendición de cuentas en el sector público de dicho país. Esta oficina estaba a cargo de un *Comptroller General*, funcionario del cual nuestra institución toma su nombre.

De los antecedentes de la misión Kemmerer en lo que respecta a la Contraloría General de la República no es posible encontrar antecedentes, toda vez que el proyecto que diera origen al D.F.L. N° 400 de 12 de mayo de 1927, es una traducción del proyecto original, en inglés, que se ha perdido¹. Sólo como dato para comprender la precariedad del trabajo de la comisión en este aspecto baste recordar que ofició como traductor de las actividades y documentos de la misión un funcionario público chileno cuyo conocimiento del idioma inglés provenía de su trabajo en contacto y encargado de la correspondencia con empresas de ferrocarriles inglesas. Tal y como sucedió en otras partes de Sudamérica, la Contraloría, originalmente instalada a nivel legal, es constitucionalizada posteriormente por Ley N° 7.727 de 1943 de Reforma Constitucional.

En su núcleo fundamental (y en esto también presenta semejanzas nuestra Contraloría con las otras instituciones homónimas del subcontinente) las funciones de la Contraloría correspondieron en sus orígenes a funciones ya existentes ejercidas por otras reparticiones, ya fuese que éstas se encontrasen separadas, como herencia del antiguo régimen hispánico (en especial en lo tocante a los tribunales de cuentas y contadurías), ya fuese que hubieren sido objeto de reforma por los gobiernos emancipados, como sucedió en Chile, de manera siste-

¹ Dice al respecto el informe de la Comisión, de 16 de marzo de 1927: "*La Comisión sólo ha tenido a la vista la traducción española del proyecto de ley, traducción que es muy deficiente, de lo que proviene, sin duda, la falta de claridad e incongruencia de algunas de sus disposiciones, que la Comisión ha redactado de nuevo, interpretando la mente y los propósitos del autor del Proyecto. No ha sido posible encontrar el original inglés a pesar de las gestiones hechas con ese objeto*". PINTO, Sonia; MÉNDEZ, Luz María VERGARA, Sergio; *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*, Contraloría General de la República, 1977.

mática, a más tardar con la Ley de 22 de diciembre de 1875 sobre organización de las oficinas de Hacienda. En el caso chileno, ya a partir de 1893, y de manera marcada a partir de la creación de la Contraloría en 1927, sus funciones comienzan a apartarse de la evolución comparada, al concentrarse de manera particular en el control de la legalidad de todos los actos de la administración (y no solamente en los relativos a hacienda, como era la función que se atribuía a los órganos que le dieron origen) y a mostrar, si no en su diseño formal, sí en sus resultados, notables falencias como núcleo de un sistema de control fiscal, caracterizado por su absoluta desvinculación con el Congreso.

II. EL ORIGEN DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

El origen de la organización y atribuciones de la CGR se remonta a más tardar a la Ley de 22 de diciembre de 1875, sobre organización de las oficinas de Hacienda, que encomienda la administración general de la misma a la Corte de Cuentas, la Dirección de Contabilidad General, la Dirección del Tesoro y Amonedación, la Dirección de Impuestos y Crédito Público, la Dirección de Aduanas y las Tesorerías provinciales y departamentales. Las tres primeras (la Corte, la Dirección de Contabilidad General y la del Tesoro y Amonedación) concentran una serie de atribuciones antecedentes de las que posteriormente recibirá la Contraloría, y dentro de ellas será la Corte a la que se encargará la anotación de los decretos de pago expedidos por el gobierno y su representación en caso de su falta de conformidad con la ley². En este período, las nociones de anotación, registro y toma de razón no se encuentran precisamente diferenciadas, usándose de manera indistinta³. La toma de razón, en este período, no va esencialmente asociada a un control de legalidad del acto sometido a este trámite, y consiste en esencia en la incorporación del mismo al registro del respectivo órgano. De hecho, aludiendo a la razón para establecer el trámite de toma de razón respecto de las leyes en general, el decreto de 12 de junio de 1893 expresa: “*Que para facilitar la consulta de los diversos asuntos en que el Tribunal de Cuentas debe emitir informes, conviene que forme un archivo de todas las leyes que se dicten*”⁴. Como prueba de este uso del lenguaje puede citarse el decreto de Guerra de 29 de marzo de 1894, sobre Cédulas de Invalidez, que dispone que: “*5° El Estado Mayor General tomará razón circunstanciada de todas las cédulas sobre pensiones de invalidez y premios de constancia de individuos del Ejército que espida el Ministro de Guerra*”; así como el decreto de 12 de junio de 1893, en el cual se dispone la toma de razón de las leyes, tal y como ya lo disponía el artículo 6° del título 3 de la Ley de 20 de enero de 1888 en relación con el deber del presidente de la Corte de Cuentas de tomar razón de las leyes, decretos y demás disposiciones gubernativas y de las sentencias de los tribunales que por cualquier motivo

