

REVISTA DE DERECHO

Lex Olympia



VOLUMEN IV EDICIÓN N°2

PERSPECTIVAS ADMINISTRATIVAS:
MODERNIZACIÓN, TRANSPARENCIA Y
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CHILENO





DIRECTOR

Ignacio Torreblanca

SUBDIRECTOR

Michael Ocampo Cartagena

SECRETARÍA GENERAL

Daniela Barrientos

DEPARTAMENTO DE EDICIÓN

Directora - Fernanda Poblete

Subdirector - Pablo Parry

Coordinador de Redactores - Aitor Demian Vivanco Ortiz

Redactores - Sofía Brito, Valentina Ibáñez, María Paz Pitriqueo, Javier Rubio, Tatiana Valecilla

DEPARTAMENTO DE COMUNICACIÓN Y RELACIONES

Directora - Javiera Zúñiga

Coordinadora de redes sociales - Paulina Arancibia

Relaciones y organización interna - Sol García

Comunicadores - Tomás Fernández, Isidora Duarte, Josefa Estay, Carol Contreras

DEPARTAMENTO DE FINANZAS

Directora - Francisca Machuca

Volumen 4 Edición N° 2 – Año 2025

ÍNDICE

ENTREVISTAS

PARRY, PABLO: “**Contraloría bajo lupa: Los límites del control administrativo**”.

Entrevista a Felipe Ahumada, abogado.

“Del Servicio Público a la Corte Suprema: Una mirada integral al ejercicio del Derecho Administrativo en Chile”.

Entrevista a Andrea Ruiz, abogada.

INVESTIGACIÓN LEX OLYMPIA

IBÁÑEZ, VALENTINA & ORTÍZ, DEMIAN & PARRY, PABLO & PITRIQUEO, MARÍA PAZ & POBLETE, FERNANDA & RUBIO, JAVIER & VALECILLA, TATIANA: “**La ponderación de derechos fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar**”.

INVESTIGACIONES EXTERNAS

MATURANA, JOSÉ MANUEL: “**La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa**”.

LABRA, JAVIERA & PARRAGUEZ, CAMILA: “**Dignidad, vida social y función pública: un análisis dogmático y jurisprudencial del deber de todo funcionario público de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo**”.

CUBILLOS, VALENTINA: “**Fiscalización tributaria e informalidad. Análisis critico de la nueva obligación de informar abonos bancarios en Chile**”.

DUARTE, ISIDORA: “**Edad y conservadurismo en el senado chileno**”.

HERRERA, RODOLFO: “**Análisis de las sanciones en materia de protección de datos personales en Chile en comparación con la Unión Europea**”.

AGRADECIMIENTOS

Con profunda alegría y satisfacción es que presentamos la siguiente edición de nuestra revista Lex Olympia sobre Derecho Administrativo, tras meses de trabajo y esfuerzo de todos y cada uno de los miembros de nuestro colectivo, a quienes agradecemos profundamente la dedicación para el éxito de la presente edición.

Se busca ante todo tomar una rama de nuestra disciplina que hoy tiene una especial importancia a la luz de los diversos acontecimientos político-sociales que ha atravesado nuestro país en tiempos recientes. Ante todo, se busca reivindicar la importancia del Derecho Administrativo como pilar fundamental del ejercicio democrático y del siempre necesario control respecto de los diversos poderes que conforman el aparato del Estado.

Pero es que incluso dichos mecanismos de control, que en el caso del Derecho Administrativo Chileno, recaen primordialmente en las atribuciones de la Contraloría General de la República, mediante la toma de razón de los actos de la administración o de la potestad dictaminante de dicho órgano aplicable para la interpretación de leyes, también deben ser objeto de una permanente revisión y análisis sobre su aplicabilidad, más aún cuando dichas atribuciones pueden implicar una afectación de los derechos fundamentales de la ciudadanía en su conjunto.

Es por ello que el trabajo desarrollado por nuestra revista busca incentivar el necesario debate sobre el funcionamiento de los contrapesos dispuestos por la Constitución Política de la República para con la Administración del Estado, reconociendo también las formas en que esta puede perfeccionarse para asegurar lo que es, ante todo, el principal objetivo del Derecho Administrativo como tal: La regulación del funcionamiento del aparato público, en pos de la protección de los intereses ciudadanos y del bienestar del conjunto de la sociedad.

Nuestra revista, en tanto espacio dedicado a la reflexión jurídica, busca seguir siendo una instancia para fomentar el debate público sobre la actualidad de nuestra disciplina, buscando una sociedad más activa y consciente sobre el respeto y ejercicio de los derechos ciudadanos, elemento fundamental para cualquier sociedad democrática.

Sub-Director de Ediciones

Pablo Parry Arroyo

Revista de Derecho Lex Olympia

Contraloría bajo la lupa: Los límites del control administrativo

Entrevista a Felipe Ahumada, Abogado y Docente de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado

Entrevistador Pablo Parry

- 1. En primer lugar, ¿Podría contarnos un poco más sobre su trayectoria como abogado? Sabemos que además de desempeñarse como abogado también se ha desempeñado en Contraloría General de la República, además de académico en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.**

Bueno yo soy egresado de esta facultad, hice mi pregrado acá, y mi ejercicio profesional siempre estuvo vinculado desde el inicio en el mundo público, en la Contraloría General de la República primero, 8 años casi 9 yo diría, y después en la Administración Pública en el Ministerio de Transporte, primero a través de un curso vía UNED, el cual buscaba analistas o “especialistas” en Derecho Público, postulé y gané ese concurso y entré a trabajar en el Ministerio en asesoría jurídica y cuando se acabó ese programa me ofrecieron continuar, y ahí estuve hasta febrero de este año, me independicé, o como se denomina, me “privaticé”.

- 2. Muy bien, voy comprendiendo. Ahora dígame, ¿de qué forma su experiencia en la Contraloría General de la República influyó en su trabajo académico?**

Yo propiamente tal tengo un trabajo más docente que académico, yo nunca me he dedicado como profesor de jornada completa y en las funciones de extensión e

investigación propias de la universidad, yo siempre en el ámbito de la docencia, pero más allá de esa precisión.

Mi trabajo en la Contraloría me sirvió, primero como efecto disciplinario en todo primer trabajo, cuando uno sale de la universidad y se conecta o contacta con el mundo del trabajo tiene que resolver una tensión que está entre la forma de ser estudiante, de aprender teórica y abstractamente, con ejercicio prácticos incluso, pero llegar a un mundo de verdad, y a instituciones, lugares, oficinas que tienen culturas organizacionales ya instaladas, por lo tanto, todo primer trabajo siempre impacta creo yo en ese sentido, es conocer el mundo real, y más cuando el primer empleo, como fue en mi caso, una institución que ya, cuando yo entré, tenía 81 años. Por lo tanto, todas las formas, las solemnidades institucionales se hicieron notar y para uno que es joven, que tiene 26-27 años cuando yo entré, impactan un poco, eso en la dinámica personal o humana. En términos contenidos, lo mismo, fue ver como las categorías generales que había aprendido en la universidad, ahora ya no podían quedar en una categorización general, tenían que construirse en productos concretos, por ejemplo proyectos de dictámenes o de toma de razón, y ahí hay que resolver con un lenguaje apropiado pero entendiendo que ese no es un seminario, no es un paper, sino que es un producto de gestión pública completa, y eso me forzó a aprender y reforzar el Derecho Administrativo

Entrevista – Felipe Ahumada

general, lo que me correspondía revisar y eso me ha permitido trabajar en mi calidad docente como profesor de Derecho Administrativo y también cuando trabajé la administración activa como se denomina, en el Ministerio de Transporte, con esa experiencia que adquirí ahí.

3. Perfecto, y en el ámbito del Derecho Administrativo ¿Qué aspectos específicos ha trabajado más en su vida docente?

Yo me considero un generalista del Derecho administrativo, me gusta y me apasiona el Derecho Administrativo general, es decir, la disciplina en su matriz. Hace unos 20 años, yo diría 2004/2005, se puso de moda o irrumpió lo que uno podría denominar como los derechos administrativos especiales, en algún punto se los denominaron como “derechos regulatorios”, que eran: como el derecho regula actividades económicas, por ejemplo como las telecomunicaciones, industrias como la energía, el gas, el agua potable o el mercado de valores, y a eso se le ha denominado derecho administrativo especial o derecho regulatorio, porque es verdad, se nutren y se basan en regulaciones de órganos de la administración sujetos a potestades, procedimientos.

Pero a mí lo que siempre me gustó, desde de la universidad, es el Derecho administrativo General, y ver como esas categorías del derecho administrativo general se aplican en ámbitos de referencia en particular, y ver cómo se transita de esa generalidad a las especificaciones propias de cada mercado o industria que requiere intervención administrativa a través de sus formas administrativas, por lo tanto, todo ese aprendizaje de derecho administrativo general y en algunos casos también de

disciplina, como obras públicas, concesiones, derecho de aguas que también aprendí en la Contraloría, me han servido para reforzar mi bagaje en términos del derecho, de las categorías generales, que es lo que exige el programa y el plan curricular de la universidad en su malla anterior y en esta, que es el derecho administrativo propiamente general, después hay espacio entiendo para optativos.

4. Bien, pasando ya un poco al tema que nos convoca: el dictamen sobre los descuentos a profesores por la realización de movilizaciones ha generado un importante revuelo público, sobre todo a partir de las declaraciones del colegio de profesores, rechazando dicha resolución ¿Cuál es su opinión respecto al razonamiento aplicado por la Contraloría? ¿Usted considera que se interpretó correctamente la normativa constitucional y laboral vigente?

Antes de responder la pregunta quisiera realizar un comentario y me atrevo a una precisión. El comentario es que no me sorprenden las declaraciones del colegio de profesores, nada en particular con el colegio de profesores, sino que la entiendo como la declaración que debe hacer, forma parte de su mandato y de toda organización en el fondo, es un grupo de interés. El colegio de profesores, como todo gremio en el ámbito que sea, promueven los intereses de sus asociados o sus integrantes, en este caso de los profesores, por lo tanto, me parece que no podría ser objeto de escándalo ni sorpresa que quien este encargado de promover los intereses de sus asociados se pronuncie cuando identifican que algo lesiona, interfiere y afecta en general sus derechos. Ahora bien, la Contraloría no tiene competencias

Entrevista – Felipe Ahumada

para pronunciarse sobre la legislación laboral, si por esto entendemos código laboral, leyes del trabajo, materia laboral, para eso está la Inspección del trabajo.

Pero entendiendo ya la pregunta, lo que hace la Contraloría es revisar la legalidad de actos en función de la institucionalidad, pero en este caso, las normas estatutarias. Los profesores son funcionarios públicos que están sujetos a un estatuto administrativo, ya sea general, o como en este caso generó la polémica, es un estatuto administrativo para funcionarios municipales, por lo tanto lo que la Contraloría hizo fue una revisión no de la legislación laboral, sino de la legislación estatutaria, que impacta en las condiciones de trabajo, de función pública de estos servidores públicos que son los profesores, ese dictamen, yo tengo el 93887 y al 12814, ambos del 2025 que son los que se pronuncian sobre este tema, creo que en lo formal son correctos, es decir, es verdad que los funcionarios públicos, los profesores de establecimientos públicos, sujetos a un estatuto administrativo municipal, son funcionarios públicos.

Es verdad también que, como funcionarios públicos, tienen deberes funcionarios, entre ellos el cumplimiento de la jornada de trabajo y el cumplimiento de sus funciones, y es verdad que la ley señala casos justificados para no cumplir con esas obligaciones, como licencias médicas, vacaciones y otras causales, salvo caso fortuito y fuerza mayor, en ninguna de esas causales justificadas aparecen las ideas de paros, o pronunciamientos o huelgas, es más, el primero de los dictámenes, el 3887 le hizo presente a quien requirió ese pronunciamiento, que de acuerdo con la Constitución, los funcionarios públicos no tienen derecho a huelga.

Por tanto, para mi todos esos dictámenes, en lo formal, son correctos, no hay ilegalidad en los dictámenes al aplicar la ley. Aquí la Contraloría podría escudarse en que ellos son meros aplicadores de la ley como los jueces que dicen que son la boca de la ley y quien tenga problemas con la ley “reclámele al legislador” ¿no?

Lo que si me llama la atención del último dictamen de la Contraloría, el 122814, es que yo identifico, lo que yo me atrevería a calificar como cierto activismo y ahí uno podría discutir la legalidad del dictamen, porque se atreve a establecer condiciones sin que manifiesta norma legal para esto, aquí yo voy con cuidado porque podría haberla pero no la manifiesta, condiciones para el régimen de no descuento en caso de recuperación de clases porque el problema que hubo ahí, ¿porque hay que haces descuentos? Que la ley lo exige, si había un esquema de recuperación de clases. Y la Contraloría lo que señala ahí, no sé con qué fuente legal, pero lo hizo, señaló que la recuperación de clases no tiene un efecto de recuperar la jornada perdida, sino que busca restablecer el normal funcionamiento del plan curricular, y si esa recuperación de clases se hace dentro de la jornada ordinaria, no hubo una recuperación de jornada de trabajo, por lo tanto, se tienen que hacer los descuentos. Entonces la Contraloría establece en ese enmarque, una serie de condiciones para poder no aplicar los descuentos en caso de recuperación de clases, en eso a mí me parece que la Contraloría se excedió, estableció condiciones o exigencias que la ley no establece, pero más allá de eso que podría ser considerado una observación demasiado dogmática, a mí me parecen los dos dictámenes, en su formalidad, correctos.

Entrevista – Felipe Ahumada

5. Bueno en esa misma línea argumentativa, uno de los argumentos esgrimidos por organizaciones como el colegio de profesores tiene que ver con eso, con que existirían contradicciones entre los dictámenes emitidos por la propia Contraloría, sobre todo respecto de dictámenes anteriores que establecían que en la medida en que los profesores recuperaran las clases no eran aplicables los descuentos a las remuneraciones. Para ello un ejemplo, el dictamen 52122 del año 2009 que establecía eso, en ese sentido ¿Cómo puede aplicarse este dictamen si contradice lo dispuesto por otro emanado de la propia Contraloría?

Ahí uno puede responder en términos formales, ideales y la realidad en el fondo. Por supuesto que en términos formales e ideales lo que uno esperaría de todo órgano que tiene potestades públicas, administrativas o judiciales, por ejemplo, y que sus pronunciamientos tienen efecto jurídico sobre personas, es la coherencia, y ahí uno podría justificarse por ejemplo no solamente en una “sana práctica”, sino en exigencias de igualdad ante la ley, por ejemplo, eso es lo ideal.

Lo que puede ocurrir también es que los órganos de la administración también son los incentivos, los componentes ideológicos en el buen sentido de quienes los titularizan. El contralor del año 2009, para citar la fecha del dictamen, no es el mismo contralor del año 2015, decir eso es darle continuidad al órgano llamado contralor, pero el elemento subjetivo, la persona que ocupa el cargo es distinto, el del 2009 tenía un nombre y apellido, era Ramiro Mendoza y la de hoy es Dorothy Pérez, son personas distintas, coinciden en que ocupan el mismo cargo, ahí podría haber una primera explicación en este

caso, pero para todos, cambiando los individuos, cambian los énfasis donde aplican sus potestades, también pueden cambiar las circunstancias, los contextos sociopolítico del país, que pueden justificar distinciones, eso como generalidad.

Pero la contraloría en esos dictámenes que cité recién, también hace presente, incluso un dictamen antiguo del año 1992 en que también es coherente señalar que hay que hacer los descuentos, y el dictamen 93887 si mal no recuerdo, es el que cita jurisprudencia desde el año 92, la pregunta es porque si desde el año 92 en adelante y sucesivamente en varios pronunciamientos que ahí se mencionan, esa era una directriz o una interpretación de la contraloría, es decir, si no se trabaja se descuenta, la realidad indicaba que no se estaba haciendo, y ahora nos sorprendemos.

Ahí tiene que ver eventualmente con la falta de voluntad política o social o la incapacidad para aplicar esos pronunciamientos. Tal vez hoy día se están encontrando espacios para poder aplicarlos en el sentido, por ejemplo, no hay que ser ingenuos, identificar que hoy está bajo sospecha ciudadana incluso, los movimientos sociales y esto derivado en mi interpretación muy modesta, del año 2019 en adelante, y una suerte como revival si me permiten esa expresión, cierta idea de orden público e institucional, como reacción a lo que habría ocurrido en el 2019 en adelante, a mí no me extrañaría que hubiesen en las instituciones intento de retomar una idea de normalidad institucional, lo que eso signifique y no me extrañaría que ahora si se encuentran condiciones como sociales y políticas para exigir el cumplimiento de dictámenes asumiendo el costo político de recibir,

Entrevista – Felipe Ahumada

como recibió la contralora, manifestaciones en contra, declaraciones en contra en la prensa.

6. Voy comprendiendo. Siguiendo con lo que hablábamos profesor, otra resolución que ha suscitado controversia por parte de contraloría ha sido el dictamen relacionado con el pase escolar, que establecía que este solo podía ser utilizado para traslado vinculado únicamente con los estudios ¿Cree usted que esta interpretación del beneficio de movilización escolar es correcta y se ajusta a la realidad de los estudiantes o debe revisarse para una mayor flexibilidad en su uso?

Primero, entiendo que eso ya se logró, el caso ahí involucraba un pronunciamiento sobre una resolución exenta del Ministerio de Transportes, que a propósito de un reclamo de una persona, entiendo a la JUNAEB y al Ministerio de Transporte, le dieron esa respuesta, es decir, de acuerdo con la normativa interna, resoluciones exentas que regulaban el uso del pase escolar, era solo para fines educacionales, y que ante esa insatisfactoria respuesta habrían acudido a la contraloría y la contraloría en síntesis, la confirmó. Por tanto ahí hay una dimensión, de que si la Contraloría está sujeta a la legalidad y no tiene capacidades de innovar, de tomar medidas como por ejemplo lo hacen los tribunales de justicia, las cortes de apelaciones o supremas en el contexto del recurso de protección, bajo ese mandato amplio de adaptar todas las providencias que estime necesarias para reestablecer el imperio del derecho, acá la Contraloría no lo tiene, me parece que también nuevamente, en lo formal se podría entender como ajustado, por supuesto también hay que entender ahí la realidad, lo practicable y el costo de esa regulación,

porque ¿cómo controlar que un viaje tiene un fin académico o no? Por lo tanto, ahí me parece que más allá que la Contraloría al menos. De hecho la contraloría nota que su dictamen era equívoco; esto significa que cito varias interpretaciones, y emitió un comunicado público aclarándolo, y transfiriendo la responsabilidad al Ministerio de Transporte y JUNAEB, de tener que ajustar lo necesario, que entiendo que hicieron, pero nuevamente ahí la contraloría se ve siempre en ese suerte de atolladero de resolver formalmente o aplicar algún tipo de primacía de la realidad y resolver incluso a riesgo de lesionar esa formalidad del derecho para resolver en términos reales, concretos y efectivos en el fondo.

7. Y en esa misma línea, y en el entendido que la Contraloría ejerce un control sobre la legalidad de los actos administrativos a través de mecanismos como la toma de razón o los dictámenes ¿Considera usted que dichas herramientas tienen un límite cuando las soluciones de Contraloría implican afectación de derechos fundamentales?

Si, por supuesto y esto lo justifico en general en lo siguiente, tendré una explicación en particular. La Contraloría es, para usar el lenguaje en boga estos últimos años, un poder constituido eventualmente, establecido en la Constitución y como órgano del Estado está sujeto al principio de juridicidad y supremacía constitucional, más específicamente uno también podría entenderlo comprendido como uno de los deberes del Estado de respetar, promover y fomentar los derechos esenciales que señala el art. 5 de la Constitución, entonces, bajo esta generalidad por supuesto que la Contraloría tiene un límite

Entrevista – Felipe Ahumada

en lo derechos fundamentales, como todo órgano del Estado.

Ahora, todos los órganos tienen competencias específicas, y la Contraloría no tiene por mandato específico la promoción y protección de los derechos fundamentales, su mandato es la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones de la administración. No es el mismo caso que tiene por ejemplo las cortes de apelaciones y suprema cuando conocen de recursos de protección, que su misión es reestablecer el imperio del derecho cuando hay afectación a derechos fundamentales, o el que tienen los tribunales laborales cuando conocen de tutela de derechos fundamentales, o el recurso de amparo económico, o el recurso de nulidad en el caso de la materia penal.

La Contraloría tiene ese tipo de atribuciones generales, por supuesto dentro de la idea de constitucionalidad, uno podría comprender que también es la protección de los derechos fundamentales en el fondo, y toda transgresión de un órgano a los derechos fundamentales debe tener algún tipo de tutela judicial, efectiva, entre otras. El punto también es discutir si en el caso por ejemplo de los profesores, a que derechos fundamentales atendió, porque por supuesto en el modo en que está planteada la pregunta y la inquietud, uno podría entrever que es respecto a los derechos fundamentales de los profesores a su derecho a huelga o manifestación, claro pero podríamos pensar -y aquí estamos especulando- en que la contraloría entendió que su mandato era proteger los derechos fundamentales de los estudiantes en el derecho a la educación, y en esos términos, estamos especulando porque nunca fue explícito en los dictámenes apelar a ese tipo de derechos fundamentales, si no cuando utilizó el

lenguaje constitucional, fue a buscar la norma sobre prohibición de la huelga, por lo tanto también podríamos decir ahí que no hubo infracción a los derechos fundamentales, porque hizo una “ponderación” implícita, que tiene más peso en el caso concreto, el derecho a la educación de los estudiantes sobre el derecho a la manifestación, el derecho a la asociación, el derecho de reunión o el que fuere, de los profesores.

Por lo tanto, la primera parte, si, debiera de haber mecanismos que permitan controlar la legalidad de las actuaciones de la propia contraloría, eso hoy día existe, que es el control judicial, la contraloría está sujeta al control judicial de los tribunales, es bastante habitual que lo haga, por ejemplo, a través de recursos de protección o la nulidad de derecho público.

8. Perfecto. Y bueno en esa misma línea, al margen de lo presentado por Contraloría ¿De qué formas podría fortalecerse el control legal de los dictámenes de Contraloría? Sobre todo, cuando se trata de derechos fundamentales.

Buena pregunta, porque la potestad dictaminante de la contraloría, está justificada normativamente en normas tan generales como el derecho de petición de la constitución. No está procedimentalizado, con esto me refiero a que se establezca un procedimiento que establezca iniciativa, por ejemplo, de oficio, a petición de parte, plazos, etapas, formas de terminación algo similar a la ley 19880, eso no existe.

La Contraloría por años se ha negado a asumir seriamente el mandato de supletoriedad de la ley 19880 en su potestad dictaminante. Ellos se han justificado en una exclusión de la ley

Entrevista – Felipe Ahumada

19880, pero esa exclusión es únicamente en la toma de razón, no para los dictámenes, en la ley orgánica de la contraloría no hay norma de procedimiento para el ejercicio de la potestad dictaminante, por lo tanto, yo nunca he entendido porque no se podría aplicar supletoriamente la ley 19880. La Contraloría ha señalado que la 19880 se aplica supletoriamente en todo aquello que se ajuste a las atribuciones y al sentido propio de cada organización, y yo creo que por ahí podría estar tratando de orillarse de la aplicación de la ley.

Por lo tanto, la Contraloría General de la República, es verdad, cuando uno recurre a través de un pronunciamiento, no tiene como solicitante un mayor control de los plazos que toma, las decisiones que adopta, y que cuando recibe un dictamen en contra, lo único que le queda es un recurso de reconsideración a la propia contraloría, que suele ser, no es un éxito.