² Art. 2°, N°s 6 y 7 de la Ley de 22 de diciembre de 1875.

³ Cfr. en nota siguiente la cita al art. 2° de la Ley de 22 de diciembre de 1875 donde se usa la expresión “anotar” en vez de “tomar razón”, con el mismo significado.

⁴ El destacado es mío.

tuviesen relación con el Fisco. En estos dos últimos casos (ley 1888 y decreto de 1893) resulta evidente la naturaleza de la toma de razón como mero acto de incorporación formal a un archivo o rol, desde el momento en que no resulta posible entender una toma de razón como control de legalidad de las ‘leyes’ o de las ‘sentencias judiciales’, como lo ordenan esos cuerpos normativos. Una cuestión distinta era la facultad otorgada al Presidente de la Corte para representar los decretos de gastos cuando ellos hubiesen sido expedidos en contravención a la ley de presupuestos⁵. Sin embargo, a partir del decreto de 1893, se establecen las bases para extender el trámite de toma de razón, ya no sólo a las leyes y reglamentos que recayesen sobre materias fiscales, sino a leyes sobre toda materia. Y en la práctica desde 1893 hasta 1927 se producirá, además, un segundo cambio: la identificación del trámite de razón con la facultad de representar y con ello, con el control de la legalidad, que en consonancia con lo anterior, se expande desde un ámbito originalmente restringido a la legalidad de los decretos de gastos, a un ámbito amplio y general de control de legalidad de los actos de la administración.

La misión Kemmerer reorganizará posteriormente las distintas oficinas de Hacienda, dejando a la Contraloría dotada de diversas funciones, dentro de las cuales subsiste el control de legalidad, que como se ve, era originalmente ajeno al diseño de control fiscal. Con esta atribución pasa a la Constitución de 1925 y posteriormente a la de 1980.

III. UN HORIZONTE DE COMPARACIÓN

Una mirada a los países americanos muestra que esta función del órgano contralor, y el aislamiento que presenta respecto del Congreso no es, ni con mucho, típica del mismo. Es así como en el país de origen del nombre y el diseño –ya que no de las funciones del mismo, que como se ha dicho, provienen de la tradición hispánica– de la Contraloría, ésta se define como el “perro guardián de la responsabilidad gubernamental” (*government accountability watchdog*) en el control fiscal, lo que se explica por el carácter de la *General Accounting Office* (hoy, a partir del año 2004, *Government Accountability Office*) como órgano auxiliar del Congreso en el control fiscal y presupuestario. La idea de una Contraloría como organismo autónomo y técnico, pero al servicio de la fiscalización parlamentaria del gasto y de la ejecución presupuestaria en general, se observa en las constituciones vigentes de diferentes países latinoamericanos⁶.

⁵ Ley de 22 de diciembre de 1875, art. 2: “Corresponde a la Corte de Cuentas [...] N° 7: Representar al Presidente de la República sobre todo pago que no sea conforme a la ley. Si no obstante esta representación el Presidente de la República ordenare por segunda vez el pago, se anotará el decreto, quedando obligado el presidente de la Corte[...].”