La contraloría suele responder rápida y lapidariamente que sus argumentos ya fueron debidamente ponderados al emitir el dictamen, y no se entregan otros elementos de juicio que permitan concluir lo resuelto, yo llevo 10 años fuera y todavía me acuerdo de la expresión que utilizábamos para rechazar reconsideraciones, era esa. Y la otra opción es recurrir a la tutela judicial, recurso de protección u otra acción, por lo tanto, no la hay, y yo creo que debiera haberlo. Pero eso es un esfuerzo ya diría yo de carácter legislativo, cumplimos con la idea de tipicidad y la proceduralidad.

Solamente para ilustrar este punto, pongo un ejemplo y perdón el ejemplo particular. Yo el martes de esta semana fui notificado de una respuesta a una solicitud de pronunciamiento que hice el 19 de junio,

para que se pronunciara sobre la excesiva demora de una superintendencia en el contexto de unos procedimientos específicos que afectaban derechos de mis patrocinados o mis mandantes. La Contraloría se tomó 3 meses y 29 días para responderme, no directamente a mí, sino transcribirle y derivarle mi presentación, en algo que yo no había pedido, a la superintendencia para que me diera respuesta directa.

Yo no estoy discutiendo que la Contraloría no tenga atribuciones para hacer eso, yo podré estar en desacuerdo con su contenido, como lo estoy, porque yo le pedí un pronunciamiento a ellos, lo que si estoy en desacuerdo es que no se puede tomar 3 meses y 29 días, que en el fondo son 4 meses, para decirme que esto amerita una respuesta directa del órgano respecto del cual yo recurri. Yo puedo estar en condiciones, como siempre digo en clases, estudiantes que puedan leer esto, yo no tengo problema con que me digan que no, pero díganme que no rápido, y yo no considero que sea rápido 3 meses y 29 días para darme esa respuesta.

¿Qué puedo hacer yo al respecto? ¿A quién puedo reclamarle por esa actitud en responder algo tan sencillo? Lamentablemente, a nadie, por lo tanto, la Contraloría está en una suerte de falta de control respecto de su potestad dictaminante.

9. Y respecto de las formas en las cuales pudiésemos pensar para fortalecer el control legal sobre los dictámenes de Contraloría ¿Usted considera que sería posible pensar en Chile un modelo de tribunales administrativos similar al que existe en Francia? A modo de zanjar las

Entrevista – Felipe Ahumada

controversias en el ámbito administrativo.

Los tribunales contenciosos administrativos son una herida lacerante para la disciplina. Chile tuvo tribunales administrativos, pero no los tuvo, ósea me explico. En la constitución del 25 se señalaba que “habrá tribunales administrativos”, la constitución del 25 los establecía, creo recordar en el artículo 87, pero que determina la ley, y esta ley nunca se dictó. Por lo tanto, Chile los tuvo en la constitución del 25, nunca se dictó la ley, en el año 80, la constitución de ese año también estableció lo mismo y tampoco se dictó la ley.

Por lo tanto, el concepto de tribunales administrativos remueve en la disciplina, porque nunca los ha habido. Yo siempre he sido partidario de que existan los tribunales administrativos, pero no tanto en la perspectiva de que ejerzan un control sobre la Contraloría, sino que la reemplacen. Soy de la idea de que la mejor forma de controlar a la administración del Estado en su legalidad de forma externa, es decir, no la propia administración controlándose, es a través de tribunales contenciosos administrativos, y en eso, reemplazar a la Contraloría.

Circunscribir a la Contraloría a labores de auditoría fundamentalmente, como es generalmente el modelo de entidades superiores de fiscalización a nivel comparado, que se dedican fundamentalmente a la auditoría más que a un control de legalidad e incluso un control previo, como la toma de razón.

Por lo tanto, yo soy partidario de esa idea en un criterio de realidad, ya me he convencido de que nunca habrá tribunales contenciosos administrativos, dentro de todos esos cambios constitucionales que

nunca podrán serlo lamentablemente, creo que es uno de ellos. Pero respecto de la Contraloría, tal vez establecer algún tipo de reclamación específica a tribunales, respecto de sus resoluciones o actos, pero específicas, y no acudir a remedios generales como el recurso de protección o la nulidad de derecho público, sino que configurar una acción de reclamación propiamente tal, que establezca plazos, procedimientos, tribunal competente para que conozca de ellos.

Por supuesto que ahí hay una acción de ponderación de si corresponde o no estar generando permanente conflicto potestativo entre las decisiones de la contraloría y los tribunales, porque es verdad, si se establece un mecanismo como el que estoy proponiendo, como algo preliminar, genera dinámicas institucionales que pueden ser indeseadas, es decir, una permanente fricción entre tribunales y contraloría, y que al final los tribunales terminen, a través de esa atribución formal, haciendo lo que no deben hacer, que es ejercer las potestades de la Contraloría, es algo que se le ha pasado al Tribunal Constitucional a propósito de la inaplicabilidad, que es a propósito, conocer de una inaplicabilidad, lo que termina siendo, es resolver el caso de fondo, y eso es algo que fue resistido por tribunales en ese denominado “choque de trenes en el año 2019”, previo al estallido, fue esa controversia institucional dentro de la excesiva atribución que se estaba atribuyendo a si mismo el tribunal constitucional en el contexto de inaplicabilidad.

10. Profesor como última pregunta, a la luz de los hechos que hemos discutido en esta entrevista ¿Qué importancia le da usted al derecho

Entrevista – Felipe Ahumada

administrativo en el funcionamiento de la sociedad?

Yo creo que tiene la importancia propia de la administración pública en la sociedad. El derecho administrativo, es el derecho, como enseño en las clases, propio, peculiar, característico de la Administración del Estado, es decir, es el derecho, que disciplina, habilita y limita a la administración pública en su función de satisfacción de necesidades públicas. Por lo tanto, si algún impacto tiene el derecho administrativo en la sociedad, es a través de la legalidad de las actuaciones de quien tiene que gestionar el interés público, por lo tanto, el derecho administrativo tiene mucho impacto en ese sentido, en la dimensión potestativa y limitativa a la

administración en su función de gestión pública, pero también tiene un rol importante en la defensa y protección de las personas, los individuos, los particulares, se puede denominar en nuestra disciplina, frente a la administración.

El derecho administrativo establece categorías para proteger, a la garantía patrimonial, por ejemplo, los derechos fundamentales de las personas, ciudadanos, frente a las decisiones de la administración, por lo tanto, el derecho administrativo tiene esa doble importancia, de habilitar función pública legítima, eficiente y eficaz, pero también proteger a las personas desde actuaciones públicas en el caso en que sean ilegales.

Entrevista a Andrea Ruiz

Del Servicio Público a la Corte Suprema: Una mirada integral al ejercicio del Derecho Administrativo en Chile

Entrevista a Andrea Ruiz, abogada y Docente de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado

Entrevistadora Josefa Estay

Sabemos que usted ha desarrollado una extensa carrera en el ámbito público y administrativo. Entonces, queríamos preguntarle qué fue lo que inicialmente la motivó a especializarse en esta área y cómo ha ido evolucionando su mirada a través de los años.

Cuando estudié derecho, mi primera vinculación jurídica fue con el mundo del derecho privado, se estudiaba derecho civil y las instituciones más estructurales de esa rama. Pero luego, paulatinamente, comencé a descubrir el derecho público, primero a través del derecho constitucional, y después el derecho administrativo. Así fui entendiendo la dinámica de cómo funciona el Estado y la administración, del importante rol que cumple en la sociedad en la que vivimos en pos del bien común y la necesidad de que en sus actuaciones se someta al ordenamiento jurídico con pleno respeto de los derechos humanos. En los últimos años de estudio, ese interés, se hizo más intenso y así nace una vocación que dura hasta hoy, y que día a día trató de transmitir a mis estudiantes.

Es muy interesante comprender el rol que cumple la administración del Estado en el funcionamiento de la sociedad y la importancia que reviste tener una buena administración, para el desarrollo de las personas, para romper las brechas que existen en la sociedad y para ir en ayuda de quienes más lo necesitan, de los más vulnerables.

Por ello, sentí que donde mejor se puede aportar a la sociedad en la que vivimos, pues tu trabajo diario genera cambios reales y donde, también, uno siente mucha gratificación por lo que hace, es en lo público.

Eso es lo que a mí me motivó a especializarme en Derecho Administrativo, rama que provee de las herramientas de sustento jurídico a la actividad pública y a la administración del Estado.

Entonces, ¿usted desde qué inició empezó trabajando en derecho público?

Sí. Mi carrera profesional la inicié en el Consejo de Defensa del Estado, luego me fui al Ministerio de Justicia, trabajé en la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) y, también, en el Consejo para la Transparencia. En todo caso, cuando era

Entrevista a Andrea Ruiz

estudiante, también, trabajé como procuradora en un estudio jurídico, viví esa experiencia y aprendí mucho. Pero cuando me titulé ya estaba trabajando en lo público, pues junto con trabajar en lo que se ha estudiado, también debemos estar haciendo algo que nos apasione y nos haga sentir feliz.

La segunda pregunta es respecto a que muchas personas asocian el derecho administrativo con algo muy estatal y distante de la práctica judicial, con respecto a ello queríamos preguntarle desde su experiencia ¿cómo se vincula el derecho administrativo con el trabajo de la Corte Suprema y cómo conviven esas áreas?

En general, cuando uno piensa en derecho administrativo, piensa en un funcionario público trabajando en una oficina, para lo que, por supuesto, se necesita harto conocimiento de Derecho Administrativo.

Sin embargo, hay otro campo de desarrollo profesional, pues quienes se relacionan con el Estado, también, necesitan de abogadas y abogados especializados que sepan cómo enfrentarse a los órganos de la administración, cómo conversar en el lenguaje propio de la administración del Estado.

Tener la capacidad de comprender el derecho administrativo, permite asesorar a las personas y a las empresas que se vinculan con lo público, para que puedan hacer valer sus derechos frente a la administración. Eso ya sea ante los propios órganos administrativos, mediante los

recursos administrativos, o ante los tribunales de justicia, a través la acción constitucional de protección, de acciones de nulidad de derecho público, de acciones de indemnización de perjuicios por falta de servicio, y, también, mediante los distintos reclamos de ilegalidad. En esos casos, la defensa jurídica debe ser capaz de salir de los conceptos básicos del derecho privado y utilizar el derecho administrativo ante el Poder Judicial. Hoy en día, hay abogados especialistas que han logrado generar una práctica profesional ligada a ese tipo de litigación, ampliando el abanico de opciones para el desempeño laboral.

Tener a la vista estos dos campos, es vital en un mundo tan competitivo para la profesión de abogado. Por una parte, se podrán desempeñar en todos los organismos públicos: las municipalidades, los gobiernos regionales, los ministerios, los organismos como Contraloría, SERNAC, Fiscalía Nacional Económica, etcétera. Y, por otra, también se puede generar una práctica profesional ligada a la litigación ante los órganos de la administración. Lo positivo es que no es un mercado saturado, todavía hay espacio para especializarte, pues el derecho administrativo es un derecho que logra abarcar muchas especializaciones. Todos los temas medioambientales, tributarios, sanitarios, urbanísticos, migratorios, aguas, aduaneros, sancionatorios, etc. son temas que se vinculan con el derecho administrativo. Es decir, en el fondo el derecho administrativo está y convive con la sociedad de manera bastante intensa y

Entrevista a Andrea Ruiz

especializarse en uno de estos nichos favorece la empleabilidad.

Un ejemplo muy concreto, son las materias de ciberseguridad, vinculadas también al derecho administrativo. Hace un año, se creó la Agencia Nacional de ciberseguridad (ANCI), un órgano administrativo con facultades de fiscalización, sanción y coordinación interinstitucional de entidades públicas y privadas. Es decir, la ley de ciberseguridad nace con una agencia de ciberseguridad y ella actúa como todos los órganos de la administración, a través de actos administrativos, procedimientos administrativos, contratación administrativa, etc. Quienes se interesen en estas materias y se especialicen podrán trabajar en la agencia misma, o representar los intereses de las entidades calificadas como servicios esenciales u operadores de importancia vital a través de los mecanismos que contempla el derecho administrativo. Por tanto, la especialización en ciberseguridad, supone conocer las instituciones básicas del derecho administrativo.

Así, también, va a pasar con la agencia de protección de datos que se va a crear ahora el año 2026. Vamos a tener una nueva ley de protección de datos y esa ley va a tener una agencia, un órgano de la administración que va a tener procesos de fiscalización, va a dictar actos administrativos sancionatorios, etcétera.

Por tanto, se van a necesitar profesionales especialistas en ciberseguridad/protección de datos personales y en derecho

administrativo, porque hay que vincularse con órganos de la administración del estado.

La tercera pregunta es relativa a temas de transparencia y precisamente dice relación a lo que estamos hablando de la protección de datos personales y políticas públicas. ¿De qué manera esa experiencia influye en su labor como abogada integrante de la Corte Suprema y qué aprendizaje ha podido trasladar desde ese espacio al trabajo jurisdiccional?

En la vida se van sumando experiencias, habilidades y conocimientos, que te sirven en el siguiente desafío laboral, pues nuestra caja de herramientas siempre va creciendo. En concreto, todos los años que estuve en el Consejo para la Transparencia, me sirvieron para entender cómo funcionaba la administración del Estado en su conjunto, distintas realidades, presupuestos, dinámicas y formas de hacer las cosas.

En el Consejo para la Transparencia tuvimos el desafío de instalar la política de transparencia en el país, lo que no era fácil. Veníamos de un país en el que la regla general era el secreto de la actividad estatal y había que hacer un cambio cultural para instalar la transparencia como un valor público. Teníamos, entonces, que empezar a resolver los distintos casos que las personas planteaban y resolver con justicia, es decir, siendo exigentes con los órganos públicos y amparando el derecho fundamental de acceso a la información,. Ese proceso que exige analizar y resolver

Entrevista a Andrea Ruiz

un conflicto jurídico, donde se ven enfrentadas dos partes en disputa, te enseña a entender el problema jurídico, a comprender la posición de las partes y a tomar una decisión aplicando el derecho. Esa misma fórmula es la que utilizó al resolver los casos en la Corte Suprema. Escuchar a ambas partes, entender el problema jurídico, tomar una decisión aplicando el ordenamiento jurídico y resolver el caso concreto.

Además, en la Corte Suprema, nos toca juzgar la actividad de los órganos públicos, en particular, la administración. Por tanto, el conocimiento de cómo funcionan en la práctica, de cómo se toman las decisiones, creo que es algo que me llevo desde la experiencia de haber trabajado en la administración durante tantos años.

Juzgar a la administración supone conocer a la administración, conocer sus lógicas, conocer sus costumbres, conocer sus prácticas y, por tanto, creo que ese es el valor que una aporta en esta nueva fase de vida laboral.

La cuarta pregunta es cómo integra usted como profesora universitaria en sus clases la experiencia práctica? Especialmente ahora hablando de su rol en la Corte Suprema y ¿qué cree que es importante transmitir a los estudiantes sobre el ejercicio del derecho administrativo hoy?

El gran desafío que uno tiene como profesora universitaria es transmitir a tus estudiantes la relevancia que tiene esta fase de formación en su futura vida

profesional, cómo se aplican los conceptos jurídicos que estudiamos en el aula, en la vida real, en casos concretos.

Por eso, permanentemente en mis clases comparto casos contingentes que resolvemos en la Corte Suprema, para demostrar que la materia que estudiamos tiene una aplicación. Cuando hablamos de los plazos administrativos, de los recursos administrativos, de los actos administrativos, de la motivación del acto administrativo, todos estos conceptos que pueden ser un poco áridos si se ven solo en lo teórico, se hacen mucho más entendibles y aprehensibles cuando se ve la materia en función de un caso concreto y se logra hacer ese vínculo.

En relación a lo mismo ¿qué cree que es importante transmitir a los estudiantes sobre el ejercicio del derecho administrativo?

Lo que trato siempre de transmitirles es que tiene una aplicación cotidiana, que nosotros vivimos y convivimos diariamente con el derecho administrativo.

Desde que prendemos la luz en la mañana, abrimos la llave del agua, al tomar transporte público, cuando vienen a la universidad, postulan a gratuidad, tienen la beca JUNAEB, piden un certificado de nacimiento, van a contraer matrimonio, ahí está el derecho administrativo. Es decir, el derecho administrativo nos acompaña desde que nacemos hasta que fallecemos, El primer día de clases, les digo que estoy segura de que han tenido antes de llegar al curso, muchos más vínculos con el

Entrevista a Andrea Ruiz

derecho administrativo que con otras ramas del derecho, porque el derecho administrativo es muy vivo. No es una materia que este en un código, es una materia muy contingente. El derecho administrativo está más presente en nuestras vidas que lo que se visualiza.

¿Cómo cree usted que ha cambiado el derecho administrativo en Chile en los últimos años y hacia dónde cree que se dirige esta disciplina, especialmente considerando los cambios tecnológicos y las nuevas demandas ciudadanas?

El derecho administrativo se ha ido fortaleciendo en el último tiempo. Hay una proliferación de legislación administrativa, que ha ido dándole una estructura propia. Con la ley de bases generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575), la ley de bases de procedimiento administrativo (Ley N°19.880), la ley de Compras Públicas (Ley N° 19.886), etc.

Hoy la ciudadanía es mucho más demandante de servicios públicos y ejerce más derechos ante la administración, lo que ha permitido ir consolidando una doctrina y una jurisprudencia que ha hecho avanzar el derecho administrativo.

Los grandes desafíos del derecho administrativo van a estar enfocados en enfrentarse y regular las nuevas necesidades y riesgos de la sociedad de la información. Estamos viviendo de lleno la era digital, lo que conlleva cambios en

nuestros paradigmas y el derecho administrativo, también, va a tener que ser capaz de adaptarse.

¿Cómo vamos a regular el uso de la inteligencia artificial? ¿Vamos a aceptar que los órganos de la administración dicten actos administrativos a través de procedimientos automatizados, con uso de algoritmos? ¿Cómo controlamos el uso de sistemas de decisiones administrativas automatizadas? El derecho administrativo tiene que dar respuestas prontas a estas nuevas problemáticas que enfrenta la sociedad, sino corre el riesgo de caer en obsolescencia.

Finalmente mirando su experiencia tanto como en el mundo público, académico y judicial, ¿qué cree que es lo más valioso que el derecho administrativo puede aportar a la justicia y a la confianza en las instituciones?

El derecho administrativo es un derecho muy garantista, es un derecho que cuida mucho a la persona humana, es una rama del derecho que nace para proteger a los administrados y a las administradas. En esa línea, el derecho administrativo debe ser una guía para que los órganos públicos, autoridades y funcionarios, asuman que su deber es promover el bien común. Por consiguiente, cualquier desviación de ese propósito debe estar vedada, con la finalidad de prevenir la corrupción y evitar la pérdida de confianza ciudadana.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: REVISIÓN DE LOS DICTÁMENES SOBRE HUELGA DOCENTE Y PASE ESCOLAR

Valentina Ibáñez, Demian Ortiz, Pablo Parry, María Paz Pitriqueo, Fernanda Poblete, Javier Rubio, Tatiana Valecilla.

Resumen: La presente investigación tiene por objeto profundizar en las formas de control vigentes respecto de dictámenes de Contraloría General de la República que tengan relación o que pudiesen afectar derechos fundamentales, a la luz de recientes resoluciones del principal organismo de control del accionar administrativo sobre materias de relevancia nacional tales como el ejercicio de la huelga a nivel de funcionarios públicos o el uso de beneficios estudiantiles como el Pase Escolar. Lo anterior, a miras de responder la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo es posible fortalecer las formas jurisdiccionales vigentes de control de legalidad de dictámenes de contraloría?

Palabras Claves: *Contraloría General de la República, Potestad dictaminante, Principio de juridicidad, Legalidad del gasto público, Derechos fundamentales, Huelga, Pase escolar.*

THE BALANCING OF FUNDAMENTAL RIGHTS: REVIEW OF THE COMPTROLLER'S RULINGS ON TEACHERS' STRIKE AND STUDENT PASS

Abstract: The present research aims to deepen the analysis of existing mechanisms of control over rulings issued by the Office of the Comptroller General of the Republic that relate to, or could affect fundamental rights, in light of recent resolutions from the main oversight body of administrative action on matters of national relevance -such as the exercise of the right to strike by public officials and the use of student benefits like the Student Pass. The foregoing seeks to address the following research question: How can the existing jurisdictional mechanisms for reviewing the legality of the Comptroller's rulings be strengthened?

Key words: *Comptroller General of the Republic, Ruling Authority, Rule of Law, Legality of Public Expenditure, Fundamental Rights, Strike, Student Pass.*

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

I. INTRODUCCIÓN

En el entramado institucional del Estado chileno, el control de legalidad que ejerce la Contraloría General de la República (CGR) constituye uno de los pilares fundamentales en lo relativo a la fiscalización de los actos administrativos en todo ordenamiento jurídico. Desde su creación en el año 1927, su función ha trascendido desde el ámbito contable, para consolidarse como una institución que vela por la corrección, la transparencia y la legalidad del actuar público. La potestad dictaminante, en particular, ha adquirido un peso considerable dentro del derecho administrativo chileno, generando un cuerpo jurisprudencial que incide profundamente en la interpretación de las normas y en la delimitación de las potestades que la Administración del Estado. En este sentido, la CGR actúa como una instancia de equilibrio entre la autonomía administrativa, el control financiero y el resguardo de los derechos fundamentales, desarrollando un rol que combina elementos de fiscalización técnica y función garantista.

El control de juridicidad que ejerce la Contraloría representa una manifestación concreta del cumplimiento del principio de la supremacía constitucional. La Contraloría, al aplicar este mandato, no se limita a revisar la legalidad formal de los actos administrativos, sino que evalúa también su conformidad con los valores sustantivos del Estado de Derecho, los cuales incluyen la protección de los derechos y libertades de las personas frente a posibles excesos o desviaciones del poder público. De este modo, la función contralora no solo garantiza la eficiencia del aparato estatal, sino que también contribuye a fortalecer la legitimidad democrática del sistema institucional chileno.

El ejercicio de la potestad dictaminante de la CGR, en la práctica, se sitúa en un punto de tensión entre dos dimensiones del derecho público: por un lado, la necesidad de mantener la sujeción estricta de la Administración a la ley –evitando actuaciones arbitrarias o sin sustento jurídico– y, por otro lado, la obligación de velar por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que emanen del bloque de constitucionalidad. En diversos pronunciamientos, la Contraloría ha debido ponderar estas dimensiones, interpretando directamente disposiciones legales cuyo alcance puede incidir directa o indirectamente en la esfera de los derechos de las personas. Tal es el caso del reconocimiento de la huelga en el sector público, o de la regulación del uso de la Tarjeta Nacional Estudiantil (TNE), ambos ejemplos paradigmáticos en los que los principios del derecho administrativo confluyen con los valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia.

La evolución, tanto doctrinaria como jurisprudencial del órgano contralor, ha llevado a que sus dictámenes adquieran una naturaleza cada vez más determinante en la configuración de la administración pública chilena. En efecto, el carácter vinculante de sus interpretaciones

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

para los órganos de la Administración ha transformado su jurisprudencia administrativa en una fuente material del derecho, dotando a la CGR de una capacidad de influencia que trasciende la mera fiscalización técnica. Esta situación ha llevado a plantear interrogantes relevantes respecto de los límites de su potestad interpretativa y al equilibrio que debe mantener entre la tutela de la legalidad y la preservación de los derechos fundamentales. El desafío consiste en evitar que la potestad dictaminante se mantenga dentro de los márgenes del principio de juridicidad de la reserva legal.

Bajo este contexto, la Contraloría ha consolidado su posición como un mecanismo de protección no judicial. A través del control preventivo de legalidad (toma de razón) y del control ex post mediante dictámenes. El órgano contralor cumple un papel esencial en la prevención de vulneraciones de derechos fundamentales. Su intervención permite corregir irregularidades en el actuar estatal sin necesidad de recurrir a instancias jurisdiccionales, lo que contribuye a una eficacia del control institucional, además de la reducción de la litigiosidad administrativa. Sin embargo, esta capacidad de influencia ha generado también, ciertas tensiones con otros poderes del Estado, especialmente cuando sus pronunciamientos son percibidos por estos otros poderes como una injerencia en la esfera de la autonomía política o técnica de los órganos fiscalizados.

La presente investigación constituye un análisis del rol de la Contraloría General de la República en la intersección entre el control administrativo y la tutela de los derechos fundamentales. A partir del estudio de casos concretos, como lo es el dictamen sobre descuentos salariales a docentes en huelga y el relativo al uso del pase escolar, se busca examinar cómo la CGR interpreta y aplica los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad en su labor dictaminante, y en qué medida su actuación puede incidir en el ejercicio de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Se pretende, además, identificar los alcances y límites de la potestad dictaminante, destacando su potencial garantista y los riesgos derivados de una posible extralimitación interpretativa.

La Contraloría, más allá de su función tradicional de fiscalización financiera, ha evolucionado hacia una institución clave en la protección de la juridicidad sustantiva y de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento chileno. Su papel como garante de la legalidad y de la racionalidad administrativa refuerza la vigencia del Estado de Derecho, planteando al mismo tiempo desafíos de compatibilizar el control jurídico con la flexibilidad que exige la gestión pública moderna. La relevancia de comprender esta dinámica se trata de valorar la contribución de la CGR como verdadero pilar del constitucionalismo administrativo chileno.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

II. DE LAS CONTRALORÍAS Y LOS MODELOS ORGANIZACIONALES EXISTENTES: EL CASO CHILENO

Dentro del ámbito del Derecho Administrativo, y como señala De La Cruz, es posible identificar a las Entidades Fiscalizadoras Superiores, definidas como aquellos organismos públicos responsables de la supervigilancia de los actos de Estado¹. Entre dichas entidades, se encuentran las Contralorías Generales, las que cumplen con la función de controlar la legalidad del actuar administrativo del Estado, buscando el cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución y las leyes².

Como señala la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (*INTOSAI*), el sentido de estos organismos en cuanto a la supervisión del funcionamiento del Estado busca guiarse por los siguientes principios rectores, en pos del adecuado rendimiento de instancias como las Contralorías Generales: A saber, la transparencia y buen uso de los recursos fiscales, la lucha contra la corrupción, la promoción de la eficiencia en la prestaciones de los servicios públicos y la protección del Estado de Derecho³.

La experiencia comparada permite identificar al menos 3 principales modelos de Contralorías en el mundo, cada uno con sus particularidades y criterios organizacionales propios que han ido evolucionando a lo largo de la historia. En ello, podemos citar los siguientes ejemplos:

- 1) **Modelo Westminster:** Propio de países con regímenes parlamentarios, este sistema se centra en la auditoría de cuentas de los presupuestos del Estado y en emitir informes sobre la ejecución del gasto fiscal haciendo recomendaciones al poder ejecutivo. No hace control de legalidad como en otros sistemas, quedando aquello a cargo de la justicia ordinaria⁴.
- 2) **Modelo Judicial o “Napoleónico”:** Se establece un organismo específico de carácter autónomo e independiente que controla los actos administrativos de gobierno, tanto en el ámbito financiero como de control de legalidad de los actos de Estado⁵.

¹ DE LA CRUZ (2018), pp. 13

² ID, p.12

³ INTOSAI (2023), p.1

⁴ DFID (2004), p.3

⁵ ID, p.6

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

- 3) **Modelo colegiado:** Estos sistemas se caracterizan por tener mesas colegiadas de gobierno con un jefe o presidente que asume la gestión del organismo, con énfasis en el control y la transparencia financiera en el funcionamiento del gobierno.⁶

En el caso chileno, sería factible hablar de un modelo judicial de Contraloría, en tanto el funcionamiento de la CGR goza de autonomía constitucional según lo dispuesto por el Artículo N°98 de la Constitución Política de 1980, confiriéndole la potestad de control de los actos administrativos de Estado como también de la fiscalización de los recursos del fisco, de los municipios, de organismos y demás servicios dispuestos por la constitución y las leyes⁷. Así mismo, la Constitución establece la facultad de la Contraloría de tomar razón de los decretos y resoluciones emanados de los órganos de la administración del Estado, como ocurre con los Decretos con Fuerza de Ley emanados del poder ejecutivo⁸.

III. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL QUEHACER DE LA CGR EN CHILE

Los primeros orígenes de la CGR Chilena bien pueden remontarse al año 1927, bajo el régimen de la Constitución de 1925. Como indica Jiménez, uno de los vacíos del sistema constitucional de la época decía relación con las formas de control del poder presidencial, en el entendido que existía una necesidad de establecer alguna clase de contrapeso a los actos de la administración.⁹

Siendo influida por la Misión Kemmerer estadounidense, comité técnico de expertos provenientes de EE. UU. que asesoraban a gobiernos latinoamericanos en materia económica y financiera, la CGR fue pensada inicialmente como una institución enfocada principalmente en el control del gasto fiscal del Estado, más que en una entidad con posibilidad de establecer controles de legalidad sobre los decretos y actos de la administración del Estado¹⁰.

Ya habiendo sido establecida la CGR y aprobándose la ley que habilitaba su existencia en 1927, esto a través del DFL 400 Bis de dicho año, la Contraloría dio sus primeros pasos como organismo de control del funcionamiento estatal¹¹. En su primera etapa mantenía elementos

⁶ ID, P.9

⁷ DTO N°100 (2025), P.58

⁸ ID, P.59

⁹ JIMÉNEZ (2021), P.589

¹⁰ JIMÉNEZ (2021), P.591

¹¹ ID, P.599

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

propios de lo que anteriormente fue el Tribunal de cuentas y la Dirección de Contabilidad del Estado, ambas instancias que habían surgido durante el Siglo XIX y que tenían por objeto supervisar la ejecución de las finanzas del Estado. No sería hasta ya entrada la década de los años 30 en las que la Contraloría, a través de las reformas legales que ampliarían progresivamente tanto la autonomía de esta última respecto del poder presidencial, como también las propias atribuciones que se le habían conferido inicialmente.

En un primer comienzo, el Contralor podía ser removido con facilidad por el Presidente de la República, habida cuenta que el DFL 400 Bis permitía su remoción del cargo¹². Con el paso del tiempo, la implementación de una nueva reforma, esto mediante el DL 258 permitió que el Contralor General como el Subcontralor podían permanecer en sus cargos mientras mantuvieren un comportamiento intachable, solo pudiendo ser destituidas mediante el inicio de un procedimiento judicial.¹³

Más adelante, con la modificación al DFL 2960 sobre la organización de la CGR, se estableció de manera formal la “Toma de Razón” sobre todos los actos administrativos del Estado.¹⁴ Si originalmente este mecanismo estaba principalmente limitado a aquellos decretos relativos a gastos del Estado, con dicha modificación legal se extendía a todo tipo de decretos que emanaran de la administración Pública¹⁵.

Finalmente, es que llegamos a la potestad dictaminante de la CGR con la incorporación de dicha facultad mediante la implementación del DL 258 de 1932, mediante la cual, en su Artículo N°7 se estableció que la Contraloría podía emitir dictámenes que interpretaran la legislación aplicable a la función administrativa, pudiendo interpretar leyes relacionadas con los presupuestos del Estado, el funcionamiento de los servicios públicos y las atribuciones de los órganos de la administración estatal¹⁶. Ello permitió dar el paso necesario para constituir a la CGR como la base fundamental de la regulación sobre los actos de Estado, en tanto sus dictámenes y resoluciones pasaron a convertirse en la jurisprudencia esencial regulatoria del funcionamiento administrativo¹⁷.

¹² ID, P.599

¹³ DL N°258 (1932), P.2

¹⁴ JIMÉNEZ (2021), P.601

¹⁵ DFL N° 2960 (1928), P.2

¹⁶ DL N°258 (1932), P.2

¹⁷ JIMÉNEZ (2021), P.606

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Los decretos anteriormente señalados fueron la legalidad vigente durante todo el período de la Constitución de 1925 hasta el golpe militar y consecuente quiebre democrático de 1973, junto con la posterior redacción e implementación de la Constitución Política de 1980 bajo la dictadura de Augusto Pinochet. Como está establecido en las actas de la Comisión Ortúzar (Comisión encargada por el régimen para la redacción de una nueva carta fundamental), se dirimió que la CGR debía mantener un estatus de autonomía constitucional, junto con preservar el control de la legalidad sobre los actos administrativos de Estado¹⁸.

Sin embargo, y como se puede observar en el debate constitucional entre los redactores de la Constitución de 1980, existía una clara controversia respecto de hasta dónde había de llegar el control de Contraloría en lo relacionado a la interpretación de la ley aplicable al funcionamiento de la administración y los servicios públicos¹⁹. En ese sentido, el criterio mayoritario de la Comisión Ortúzar consideraba que ello debía ser materia a resolver por el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia creada por este último²⁰.

Este último punto tiene especial relevancia, puesto que el control de la legalidad realizado por Contraloría podía ser objeto de conflicto con el resto de los órganos de la administración del Estado en tanto sus dictámenes eventualmente pudiesen colisionar con las protecciones y garantías relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales.

Ello se ve reforzado con la discusión doctrinaria que se ha generado en relación con la potestad dictaminante de Contraloría. Cómo señala Navarro, actualmente la Ley de Organización y Atribuciones de la CGR establece que las resoluciones de este organismo no serán susceptibles de recurso alguno en contra ante alguna autoridad^{21 22}.

Siguiendo con lo anterior, la posibilidad de llevar a cabo acciones como lo son los recursos de protección en contra del contenido de algún dictamen de contraloría han quedado resueltos mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual ha ratificado la aplicación de dicho

¹⁸ COMISIÓN ORTÚZAR (1973), P.13

¹⁹ ID., P.4

²⁰ ID., P.4

²¹ NAVARRO (2021), P.307

²² DTO N°2421 (1964), P.3

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

recurso para efecto de las acciones de la CGR al no estar exento este último organismo a lo dispuesto por el Artículo N°20 de la Constitución Política²³.

Ello también ha abierto el debate sobre hasta dónde las potestades dictaminante de contraloría pueden afectar derechos fundamentales, habida cuenta que la jurisprudencia disponible también ha establecido que la potestad dictaminante de la CGR no es absoluto, puesto que esta última no puede afectar asuntos de naturaleza litigiosa o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, como lo puede ser el ejercicio y protección de DDFF²⁴.

Es por ello que el presente estudio busca profundizar de que formas es posible ejercer control sobre las potestades dictaminante de Contraloría en los casos en que esta última implica afectaciones de DDFF, proponiendo formas que permitan establecer un claro límite en lo que es la facultad de la CGR de poder interpretar la ley respecto del funcionamiento de la administración y lo que es la protección de dichos derechos fundamentales.

IV. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR) Y SU POTESTAD DICTAMINANTE: DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS EN LOS CASOS DE ESTUDIO

El control de juridicidad que ejerce la Contraloría General de la República, en su calidad de órgano cúspide del control administrativo, se desenvuelve en un plano de estricta sujeción a la supremacía constitucional. Sus dictámenes, en tanto manifestaciones de una potestad de naturaleza infra legal, deben guardar plena conformidad con el bloque de constitucionalidad. Los casos que informan esta investigación ilustran una colisión de alta complejidad entre los principios estructurales del Derecho Público y la esfera normativa de los derechos fundamentales, exigiendo, por tanto, una delimitación dogmática precisa de las instituciones jurídicas en pugna.

1) El Derecho a Huelga en el Sector Público: Tensión entre un Derecho Fundamental Implícito y el Sinalagma Funcional Dentro del ordenamiento jurídico chileno

La huelga en el sector público ocupa una posición de alegalidad, figura que debe distinguirse nítidamente de la ilicitud. Su fundamento normativo no emana de la legislación administrativa —cuyo elocuente silencio denota una omisión deliberada—, sino de su reconocimiento implícito como derecho fundamental. Dicho reconocimiento se materializa

²³ NAVARRO (2021), p.14

²⁴ CAUSA ROL N°8998-2020 (2021), p.11

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

a través de la cláusula de remisión del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, la cual integra al ordenamiento interno los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, la doctrina laboralista es clara en señalar que la ausencia de una ley no anula el derecho, sino que interpela al intérprete a reconocer su vigencia directa desde la Constitución. Como sostiene Ugarte Cataldo: «La huelga, en tanto derecho fundamental, goza de eficacia directa desde la propia Constitución, no requiriendo de una ley para su existencia y ejercicio, sino tan solo para su eventual limitación o restricción»²⁵.

Frente a esta construcción dogmática, se erige el principio del sinalagma funcional, doctrina inveterada en la jurisprudencia contralora, conforme a la cual la remuneración es concebida como la contraprestación estricta y necesaria por el desempeño efectivo del cargo. Esta perspectiva, defendida doctrinalmente por autores como Jorge Bermúdez Soto²⁶, opera una disociación conceptual, analizando el vínculo funcionarial no desde la lógica de una relación laboral, sino desde el prisma de la legalidad presupuestaria. En consecuencia, la abstención del pago durante un cese de actividades no es calificada como una potestad sancionatoria, sino como el efecto jurídico inexorable de la ruptura del nexo causal que vincula el servicio prestado con la retribución fiscal. El nudo gordiano de la controversia reside, entonces, en determinar si la potestad dictaminante de la Contraloría puede, mediante la interpretación de normas de rango legal, neutralizar la eficacia de un derecho fundamental que emana del propio bloque de constitucionalidad.

2) El Derecho a la Educación y sus Deberes Prestacionales:

La TNE como instrumento de efectividad del derecho a la educación, consagrado en el artículo 19 N° 10 del Texto Constitucional, ostenta una naturaleza multifacética. Su dimensión axiológica principal impone al Estado deberes prestacionales de carácter positivo, configurando un mandato de optimización que le compele a remover sistemáticamente los obstáculos fácticos que impidan o dificulten su pleno ejercicio. En palabras del constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá²⁷, los derechos sociales como la educación

²⁵ UGARTE CATALDO (2009) P. 263.

²⁶ ESTA ES UNA IDEA CENTRAL DESARROLLADA EN LA OBRA DE BERMÚDEZ SOTO, JORGE, DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. LA DOCTRINA SE ENCUENTRA DISPERSA EN LOS CAPÍTULOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA Y AL CONTROL DEL GASTO, DONDE SE ANALIZA LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REMUNERACIÓN COMO UNA CONTRAPARTIDA ESTRICTA DEL SERVICIO, ENMARQUADA EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTARIA. - ESTA ES UNA IDEA CENTRAL DESARROLLADA EN LA OBRA DE BERMÚDEZ SOTO ([2014]).

²⁷ LA IDEA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DEBERES DE PRESTACIÓN ACTIVA ES UN PILAR DEL TRABAJO DE NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, EN SU OBRA DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, TOMO IV. ALLÍ SE DESARROLLA EXTENSAMENTE LA TESIS DE QUE DERECHOS COMO LA

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

exigen del Estado «un hacer, un realizar prestaciones y crear servicios públicos para satisfacer las necesidades humanas básicas». En este marco, la Tarjeta Nacional Estudiantil (TNE) excede la calificación de simple beneficio administrativo. Jurídicamente, debe ser conceptualizada como una condición de posibilidad y un instrumento de efectividad (*Erfüllungsinstrument*) del derecho a la educación. Su finalidad última no es el subsidio al transporte, sino la garantía de que el acceso y la permanencia en el sistema formativo no se vean frustrados por contingencias socioeconómicas o geográficas. Por ello, su ámbito de aplicación se encuentra teleológicamente subordinado a la noción de "actividad educacional".

La cuestión jurídica fundamental consiste en dilucidar si la potestad reglamentaria de ejecución puede delimitar el concepto de "actividad educacional" de tal modo que comprometa el núcleo esencial del derecho que pretende servir. Una hermenéutica restrictiva, que cercene la posibilidad de realizar actividades consustanciales al proceso formativo integral, arriesga afectar la garantía institucional del derecho. Al dirimir esta materia, la Contraloría no se limita a interpretar un acto administrativo, sino que modula el estándar de cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en la esfera educacional.

El Principio de Legalidad del Gasto Público: El Estado Administrativo se encuentra sometido a un régimen de derecho estricto, cuyo axioma fundamental es el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Una de sus manifestaciones más rigurosas en el ámbito de la Hacienda Pública es el principio de legalidad del gasto público. Este postulado implica que los órganos de la Administración carecen de potestad para determinar libremente sus gastos, pudiendo únicamente realizar aquellos desembolsos que han sido previa y expresamente autorizados por una norma de rango legal. Este principio no solo exige que el gasto tenga una fuente legal, sino que también debe ajustarse a la finalidad para la cual fue aprobado y a la partida presupuestaria específica asignada. La doctrina administrativista es unánime al señalar que, en esta materia, no hay espacio para la discrecionalidad. Como afirma el Profesor Julio Pallavicini: «En materia de gasto público rige el principio de la legalidad financiera, según el cual toda erogación de fondos públicos requiere de una autorización legal previa, de modo tal que no existe para la autoridad administrativa potestad discrecional alguna para crear o efectuar gastos no contemplados en el ordenamiento jurídico»²⁸.

La Contraloría General de la República, en su rol de custodio de la legalidad financiera del Estado, ejerce un control riguroso sobre este principio. Su jurisprudencia ha sido constante

EDUCACIÓN IMPONEN AL ESTADO OBLIGACIONES DE HACER PARA GARANTIZAR SU GOCE EFECTIVO. - NOGUEIRA ALCALÁ ([2020]) TOMO IV.

²⁸ PALLAVICINI MAGNÈRE (1991) P. 107.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

en afirmar que toda erogación fiscal debe tener como causa un fundamento jurídico incontrovertible. Esta es la razón por la cual el análisis de la CGR en los casos de estudio se articula, primordialmente, desde esta perspectiva:

1. En el caso de la huelga docente, el pago de una remuneración sin la debida contraprestación laboral es observado por la Contraloría como un gasto que carece de causa legal, transformándose en una liberalidad no permitida para un órgano público. El gasto "remuneración" está legalmente condicionado a la ejecución del servicio; si esta última cesa, el fundamento jurídico del desembolso desaparece.
2. En el caso del Pase Escolar (TNE), el gasto asociado a este beneficio está legalmente circunscrito a la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho a la educación. Cualquier uso que, según la interpretación de la Contraloría, exceda dicha finalidad, es susceptible de ser considerado un gasto improcedente, por cuanto se desvía del objetivo específico para el cual fue autorizado por el legislador.

En definitiva, el principio de legalidad del gasto público opera como el principal criterio hermenéutico que emplea la Contraloría para resolver las tensiones entre las actuaciones administrativas y los derechos fundamentales. Funciona como un dique de contención que supedita la satisfacción de los derechos a la existencia de una habilitación legal expresa que autorice el gasto fiscal correspondiente, configurando el núcleo de la potestad contralora en materia financiera.

V. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR) Y SU POTESTAD DICTAMINANTE:

1) Derechos Fundamentales Involucrados en los Casos de Estudio:

El control de juridicidad que ejerce la Contraloría General de la República, en su calidad de órgano cúspide del control administrativo, se desenvuelve en un plano de estricta sujeción a la supremacía constitucional. Sus dictámenes, en tanto manifestaciones de una potestad de naturaleza infra legal, deben guardar plena conformidad con el bloque de constitucionalidad. Los casos que informan esta investigación ilustran una colisión de alta complejidad entre los principios estructurales del Derecho Público y la esfera normativa de los derechos fundamentales, exigiendo, por tanto, una delimitación dogmática precisa de las instituciones jurídicas en pugna.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

2) El Derecho a Huelga en el Sector Público: Tensión entre un Derecho Fundamental Implícito y el Sinalagma Funcional

Dentro del ordenamiento jurídico chileno, la huelga en el sector público ocupa una posición de alegalidad, figura que debe distinguirse nítidamente de la ilicitud. Su fundamento normativo no emana de la legislación administrativa —cuyo elocuente silencio denota una omisión deliberada—, sino de su reconocimiento implícito como derecho fundamental. Dicho reconocimiento se materializa a través de la cláusula de remisión del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, la cual integra al ordenamiento interno los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, la doctrina laboralista es clara en señalar que la ausencia de una ley no anula el derecho, sino que interpela al intérprete a reconocer su vigencia directa desde la Constitución. Como sostiene Ugarte Cataldo:

«La huelga, en tanto derecho fundamental, goza de eficacia directa desde la propia Constitución, no requiriendo de una ley para su existencia y ejercicio, sino tan sólo para su eventual limitación o restricción»

3) El Control de legalidad de la Contraloría frente a los Derechos Fundamentales

3.1) El Alcance del Control de Juridicidad:

La Contraloría General de la República es el órgano autónomo encargado de ejercer el control de juridicidad o legalidad de los actos de la Administración del Estado. Este control, consagrado a nivel constitucional en los artículos 98 y 99 CPR, implica verificar que la actuación administrativa se ajuste estrictamente a la Constitución y a las leyes, respetando el principio de supremacía constitucional y legalidad en la función pública.²⁹

En términos amplios, la propia Ley Orgánica de la CGR Ley N° 10.336 le confiere facultades para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicio, a través del trámite preventivo de toma de razón y la emisión de dictámenes obligatorios para la Administración. Se trata, por tanto, de un control jurídico exhaustivo, que abarca tantos aspectos formales como de fondo en la adecuación de los actos estatales al ordenamiento vigente.

Un elemento central de este control es que excluye la valoración de criterios de mérito o conveniencia administrativa. La Constitución y la ley establecen que la CGR no puede evaluar la oportunidad ni la conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, sino

²⁹ NAVARRO (2012), p. 431- 436.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

únicamente su apego al marco jurídico.³⁰ Esta limitación garantiza que la Contraloría actúe como guardián del principio de juridicidad, sin invadir el ámbito discrecional que las leyes reservan a la Administración activa. Sin perjuicio de ello, la línea divisoria entre legalidad y mérito puede volverse tenue cuando están en juego derechos fundamentales u otros principios: por ejemplo, si una norma exige que cierta medida administrativa sea “necesaria” para ser lícita, el control de legalidad puede implicar en la práctica un juicio sobre su necesidad o proporcionalidad, acercándose a cuestiones de mérito. En estos casos excepcionales – como restricciones a libertades públicas – la autoridad contralora e incluso los jueces podrían verse compelidos a traspasar la frontera estricta de la legalidad para examinar si la decisión administrativa estaba debidamente justificada en cuanto a necesidad u oportunidad, a fin de salvaguardar los derechos involucrados. No obstante, la regla general sigue siendo que la Contraloría ejerce un control jurídico y no político, entendiendo que la juridicidad abarca todos los elementos que la ley prevé para la validez del acto, pero no los criterios extrajurídicos de conveniencia gubernativa.