⁶ En el caso argentino, uruguayo y brasilero, no existe una Contraloría General, pero sus homólogos funcionales responden a esta descripción y funciones. Es así como el artículo 85, de la Constitución argentina, después de señalar que el control externo del sector público nacional es una atribución propia del sector legislativo, incide que el examen y opinión del legislativo sobre el desempeño y situación General de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría general de la Nación, definido como organismo de asistencia

Así, por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991 encomienda a la Cámara de Representantes, como atribución especial, la de examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y tesoro que le presente el Contralor General de la República, atribución que a éste entrega a su vez el artículo 268, inciso final. Los artículos 267 y 268 dejan en claro la vinculación del Contralor al Congreso, tanto desde la perspectiva de su nombramiento (art. 267 i. V, es elegido por el Congreso), como desde el punto de vista de sus funciones (art. 268 N° 7, N° 11). La Constitución de Costa Rica de 1949⁷ es explícita en dar a la Contraloría el carácter de “institución auxiliar” de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, siendo tanto su Contralor como el Subcontralor nombrados por dicha asamblea (art. 183); le corresponde fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios (art. 184), de acuerdo a la que le presente el Ejecutivo debiendo remitirla, con su dictamen, a la Asamblea Legislativa, a la que le corresponde la aprobación (o no aprobación) definitiva (art. 181). Un esquema semejante es el que sigue la Constitución de Paraguay de 1992 al disponer que el Presidente de la República enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto del año anterior, dentro de los cuatro meses del siguiente, debiendo la Contraloría elevar un informe y dictamen sobre la liquidación al Congreso (art. 282). La Constitución de Nicaragua de 1987 encomienda a la Contraloría General el control sucesivo sobre la gestión del presupuesto general de la república (art. 155.2) y establece un deber de informar de su gestión a la Asamblea Nacional, anualmente o cuando ésta lo solicite (art. 156). Por último, cabe mencionar el texto de la Constitución de Venezuela de 1961, en su artículo 236, señala que la Contraloría General de la República “*es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública...*”

Como puede observarse, el organismo contralor sigue en el diseño comparado dos líneas de fuerza. Por una parte, aparece con un fuerte vínculo a la actividad de fiscalización parlamentaria, como órgano técnico encargado de preparar dicha fiscalización, especialmente en el ámbito de control *a posteriori*, esto es, de rendición de cuentas y de ejecución presupuestaria. Por otro lado, su énfasis radica, en casi todos los casos vistos, en el control fiscal, sin que existan equivalentes comparados a nuestro artículo 88, enteramente dedicado al control de legalidad, destacándose por sobre todas las demás atribuciones mencionadas en la propia Constitución, art. 87. Incluso en aquellos casos donde se

técnica del Congreso y autonomía funcional, encargado del control de legalidad, gestión y auditoría de toda actividad de la administración pública centralizada y descentralizada. El Nacional, será ejercido como o auxilio do Tribunal de Contas da União...” existiendo artículo 71 de la Constitución de Brasil señala que “O controle externo, a cargo do Congresso diversas disposiciones (numerales IV, VII, X) que le permiten actuar como órgano de investigación financiera a petición y servicio del Congreso. En el caso uruguayo, el Tribunal de Cuentas debe presentar a la Asamblea General la memoria anual relativa a los dictámenes e informes que presente respecto de la rendición de cuentas de todos los órganos del Estado (art. 210 de la Constitución de Uruguay).

⁷ Tiene numerosas reformas posteriores a esa fecha.

menciona expresamente una función contralora de la legalidad, ella se remite exclusivamente a actos que afecten el interés fiscal⁸.

IV. EL ABANDONO DEL CONTROL FISCAL Y PRESUPUESTARIO

El énfasis en el control de legalidad y el paso a un segundo plano del control fiscal, dentro de las funciones constitucionales de la Contraloría, no es, sin embargo, una nota característica exclusiva de dicho órgano contralor, sino que una constante de nuestro diseño constitucional de control fiscal cuya desviación de los principios constitucionales en la materia es tan grande que sólo puede ser superada por la sorpresa que causa el grado de aceptación y falta de crítica que ella provoca en el constitucionalismo nacional.