Es importante destacar la naturaleza jurídica de los dictámenes que emite la CGR como parte de esta función. Tradicionalmente, en el derecho público los dictámenes de Contraloría no se consideraban actos administrativos en sentido estricto, sino meros “informes” u opiniones técnicas del órgano contralor dirigidas a la Administración. Se sostenía que dichos pronunciamientos no producían por sí mismos efectos jurídicos directos frente a los ciudadanos, sino que orientaban la actuación de los entes públicos para que estos dictasen o ajustasen sus propios actos administrativos conforme a la legalidad. De ahí que la CGR y el Consejo de Defensa del Estado, en sede judicial, históricamente alegaran la inexpugnabilidad de los dictámenes mediante recursos jurisdiccionales, precisamente por carecer de la naturaleza de actos administrativos y no afectar derechos en forma directa.

Sin embargo, con la modernización del derecho administrativo particularmente a partir de la Ley N° 19.880 de Procedimiento Administrativo de 2003 – esta visión ha cambiado. Dicha ley definió como acto administrativo “toda declaración de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración en ejercicio de potestades públicas, destinada a producir efectos jurídicos”, incluyéndose expresamente los dictámenes o declaraciones de juicio de órganos administrativos (art. 3º). En consecuencia, hoy se reconoce doctrinaria y legalmente que los dictámenes de la Contraloría sí revisten el carácter de actos administrativos, al menos cuando generan efectos jurídicos en la esfera de los obligados a acatarlos (los servicios públicos fiscalizados). Este cambio de concepción no es meramente teórico, sino que tiene importantes consecuencias prácticas en cuanto a su control jurisdiccional: al ser actos administrativos, los

³⁰ DE LA CRUZ (2018). P. 12

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

dictámenes quedan sujetos eventualmente a impugnación ante los tribunales de justicia, especialmente si de su aplicación derivan lesiones a derechos de particulares.

De hecho, la jurisprudencia ha confirmado que los dictámenes de la CGR pueden ser sometidos a control judicial en casos calificados. La Corte Suprema ha sostenido de forma consistente que un dictamen contralor puede ser objeto de un recurso de protección constitucional cuando su contenido resulte ilegal o arbitrario y vulnera garantías fundamentales de alguna persona, aun cuando la emisión del dictamen en sí misma esté dentro de las atribuciones de la Contraloría. En un conocido fallo, se razonó que, si bien la Contraloría obra dentro de su competencia al emitir el pronunciamiento lo que en abstracto no sería arbitrario ni ilegal, “su contenido puede serlo”; por tanto, al igual que una sentencia dictada por un juez competente pero contraria a la ley, un dictamen ilegal debe poder ser enmendado por la autoridad judicial superior (en este caso, las Cortes de Apelaciones vía protección).³¹

En síntesis, el alcance del control de juridicidad ejercido por Contraloría es amplio en cuanto a objetos ya que cubre todo acto administrativo sometido a su fiscalización, velando por su conformidad con Constitución y leyes, pero a la vez está jurídicamente delimitado: la CGR no puede sustituir el juicio de mérito de la autoridad competente ni crear nuevas obligaciones no previstas en la norma, y sus propios actos de control están sujetos al escrutinio de los tribunales para garantizar que también ellos se mantengan dentro del marco legal vigente. Esto último redunda en un equilibrio saludable entre la potestad fiscalizadora y el respeto de los derechos de los administrados, materia que se explorará con mayor detalle en las siguientes secciones.

3.2) Tensión entre la Autonomía Administrativa y la Tutela de Derechos:

El control de legalidad de la CGR, si bien esencial para el Estado de Derecho, genera inevitablemente tensiones con la autonomía de la Administración activa, sobre todo cuando el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las autoridades públicas, colinda con la protección de derechos fundamentales. En nuestro ordenamiento rige el principio de juridicidad artículos 6º y 7º CPR, según el cual los órganos del Estado sólo pueden actuar dentro del ámbito de atribuciones que les ha conferido la ley, debiendo ejercerlas conforme a ella y a la Constitución. La Contraloría, al velar por este principio, cumple una función de *checks and balances* dentro del Poder Ejecutivo, asegurando que la autonomía decisional de las reparticiones públicas no se desvíe de los cauces legales.

³¹ MORI (2021). P. 6

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Desde la perspectiva de la Administración, sin embargo, la intervención de Contraloría puede percibirse a veces como una intromisión que entorpece la gestión o la capacidad de implementar políticas públicas de acuerdo con sus propios criterios técnicos o políticos. Esta tensión se aprecia especialmente en la potestad contralora de examinar y objetar actos reglamentarios (de carácter general) mediante el trámite de toma de razón. La CGR no se limita a aconsejar u observar los borradores de reglamentos, sino que está facultada para impedir la dictación de aquellos que estime contrarios a Derecho, ejerciendo para ello la llamada representación al Presidente de la República³².

Aunque en la práctica moderna este “poder de veto” se ejerce con moderación, su sola existencia influye fuertemente en el comportamiento de los órganos administrativos: los ministerios y servicios saben que un reglamento jurídicamente defectuoso puede ser rechazado por Contraloría, con el consiguiente costo político y administrativo que ello implica.³³ Por ejemplo, un rechazo de un decreto importante expone al gobierno a críticas por infringir el Estado de Derecho y puede menoscabar la credibilidad de sus asesores. Por ende, las autoridades tienden a extremar precauciones y muchas veces adaptan sus decisiones en el diálogo informal con la CGR para satisfacer las exigencias de legalidad, incluso si eso significa modificar orientaciones de política pública. Este fenómeno, documentado empíricamente en el ámbito regulatorio, evidencia cómo la tutela jurídica de Contraloría incide en la autonomía administrativa: por un lado, mejora la calidad legal de las regulaciones (evitando vicios de juridicidad), pero por otro introduce un filtro adicional que puede ralentizar o redirigir la acción de gobierno.

La tensión se manifiesta también en el ámbito de la protección de derechos fundamentales. Diversas situaciones han demostrado que la CGR, en ejercicio de su control, puede salvaguardar derechos de personas frente a actuaciones administrativas irregulares, lo que a veces genera roces con las autoridades directamente involucradas. Un caso ilustrativo es el de ciertas regulaciones destinadas a promover derechos emergentes o demandas sociales: si la entidad administrativa carece de habilitación legal suficiente, la Contraloría ha llegado a objetar tales normas por ilegalidad, aun cuando su motivación sea loable desde la óptica de derechos. Por ejemplo, se cita el caso de un reglamento sobre protección animal impulsado como promesa de campaña presidencial, que fue reiteradamente rechazado por la CGR debido a problemas de legalidad en su base normativa.³⁴

³² JIMÉNEZ (2021). P, 209

³³ IBIDEM

³⁴ ID.,P. 228

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Desde la perspectiva del órgano sectorial, la intervención de Contraloría frenó una política pública orientada a garantizar ciertos derechos (en este caso, bienestar animal); no obstante, desde la lógica del control, era indispensable contar primero con un sustento legal adecuado para no vulnerar el principio de legalidad.

Situaciones análogas se han dado en materias de seguridad pública y orden interno: la Contraloría ha emitido dictámenes instruyendo a Carabineros de Chile u otros entes a ajustarse a la ley en procedimientos que tocan derechos fundamentales (control de identidad, registros o uso de la fuerza), generando tensiones con dichos cuerpos que reivindican su autonomía operativa. Un ejemplo concreto es el dictamen que declaró ilegal la revisión de mochilas a estudiantes por parte de funcionarios municipales, por carecer de base legal y afectar la privacidad de los alumnos, el Dictamen N° 12.481/2019³⁵ – medida que la autoridad local había estimado conveniente por motivos de seguridad, pero que fue invalidada por la CGR para tutelar derechos fundamentales de los menores.

Del lado opuesto, también ha ocurrido que autoridades administrativas invoquen su autonomía para resistir inicialmente observaciones de la Contraloría, alegando que esta extralimita su rol; sin embargo, prevalece el entendimiento de que la obligatoriedad de los dictámenes contralores se impone a los servicios fiscalizados en virtud del principio de juridicidad. La jurisprudencia ha sido clara en que los dictámenes de la CGR “son vinculantes y deben ser acatados” por los órganos de la Administración, dado que lo contrario “desmoronaría el andamiaje jurídico” que garantiza la sujeción de la función administrativa a la Constitución y las leyes.³⁶ En otras palabras, la autonomía de las reparticiones no puede llegar al punto de desconocer el control de legalidad sin quebrar el Estado de Derecho mismo.

Existe además una dimensión doctrinal en esta tensión. Autores como Eduardo Soto Kloss han sostenido que la distinción entre legalidad y mérito es menos absoluta de lo que parece, proponiendo que elementos como la razonabilidad, justicia o proporcionalidad de una decisión (cuestiones de mérito) integran de algún modo su juridicidad; por ende, una decisión administrativa manifiestamente inoportuna o inconveniente sería también ilegítima, aunque formalmente se ajuste a la norma.

Desde esta óptica, “oportunidad y conveniencia integran la juridicidad del acto”, de modo que un control realmente completo debería abarcar dichos aspectos sustantivos. Tal planteamiento, sin embargo, choca con el diseño institucional vigente, pues como admite el

³⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2019), p. 2-4

³⁶ MORI (2021), p. 4-6

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

propio Soto Kloss, no existen aún órganos en Chile facultados para ejercer un control integral de mérito sobre los actos administrativos. La CGR ciertamente no tiene tal competencia, de ahí que la falta de “buena administración” en términos de oportunidad quede en principio fuera de su escrutinio. No obstante, cuando ese margen discrecional se utiliza de forma que colisiona con derechos fundamentales, la línea entre legalidad y mérito tiende a desplazarse: una decisión administrativa que afecta gravemente un derecho sin fundamentación razonable podría reputarse ilegal por falta de proporcionalidad o por desviación de poder.

En esos casos, el control de legalidad actúa indirectamente como mecanismo de tutela de derechos, aun a costa de restringir la autonomía de la agencia en decidir según su propio juicio de conveniencia. La clave está en lograr un equilibrio: la Administración requiere cierto espacio de libertad para cumplir eficazmente sus fines (principio de autonomía técnica y de gestión), pero dicha libertad halla su límite en el respeto irrestricto a los derechos constitucionales y las garantías legales.

Fortalecer el control de juridicidad relativo a derechos fundamentales implicará, entonces, afinar los criterios con que la Contraloría supervisa actos sensibles – por ejemplo, desarrollando estándares de necesidad y proporcionalidad para evaluar medidas administrativas que restringen derechos – de forma tal que se protejan estos últimos sin asfixiar indebidamente la función administrativa legítima.

Implica también mejorar el diálogo institucional: investigaciones recientes muestran que gran parte de la tensión se alivia mediante interacciones informales y preventivas entre Contraloría y órganos sometidos a su control. A través de estos canales, la CGR puede advertir de antemano las ilegalidades y sugerir correcciones, y la Administración puede justificar sus decisiones, llegando a soluciones compatibles con el Derecho y con los objetivos de la política pública. En suma, la tensión autonomía versus tutela de derechos es inherente al modelo de control, pero puede gestionarse adecuadamente fortaleciendo la certeza jurídica (reglas claras sobre hasta dónde llega cada potestad) y fomentando una cultura de cooperación entre el ente fiscalizador y los fiscalizados, siempre bajo el parámetro común del respeto a los derechos fundamentales.

3.3) La Contraloría General de la República como un mecanismo de protección no judicial

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

La Contraloría General de la República (CGR) ha sido concebida en el orden constitucional chileno como el órgano de control por excelencia de la Administración del Estado. Tradicionalmente, su función se ha entendido en el ámbito del control de legalidad y probidad de los actos administrativos; sin embargo, en las últimas décadas la doctrina ha reconocido que su rol ha evolucionado hacia una función garantista, en tanto ejerce un control preventivo y correctivo que incide directamente en la protección de los derechos fundamentales.

Aunque carece de potestades jurisdiccionales, la CGR actúa como un mecanismo de protección no judicial al examinar la juridicidad de los actos administrativos antes de su ejecución —a través de la toma de razón— y posteriormente mediante sus dictámenes interpretativos. De esta forma, previene vulneraciones de derechos, orienta la actuación de los órganos públicos y corrige desviaciones ilegales dentro del marco de la legalidad administrativa³⁷.

a) La función dictaminante y su fundamento constitucional

La potestad dictaminante de la CGR se encuentra establecida en el Artículo 98 de la Constitución y regulada en la Ley N.º 10.336. Según Enrique Navarro Beltrán, esta facultad constituye una manifestación de la función fiscalizadora del órgano, pues permite “interpretar de modo obligatorio para la Administración el sentido y alcance de la ley”³⁸. A través de los dictámenes, la Contraloría no crea normas, pero fija criterios interpretativos que son vinculantes para los servicios públicos, generando una verdadera jurisprudencia administrativa.

Silva Cimma ya señalaba que este poder interpretativo cumple un propósito esencialmente garantista: impedir que la Administración, por error o exceso de discrecionalidad, infrinja los límites del principio de juridicidad³⁹. La Contraloría, al pronunciarse, actúa como “un tribunal de legalidad dentro del propio aparato estatal”, controlando la validez de los actos antes de que éstos produzcan efectos.

Luis Cordero Vega añade que los dictámenes constituyen una forma de control de juridicidad ex post, capaz de reparar actuaciones administrativas contrarias a derecho

³⁷ NAVARRO (2021), p. 107

³⁸ NAVARRO (2012), p. 45

³⁹ SILVA CIMMA (1994), p. 72

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

sin necesidad de recurrir al proceso judicial, lo que otorga a la CGR un papel sustantivo en la tutela de los derechos ciudadanos⁴⁰.

3.4) La CGR y la protección indirecta de los derechos fundamentales

El reconocimiento de la Contraloría como mecanismo protector deriva de su intervención en casos donde las decisiones administrativas afectan directamente derechos constitucionales. Un ejemplo paradigmático lo constituye el dictamen E116999/25, relativo a la regulación del uso del Pase Escolar (TNE). En él, la CGR sostuvo que las restricciones de uso impuestas a los estudiantes debían superar un examen de proporcionalidad, por implicar una limitación al derecho a la educación y a la igualdad ante la ley⁴¹.

De igual modo, en los dictámenes sobre descuentos salariales a los profesores en huelga, el órgano contralor estableció que la falta de regulación legal de la huelga en el sector público no equivale a su ilicitud, reconociendo su fundamento constitucional a partir del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos. Esta interpretación reconoce eficacia directa a los derechos fundamentales dentro de la Administración, ampliando el control de legalidad hacia un control de constitucionalidad material.

Cordero Vega afirma que “la jurisprudencia administrativa de la Contraloría ha adquirido una función quasi jurisdiccional en la defensa de los derechos, sin asumir formalmente esa competencia”. Por tanto, la tutela de los derechos fundamentales se realiza de forma indirecta, a través del restablecimiento de la juridicidad vulnerada por un acto administrativo⁴².

3.5) Límites de la función garantista

A pesar de su amplitud, el rol protector de la CGR no es absoluto. El artículo 6º, inciso 3.º, de la Ley N.º 10.336 dispone que la Contraloría debe abstenerse de pronunciarse sobre “asuntos controvertidos que se encuentren sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia”. Esta disposición asegura el respeto a la

⁴⁰ CORDERO (2013), pp. 118-119.

⁴¹ CONTRALORÍA (2025), p. 3

⁴² CORDERO (2013), p. 123

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

separación de funciones y evita que el órgano administrativo invada la competencia jurisdiccional⁴³.

Sofía Cisterna advierte que esta limitación “no excluye la función protectora , sino que la delimita ”, permitiendo que la CGR se pronuncie sobre cuestiones de legalidad general aun cuando existan eventuales efectos sobre derechos, siempre que no haya litigio pendiente . De este modo, el órgano actúa dentro de los márgenes del principio de juridicidad sin sustituir al juez⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia Rol 8998-21) reafirma esta línea : la Contraloría no puede suplir vacíos normativos ni crear derecho mediante sus dictámenes , ya que ello vulneraría el principio de reserva legal. No obstante, el propio fallo reconoce que sí puede integrar su análisis con principios constitucionales y estándares internacionales de derechos humanos , en tanto sirvan para interpretar el ordenamiento existente⁴⁵.

Andrea Righetti sostiene que esta frontera entre interpretar y crear derecho exige un ejercicio prudente de la potestad dictaminante, pues “de su equilibrio depende la legitimidad del control administrativo como tutela no judicial”⁴⁶.

3.6) Vinculatoriedad y control judicial de los dictámenes

El efecto vinculante de los dictámenes constituye otro elemento que refuerza la posición de la CGR como garante no judicial. El artículo 9º de la Ley N.º 10.336 establece que los servicios públicos deben acatar las instrucciones de la Contraloría , incluso si discrepan de ellas . Tal vinculatoriedad asegura uniformidad en la interpretación de la ley y evita tratamientos arbitrarios dentro de la Administración.

La Corte Suprema, en diversos fallos , ha reconocido el carácter orientador y vinculante de la jurisprudencia administrativa , aunque también ha ejercido un control de razonabilidad sobre ella ⁴⁷. Luis Vega indica que la Corte “ha comenzado a revisar

⁴³ CONTRALORÍA (2018), P. 6

⁴⁴ CISTERNA (2023), P. 211

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), P. 31

⁴⁶ RIGHETTI (2024), P. 59

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2021), P. 32.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

los precedes contralores cuando éstos inciden en derechos fundamentales ”, lo que da origen a un diálogo institucional entre control administrativo y judicia⁴⁸l.

Este diálogo fortalece el sistema de frenos y contrapesos , asegurando que el control de legalidad ejercido por la CGR no se convierta en una fuente de arbitrariedad , sino en una etapa preventiva dentro del circuito de protección de los derechos.

3.7) La dimensión garantista del principio de juridicidad

El principio de juridicidad , consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución, exige que toda actuación estatal se someta a la Constitución y a las leyes . En este contexto , la CGR cumple un rol decisivo : su intervención asegura que las potestades administrativas se ejerzan conforme a derecho y en respeto de los derechos fundamentales .

Navarro Beltrán describe a la Contraloría como “la bisagra institucional entre legalidad y constitucionalidad sustantiva ”, pues sus decisiones tienden a garantizar que el ejercicio del poder público respete la dignidad humana y los valores del Estado de Derecho⁴⁹. Un estudio de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2023) reveló que la CGR ha incorporado de manera sistemática el principio de proporcionalidad en su jurisprudencia , especialmente en materias disciplinarias y sancionatorias. Entre 2000 y 2022, más de un centenar de dictámenes evaluaron la razonabilidad de sanciones y medidas administrativas a la luz de dicho principio⁵⁰.

Estas prácticas demuestran que la CGR no solo vela por la mera legalidad formal, sino que se ha consolidado como un órgano garante de la juridicidad sustantiva , actuando dentro de un paradigma de derechos que refuerza la legitimidad de la Administración.

La Contraloría General de la República constituye , sin duda , un pilar del Estado de Derecho chileno. Su labor trasciende la simple fiscalización contable o legal: a través de sus dictámenes y de la toma de razón , se erige como un mecanismo de protección no judicial de los derechos fundamentales . Aunque su competencia está acotada por

⁴⁸ VEGA (2020), pp. 14-15.

⁴⁹ NAVARRO (2012), p. 51.

⁵⁰ PUC (2023), p. 89

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

la Ley N.º 10.336 y por la jurisprudencia constitucional , la práctica demuestra que su acción preventiva y correctiva ha permitido evitar la judicialización masiva de conflictos administrativos , reforzando la eficacia de los derechos dentro del ámbito estatal . En definitiva , la CGR no sustituye al juez , pero sí complementa su función , asegurando que la Administración actúe conforme a la Constitución y las leyes . De esta manera , contribuye a una tutela integral de los derechos fundamentales y a la consolidación del principio de juridicidad como eje estructural del Derecho Público chileno.

VI) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE DICTÁMENES RELEVANTES

1) Caso 1: Análisis del Dictamen sobre Descuento Salarial a Profesores en Huelga:

El conflicto derivado de los descuentos salariales a profesores del sector público por su participación en paralizaciones de actividades constituye un caso de estudio paradigmático para examinar la aplicación de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República (CGR) en materias que involucran derechos fundamentales. El análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial sobre esta materia permite exponer los criterios que tanto el órgano contralor como los tribunales superiores han desarrollado para abordar esta problemática.

La postura de la Contraloría General de la República, consolidada a través de una línea jurisprudencial uniforme y sostenida en el tiempo, establece con claridad que la participación voluntaria en una paralización de actividades constituye una ausencia no justificada que, por imperativo legal, debe traducirse en el descuento proporcional de las remuneraciones⁵¹. Este criterio se fundamenta en el principio retributivo, según el cual el salario es la contraprestación por los servicios efectivamente prestados. Desde la perspectiva contralora, la huelga, al no estar regulada legalmente para los funcionarios públicos y, en principio, prohibida por el art. 19 numeral 16 de la constitución, carece de la aptitud para justificar la inasistencia. En consecuencia, el pago de un salario sin la debida contraprestación de servicios configuraría un gasto que carece de causa legal, transformándose en una liberalidad no permitida para la Administración y una contravención directa a la normativa presupuestaria⁵². La CGR ha sido enfática en señalar que la autoridad administrativa no solo carece de facultades para condonar estas ausencias, sino que tiene la obligación ineludible de efectuar el descuento, pues dicha potestad-deber emana directamente de la normativa

⁵¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025a).

⁵² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025b).

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

estatutaria⁵³. En esta lógica, incluso la eventual recuperación de clases, si bien cumple un fin pedagógico, no tiene la capacidad de subsanar la inasistencia original ni de rehabilitar el derecho a la remuneración íntegra, ya que la falta al deber funcionario ya se ha configurado⁵⁴.

Por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver recursos de protección interpuestos por funcionarios afectados, han establecido requisitos procedimentales para la aplicación de dichos descuentos. Si bien en fallos más antiguos, como el recaído en el Rol N° 22.872-2015 (caso Pucón), la Corte Suprema consideró que bastaba con la acreditación de la inasistencia mediante informes detallados⁵⁵, la jurisprudencia más reciente ha fijado un estándar más exigente. En fallos significativos de la Corte suprema, como los correspondientes a los roles N° 27.615-2019 (caso Valdivia)⁵⁶ y N° 39.334-2025 (caso Hualpén)⁵⁷, así como en decisiones de Cortes de Apelaciones como la del caso de Chillán⁵⁸, se ha razonado que, al tener el descuento su origen en una presunta falta a los deberes funcionarios, su aplicación no puede ser un acto mecánico. Por ello, ha estimado indispensable que la Administración, antes de proceder al descuento, acredite fehacientemente los hechos y la participación individual de cada docente a través de un procedimiento racional y justo, como lo es una investigación sumaria, que garantice el derecho a la defensa y la posibilidad de presentar descargos.

En consecuencia, es fundamental destacar que la jurisprudencia de las cortes superiores del país no discrepa con la postura de la Contraloría en cuestiones de fondo; es decir, no objeta la procedencia del descuento como consecuencia de la inasistencia. La razón por la cual en los casos acá expuestos ha acogido los recursos de protección que ha conocido radica exclusivamente en una cuestión de forma: la ausencia de un procedimiento previo que acredite fehacientemente la responsabilidad individual de los funcionarios. Ante el silencio de la Corte Suprema sobre el principio retributivo, no queda más que interpretar que confirma lo dicho por la CGR en este aspecto, esto es, que la remuneración es la contraprestación por los servicios efectivamente prestados y que, por tanto, la ausencia de prestación de servicios conlleva de forma imperativa el no pago y el correspondiente descuento. Por lo tanto, el reproche judicial no se dirige a la medida en sí misma, sino al modo en que esta es

⁵³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016).

⁵⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025c).

⁵⁵ BECKER CON MUNICIPALIDAD DE PUCÓN (2016).

⁵⁶ BUSTOS CON SABAT (2020).

⁵⁷ SINDICATO DE PROFESORES Y PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN DE HUALPÉN CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE HUALPÉN (2025), Corte de Apelaciones, confirmado por Corte Suprema.

⁵⁸ HERRERA CON BENAVENTE (2025).

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

implementada por la Administración, exigiendo el respeto a las garantías del debido proceso antes de materializar una afectación patrimonial.

2) Caso 2: Análisis del Dictamen sobre el Uso del Pase Escolar (TNE):

El dictamen E116999N25, con fecha del 11 de julio de 2025 se emite a raíz de una denuncia vinculada con el uso del pase escolar. A partir de dicha alegación, la Contraloría General de la República concluye que, conforme a lo dispuesto en el decreto N° 20 de 1982 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, quien reglamenta el uso del pase escolar. Si bien su utilización está permitida todos los días del año y las 24 horas del día, los artículos 3° y 7° establecen expresamente que este beneficio solo puede emplearse “con motivos de estudio”⁵⁹.

Al respecto, la constitución política de la república garantiza en su artículo 19 N° 10 garantiza el derecho a la educación entendiéndose como “La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”⁶⁰. Si bien el pase escolar no constituye un instrumento directo, si representa un medio indirecto para lograr dicho objetivo. En consecuencia, la protección y aseguramiento de este beneficio resulta esencial para garantizar que los alumnos puedan desplazarse según lo requieran.

Por su parte, el artículo 3° señala que “(...) permite el traslado de los alumnos en sus viajes realizados con motivo de estudio durante el año escolar; y en todo caso durante los demás meses del año, incluidos enero y febrero, en cualquiera de los medios de transporte público de pasajeros de la región, incluidos microbuses, taxibuses, trolebuses, y ferrocarriles de servicio metropolitano (...)”⁶¹. De tal disposición se desprende que el pase escolar se aplica a los estudiantes de enseñanza básica y media.

Asimismo, el artículo 4° establece que: “El Pase Escolar podrá ser de enseñanza básica o enseñanza media e indicará la jornada en la que se imparte la enseñanza, esto es, si ella es diurna, vespertina o nocturna y la modalidad de enseñanza. El Pase Escolar tendrá validez de lunes a domingo las 24 horas del día”⁶². Este precepto, en concordancia con el anterior, liberaliza su uso temporal sin restricciones horarias o de días.

⁵⁹ CONTRALORÍA (2025)

⁶⁰ DTO N°100 (2025)

⁶¹ DECRETO 20 DE 1982

⁶² IBIDEM

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Por su parte, el artículo 7º “(...) permite el traslado para viajes con motivo de estudio, durante el año escolar; y en todo caso durante los demás meses del año, incluidos enero y febrero, en cualquiera de los medios descritos en el artículo 3º de este decreto. (...). El Pase de Educación Superior tendrá validez de lunes a domingo las 24 horas del día.”⁶³. ambos artículos contienen disposiciones similares, diferenciándose solo en el nivel educativo del beneficiario.

En consecuencia, el uso del pase escolar, cualquiera sea el nivel educacional, se encuentra habilitado durante todo el año y a toda hora. Dado que este es un beneficio que le corresponde a todos los estudiantes, medios oficiales del gobierno como lo son la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) mediante sus canales oficiales, sean páginas web o redes sociales, se han encargado de difundir esta información. Incluso según lo descrito en el dictamen se publicó una guía de uso del beneficio donde se incluyen los derechos y deberes de los usuarios⁶⁴.

No obstante, surge la interrogante ¿Por qué persiste la problemática si el uso del pase escolar está liberado en todo momento? La controversia radica en la expresión “con motivos de estudio”, la cual restringiría su utilización a circunstancias específicas, pero a su vez resulta ambigua respecto a que constituye efectivamente un motivo de estudio. Si se interpretará en sentido estricto, el beneficio ¿Se limitaría únicamente al traslado entre la residencia y el establecimiento educacional? ¿Se incluirían desplazamientos a bibliotecas, librerías o bazares? ¿Serían válidas las reuniones académicas entre estudiantes en espacios públicos? ¿O los voluntariados que, sin ser propiamente actividades académicas, contribuyen a la formación profesional del estudiante?

En la práctica, determinar estas situaciones resulta materialmente imposible, generando constantemente un foco constante de conflicto interpretativo. La condición de estudiante no se agota en las horas de clase, sino que abarca una vida académica y personal interdependiente, donde la movilidad es esencial para acceder a recursos, actividades extracurriculares y experiencias que enriquecen su formación, incluso orientadas al descanso y la recreación.

La ambigüedad de la frase “con motivos de estudio” dificulta su fiscalización en la práctica. Sin embargo, en el texto original del decreto delimitaba expresamente los supuestos de uso. Su artículo 3º disponía:

“Artículo 3º.- El documento que acredita la calidad de estudiante regular se denomina "Pase Escolar" y permite únicamente el traslado

⁶³ IBIDEM

⁶⁴ JUNAEB

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

de los alumnos desde su residencia hasta el establecimiento educacional y viceversa.

Dicho documento debe cumplir con los requisitos y modalidades que señale el Ministerio de Educación Pública para establecimientos de su dependencia o sujetos a su supervisión.

El Pase no será exigible a los estudiantes que cursen de 1º a 6º año en la educación básica”⁶⁵.

Asimismo, el artículo 4º establecía limitaciones horarias:

“Artículo 4º.- (...)

El Pase Escolar para los estudiantes de la enseñanza diurna regirá de Lunes a Viernes de 6.00 a 21.00 horas, y los Sábados de 6.00 a 14.00 horas. Para los estudiantes vespertinos y nocturnos este horario será de 18.30 a 24.00 horas de Lunes a Viernes, y los Sábados de 14.30 a 20.00 horas.

El Pase Escolar no podrá ser usado en días festivos, ni tendrá validez después del término del año escolar, en cada Región.

No obstante lo anterior, al inicio del año escolar y hasta el 15 de Abril de ese año los estudiantes podrán usar el Pase del año precedente, los que después de esta fecha quedarán nulos”⁶⁶.

Con las modificaciones posteriores, el uso del pase escolar dejó de limitarse a días hábiles, extendiéndose a todo el año escolar y por ende de marzo a diciembre. Exceptuando a los estudiantes en práctica profesional, quienes debían acreditar dicha condición. Finalmente, el 22 de diciembre de 2014, el decreto fue nuevamente modificado, liberando completamente su uso temporal y horario. Así lo comunicó el gobierno mediante su página web pocos días después de su publicación en el diario oficial “A contar del 1 de enero de 2015, estudiantes ya pueden usar su pase todos los días del año, a lo largo de todo el país”

Considerando que la única restricción vigente es el uso “con motivos de estudio”, corresponde determinar quién está facultado para fiscalizar. Según el art 10 “(...) Carabineros de Chile y los Inspectores Fiscales y Municipales, supervigarán el correcto uso del Pase

⁶⁵ BCN, DECRETO 20, 1982

⁶⁶ IBIDEM

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Escolar y del Pase de (...)"⁶⁷. En consecuencia, los conductores del transporte público no se encuentran legalmente habilitados para verificar el correcto uso del pase.

Esta interpretación protege a los estudiantes frente a eventuales interrogatorios o tratos arbitrarios por parte de los conductores, quienes carecen de potestad fiscalizadora. El dictamen, al delimitar claramente las formas de control, reafirma el derecho del estudiante a no ser cuestionado por terceros sin competencias.

Pese a la claridad normativa, la realidad evidencia una situación distinta. Diversos estudiantes, especialmente de regiones, han denunciado malos tratos y cuestionamientos al momento de ejercer su derecho a una tarifa rebajada. En el transporte interurbano, donde aún no se implementan sistemas de pago electrónico, esas situaciones son más frecuentes, generando conflictos recurrentes entre usuarios y conductores.

En este contexto, se hace necesario precisar legalmente el alcance del uso del pase escolar. Tras el dictamen, y en atención a la problemática ya descrita, se presentó un proyecto en la cámara de diputados que busca consagrar el "uso ilimitado y permanente del pase escolar o del pase de educación superior [...] durante todos los días del año, las 24 horas del día. El uso de este instrumento no estará sujeto a condición alguna"⁶⁸. La eliminación de dicha ambigüedad permitiría armonizar la normativa con la realidad de los estudiantes, garantizando efectivamente el derecho a la educación y la movilidad sin restricciones.

3) Análisis Comparado de los Criterios de la CGR:

Al realizar un análisis de cómo la Contraloría aborda un derecho de carácter colectivo como lo es el derecho a huelga por parte de los trabajadores de la educación versus una social e individual, refiriéndonos al uso de pase escolar, lo principal es evidenciar cómo se ponderan estos derechos frente a principios de orden administrativo y fiscal. Al examinar ambos dictámenes muestran un criterio unificado muestran una marcada diferencia, sin embargo indirectamente apuntan a defender un derecho en específico.

Respecto a los derechos laborales colectivos, la paralización de actividades por parte de los docentes que poseen la cualidad de ser funcionarios al trabajar en recintos educacionales de carácter público supone un aspecto problemático. La jurisprudencia ha mantenido una postura rigurosa respecto al principio de legalidad del gasto público.

Según el dictamen, es estrictamente necesario que los funcionarios cumplan con su jornada laboral, más tomando en cuenta que las labores que desempeñan constituyen a la enseñanza

⁶⁷ SUPRA NOTA 39

⁶⁸ BOLETÍN N° 17.768-04

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

en colegios. Por esto la ausencia injustificada, ignorando los motivos por los que se produjo la huelga en primer lugar, carece de fundamento legal.

También se ha establecido que los fundamentos para aplicar dicho descuento salarial no tienen el carácter de facultativo, si no que responde a una serie de condiciones que habilitan su aplicación. Esta ponderación, aunque afectando a los trabajadores, busca proteger la continuidad del servicio público, además de la protección del gasto fiscal al decidir no pagar la totalidad del sueldo por horas no trabajadas.

Por su parte, los derechos sociales individuales manifestados en esta oportunidad como el derecho a la educación mediante el uso del pase escolar el enfoque es más matizado. Si bien el uso del pase escolar se encuentra limitado exclusivamente a motivos de estudio, en la práctica la fiscalización efectiva de estos motivos tiene dificultades para realizarse, desentonando notablemente con la realidad nacional.

De una u otra forma, pese a que existen dificultades en la fiscalización al no estar facultados los conductores para esta labor, no se les permite realizar esta actividad y no pueden exigirle a los estudiantes que acrediten su desplazamiento, el decreto además de establecer los límites también busca efectivamente ese fin.

Esta interpretación, manteniendo el propósito original, protege al beneficiario de una fiscalización excesiva que podría obstaculizar el acceso a la educación mediante el pase escolar. Atenuando la rigurosidad de dicha verificación administrativa para no imponer cargas desproporcionadas al individuo.

Pese a estos fines, la realidad en sectores donde el pago electrónico tipo bip no se encuentra integrado, siendo éste gran parte del país y excluyendo a la región metropolitana, los conductores se toman esta atribución de fiscalizar a los alumnos. Como se mencionó anteriormente, contraviniendo este postulado con la realidad nacional.

De lo expuesto se puede extraer que la Contraloría no aplica un criterio unificado en la ponderación de derechos fundamentales frente a principios administrativos o fiscales, su forma de afrontar estas problemáticas es marcadamente diferenciado. Cuando el ejercicio de un derecho colectivo de funcionarios entra en juego con la protección de los recursos públicos se privilegia la observancia estricta de los principios administrativos. Por ende, habilitando y justificando el descuento salarial.

En contraste, un derecho social cuando se ve afectado por la aplicación rigurosa de su fiscalización por quienes no están habilitados para ello, tiende a demarcar específicamente quienes se encuentran habilitados para ello y a su vez, los motivos de uso del beneficio. Aunque se demuestren disonancias con la realidad.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Sin embargo, si existe un punto de encuentro entre ambos dictámenes si nos enfocamos indirectamente en lo que buscan proteger. Pese a que el dictamen respecto al descuento salarial busca proteger el gasto fiscal, vale la pena recordar que los sujetos en cuestión son profesores y en el caso de que estos se encuentren en huelga, la esfera de la educación se encuentra afectada.

Por esto, pese a no estar directamente mencionado se puede llegar a interpretar que no solo se estaría protegiendo la continuidad de la función pública y la protección de las arcas fiscales, si no el derecho de los estudiantes a que se continúe con o no se interrumpa su derecho a la educación sin consecuencias. Si bien las razones de la huelga pueden ser más o menos justificadas, si se evidencia indirectamente un resguardo al derecho afectado. La continuidad de la función pública en cuanto a la educación.

Por su parte, explícitamente se demuestra que el derecho a resguardar en cuanto al uso del pase escolar es el de la educación. Permitiendo su uso y delimitando a los facultados para fiscalizar. Aunque si resulta necesario una modificación a los artículos como la propuesta por la cámara de diputados para evitar arbitrariedades o ambigüedades.

Este análisis nos permite concluir que en la práctica la Contraloría General de la república no se rige por un único criterio de ponderación, si no que se adapta dependiendo del enfoque que se le busque dar. Esta diferencia marca un complejo equilibrio entre el garantizar la eficiencia de la administración del estado y la protección de derechos fundamentales. Pero si demuestran, al menos indirectamente, que se busca la protección de objetivos específicos

4) Síntesis Comparada de los Hallazgos:

El análisis de los dictámenes seleccionados revela que la Contraloría General de la República, si bien actúa sobre materias con un profundo impacto en el ejercicio de derechos fundamentales, articula su hermenéutica de manera predominante a través del prisma del control financiero y la legalidad del gasto público. Este principio opera como el *ratio decidendi* central y transversal en ambos casos, aunque su aplicación produce efectos distintos.

En el caso de la huelga docente, la Contraloría adopta una posición de deferencia al principio de legalidad estricta. No se observa una ponderación entre el derecho a huelga (emanado del bloque de constitucionalidad) y el principio de contraprestación (emanado de la legalidad presupuestaria). Por el contrario, la CGR se limita a verificar el supuesto fáctico del *sinalagma funcional*: sin servicio prestado, no existe causa legal para el gasto fiscal. Como ha sostenido la doctrina:

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

«El control de la Contraloría es, ante todo, un control de legalidad, lo que significa que su función primordial es velar por el imperio del derecho, asegurando que la Administración no actúe *ultra vires*, especialmente en la disposición de los fondos públicos»⁶⁹.

En la controversia sobre la TNE, la aproximación varía sutilmente. La CGR no se detiene en una mera verificación formal, sino que avanza hacia la interpretación del contenido material del derecho a la educación. Sin embargo, esta interpretación no la realiza desde la dogmática de los derechos fundamentales, sino desde la finalidad del gasto autorizado por la ley. La Contraloría define el alcance de la "actividad educacional" no en base a lo que el derecho fundamental exige, sino en base a lo que la norma presupuestaria *pretendía* financiar.

Comparativamente, en ambos escenarios, el principio de legalidad del gasto no actúa como un principio más a ponderar, sino como un principio ordenador y preeminentemente que define los límites de la actuación administrativa y, consecuentemente, los límites fácticos del ejercicio de los derechos fundamentales involucrados.

5) El Rol de la Contraloría en la Configuración de Políticas Públicas:

Los hallazgos de esta investigación permiten sostener que la potestad dictaminante de la Contraloría trasciende con creces la mera función fiscalizadora. La CGR actúa, de facto, como un agente configurador de políticas públicas, utilizando su potestad interpretativa para modular el alcance y la implementación de las decisiones de la autoridad política.

La fuerza vinculante de sus dictámenes, que obligan a toda la Administración a acatar su interpretación, transforma su jurisprudencia administrativa en una fuente material del derecho. Como ha señalado el profesor Cordero Vega:

«Los dictámenes [de Contraloría] han operado en la práctica como verdaderas sentencias con efectos erga omnes para la Administración, definiendo el sentido y alcance de la ley y estableciendo la conducta administrativa obligatoria». ⁷⁰

⁶⁹ ESTA IDEA REFLEJA LA POSICIÓN DE SOTO KLOSS, EDUARDO, EN SU OBRA *DERECHO ADMINISTRATIVO: BASES FUNDAMENTALES*. Dicho autor enfatiza la sujeción estricta de la Administración al principio de juridicidad, siendo la CGR su principal garante, especialmente en la ejecución de la ley presupuestaria.

⁷⁰ CORDERO VEGA, LUIS. "NULIDAD Y DICTAMINACIÓN DE CONTRALORÍA: NUEVAS FORMAS DE DECLARACIONES DE ILEGALIDAD". REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

Este rol configurador es patente en los casos estudiados:

1. En la política de gestión de personal, al validar los descuentos por huelga, la CGR no solo controla un gasto, sino que define la política estatal frente a los conflictos colectivos del trabajo, debilitando la posición negociadora de los funcionarios y alineando la actuación de todos los servicios públicos bajo un mismo estándar de rigor presupuestario.
2. En la política social-educativa, al interpretar el alcance del uso de la TNE, la CGR no solo fiscaliza un subsidio, sino que delimita el estándar de la prestación social. Su dictamen fija la extensión material del compromiso estatal con la remoción de barreras para el acceso a la educación.

En consecuencia, la Contraloría ejerce una gobernanza indirecta pero sumamente eficaz. A través de la interpretación de la legalidad financiera, la CGR influye directamente en el diseño y la ejecución de políticas públicas, erigiéndose como un actor político-jurídico de primera magnitud en la estructura del Estado chileno.

5. CONCLUSIONES

A través de la observación sobre la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, se nos permite comprender la complejidad y trascendencia de su función dentro del sistema institucional administrativo chileno. A lo largo de su evolución histórica, la CGR ha dejado de ser únicamente un órgano de fiscalización contable para convertirse en un verdadero garante del principio de juridicidad y, en consecuencia, en un actor relevante en la protección indirecta de los derechos fundamentales. Su potestad dictaminante, como pudo analizarse, al interpretar de manera vinculante el sentido y alcance de las normas legales para la Administración del Estado, ha configurado un tipo particular de jurisprudencia administrativa que incide de manera determinante en la gestión pública, en la distribución de recursos y en la interpretación misma del derecho público.

El análisis de los casos estudiados evidencia que la CGR cumple un papel central en la ponderación entre legalidad administrativa y la protección de los derechos fundamentales. En el caso de los descuentos salariales a docentes en huelga, su decisión refleja la primacía del principio de legalidad del gasto público como límite infranqueable para la Administración, reafirmando que ningún desembolso puede realizarse sin causa legal que lo sustente. En el segundo caso, sobre el uso del pase escolar, su interpretación del uso del beneficio estudiantil muestra una mirada más garantista, que busca compatibilizar la normativa presupuestaria con la efectividad del derecho a la educación. En ambos escenarios, se observa un esfuerzo constante por mantener el equilibrio entre el respeto al marco jurídico

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

y la salvaguarda de los derechos constitucionales, aunque con énfasis y resultados distintos según la naturaleza del derecho comprometido.

A partir de estos dos casos, se constata que la Contraloría no actúa de manera uniforme frente a todos los conflictos en que se enfrentan la juridicidad administrativa y los derechos fundamentales. Sino que su actuación depende, en gran medida, del principio que se encuentre en juego y del impacto que su decisión pueda tener sobre la integridad del sistema de control del gasto público. Sin embargo, pese a esta diversidad de enfoques, subyace un hilo conductor común: la búsqueda de preservar la coherencia del Estado de derecho mediante la aplicación de la legalidad financiera y la interpretación prudente de las normas. Esta función interpretativa, si bien no posee rango jurisdiccional, ha generado un espacio propio dentro del derecho público chileno, configurando a la CGR como un poder técnico con una influencia sustantiva en la definición de las políticas públicas.

Asimismo, el carácter vinculante de los dictámenes ha consolidado a la Contraloría como un actor de gobernanza administrativa. Sus decisiones inciden directamente en la forma en que los órganos públicos ejecutan sus funciones y definen sus prioridades, determinando en la práctica los límites de actuación del Ejecutivo y las reglas que orientan la gestión del Estado. Siguiendo esta línea, su jurisprudencia administrativa se ha transformado en un referente obligado para la interpretación de la ley, otorgándole una función quasi jurisdiccional que, aunque no sustituye al juez, complementa el sistema de garantías institucionales de los ciudadanos. La CGR, al ejercer este poder interpretativo, refuerza la transparencia y la responsabilidad del aparato público, pero al mismo tiempo asume el desafío de no traspasar los márgenes que la Constitución le ha fijado, evitando la creación de normas o excepciones no previstas por el legislador.

Se expone el papel trascendental de la Contraloría, la fiscalización de la gestión pública: constituir un mecanismo de tutela no judicial que actúa en defensa del Estado de Derecho y de los valores que lo sustentan. Su intervención constante en materias de relevancia social demuestra que su labor se encuentra estrechamente vinculada con las garantías de los derechos ciudadanos. Consignando un delicado equilibrio entre el control y la autonomía, entre legalidad y justicia material. Consolidar y perfeccionar este equilibrio es el desafío que enfrenta el derecho público contemporáneo, en un contexto donde la confianza en las instituciones y la protección de los derechos fundamentales dependen de la fortaleza y prudencia del control contralor.

6. BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters).

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

CORDERO VEGA, LUIS ALBERTO (2013): “Nulidad y Dictaminación de Contraloría: Nuevas Formas de Declaraciones de Ilegalidad: Comentario a las Sentencias del Caso CMPC”, Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales.

DE LA CRUZ, Alicia (2018) La Contraloría General de la República como contencioso administrativo general. Tesis para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile

INTOSAI (2023) Plan estratégico de la INTOSAI 2023-2028

DEPARTMENT OF INTERNATIONAL DEVELOPMENT (2004) Characteristics of different SAIS.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2020): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, (Santiago, Librotecnia, Tomo IV).

PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio (1991): "El principio de legalidad del gasto público en materia financiera", *Revista de Derecho de la Universidad Diego Portales*, N° 2, pp. 107-[PÁGINA FINAL].

SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho administrativo: bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

UGARTE CATALDO, José Luis (2009): "El derecho a huelga en el sector público", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, pp. 263-[PÁGINA FINAL].

COMISIÓN ORTÚZAR (1973) Tomo N°1 – Sesión celebrada el 22 del 11 de 1973

NAVARRO, Enrique (2021) La potestad dictaminante de la Contraloría y las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales.

NORMAS E INSTRUMENTOS

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): Dictamen N° 28046, de 14 de abril. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/028046N16/html?print=true>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025a): Dictamen N° E23910, de 12 de febrero. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/E23910N25/html>.

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025b): Dictamen N° E93887, de 06 de junio. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/E93887N25/html?print=true>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2025c): Dictamen N° E122814, de 21 de julio. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/buscadorpdf/dictamenes/E122814N25/html>.

JUNAEB (2025) Guía de derechos y deberes. Disponible en: <https://www.junaeb.cl/wp-content/uploads/2024/03/Guia-de-derechos-y-deberes.pdf> Fecha de consulta: 20 de octubre de 2025

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2025) Decreto N°20 de 1982 que regula el Pase Escolar. Disponible en: <https://bcn.cl/3na90> Fecha de consulta: 25 de octubre de 2025

GOBIERNO DE CHILE (2025) La TNE ahora funciona todo el año. Disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/la-tne-ahora-funciona-todo-el-ano/> Fecha de consulta: 25 de octubre de 2025

CÁMARA DE DIPUTADOS (2025) Modifica la ley N° 18.290, de Tránsito, para garantizar el uso permanente e incondicional del pase escolar. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=18415&prmBOLETON=17768-04>.