En un nivel muy básico, se abandona en nuestra Constitución el control que el órgano representativo puede ejercer sobre el Ejecutivo por la vía de la legalidad tributaria. Los principios clásicos, forjados al calor de las luchas libertarias de los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, se encuentran del todo ausentes en nuestro sistema constitucional. Dentro de ellos se encuentra la facultad de aprobar los tributos con finalidades específicas cuyo adecuado empleo e inversión pueda comprobarse con posterioridad, así como la facultad parlamentaria de proponer proyectos de ley que rebajen o supriman tributos. Las finalidades técnicas tenidas a la vista o argumentadas para pasar a llevar en su momento estos principios⁹ no logran compensar la enorme pérdida en términos de equilibrio de poder, en desmedro del parlamento y en beneficio de una figura presidencial de por sí hipertrofiada en un presidencialismo que se ha instalado en Estados unitarios donde no existen los controles cruzados de un Estado Federal como el que dio origen a este régimen de gobierno.

Sin embargo, el abandono de estos principios no agota el catálogo de este muestrario. El diseño institucional del Congreso –y entra aquí la relación con la Contraloría y sus funciones– y la disposición sobre aprobación tácita del presupuesto propuesto por el Presidente de la República (art. 64 i. I CPR) fuerza al Congreso a un examen absolutamente superficial de las respectivas partidas, sin que sea materialmente posible un cuestionamiento fundado sobre el empleo de las mismas, ante la ausencia de organismos asesores y de tiempo para dicho examen. Para completar la lista, no existe en nuestro ordenamiento constitucional un acto formal de examen y aprobación de la cuenta pública del Ejecutivo, y no contento con esta incontinencia constitucional, el Tribunal Constitucional ha acuñado, en materia presupuestaria, la dudosa categoría de “principio de legi-

⁸ Es así como la Constitución de Panamá, en su art. 276. 7 señala como función de la Contraloría “Demandar la declaratoria de inconstitucionalidad, o de ilegalidad, según los casos, de las Leyes y demás actos violatorios de la Constitución o de la *Ley que afectan patrimonios públicos*” (el destacado es mío)

⁹ Que suelen consistir en el alegato a favor de un adecuado manejo de las cuentas públicas para justificar el principio de no afectación de los tributos, y el argumento de la responsabilidad de la gestión administrativa, del Presidente de la República, para explicar la supresión de la posibilidad de mociones parlamentarias encaminadas a suprimir o rebajar tributos.

dad relativa” del gasto¹⁰ para justificar el incremento de partidas de gastos en montos no autorizados por ley ante la existencia de excedentes en los ingresos estimados los que, entregados a la absoluta discrecionalidad del Ejecutivo, le permitirían siempre sobrepasar el principio de legalidad del gasto si, apoyándose en la dicha sentencia del Tribunal, se limitase a subestimar los ingresos provenientes de diferentes fuentes para posteriormente, con el mayor producto del ejercicio, incrementar las partidas presupuestarias.

V. EL CONTROL FISCAL EN LA PRÁCTICA DE CONTRALORÍA

Frente a esta realidad normativa, hubiese sido de esperar que la Contraloría reforzara su función fiscalizadora en el ámbito fiscal. Sin embargo, si se atiende exclusivamente a los resultados del último decenio, resulta claro que ese reforzamiento no sólo no se ha producido, sino que la actividad de control es absolutamente insuficiente para resguardar el interés de la hacienda pública. Resulta innecesario hacer mención aquí a la cantidad de casos en los cuales ha quedado en evidencia la falta de control, y que sólo han visto la luz por circunstancias accidentales. Baste mencionar aquí el caso denominado MOP-Gate, las ampliaciones de contrato sin licitación en obras públicas adjudicadas por licitación pública, y una serie de fraudes cometidos por funcionarios públicos¹¹, para demostrar que el diseño de la Contraloría como órgano de control es claramente deficitario. Los métodos o mecanismos de control utilizados por el órgano, aun cuando definidos bajo una aparente cobertura de sistematicidad, permiten la existencia de este tipo de irregularidades.