DECRETO 100 (2025) Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de Chile.

DECRETO LEY N°258 (1932) Deroga Decreto con Fuerza de Ley N°2960 BIS del 30 de Diciembre de 1927 y toda otra disposición contraria al presente decreto ley

DECRETO CON FUERZA DE LEY N°2960 BIS (1927)

DTO N°2421 (2023) Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2021) Sentencia Rol N°8998-2020 - Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de los Artículos 5° Inciso Tercero, 6°, Incisos Primero y Final; y 9° Incisos quinto y final, en las frases que indica, de la ley N°10.336 de Organización y atribuciones de la Contraloría general de la República, y del Artículo N°52 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

JURISPRUDENCIA CITADA

La ponderación de Derechos Fundamentales: Revisión de los dictámenes sobre huelga docente y pase escolar

BECKER MARIN, MARIA JESUS CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PUCÓN (2016): Corte Suprema, 05 de enero, Rol N° 22872-2015 (Apelación Protección).

BUSTOS CON SABAT (2020): Corte Suprema, 20 de julio, Rol N° 27615-2019 (Apelación Protección).

HERRERA CON BENAVENTE (2025): Corte de Apelaciones de Chillán, 1 de agosto, Rol N°505-2025 (Protección).

SINDICATO DE PROFESORES Y PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN DE HUALPÉN CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE HUALPÉN (2025): Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3111-2025, confirmada por Corte Suprema, Rol N° 39334-2025.

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

LA TOMA DE RAZÓN: EQUILIBRIOS Y TENSIONES ENTRE CONTROL DE LEGALIDAD Y EFICIENCIA ADMINISTRATIVA

José Manuel Maturana Rebolledo

1. INTRODUCCIÓN

La Toma de Razón es el control preventivo de legalidad a través del cual la Contraloría General de la República revisa la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos. Esta revisión se hace de conformidad a la ley y las resoluciones impartidas por el Contralor para este efecto. Se encuentra regulada en el artículo 99 de la Constitución Política de la República y en el artículo 10 de la Ley 10.336, Ley Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

La Toma de Razón, es sin duda una de las grandes herramientas de protección del Estado de Derecho en nuestro país gracias a su capacidad de proteger el principio de juridicidad en la actuación de la Administración del Estado⁷¹. Todo esto a pesar de la ausencia de potestad de imperio de la Contraloría⁷².

A lo largo del tiempo la Toma de Razón no ha sido objeto de un desarrollo dogmático amplio y al ser una atribución única en la actualidad⁷³ como control *ex ante* de la legalidad, su estudio se dificulta.

No es posible entender el orden institucional chileno sin la Toma de Razón y al carecer de un contraste objetivo que permita su comparación, es muy difícil hablar de su utilidad objetiva.

Este trabajo se encamina en fortalecer la comprensión de la Toma de Razón por medio de sistematizar la información disponible y plantear críticas que promuevan la reflexión sobre su importancia. Esperamos que sea un aporte tanto para el sector público, en temas de legalidad, control y cuidado de los recursos públicos, como para el sector privado, en aspectos relacionados tanto con la contratación pública como con la certidumbre jurídica. Sectores que se ven afectados directa e indirectamente por este trámite.

⁷¹ PARA IVÁN ARÓSTICA LA TOMA DE RAZÓN VELA POR EL RESPETO INTEGRAL DE TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA QUE EL BLOQUE DE LA JURIDICIDAD NO SE VEA SOBREPASADO O AVASALLADO POR DECRETOS O RESOLUCIONES DEL EJECUTIVO. ARÓSTICA, I. (1991) P.135

⁷² DE LA CRUZ, A. (2018) P.48

⁷³ DE LA CRUZ, A. (2018) P.16

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

2. ALGUNOS ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA TOMA DE RAZÓN

Resulta necesario realizar un breve recorrido histórico sobre la evolución de la Toma de Razón y el rol de la Contraloría General de la República en Chile, buscando comprender cómo esta institución y su herramienta han sido moldeadas por los cambios políticos, las tensiones entre poderes del Estado y la necesidad de supervisión y control preventivo en los actos administrativos. Al examinar hitos clave se intentará destacar la importancia de la Toma de Razón como herramienta esencial para asegurar la legalidad y el control de los actos del poder ejecutivo, reflejando también la evolución de los principios de responsabilidad y control en la administración pública chilena.

En 1839, bajo el mandato del Presidente Joaquín Prieto, se estableció jurídicamente la Contaduría Mayor, encargada de Tomar Razón de leyes y actos administrativos⁷⁴. En 1875, Valentín Letelier estableció la responsabilidad de los ministros por decretos que no hubiesen sido Tomados de Razón⁷⁵ y el ámbito de acción de este trámite se restringía para asuntos patrimoniales y funcionariales⁷⁶.

En 1927, se creó la Contraloría General de la República mediante el Decreto con Fuerza de Ley 400 bis, sin considerar entre sus potestades Tomar Razón. Al poco tiempo después se dicta el DFL 2660 del mismo año que la incluye a las potestades de la Contraloría⁷⁷.

En 1943 la Contraloría se eleva a rango constitucional⁷⁸ y en 1945, por medio de una acusación constitucional, el Contralor Agustín Vigorena fue destituido de su cargo por no ejercer correctamente sus potestades de control preventivo en los actos de gobierno⁷⁹. Vigorena era deferente con el poder Ejecutivo al considerar que no tenía las atribuciones de controlar ciertos Decretos Supremos⁸⁰. Parecería razonable entender que esta destitución manifestaba la pretensión del Poder Legislativo de querer más control sobre el Ejecutivo. Guillermo Jiménez considera que gracias a esto la Contraloría terminó transformándose en

⁷⁴ DE LA CRUZ, A. (2018) PP. 29

⁷⁵ DE LA CRUZ, A. (2018) PP. 30, CITANDO A HEISE, J. (1974) *HISTORIA DE CHILE. EL PERÍODO PARLAMENTARIO 1861-1925*. TOMO I (PRIMERA) P.313

⁷⁶ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) P.616

⁷⁷ DE LA CRUZ, A. (2018) PP. 31 A 34

⁷⁸ REFORMA CONSTITUCIONAL INTRODUCIDA POR LA LEY 7.727 DE 1943

⁷⁹ DE LA CRUZ, A. (2018) P.35

⁸⁰ ULLOA AGUILÓN, J. (2009) P.113

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

el guardián de la legalidad administrativa⁸¹, siendo posiblemente la Toma de Razón una de sus más fuertes herramientas.

A inicios de la década de 1970 el Contralor Héctor Humerez enfrentó roces con el gobierno de Salvador Allende, al insistir este Presidente en un importante número de actos administrativos representados por el Contralor. La gran mayoría de estos decretos y resoluciones estaban relacionados con la política de nacionalización de empresas estatales⁸². Tras el golpe de Estado la Toma de Razón se vio suspendida entre septiembre y diciembre de 1973, impidiéndose la posibilidad de escrutinio previo en los actos dictados en este periodo⁸³.

Mas adelante el Contralor se negó de Tomar Razón por considerar que “carecía de fundamento jurídicos”⁸⁴ el acto que llamaba a un plebiscito buscando contrarrestar la presión internacional contra la dictadura y también el desacuerdo interno de las Fuerzas Armadas⁸⁵. Por esto Pinochet aceleró el proceso de tramitación de retiro del Contralor, nombrando a uno de su confianza⁸⁶. Sergio Fernández estuvo 3 meses⁸⁷, los cuales le bastaron para aceptar la reconsideración del Gobierno y Tomar Razón del decreto⁸⁸.

En este periodo, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) discutió la forma que tendría la Contraloría y sus potestades en el nuevo orden del régimen. La sesión 326^a de noviembre se centró en analizar la insistencia ante la representación por inconstitucionalidad, su aplicación en decretos promulgatorios, el envío de antecedentes a la Cámara frente a una insistencia, y la Toma de Razón de los DFL y decretos de emergencia⁸⁹. En palabras de Guillermo Jiménez, en la CENC había una “incomodidad (...) gatillado por el peligro de que la Contraloría invadiera la esfera de competencias tanto del Poder Ejecutivo como del Poder

⁸¹ JIMÉNEZ, G. (2021) P.608

⁸² FAÚNDEZ, J. (2007) PP. 201 A 225

⁸³ JIMÉNEZ, G. (2020) P. 77

⁸⁴ JIMÉNEZ, G. (2020) P. 82

⁸⁵ JIMÉNEZ, G. (2020) P.82

⁸⁶ DE LA CRUZ, A. (2018) P.60

⁸⁷ DE LA CRUZ, A. (2018) P.60

⁸⁸ JIMÉNEZ, G. (2020) P.84

⁸⁹ DE LA CRUZ, A. (2018) P.61

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

Judicial”⁹⁰. A pesar de esto la desconfianza no se materializó⁹¹ en la Constitución de 1980 y en este texto se estableció un capítulo para la Contraloría, reconociendo constitucionalmente la Toma de Razón⁹².

La breve revisión histórica de la Toma de Razón y su rol en la Contraloría General de la República en Chile revela cómo esta institución ha evolucionado para responder a las necesidades de control y legalidad en la administración del Estado. Desde sus orígenes en la Contaduría Mayor hasta su reconocimiento constitucional en 1980, la Contraloría ha fortalecido sus funciones como garante de la legalidad administrativa, enfrentando desafíos y adaptándose a cambios políticos. Este breve recorrido muestra el papel crucial que desempeña la Toma de Razón para asegurar un adecuado equilibrio entre los poderes y la legitimidad de los actos administrativos en nuestro país, así como también nos brinda las bases necesarias para adentrarnos en el análisis actual sobre lo que sabemos de la Toma de Razón y su relevancia en el contexto jurídico-administrativo chileno.

3. LO QUE SABEMOS DE LA TOMA DE RAZÓN

Como fue enunciado en la introducción, la Toma de Razón se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel Constitucional como legal. La Constitución Política de la República en su artículo 99 señala que: “El Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deban tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; (...) Correspondrá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria de que puedan adolecer”.

La ley 10.336 en su artículo 10 señala que: “ El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer”.

La Contraloría entiende la Toma de Razón como una figura de control, exclusiva y excluyente, independiente de otras modalidades fiscalizadoras⁹³ y como control preventivo

⁹⁰ JIMÉNEZ, G. (2020) P. 86

⁹¹ JIMÉNEZ, G. (2020) P. 89

⁹² ARTÍCULO 88, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE 1980

⁹³ DICTAMEN N° 2.886 DE 1969

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

de legalidad⁹⁴. El profesor Jorge Bermúdez, ex Contralor de la República expresa que: “Se trata de un trámite de control preventivo, a través del cual se fiscaliza la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones en conformidad a la ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el trámite se verifica una vez que la administración pública activa ya ha tomado la decisión respectiva, es decir, una vez aplicado el ordenamiento jurídico al caso concreto”⁹⁵.

El profesor Iván Aróstica identifica: “(...) el trámite de toma de razón que realiza la Contraloría General de la República, como un forma de fiscalización jurídica a que deben someterse los actos de la Administración antes de que puedan surtir efectos.”⁹⁶ Para luego agregar que: ”(...) a través de este trámite- ha de velar por el respeto integral de todo ordenamiento jurídico, en armonía con el art. 2 de la ley 18.575, y para que ese “bloque de juridicidad“ no sea sobrepasado o avasallado por decretos o resoluciones del Ejecutivo”⁹⁷.

Para el Profesor Eduardo Soto Kloss la Toma de Razón es: “ (...) la materialización del ejercicio del poder jurídico de control con el que ha dotado el propio legislador a CGR., acto trámite procedural dentro del “procedimiento administrativo” de elaboración del acto administrativo, acto verdaderamente esencial – al igual que la propia declaración escriturada del órgano administrativo – y que permite efectuar no simplemente una adecuación o conformidad (de la cual hablaba la doctrina clásica del poder jurídico de control), sino una verdadera tutela de integridad del orden jurídico, una garantía, una salvaguarda de dicho orden – expresado en normas, principios y valores jurídicos – sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a Derecho, a través de un poder jurídico impeditivo, de inhibición del proyecto de acto sometido a control jurídico, cual se traduce en la “representación”⁹⁸.

Para el trámite de Toma de Razón la Contraloría puede:

⁹⁴ DICTAMEN N° 34.314 DE 2007

⁹⁵ BERMÚDEZ, J. (2022) p.397.- LA PROFESORA ALICIA DE LA CRUZ, ANTE ESTA DEFINICIÓN EXPRESA: “SIN EMBARGO, NO NOS PARECE QUE LO ANTERIOR SEA TAN CLARO. BERMÚDEZ DESTACA EL PROCEDIMIENTO QUE LLEVA AL JUICIO DE JURIDICIDAD Y, DESDE ESA PERSPECTIVA, AFIRMA QUE ES PARTE DEL PROCEDIMIENTO AUN CUANDO LA DECISIÓN YA ESTÉ ADOPTADA. SIN EMBARGO, LUEGO PRECISA QUE EL TRÁMITE “(...) CONSTITUIRÍA EN SÍ MISMO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AL INTERIOR DE LA CGR (...)” AUNQUE SIN PRECISAR LAS FORMALIDADES DEL MISMO. DE LA CRUZ, ALICIA (2018) p.18

⁹⁶ ARÓSTICA, I. (1991) p.132

⁹⁷ ARÓSTICA, I. (1991) p.135

⁹⁸ SOTO KLOSS, E. (1974) p.55

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

a) *Tomar Razón* manifestando que en base al contraste de la normativa legal aplicable y el acto administrativo enviado, el acto cumple con ser conforme a Derecho, salvaguardando el ordenamiento jurídico y sus principios⁹⁹. Tomar Razón es “el ejercicio de la potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e impedimento si el acto no se ajusta a derecho”¹⁰⁰.

Tomar Razón es un juicio de conformidad en dos ámbitos, en primer lugar relativo a un juicio lógico entre norma – decreto y en segundo lugar relativo a la verificación de que las circunstancias de hecho se encuentren debidamente justificadas¹⁰¹.

Adicionalmente a la normativa aplicable al acto administrativo, hay quien entiende que para Tomar Razón también se deben contrastar y observar los dictámenes de la propia Contraloría¹⁰².

b) *Representar* manifestando que el acto administrativo posee vicios de legalidad o constitucionalidad que impiden un juicio favorable del Contralor. La representación se debe comunicar acompañada de un documento denominado "oficio de representación"¹⁰³ que fundamenta los motivos de la decisión.

Frente a la representación el Presidente tiene opciones. Puede conformarse y el acto no ingresará a la vida jurídica. Pero, en caso de no conformarse con la representación por ilegalidad puede dictar un Decreto de Insistencia y en el caso de inconstitucionalidad puede recurrir al Tribunal Constitucional¹⁰⁴.

⁹⁹ CORDERO VEGA, L. (2006) P.24

¹⁰⁰ CORDERO VEGA, L. (2006) P.24

¹⁰¹ DICTAMEN 41.164 DE 1998

¹⁰² ARÓSTICA, I. (1991) P24 ; EN ATENCIÓN AL DICTAMEN 65.058 DEL AÑO 1964

¹⁰³ ¿CUÁLES SON LOS POSIBLES RESULTADOS DE LA TOMA DE RAZÓN?. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RECUPERADO DE [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TOMA-DE-RAZON1-/ASSET_PUBLISHER/LEA5Bi0DWBgQ/CONTENT/-CUALES-SON-LOS-POSIBLES-RESULTADOS-DE-LA-TOMA-DE-RAZON-](https://www.contraloria.cl/web/cgr/TOMA-DE-RAZON1-/ASSET_PUBLISHER/LEA5Bi0DWBgQ/CONTENT/-CUALES-SON-LOS-POSIBLES-RESULTADOS-DE-LA-TOMA-DE-RAZON-)

¹⁰⁴ ARTÍCULO 93 N°9, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

El Decreto de Insistencia firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros¹⁰⁵ actúa como “orden”¹⁰⁶ al Contralor para Tomar Razón, terminando con la controversia jurídica sobre legalidad o ilegalidad y primando la apreciación del Presidente¹⁰⁷. Hay quienes creen que resulta plenamente inconstitucional en su formulación¹⁰⁸.

¿Es el Decreto de Insistencia la forma de evitar que el Contralor tome decisiones que corresponden a la administración activa? Al ser un juicio objetivo de juridicidad parecería que no, salvo que el Contralor se pronuncie sobre aspectos fuera de la Ley o en cuanto al mérito o conveniencia de la decisión administrativa.

En 34 años no se ha utilizado el Decreto de Insistencia y pese a las dudas que genera su formulación, las propuestas constitucionales de 2022¹⁰⁹ y 2023¹¹⁰ sostuvieron la dualidad representación-insistencia. La falta de alteración, creemos, podría reflejar tanto la importancia de la Toma de razón tal como se ha venido desarrollando y la posibilidad de su limitación. Las interrogantes sobre el Decreto de Insistencia, sus fundamentos y su relación con la Representación, sin duda, podrían ser motivo otro estudio.

c) *Tomar Razón con alcance* manifestando que el acto administrativo, por medio de la verificación de los antecedentes (o también gracias a la observación del órgano desde donde se envía), contiene una imprecisión que puede ser corregida. Los alcances pueden ser por cuestiones ortográficas, de digitación numérica, referencial, en cuanto a su sentido de

¹⁰⁵ ARTÍCULO 99, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

¹⁰⁶ SOTO KLOSS, E. (1973) P.61

¹⁰⁷ SOTO KLOSS, E. (1973) P.61

¹⁰⁸ SOTO KLOSS, E. (1973) P.66. AL IDENTIFICAR: 1) UNA LABOR PROPIA DE JURISDICCIÓN POR LA CGR EN CUANTO A SU MISIÓN DE “DECIR EL DERECHO” E IMPEDIR LA TRAMITACIÓN DEL ACTO, 2) QUE NO EXISTE SUPERIORIDAD JERÁQUICA DEL PODER EJECUTIVO SOBRE LA CGR, Y 3) EL HECHO DE QUE CON EL DECRETO DE INSISTENCIA SEA DIFÍCIL PRETENDER QUE LO CONTROLADO SE IMPONGA O PUEDA SOMETERSE SOBRE EL CONTROLANTE. LA REFLEXIÓN CONCLUYE EN QUE EL PODER DE TORCER O TORNAR ILUSORIA LA FUNCIÓN JURÍDICA DEL CONTRALOR ES ABIERTAMENTE INCONSTITUCIONAL.

¹⁰⁹ ARTÍCULO 352, PROPUESTA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, 2022

¹¹⁰ ARTÍCULO 195, PROPUESTA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2023

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

interpretación o relativo a la vigencia¹¹¹. Hay quienes identifican el alcance en interpretativo o rectificativo.¹¹²

Vale preguntarse sobre la posibilidad de intromisión de la Contraloría en la administración activa al momento de modificar un acto, pero esto puede ser descartado si se considera que las modificaciones son más bien precisiones que no influyen sustancialmente en el fondo y forma del contenido analizado¹¹³. Además de que al ser publicadas en el Diario Oficial, separadas una de la otra, se evidencia la voluntad tanto del Ejecutivo como del Contralor, sin que prime el alcance.

d) Adicionalmente existe el retiro, que si bien no es propiamente un pronunciamiento de la Contraloría, en la práctica consiste en suspender el pronunciamiento contralor para que el acto sea retirado por el servicio de origen y repare las observaciones que se le comunican en una reunión. El retiro está normativamente reconocido solo en el artículo 16 inciso 2, del Estatuto Administrativo¹¹⁴ en relación con el nombramiento de funcionarios. Sin embargo, se prohíbe su aplicación en ese contexto, por lo que no existe una disposición clara que establezca cómo debe llevarse a cabo. Además, el computo del plazo para la Contraloría se suspende cada vez que se efectúa el retiro del acto, volviendo a correr desde un inicio cuando es reingresado. Podría ser razonable pensar que el retiro es una manifestación de los principios de eficacia y eficiencia en la tramitación, junto con la economía procedural

¹¹¹ CORDERO VEGA, L. (2006) P.27

¹¹² VALDIVIA, J.M. (2018) P.354

¹¹³ LA CONTRALORÍA CONSIDERA QUE EL ALCANCE SON OBSERVACIONES NO ESENCIALES QUE POR ENDE NO AFECTAN LA LEGALIDAD DEL ACTO. DA COMO EJEMPLO “CITAR ERRÓNEAMENTE EL NÚMERO DE UNA LEY”. EN ¿CUÁLES SON LOS POSIBLES RESULTADOS DE LA TOMA DE RAZÓN? CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RECUPERADO DE [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TOMA-DE-RAZON1-/ASSET_PUBLISHER/LEA5Bi0DWBgQ/CONTENT/-CUALES-SON-LOS-POSIBLES-RESULTADOS-DE-LA-TOMA-DE-RAZON-](https://www.contraloria.cl/web/cgr/toma-de-razon1-/asset_publisher/LEA5Bi0DWBgQ/content/-cuales-son-los-posibles-resultados-de-la-toma-de-razon-)

¹¹⁴ ARTÍCULO 16, INCISO 2.- SI EL DECRETO O RESOLUCIÓN ORDENARE LA ASUNCIÓN DE FUNCIONES EN UNA FECHA ANTERIOR A LA DE SU TOTAL TRAMITACIÓN, EL INTERESADO DEBERÁ HACERLO EN LA OPORTUNIDAD QUE AQUÉL SEÑALE. EN ESTE CASO Y SI EL INTERESADO HUBIERE ASUMIDO SUS FUNCIONES, EL DECRETO O RESOLUCIÓN NO PODRÁ SER RETIRADO DE TRAMITACIÓN ANTE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. SI ESTE ORGANISMO OBSERVARE EL DECRETO O RESOLUCIÓN, ESTA DETERMINACIÓN SERÁ COMUNICADA AL INTERESADO, QUIEN DEBERÁ CESAR EN SUS FUNCIONES. LAS ACTUACIONES DEL INTERESADO EFECTUADAS DURANTE ESE PERÍODO SERÁN VÁLIDAS Y DARÁN DERECHO A LA REMUNERACIÓN QUE CORRESPONDA.

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

que cita la Contraloría¹¹⁵, en el sentido que evita que el acto deba ser representado para recién ahí ser devuelto al servicio y este arregle sus falencias.

La Contraloría a partir del año 2017 ha transparentado la práctica del retiro en la tramitación de la Toma de Razón de los reglamentos por medio de su página web¹¹⁶. Por medio de esta página web resulta interesante evidenciar que en 2017 se representó el Decreto N°9 de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente porque “las modificaciones sustanciales que se han introducido al reglamento de que se trata, **luego de cinco retiros** y reingresos a esta Entidad de Control -en una de cuyas oportunidades se mantuvo retirado por casi dos años-, sumado al tiempo transcurrido desde el cambio de gobierno, impiden atribuir su contenido a las autoridades de la anterior Administración que aparecen suscribiéndolo hace más de tres años”.¹¹⁷

A pesar de este caso de representación no podemos desconocer la otra gran mayoría de reglamentos que, junto con su retiro, fueron tramitados exitosamente. De los 643 Reglamentos que existen en línea, 638 de ellos fueron tratado y los otros 5 representados¹¹⁸, este 99,2% es una cifra favorable posiblemente gracias a la práctica del retiro. Entenderemos por esto que hablar de retiro sí podría estar directamente relacionado con la eficiencia y eficacia en la tramitación de reglamentos.

Es necesario aclarar que estas cifras corresponden a la tramitación de reglamentos, materia minoritaria en cuanto al análisis de Toma de Razón por parte de la Contraloría¹¹⁹.