Es así como, a pesar del claro mandato constitucional y legal, la actividad de examen de cuentas no se realiza sino de manera selectiva, de acuerdo a los programas ordinarios de control definidos por la Contraloría. Del mismo modo, y salvo el caso de la ejecución de créditos externos que llevan asociado este requisito como condición para su aprobación, no se practican auditorías regulares a todos los servicios sino en aquellos casos que corresponden a dichos programas.

¹⁰ En la sentencia recaída en el rol N° 254, el Tribunal expresa: “19°. Que, en esta línea de argumentación, el Presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al Presupuesto Nacional y -aún más- se encuentra facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos. Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, y no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente, en el artículo 32, N° 22.”

¹¹ Durante mi labor como funcionario del gobierno tomé conocimiento de un caso de antología. Durante más de tres años, hacia fines de la década de los noventa, el contador de una repartición pública de nivel de Subsecretaría adulteró cheques de pagos de factura para, en connivencia con algún funcionario bancario, cobrarlos en su beneficio. Al requerirse el pago de la factura hasta entonces impaga, procedía a tramitar la emisión de un nuevo cheque con el cual esta vez, sí, pagaba la cuenta pendiente. El monto defraudado constatado alcanzó a aproximadamente trescientos millones de pesos, aun cuando el informe pericial señaló en su momento que podía empinarse por sobre los quinientos millones de pesos. Lo más increíble, sin embargo, fue que, notificada la Contraloría del caso, se limitó a constatar que se efectuaba un sumario interno y se abstuvo de realizar cualquiera investigación o auditoría propia.

En términos prácticos, los funcionarios de Contraloría entrevistados señalan que este tipo de controles (examen de cuentas, auditorías) sólo se realizan con ocasión de la detección de una irregularidad por fuentes distintas a la Contraloría misma (por ejemplo, la denuncia de algún particular, o la prensa, o bien, irregularidades detectadas a partir de otros procedimientos). De hecho, y partir de la resolución N° 759 del 2003 de Contraloría, que fija normas de procedimiento sobre rendición de cuentas, las rendiciones de cuentas de las unidades operativas de los servicios públicos no son remitidas a Contraloría para su examen sino que deben conservarse en la sede central del mismo servicio, o en la respectiva unidad operativa, disponibles para su examen por Contraloría. La estadística de exámenes reales practicados a las cuentas es, de acuerdo con los funcionarios consultados, muy baja, justamente en una tendencia contraria al reforzamiento de los controles a que se observan en el derecho comparado.

VI. LA HIPERTROFÍA DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL DESARROLLO DE LA POTESTAD PARA-REGLAMENTARIA DE CONTRALORÍA

Como contrapartida a esta debilidad de lo que podría considerarse la función propia de la Contraloría, se atiende a un desarrollo de la facultad de control de legalidad que colinda con el surgimiento de una nueva potestad que sólo cabría calificar de para-reglamentaria.

En efecto, a partir de la concordancia de tres artículos de su ley orgánica¹², el 1°, el 6° y el 19°, la Contraloría estima que sus dictámenes, no importando la materia sobre la que recaigan, y aun cuando ella no sea de aquellas contempladas en el art. 6°, que determina sus facultades consultivas *ratione materiae*, no sólo le permiten emitir un pronunciamiento sobre la legalidad del acto u omisión examinados sino que, por la vía del art. 19, le permitirían ordenar al respectivo órgano de la administración la producción del acto de reemplazo, o de un acto en general (en el caso de omisiones). Ahora bien, si se examina atentamente el artículo 19, sólo establece un vínculo para los órganos asesores (los llamados fiscales en el antiguo *jargon* administrativo, hoy en su mayor parte jefes de división o departamento jurídico y abogados del servicio) y no otorga poder de instrucción a la Contraloría, sobre el respectivo órgano. Aunque pueda parecer increíble, o surrealista, los respectivos funcionarios de Contraloría recurren al procedimiento de presionar a sus contrapartes de la administración activa con la