Para Tomar de Razón, la Contraloría puede realizarla mediante documentos y firmas electrónicas, siendo determinado por el Contralor qué actos administrativos podrán

¹¹⁵ DICTAMEN N°E428343 DE 2023; EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 18.575 Y EL CONSIDERANDO 5 DE LA RESOLUCIÓN 14 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

¹¹⁶ TRAMITACIÓN DE REGLAMENTOS Y OTROS ACTOS DE INTERÉS GENERAL. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RECUPERADO DE : [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TRAMITACION-DE-REGLAMENTOS](https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos)

¹¹⁷ DECRETO N°9 DE 2017, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, APLICANDO EL CRITERIO CONTENIDO EN EL DICTAMEN N° 23.345, DE 1971. RECUPERADO DE: [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TRAMITACION-DE-REGLAMENTOS-2017](https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-2017). DESTACADO NUESTRO.

¹¹⁸ TRAMITACIÓN DE REGLAMENTOS Y OTROS ACTOS DE INTERÉS GENERAL. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RECUPERADO DE : [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TRAMITACION-DE-REGLAMENTOS](https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos)

¹¹⁹ CONFORME A UN ESTUDIO REALIZADO POR LUIS CORDERO EL AÑO 2007, DEL TOTAL DE MATERIAS OBJETO DE TOMA DE RAZÓN EL 88% DE ELLAS SON RELATIVAS A PERSONAL Y SOLO 12% OTRAS, DENTRO DE LAS QUE SE ENCUENTRA LA TRAMITACIÓN DE REGLAMENTOS. CORDERO VEGA, L. (2007) P.9

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

gestionarse por este medio, estipulando los medios de verificación y acreditación de los requisitos legales de estos actos¹²⁰. Existe a su vez, una verificación de los requisitos en aquellos actos con firma electrónica que podrá realizarse a través de consultas en línea o, en su defecto, mediante un ministro de fe designado¹²¹. Esto último no significa que todo quede dependiente del soporte digital, porque además se permite el archivar documentos tanto en soporte papel como en digital¹²². Para no interferir con la figura del control, el Contralor también puede realizar verificaciones posteriores de los actos administrativos tramitados electrónicamente¹²³.

Conforme a la Ley, la Toma de Razón debe darse en un plazo de 15 días, prorrogable por otros 15¹²⁴, aunque a su vez puede postergarse cuando el Contralor autorice que se cumplan antes de su Toma de Razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado¹²⁵; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, con el límite de que no afecten derechos esenciales de las personas¹²⁶. También puede acortarse el plazo de Toma de Razón a 5 días si la ley así lo dispone¹²⁷.

Lo cierto es que en la práctica el plazo que dicta la Ley no se cumple¹²⁸, lo que sumado a la ausencia de sanción ante la tardanza permite que valga la pena citar dos preguntas de Rajevic y Garcés “¿Cómo evaluamos los retrasos en la adopción de una decisión jurídica por parte de la Contraloría que perjudican sin duda los principios de eficiencia y eficacia en la

¹²⁰ ARTÍCULO 10 A, LEY 10.336

¹²¹ ARTÍCULO 10 B, LEY 10.336

¹²² ARTÍCULO 10 C, LEY 10.336

¹²³ ARTÍCULO 10 D, LEY 10.336

¹²⁴ ARTÍCULO 10 INCISO 1, LEY 10.336

¹²⁵ LOS EJEMPLOS SON TERREMOTOS, INUNDACIONES, INCENDIOS, DESASTRES, CALAMIDADES PÚBLICAS Y OTRAS EMERGENCIAS.

¹²⁶ ARTÍCULO 10 INCISO 7, LEY 10.336

¹²⁷ POR EJEMPLO: ARTÍCULO 21, LEY 16.391

¹²⁸ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) p.623. LOS PROFESORES SEÑALAN QUE EN LO RELATIVO AL ESTATUTO ADMINISTRATIVO DFL FECHADO 26 DE JUNIO DE 2004, LA TOMA DE RAZÓN SE PRESENTÓ 8 MESES Y MEDIO LUEGO DE LA FECHA DE DICTACIÓN; EN PARALELO EL REGLAMENTO O LEY DE COMPRAS, FECHADO EL 9 DE MARZO DE 2004, LA TOMA DE RAZÓN SE PRESENTÓ 6 MESES LUEGO DE SU DICTACIÓN.

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

tramitación del acto? ¿Existe evidencia que nos deje tranquilos respecto a que los efectos positivos de la Toma de Razón superen a los negativos?”¹²⁹.

Tal como se indicó en un inicio es difícil cuantificar el beneficio de la Toma de Razón, sin embargo, su ausencia podría dejar de manifiesto su valor.

Ya habiendo presentado en lo que consiste la Toma de Razón y sus posibles decisiones, pasaremos a revisar aquellos actos que deben ser objeto de este trámite.

ACTOS AFECTOS Y EXENTOS

Por regla general, todos los actos administrativos deben someterse al contraste jurídico que implica la Toma de Razón. Sin embargo, dado el gran número de actos administrativos existentes, ejercer un juicio previo de juridicidad sobre todos ellos sería una tarea de dimensiones superiores. Por esta razón, el Contralor tiene la facultad de eximir de la Toma de Razón aquellos decretos y resoluciones que no considere esenciales¹³⁰. Gracias a esta facultad de exención la regla se ha invertido, ya que ahora se indica cuáles actos deben pasar por la Toma de Razón, transformándose en un trámite selectivo¹³¹.

Para eximir del trámite de Toma de Razón, el Contralor dicta resoluciones que establecen los actos afectos y exentos. La resolución N°6 en cuanto a materias de personal en la Administración, la cual representa el grueso de las materias vistas por la Contraloría en cuanto a este control¹³²; la resolución N°7 relativa a materias a nivel general de la actuación de la administración, como aquellas financiera económicas, obras públicas, contratación administrativa, empresas públicas, entre otras; y, la resolución N°14 relativa a fijar los montos sobre los cuales concurre la Toma de Razón en función de la resolución N°7, en base al siguiente sistema: Artículo de la resolución N°14, relación con una materia específica de la resolución N°7, identificación de los actos, diferenciación geográfica y establecimiento de montos.

¹²⁹ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) P.633

¹³⁰ ART. 10 LEY 10.336

¹³¹ BERMÚDEZ, J. (2022) P.396

¹³² RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) TABLA 1, P.618

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

Los actos sujetos al trámite de Toma de Razón son:

Decretos: Todos los Decretos Supremos que lleven la firma del Presidente de la República deben someterse a la Toma de Razón¹³³. Los simples Decretos y los Decretos Supremos firmados por orden del Presidente, se someterán en la medida que no se encuentren exentos¹³⁴.

Resoluciones: Serán sometidas al trámite de Toma de Razón en la medida que la materia a que se refieran haya sido incorporada en la resolución 6, 7 y/o 14 de la Contraloría.

Reglamentos: Son sometidos a la Toma de Razón por una razón de texto, debido a que estos siempre llevan la firma del Presidente de la República¹³⁵.

Decretos con Fuerza de Ley: Este es el único caso en que la Constitución llama a Tomar Razón de un acto con rango legal, y su examen se remite a la Ley delegatoria y a la Constitución¹³⁶, lo que se busca con este análisis es verificar que el Poder Ejecutivo no sobrepasó aquello que le permitió regular el Congreso.

Decretos Promulgatorios: El análisis de estos Decretos se traduce en verificar si el acto contiene el texto aprobado por el legislador o el constituyente¹³⁷, pudiendo ser representado en caso de “apartarse del texto aprobado”¹³⁸.

CARACTERÍSTICAS DE LA TOMA DE RAZÓN

1) Es un control no reglado por la Ley 19.880, por lo que no se aplican a la Toma de Razón, ninguno de los principios y garantías del los cuales dispone esta ley¹³⁹. Sin embargo, la Contraloría constituye parte de la administración del Estado¹⁴⁰, que está al servicio de la

¹³³ ARTÍCULO 9 NUMERAL 1, RESOLUCIÓN N° 6, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ARTÍCULO 10 NUMERAL 10.1, RESOLUCIÓN N°7, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

¹³⁴ BERMÚDEZ, J. (2022) p.398

¹³⁵ ARTÍCULO 35, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

¹³⁶ ARTÍCULO 99 INCISO 2, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

¹³⁷ BERMÚDEZ, J. (2022) p.398

¹³⁸ ARTÍCULO 99 INCISO 3, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

¹³⁹ CORDERO VEGA, L. (2006) p.26

¹⁴⁰ ARTÍCULO 1, LEY 18.575

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

persona humana y debe observar los principios que la Ley 18.575 detalla¹⁴¹, además de las leyes especiales¹⁴².

2) Es un control objetivo de juridicidad que se manifiesta en el cumplimiento de estándares normativos, jurídicos, abstractos establecidos con anterioridad, de manera tal que suponen criterios establecidos que deben ser utilizados por un órgano imparcial, en el sentido de que no se encuentra sometido a un control jerárquico propio de la Administración activa¹⁴³. A su vez puede ser entendido como un control jurídico formal sobre los elementos reglados del acto en contraste con el texto de la ley¹⁴⁴. Además el control jurídico no es sino un poder que, destinado a salvaguardar la integridad del orden jurídico tutelado por el órgano controlante, consiste en un juicio que recae sobre el modo de actuar o sobre el modo de ser un órgano controlado¹⁴⁵.

3) Es un control preventivo, que se ejerce antes de que el acto administrativo opere en la vida jurídica¹⁴⁶ o en otras palabras, con anterioridad a la ejecución del acto¹⁴⁷, siendo este control previo a la notificación o publicación del acto¹⁴⁸.

4) Es un control impeditivo, ya que en el caso de adolecer de vicios, impediría la tramitación hasta entrar en la vida jurídica¹⁴⁹. La importancia de ser un control impeditivo radica en que la verdadera tutela de integridad del orden jurídico descansa sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a derecho”¹⁵⁰.

¹⁴¹ DICTAMEN N°E428343 DE 2023, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 3, LEY 18.575

¹⁴² LEY 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA –LEY 19.886 DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

¹⁴³ CORDERO VEGA, L. (2006) P.15

¹⁴⁴ BERMÚDEZ, J. (2022) P.396

¹⁴⁵ SOTO KLOSS, E. (1973) P.63

¹⁴⁶ CORDERO VEGA, L. (2006) P.21

¹⁴⁷ BERMÚDEZ, J. (2022) P.397

¹⁴⁸ ARTÍCULO 51, LEY 19.880

¹⁴⁹ CORDERO, L. (2006) P.21

¹⁵⁰ SOTO KLOSS, E. (1973) P.65

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

5) Es un control privativo, en atención a que la facultad de Tomar Razón esta entregada únicamente al Contralor General de la República, quien la ejerce de forma privativa y con independencia de otras autoridades¹⁵¹. Sin perjuicio de la facultad por delegación que recae sobre el Subcontralor y Jefes de División en el orden de subrogación que decide el Contralor; y los Contralores Regionales¹⁵² quienes poseen firma delegada.

Con todo, en diversas oportunidades la facultad privativa de Tomar Razón se ha visto interferida. En el año 2000 la Corte Suprema ordenó Tomar Razón a la Contraloría y la contienda de competencia promovida fue desistida por el mismo Contralor, quien finalmente Tomó Razón¹⁵³. Si de contiendas de competencia se trata, existieron 8 contiendas con la Corte Suprema en relación con la Toma de Razón, 6 fueron acogidas a favor de la Contraloría por parte del Senado¹⁵⁴, esto devela un particular origen al cambio en el ejercicio poder que han ejercido los tribunales sobre la Contraloría.

En el 2012 la Corte Suprema, en un fallo redactado por el Ministro Sergio Muñoz ordenó la Toma de Razón¹⁵⁵ de un acto administrativo exento por tratarse de una resolución municipal¹⁵⁶, el Contralor encontró la solución por la vía de la potestad dictaminante para evitar actual contra ley¹⁵⁷.

En 2019, en el marco de una controversia en cuanto a si correspondía o no proporcionar alimentación a funcionarios del Senamex por parte de ese órgano, la Corte Suprema volvió a ordenar a la Contraloría Tomar Razón al considerar que la conducta había resultado arbitraria y vulneradora al derecho a la igualdad¹⁵⁸.

Hay que recordar que la Contraloría como un organismo constitucionalmente autónomo solo se encuentra sometida a la Constitución y a la Ley que regula su organización,

¹⁵¹ BERMÚDEZ, J. (2022) P.397

¹⁵² BERMÚDEZ, J. (2022) P.397

¹⁵³ DE LA CRUZ, A. (2018) P.177

¹⁵⁴ DE LA CRUZ, A. (2018) P.172

¹⁵⁵ SCA ROL N°2462 DE 2012

¹⁵⁶ ARTÍCULO 44, LEY 18.695

¹⁵⁷ DE LA CRUZ, A. (2018) P.209

¹⁵⁸ SCS ROL N°8.755-2019, CONSIDERANDO SÉPTIMO

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

funcionamiento y atribuciones¹⁵⁹, lo que significa que no recibe instrucciones ni esta sujeto a la dependencia jerárquica de otros órganos constitucionales¹⁶⁰. Por ende la Contraloría no puede ver afectadas sus atribuciones ni menos que estas se supediten al control de otras entidades o poderes del Estado, pues lo contrario significaría que esta sería una mera instancia de resolución, cuyo manejo y control estaría supeditado a otros órganos públicos¹⁶¹. Pero, a su vez, las Cortes de Apelaciones no pueden abstenerse de conocer un recurso de protección válidamente interpuesto contra la Toma de Razón, consecuencia del principio de inexcusabilidad¹⁶².

El conflicto que resulta en el contraste del artículo 20 y el artículo 99 de la Constitución Política de la República permite preguntarnos ¿quién saldría airoso de esta ponderación de disposiciones constitucionales? Si bien corresponde no confundir la facultad privativa de Tomar Razón que posee el Contralor con la imposibilidad de recurrir ante ella, el problema radica en que al buscar proteger la indefensión de los ciudadanos¹⁶³ la Corte termina interfiriendo con un mandato constitucional.

EFFECTOS DE LA TOMA DE RAZÓN

1) Eficacia del Acto Administrativo

Al Tomar de Razón sobre un Acto Administrativo dictado le da eficacia respecto de terceros¹⁶⁴.

Ha existido cierta discusión respecto si la Toma de Razón es un elemento de validez (en cuanto a la esencia) o eficacia de los Actos Administrativos, la hipótesis más razonable es aquella que se funda en que la Toma de Razón permite la eficacia, por las siguientes razones¹⁶⁵

¹⁵⁹ CORDERO VEGA, L. (2006) P.2

¹⁶⁰ CORDERO VEGA, L. (2006) P.4

¹⁶¹ DICTAMEN N° 39.570 DE 2000

¹⁶² CORDERO VEGA, L. (2006) P.6

¹⁶³ CORDERO VEGA, L. (2006) P.6

¹⁶⁴ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) P.615; EN BASE AL ARTÍCULO 51 INCISO FINAL, LEY 19.880

¹⁶⁵ CORDERO VEGA, L. (2006) P.22-24

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

- 1.1) La Toma de Razón no es un requisito que deba concurrir en todos los actos administrativos.
- 1.2) La Toma de Razón se realiza sobre actos dictados y no sobre proyectos de actos.
- 1.3) El Acto administrativo puede excepcionalmente ejecutarse antes de la Toma de Razón.
- 1.4) La Ley Orgánica Constitucional de Bases del Procedimiento Administrativo excluye la Toma de Razón del trámite de elaboración y dictación del Acto Administrativo.

En contraste hay quienes consideran que esta relacionado a la validez y creación misma del acto, en cuanto “es un acto trámite procedural dentro del “procedimiento administrativo” de elaboración de un acto administrativo, acto verdaderamente esencial”¹⁶⁶, en el entendido de que la elaboración misma del acto administrativo en el ordenamiento jurídico chileno tiene participación de los órganos que desarrollan y realizan una función diferente, uno “administra”, el otro “controla jurídica”, y cuya intervención es indispensable para dar nacimiento a un acto administrativo”¹⁶⁷.

2) Desasimiento de la Contraloría

Una vez que se Toma de Razón, la contraloría carece de competencia para dejarla sin efecto, en otros términos no puede volver a evaluar un trámite representando lo que antes ya había Tomado de Razón y en sentido inverso. Este pronunciamiento, una vez producido, no puede ser modificado, revocado o invalidado, en razón de su particular naturaleza¹⁶⁸. ¿Cuál es la “particular naturaleza” a la cual se refiere? Pareciera ser su particular naturaleza constitucional.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago utiliza la palabra “desasimiento” para referirse a la alegación del Contralor sobre su imposibilidad de volver a referirse a la Toma de Razón¹⁶⁹.

¹⁶⁶ SOTO KLOSS, E. (1973) P.65

¹⁶⁷ SOTO KLOSS, E. (1973) P.65

¹⁶⁸ DICTAMEN 11.724 DE 2004, EN EL MISMO SENTIDO DICTÁMENES N° 30.117 DE 1993 Y N° 25.768 DE 1995

¹⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 32.299-2021, CONSIDERANDO 11

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

3) Presunción de legalidad

La Toma de Razón imprime en el acto una presunción de legalidad¹⁷⁰. Más precisamente infunde en el acto administrativo un manto de refuerzo a la ya presunción meramente legal que recae en el acto¹⁷¹, ya que “los actos administrativos tiene una presunción de legalidad, pero no por el efecto de la Toma de Razón, sino por el hecho de provenir de una autoridad pública¹⁷². Por lo tanto, la idea de afirmar que es la Toma de Razón el origen único de la presunción de legalidad del acto administrativo, es incorrecta¹⁷³.

Esta presunción es simplemente legal, en cuanto puede ser revisada tanto por otras instancias legales¹⁷⁴ como por el mismo ente contralor¹⁷⁵ a través de su potestad dictaminante.

LÍMITES A LA TOMA DE RAZÓN

La Contraloría no puede por medio del trámite de Toma de Razón referirse al mérito o conveniencia de las decisiones de la Administración Activa¹⁷⁶. Si bien no resulta fácil al aplicar la fiscalización determinar el límite exacto entre control de legalidad y el no control de mérito y oportunidad de las decisiones del Poder Político Administrativo¹⁷⁷, la Contraloría no podría Representar un acto porque a su juicio importa un costo económico o social elevado o porque no es oportuno en cuanto a necesidades públicas¹⁷⁸, aunque sí podría hacerlo en el caso de que exista una mala fundamentación de dicho gasto.

¹⁷⁰ DICTAMEN N° 34.314 DE 2007

¹⁷¹ BERMÚDEZ, J. (2022) p.401

¹⁷² CORDERO, L. (2006) p.31, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 3 INCISO 8 DE LA LEY 19.880

¹⁷³ CORDERO, L. (2007) p.161

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC ROL 116/90 DE FECHA 27 DE DICIEMBRE DE 1990

¹⁷⁵ DICTAMEN 7.778 DEL 2017

¹⁷⁶ ARTÍCULO 21B, LEY 10.336

¹⁷⁷ HISTORIA DE LA LEY 19.817, DE REFORMA DE LA LOC N°10.336, DISCUSIÓN EN SALA DEL SENADO, 15 DE MAYO DEL 2002. RECUPERADO DE [HTTPS://WWW.BCN.CL/HISTORIADELALEY/NC/HISTORIA-DE-LA-LEY/5930/](https://www.bcn.cl/HISTORIADELALEY/NC/HISTORIA-DE-LA-LEY/5930/)

¹⁷⁸ AYLWIN, A. (1992) p.65

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

Soto Kloss entiende el mérito y conveniencia como “la oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad (...) oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador¹⁷⁹”. Sin embargo, en el contexto de los procedimientos disciplinarios o sumarios administrativos que se dan bajo la el Estatuto Administrativo, da una visión crítica sobre la intervención de la Contraloría General de la República en este contexto. En cuanto al la amplitud del control de legalidad de estos procedimientos, este mismo autor rechaza la idea de que la Contraloría sólo deba revisar la legalidad formal del acto sancionador, argumentando que su competencia limitada en un “aspecto meramente legal” es un grave error¹⁸⁰. Es un error porque a su entender, la Toma de Razón debería versar precisamente sobre los actos en su total contenido. Al ser incapaz de revisar el procedimiento, él se pregunta “¿Cómo saber si tal sanción es conforme a Derecho sin examinar el procedimiento seguido en su elaboración?”¹⁸¹ Entiende que se debe analizar el fondo del procedimiento disciplinario, verificando si es acorde a derecho tanto en la sanción como en el procedimiento¹⁸². La revisión, por tanto, no es meramente formal, sino que incluye un análisis sustantivo de los hechos y el procedimiento¹⁸³, mérito.

En paralelo, es importante no confundir mérito y conveniencia con la capacidad que tiene la Contraloría de evaluar la concurrencia de evaluar los principios de eficacia y eficiencia¹⁸⁴. La Contraloría define la eficacia como como la capacidad de las personas o cosas para lograr el efecto u objetivo esperado, la eficiencia como la capacidad de lograr el objetivo, con el mínimo de recursos o en el menor tiempo posible y la economicidad como la capacidad de reducir al máximo los costos para conseguir los mismos objetivos¹⁸⁵. En el mismo sentido la

¹⁷⁹ SOTO KLOSS, E. (2012) P.182

¹⁸⁰ SOTO KLOSS, E. (2014) P.134

¹⁸¹ SOTO KLOSS, E. (2014) P.134

¹⁸² SOTO KLOSS, E. (2014) P. 135

¹⁸³ ASÍ TAMBIÉN EXPRESA: “VERIFICAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO, EN ESTE CASO CONCRETO, NO ES SINO COMPROBAR DE QUÉ MODO LOS HECHOS PREVISTOS EN LA NORMA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DEL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN (AQUÍ, BAJO POTESTADES SANCIONATORIAS) EXISTEN REALMENTE, Y SON ACREDITADOS, Y DE QUÉ MODO POR TANTO, LAS NORMAS ESTATUTARIAS HAN SIDO UTILIZADAS Y RESPETADAS EN SU APLICACIÓN, VALE DECIR EN QUÉ MANERA SE HA REALIZADO LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE ESOS HECHOS ACREDITADOS.” SOTO KLOSS, E. (2014) P. 135

¹⁸⁴ DICTAMEN N° 11.815 DE 2008

¹⁸⁵ LAS “3E” DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. AFICHE INFORMATIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
RECUPERADO DE
[HTTPS://WWW.FACEBOOK.COM/PHOTO.PHP?FBID=4802208793142660&SET=A.417298644967052](https://www.facebook.com/photo.php?fbid=4802208793142660&set=a.417298644967052)

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

Contraloría ha establecido que: “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control para concretar, dentro del ordenamiento jurídico, una gestión eficiente y eficaz”¹⁸⁶.

Tal como se revisó previamente en cuanto a la tramitación de reglamentos, que la Contraloría permita la concurrencia del retiro del acto por parte del órgano de origen con el fin de mejorar el contenido podría manifestar precisamente la materialización de estos principios. Una opinión al contrario se podría manifestar al considerar que gracias a la misma práctica del retiro, el tiempo transcurrido en la mejora del acto puede tardar de 8 o 6 meses en ser Tomados de Razón¹⁸⁷ e incluso terminar siendo representados¹⁸⁸. Pero al hablar de resultados esta última opinión queda en una posición compleja, dado que a pesar del paso de los meses en la tramitación de reglamentos la complejidad de estos se ve abarcada cabalmente por la Contraloría y en cuanto a la cantidad de tramitaciones también se vislumbra una cifra favorable¹⁸⁹.