¹² Artículo 1°: *La Contraloría General de la República [(...)] tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomienda esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.*
(...)

amenaza de sumarios y sanciones para el caso de negarse a cumplir, y cito de mi experiencia personal, “*lo ordenado*” por el respectivo dictamen. Pero esta especie de amedrentamiento institucional no sólo se observa en la forma en que los funcionarios de Contraloría “instan” a sus contrapartes de la administración activa al cumplimiento de los dictámenes, sino que aparece de manifiesto en el lenguaje de éstos. En el dictamen N° 24.375 de 14.09.1993 se expresa “*los dictámenes de Contraloría en materias de su competencia son obligatorios para servicios como las municipalidades. Así, su falta de aplicación implica tanto el no cumplimiento de la norma legal interpretada en el dictamen, cuanto la inobservancia del precepto de Ley N° 10.336 y puede, por ende, irrogar responsabilidad para los funcionarios que deban adoptar las medidas conducentes para ejecutar la ley cuyo alcance fijan aquellos dictámenes*”. Ocasionalmente, la forma de presión llega a tanto como para, dicho en un sentido figurado, “elear la oferta” hasta la posibilidad de sanciones penales, como se observa en el dictamen 25.051 de 5.08.1997, en cuya parte final se expresa: “*dictamen cuyo incumplimiento en el sentido de no restituir los dineros puede considerarse una especie de exacción ilegal por parte del municipio, con las responsabilidades que de ello deriven*”. (El destacado en ambos casos es del autor). La extorsión institucional aquí es explícita, y se puede calificar de tal extorsión en la medida en que, jurídicamente, los funcionarios obligados por los dictámenes no pueden adoptar medidas conducentes para ejecutar la ley cuyo alcance fijan los dictámenes, ya que dichas medidas corresponden al titular del órgano, mismo que no se encuentra vinculado a dichos dictámenes. Lo anterior puede apreciarse de una manera muy clara en el mismo dictamen N° 25.051,¹³ ya citado, en que la Contraloría, por medio de su dictamen, “ordena” a una municipalidad la restitución de dineros por descuentos efectuados ilegalmente, donde se expresa: “*...el incumplimiento de un pro-*

Artículo 6°. Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas. La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

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

Artículo 19°. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

¹³ Reiterado este criterio en dictamen N° 37.053 de 9.10.1998.

nunciamento de Contraloría por las autoridades o funcionarios de la administración, incluidas las municipalidades, significa tanto el no cumplimiento de la norma interpretada, como la inobservancia de los artículos 6, 7, 87 y 88 inciso final de la Constitución (...) por cuanto jurídicamente un dictamen es la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo, siendo el ente normativo a quien la Constitución y la legislación encomiendan ejercer el control de juridicidad de los actos de la administración, otorgándole la facultad de emitir pronunciamiento en derecho. También, la obligatoriedad de los dictámenes emana de la norma interpretada y los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, dado que la Contraloría nada agrega a la disposición de que se trata, evacuando a su respecto informes declarativos. Asimismo, la obligatoriedad positiva de estos pronunciamientos fluye de la citada preceptiva, según la cual, los órganos del Estado deben respetar el ordenamiento jurídico vigente y Contraloría emitir pronunciamientos en el ejercicio de su función de control de legalidad, los que no sólo son imperativos para el caso o casos concretos a que se refiere, sino que constituyen jurisprudencia administrativa que tienen que observar los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las oficinas sometidas a control por esta entidad fiscalizadora". Aunque en su mismo dictamen señala que le corresponde emitir "informes declarativos" y que la obligatoriedad de los mismos sólo alcanza a abogados, fiscales y asesores jurídicos (los que en virtud de este carácter obligatorio quedan vinculados a sostener la opinión emanada de la Contraloría), pretende luego que estos informes declarativos tenga el carácter de una instrucción vinculante para el titular del órgano o, digamos, para el órgano mismo, cuestión que no se condice ni con el carácter declarativo de los informes, ni con la ausencia de obligatoriedad de los mismos para el órgano cuya actividad se encuentra sometida a control¹⁴. De este modo, en términos jurídicos, la Contraloría se alza con pretensiones de superior jerárquico del respectivo órgano al no limitarse a emitir un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de su proceder, sino que al ordenarle un modo concreto de actuar¹⁵, esto es, al ejercer una facultad o poder de instrucción que el ordenamiento no le otorga.

De este modo, el *modus operandi* de Contraloría queda en evidencia; establecida la obligatoriedad de los dictámenes para los abogados, fiscales y asesores jurídicos, les recuerda la posibilidad de una responsabilidad (jurídicamente im-

¹⁴ A menos que se llegase a estimar el absurdo de que, por entenderse vinculado el funcionario inferior, léase abogado o fiscal, debiese entenderse vinculado su superior jerárquico, titular de la respectiva repartición. Conclusión absurda en la que, sin embargo, reposa el supuesto a partir del cual la Contraloría construye su argumento.

¹⁵ "... por lo que la Corporación debió adecuar su actuar a aquel pronunciamiento (de la CGR., EA), adoptando a la brevedad las medidas conducentes al pago" (Dictamen N° 1883 de 19.01.1999); en ocasiones el cumplimiento del dictamen sugiere la necesidad de adoptar medidas legislativas: "el ministerio[...]debe cumplir a la brevedad el pago de las remuneraciones...sin que pueda admitirse como excusa...el no tener ítem, y los fondos respectivos, ya que ello es subsanable mediante la obtención de recursos *por la vía de las modificaciones presupuestarias pertinentes* o con cargo a imprevistos" (Dictamen N° 28057 de 13.11.1992, el destacado es mío).

procedente, como se ha visto¹⁶) y de ese modo obtiene que los dichos funcionarios, en concreto, insten a su superior jerárquico para la modificación del respectivo acto.

VII. CONCLUSIONES

El estudio que conduce a la elaboración de este artículo tuvo por objeto inicial el determinar la forma como la Contraloría cumplía sus funciones de control fiscal, en vistas a proponer una coordinación de las mismas con el Congreso. Sin embargo, dicho objetivo se vio modificado al poco andar, al constatar la particular evolución de la Contraloría en las condiciones escritas; una hipertrofia de su actividad de control de legalidad, no comparable con funciones análogas en el derecho comparado, y un efectivo abandono de su función fiscalizadora como función de control sistemática y oportuna. La confrontación de esta realidad con la paupérrima estructura auxiliar del Congreso en la labor de control presupuestario conduce casi a una única conclusión posible, a saber, la necesidad de reorientar la actividad y, eventualmente, el diseño estructural de la Contraloría, y, bajo cualquiera sea la fórmula elegida, desconsolidar la función de control preventivo de legalidad de la función de control financiero, entregando esta última a un órgano que actúe en estrecha colaboración del Congreso, como órgano técnico auxiliar. Para ello se hace imprescindible revisar también los instrumentos de seguimiento y control de la ejecución presupuestaria que puedan ser reportados desde el órgano de control fiscal al Congreso, así como reformar el sistema de auditoría pública haciendo que las auditorías a los funcionarios que manejan fondos o bienes públicos sean una posibilidad cierta y no una alternativa tan remota que termina por favorecer las irregularidades en el campo patrimonial.

[Recibido el 2 de mayo y aceptado el 19 de octubre de 2005].

¹⁶ Puede darse una demostración de esto. Si, en cumplimiento del carácter obligatorio del dictamen, un fiscal o abogado de una repartición administrativa hace presente por escrito al jefe de servicio la ilegalidad de un acto, conforme a lo resuelto por Contraloría, el abogado se libera de responsabilidad, porque está cumpliendo y no puede hacer más; y si el jefe de servicio nada hace, no se le podrá hacer responsable en términos de incumplimiento del dictamen ya que no se encuentra dentro de los funcionarios para los cuales el dictamen es obligatorio.