El ex Contralor Jorge Bermúdez, refiriéndose al plazo para realizar la Toma de Razón sugiere distinguir entre decretos-resoluciones de carácter ordinario, y actos reglamentarios o de especial complejidad. Mientras los primeros deberían ser Tomados de Razón o Representados por la Contraloría dentro de un plazo de 15 días hábiles prorrogable hasta por otros 15 días, como ya es; sugiere que para los de más complejidad un plazo de 30 días hábiles, prorrogables por misma cantidad de días¹⁹⁰. Esto, en todo caso, requeriría de una modificación a la Ley N° 10.336 Orgánica General de la Contraloría General de la República.

¹⁸⁶ RESOLUCIÓN EXENTA N° 1.962 DE 2022, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

¹⁸⁷ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) P.623

¹⁸⁸ REPRESENTACIÓN DECRETO N°9 DE 2017, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. RECUPERADO DE: [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TRAMITACION-DE-REGLAMENTOS-2017](https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-2017)

¹⁸⁹ 99,2% DE LOS REGLAMENTOS HAN SIDO TRAMITADOS. TRAMITACIÓN DE REGLAMENTOS Y OTROS ACTOS DE INTERÉS GENERAL. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. RECUPERADO DE: [HTTPS://WWW.CONTRALORIA.CL/WEB/CGR/TRAMITACION-DE-REGLAMENTOS](https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos)

¹⁹⁰ BERMÚDEZ, J. (2022) P.203

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se han establecido diferentes perspectivas sobre la Toma de Razón y su relevancia en el control administrativo en Chile. La Toma de Razón, regulada tanto por la Constitución Política de la República como por la Ley 10.336, representa un control preventivo esencial sobre la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo, desempeñando un papel fundamental en el orden institucional chileno y en la protección del Estado de Derecho. Si bien su existencia ya se reconocía desde fines del siglo XIX e inclusive antes, es en 1927 cuando la Contraloría General de la República adquiere la potestad exclusiva de ejercerla, siendo finalmente consagrada constitucionalmente en 1980.

Ya sea tomando razón, representando o tomando razón con alcance, la Contraloría emite su juicio basado en un análisis objetivo de juridicidad que asegura el cumplimiento de estándares normativos y jurídicos abstractos¹⁹¹, sin intervenir en la potestad decisoria de la Administración activa. El Decreto de Insistencia, así como su vinculación con la Toma de Razón, y el hecho de que ambos mecanismos se mantuvieran inalterables en procesos constitucionales fallidos, reflejan la importancia de esta función en el orden institucional.

La Toma de Razón al aplicarse, en principio, a todos los actos administrativos; sin embargo, debido al alto volumen de estos, el Contralor puede eximir algunos de este control, haciendo que el trámite sea selectivo¹⁹². Las resoluciones 6, 7 y 14 establecen cuáles actos están afectos y cuáles exentos, permitiendo que la Contraloría enfoque su trabajo en las materias de mayor relevancia. Aunque la mayoría de los actos administrativos están exentos¹⁹³, aquellos con mayor impacto económico y relevancia social sí son sometidos a revisión¹⁹⁴.

El plazo para Tomar Razón es de 15 días prorrogable por la misma cantidad de días y al implementar la práctica del retiro, que permite corregir errores antes de que el acto sea formalmente representado, resulta un incumplimiento material de este plazo. A pesar del incumplimiento y las críticas a esto, en base al breve análisis de reglamentos tramitados, podríamos creer que en realidad sí contribuye con la eficiencia y eficiencia. Por su parte, al

¹⁹¹ CORDERO VEGA, L. (2006) p.15

¹⁹² CONFORME A UN ESTUDIO REALIZADO POR LUIS CORDERO EL AÑO 2007, SOLO EL 17% DE LAS RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL VAN A TOMA DE RAZÓN. CORDERO VEGA, L. (2007) p.9

¹⁹³ RAJEVIC, E. Y GARCÉS, M. (2009) p.622, EN CUANTO EXPRESA QUE “EN RESOLUCIONES CASI EL 90 POR CIENTO Y EN DECRETOS ENTRE EL 58,4 Y EL 81,6 POR CIENTO” DE LOS ACTOS ESTÁN EXENTOS A LA TOMA DE RAZÓN.

¹⁹⁴ COMO PUDIMOS VER EN LAS RESOLUCIONES 7 Y 14 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

implementar la tramitación electrónica casi mecánica¹⁹⁵ de los actos administrativos relativos a personal, también se ha permitido agilizar el proceso.

La Toma de Razón como control privativo del Contralor, quien lo ejerce de manera exclusiva e independiente, ha sido intervenida por medio de fallos judiciales que ordenan a la Contraloría Tomar Razón en casos específicos, lo que evidentemente ha generado tensiones sobre la autonomía constitucional de la misma. Aunque la Contraloría no está sujeta a jerarquías de otros poderes del Estado, el principio de inexcusabilidad obliga que las Cortes de Apelaciones conozcan recursos de protección contra la Toma de Razón. El conflicto que se genera entre la autonomía del Contralor y la protección de derechos fundamentales aún plantea dudas sobre la correcta ponderación de disposiciones constitucionales.

La Toma de Razón no permite a la Contraloría pronunciarse sobre el mérito o la conveniencia de las decisiones de la Administración, limitándose solo al control de legalidad. No puede, por ejemplo, rechazar un acto por considerarlo inconveniente o costoso salvo que haya una fundamentación inadecuada. Para Soto Kloss, la Toma de Razón debería involucrar una revisión más completa de los actos administrativos en el ámbito disciplinario, verificando su conformidad con el Derecho. Creemos que el control de legalidad no debe ser solo formal, sino también sustantivo, evaluando tanto el procedimiento como el fondo del acto.

Evaluar principios de eficacia y eficiencia por medio de la Toma de Razón, asegurando que las decisiones administrativas cumplan con sus objetivos de la mejor manera posible es uno de los caminos que mantiene este trámite para ordenar el avance institucional. La Contraloría General de la República, aunque carece de potestad de imperio, por medio de la Toma de Razón ejerce un poder fundamental de protección en el Estado de Derecho en Chile, preservando el principio de juridicidad en las actuaciones del Estado. Esperamos que este trabajo haya permitido al lector complementar su visión y análisis crítico de esta gran e importante herramienta.

Resulta necesario continuar el estudio de la Toma de Razón contribuyendo al perfeccionamiento de este trámite, generando una gestión pública más eficiente y respetuosa del Estado de Derecho.

¹⁹⁵ VALDIVIA, J.M. (2018) P.352

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

BIBLIOGRAFÍA

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. (2016) “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”. Revista de Derecho Público, N° 49: Pp. 131–168. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i49.43539>.

AYLWIN AZÓCAR, Arturo (1992) “Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón”. Cuadernos de Análisis Jurídico. Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 65.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) Derecho Administrativo General. Legal Publishing Chile. Pp. 395-403.

(2022) Los pilares para la modernización de la Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://revista.ceacgr.cl/index.php/revista/article/download/39/54/&ved=2ahUKEwigx4iv3pqIAxVQqZUCHWrqHrQQFnoECDUQAQ&usg=AOvVaw391SEdyWwc3W9gzt97h7cX>

CORDERO VEGA, Luis (2006) Notas sobre el control de legalidad de los actos de la Administración. Disponible en https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0418/5/material_docente/bajar?id=196586&lsar=1&file=0

(2007) La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. Revista de Derecho Público, Tomo II, N° 69 Pp. 153-166.

DE LA CRUZ MILLAR, Alicia (2018). La Contraloría General de la República como contencioso administrativo general. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185378>

FAÚNDEZ, Julio. (2007) Democratization, Development, and Legality: Chile, 1831-1973. Nueva York, Palgrave Macmillan.

JIMÉNEZ SALAS, Guillermo (2020) La posición de la Contraloría General de la República durante la Dictadura. Revista Economía y Política N° 8. Pp. 65-93

(2021) “El surgimiento del Guardián Administrativo: La Contraloría General de la República entre 1927 y 1943”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Edición XLIII. Valparaíso, Chile. Pp.587-610 21

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María (2009) Control de legalidad y procedimiento de la toma de razón. Un mejor Estado para Chile, Propuestas de modernización y reforma. Pp. 613-646.

SOTO KLOSS, Eduardo. (1974) El decreto de insistencia ¿Es conforme al ordenamiento constitucional? Revista De Derecho Público, (15), Págs. 58–80. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i15.34778>

(2012) La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República (Santiago, Chile, Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977, 2012), p. 182.

(2014) El procedimiento disciplinario sumario en el estatuto administrativo (explicaciones esquemáticas). Revista De Derecho Público, (17), Págs. 111–136. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i17.35206>

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018) La toma de razón. Capítulo 3 del Título II de la Tercera Parte, Manual de Derecho Administrativo. 1^a Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Pp. 352- 358.

NORMATIVA

Constitución Política de la República de 2005. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Ley 7.727 de 1943. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25609>

Ley 18.575 de 2001. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865>

Ley 10.336 de 1952. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18995>

Ley 18.834 de 2005. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236392>

Ley 16.391 de 1965. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28433>

Ley 18.695 de 2006. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=251693>

Ley 19.880 de 2003. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676>
22

Ley 20.766 de 2014. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1064688>

Decreto N°9 de 2017, Ministerio del Medio Ambiente. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-2017>

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

Resolución N° 6 de la Contraloría General de la República. Disponible en:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1130054>

Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República. Disponible en:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1130055>

Resolución N° 14 de la Contraloría General de la República. Disponible en:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1187511>

Propuesta Constitución Política de la República 2022. Disponible en:
<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

Propuesta Constitución política de la República de Chile 2023. Disponible en:
<https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf>

DICTÁMENES

Dictamen N° 2.886 de 1969, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 7.778 de 2017, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 11.724 de 2004, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 11.815 de 2008, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 30.117 de 1993, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 25.768 de 1995, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 34.314 de 2007, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 39.570 de 2000, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 41.164 de 1998, Contraloría General de la República.

Dictamen N° 18674 de 2013, Contraloría General de la República.

Dictamen N°E428343 de 2023, Contraloría General de la República. 23

SENTENCIAS

STC Rol 116/90 de 27 de diciembre de 1990.

SCS Rol N° 2462 de 2012.

La toma de razón: Equilibrios y tensiones entre control de legalidad y eficiencia administrativa

SCS Rol N° 8.755-2019, considerando 7.

SCA de Santiago, Rol 32.299-2021, considerando 11.

ENLACES WEB

¿Cuáles son los posibles resultados de la Toma de Razón? Contraloría General de la República. Recuperado de https://www.contraloria.cl/web/cgr/toma-de-razon1/asset_publisher/LEa5Bi0dwBgq/content/-cuales-son-los-possibles-resultados-de-la-toma-de-razon-

Tramitación de reglamentos y otros actos de interés general. Contraloría General de la República. Recuperado de <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos>

Tramitación de reglamentos y otros actos de interés general. Contraloría General de la República, Reglamentos 2017. Recuperado de <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-2017>

Las “3E” de la Administración del Estado. Afiche informativo de la Contraloría General de la República. Recuperado de <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=4802208793142660&set=a.417298644967052>

Representación Decreto N°9 de 2017, Ministerio del Medio Ambiente. Recuperado de: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-2017>

Historia de la Ley 19.817, de Reforma de la LOC N°10.336, Discusión en sala del Senado, 15 de mayo del 2002. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadaleyl/nc/historia-de-la-ley/5930>



Facultad de Derecho

Dignidad, vida social y función pública: un análisis dogmático y jurisprudencial del deber de todo funcionario público de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo.

Tesis para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autoras:

Javiera Labra Gutiérrez
Camila Parraguez Berrios

Profesor Guía:
Felipe Ahumada Aldea

Santiago, Chile
2025

A mis papás, Lucy y Joel, porque siempre creyeron en mí, incluso cuando yo no lo hacía.

Les debo todo lo que soy.

Especialmente a ti, mami, por ser mi mejor amiga, mi inspiración día a día y ser mi refugio en los más difíciles.

A Matías, por estar presente y ser mi mejor aliado.

A Sebastián, que desde el primer día estuviste a mi lado, gracias por brindarme tu amor incondicional.

A Camila, por ser compañía y apoyo en este proceso, me diste lo más preciado que me llevo de la universidad, tu amistad. Sin ti este proceso no hubiera sido igual.

Y a Simón, por todos estos años de inmensa felicidad y compañía silenciosa, espero sean muchos más.

-Javiera.

A mis abuelos, por su entrega de amor incondicional, sabiduría y cada enseñanza que me ha formado.

A mis papás, por su protección sin límites y confianza absoluta.

A Julio, por acompañarme con cariño, cuidado y cercanía.

A Luciano, por llegar a mi vida a llenarla de alegría y complicidad.

A Javiera, por ser luz en la universidad y recordarme que, aunque podríamos hacerlo solas, nuestra amistad hace más llevadero el camino.

-Camila.

<u>Resumen</u>	82
<u>Introducción</u>	82
<u>Capítulo I: Conceptos y alcances</u>	83
1. <u>Deberes funcionarios</u>	84
2. <u>Deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo</u>	84
2.1. <u>Límites entre la vida privada y social de los funcionarios</u>	87
2.2. <u>Implicancias jurídicas del deber</u>	88
3. <u>Principio de probidad administrativa</u>	89
<u>Capítulo II: Análisis de casos y jurisprudencia</u>	90
1. <u>Jurisprudencia administrativa</u>	90
2. <u>Jurisprudencia judicial</u>	94
<u>Capítulo III: Análisis de normativa interna de instituciones públicas</u>	98
1. <u>Estudio de códigos de ética</u>	98
2. <u>Identificación de buenas prácticas y áreas de mejora</u>	102
<u>Capítulo IV: Análisis de normativa internacional</u>	103
1. <u>Estudio comparado respecto de sistemas jurídicos internacionales</u>	103
2. <u>Estándares internacionales</u>	106
<u>Capítulo V: Vida social acorde a la dignidad del cargo en el ordenamiento jurídico chileno.</u>	106
1. <u>Identificación de vacíos normativos</u>	106
2. <u>Propuestas de reforma o clarificación</u>	107
<u>Conclusión</u>	108
<u>Bibliografía</u>	110

RESUMEN

La presente investigación analiza el deber de todo funcionario público de "observar una vida social acorde con la dignidad del cargo", el cual está estipulado en el artículo 61, letra i) del Decreto con Fuerza de Ley N°29 de 2005. Este deber ha generado un debate jurídico y social ya que sus límites son ambiguos y trascienden la esfera laboral para adentrarse en la vida privada de los funcionarios. La ambigüedad de la norma, que no define conceptos como "vida social" o "dignidad del cargo" ha provocado incertidumbre y un amplio margen para arbitrariedad por parte de la autoridad administrativa.

En contraste con la vaga norma chilena, los estándares internacionales y los códigos de ética de diversas instituciones públicas del país se enfocan en principios más concretos como la probidad, la integridad y la transparencia. La tesis concluye que la norma es ineficiente y está desactualizada. Para solucionar el vacío legal, se proponen reformas legislativas, como modificar el artículo para centrarse en la probidad y en actos que comprometan de manera "directa y demostrable" el prestigio de la institución.

Palabras claves: Ambigüedad – Vida social – Dignidad – Deber funcional – Función Pública – Probidad administrativa.

INTRODUCCIÓN

El buen funcionamiento del Estado de Derecho trasciende la ejecución del trabajo administrativo, pues además exige un estándar íntegro de conductas que fortalezcan la confianza de la sociedad en las instituciones. Frente a este respecto, nuestro ordenamiento jurídico impone a los funcionarios públicos una serie de deberes, estipulados en el artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley N°29 de 2005. Entre estos, destacamos especialmente la obligación de "observar una vida social acorde con la dignidad del cargo", consagrado en la letra i).

Bajo este contexto surge nuestra inquietud, al identificar un problema que responde a una tensión jurídica y social que se ha vuelto públicamente relevante en el contexto nacional actual. Sobre todo, cuando los límites de esta obligación se tornan complejos al trascender del ámbito laboral y adentrarse en la esfera personal del funcionario. Bajo esta precisa intersección y ambigüedad con la que la trata la normativa, se sitúa el objeto de nuestra investigación.

El deber contenido en el artículo 61, letra i) del Estatuto Administrativo plantea un problema con significativa relevancia jurídica y práctica. Hemos identificado que la ambigüedad de la norma ha generado un permanente estado de incertidumbre, lo que abre un amplio margen donde la discrecionalidad y arbitrariedad de la autoridad administrativa podría encontrar

lugar. Por lo demás, también genera una tensión directa con los derechos fundamentales de los funcionarios públicos.

Frente a esto, la jurisprudencia no ha logrado consolidar criterios uniformes que resuelvan la problemática de fondo, lo que perpetúa la inseguridad jurídica. Por esto, el objetivo general es analizar los fundamentos normativos, los límites y las implicaciones jurídicas del deber, a través de una metodología cualitativa de carácter dogmático-jurídico, pues se busca determinar cómo esta obligación impacta la protección del interés general, la confianza en las instituciones y la esfera de derechos fundamentales de los servidores públicos.

Por lo demás, se proponen criterios interpretativos y de rectificación que equilibren la necesaria probidad de la función pública con el respeto a la autonomía personal, en obediencia estricta a lo establecido en estándares de organismos internacionales, que sirven de ejemplo en el Derecho Comparado.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y ALCANCES

La función pública no se limita únicamente a la mera ejecución de las diversas tareas administrativas, sino que además comprende tanto la prestación de servicios orientados en el interés general como también la aceptación y ejecución de una variedad de comportamientos éticos que fomenten la confianza en las distintas instituciones públicas. Así, el ejercicio de la función pública se rige por un conjunto de deberes y principios rectores que buscan, en esencia, asegurar la legitimidad, eficiencia, eficacia, probidad, entre otros.

En efecto, son deberes que trascienden de la esfera del interés de la propia administración, como organización, que afectan principios generales del orden constitucional¹⁹⁶, por tanto, podemos dar cuenta de la existencia de un claro nexo entre vida privada de funcionarios de la administración con el ejercicio de sus actividades dentro del espacio laboral.

Asimismo, el régimen de la función pública es general para todos los funcionarios de la administración del Estado, particularmente para los que pertenecen a los órganos públicos¹⁹⁷, de esto podemos entender que, aunque el conjunto de normas jurídicas que regula a funcionarios se materializa en el Estatuto Administrativo, este no es universal ya que existen estatutos administrativos especiales que se aplican a ciertos grupos específicos de funcionarios, quienes se rigen por normas propias. La aplicación de este conjunto de normas ya sea generales o especiales, busca garantizar la unidad, coherencia e igualdad de trato para cada funcionario, asegurando una administración pública transparente.

¹⁹⁶ MONTERO (2015), pp. 117 y 119.

¹⁹⁷ CALDERA (1991), p. 202.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

De esta forma, la función pública se encarga de regir la relación estatutaria entre el Estado —como empleador— y funcionarios públicos —como empleados—.

1. DEBERES FUNCIONARIOS

El estatuto administrativo en el Título III llamado “De las obligaciones funcionarias” establece en su artículo 61 una serie de deberes a los que están sujetos todos aquellos funcionarios que desempeñan sus labores en el servicio público. Con esto, se pretende enmarcar la conducta de los funcionarios dentro de un estándar de profesionalismo.

Empero, al estudiar este catálogo se advierte una asimetría en el contenido normativo de los deberes que lo componen, pues la mayoría de ellos están dotados de certeza y certidumbre, pues estipulan conductas concretas, directas y objetivas que otorgan seguridad jurídica al funcionario, quien debidamente conoce los lineamientos de su conducta; así como a la Administración, que cuenta con parámetros establecidos rígidamente para ejercer su función disciplinaria¹⁹⁸.

En contraste con aquello, se encuentra el deber sujeto a nuestra investigación, caracterizado por la indeterminación de su contenido, la que da espacio de discrecionalidad administrativa que puede derivar en arbitrariedad y en una tensión constante con los derechos fundamentales de los servidores públicos.

2. DEBER DE OBSERVAR UNA VIDA SOCIAL ACORDE A LA DIGNIDAD DEL CARGO

El deber de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo establecido en el artículo 61, letra i) del DFL 29, que sistematiza la Ley N°18.834, constituye un mandato amplio y sujeto a la realización de una interpretación. Esta disposición, si bien busca, principalmente garantizar el prestigio de la función pública, también se plantea la existente necesidad de ampliar el debate respecto a la medida en que los comportamientos realizados por funcionarios públicos dentro de la esfera privada puedan ser considerados como incompatibles con la dignidad inherente al cargo que se ejerce.

El deber en comento es un concepto jurídico indeterminado. Se ha catalogado como un ejemplo de vaguedad y ambigüedad, pues no es evidente lo que se debe entender por “vida social” ni “dignidad del cargo”, ni mucho menos ambos utilizados copulativamente¹⁹⁹. A diferencia del resto de deberes establecidos en el artículo 61, el contenido y alcance de esta

¹⁹⁸ POR EJEMPLO, “DESEMPEÑAR PERSONALMENTE LAS FUNCIONES DEL CARGO EN FORMA REGULAR Y CONTINUA, SIN PERJUICIO DE LAS NORMAS SOBRE DELEGACIÓN”; “CUMPLIR LA JORNADA DE TRABAJO Y REALIZAR LOS TRABAJOS EXTRAORDINARIOS QUE ORDENE EL SUPERIOR JERÁRQUICO”; “OBEDECER LAS ÓRDENES IMPARTIDAS POR EL SUPERIOR JERÁRQUICO”.

¹⁹⁹ PALLAVICINI.(2021)

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

norma en particular no está predeterminado, lo que obliga a realizar una interpretación con la posibilidad de que cada intérprete lo dote de un significado distinto aplicado a casos concretos que enfrentan, refiriéndonos a la jefatura del servicio público al que corresponda el funcionario público, la Contraloría o la Corte de Apelaciones que conozca del asunto. De esto, identificamos el problema jurídico que nos convoca, pues se abre un espacio de evaluación discrecional que puede derivar en arbitrariedad.

Frente a este respecto, cabe hacer presente que la problemática planteada ha conseguido incomprendión a tal punto que Pallavicini (2021) citando a Jung (2008) sostiene que “Más bien, este deber parece una imagen onírica que debe entenderse simbólicamente: no debe tomársele al pie de la letra, pero debe suponerse que tiene un sentido oculto”.

Así, podemos entender que el deber de “Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo” está compuesto por 3 conceptos indeterminados por el ordenamiento jurídico, siendo estos: “vida social”; “acorde”; y “dignidad del cargo”.

a) Vida social.

Este primer concepto, cuya delimitación y precisión normativa no se encuentra claramente establecida en el ordenamiento jurídico, se interpreta, de manera más evidente, como aquel que comprende las conductas del funcionario fuera del espacio físico en el que desarrolla sus funciones, así como también aquellas ejecutadas fuera del horario en que dichas funciones se encuentran reglamentariamente asignadas.

Así, nos hemos encontrado con definiciones tales como: “La vida social de una persona consiste en los diversos vínculos que forma con otros, como familiares, amigos, miembros de su comunidad y extraños”²⁰⁰ e incluso determinando que “las actividades más frecuentes de la vida social son las salidas a comer, cenar o tomar copas y las conversaciones con personas de fuera del hogar. También se incluyen en la vida social las prácticas religiosas, las actividades de voluntariado y las ayudas desinteresadas a otros hogares.”²⁰¹.

La dificultad, en este punto, radica en determinar los límites de intromisión a la vida de los funcionarios públicos y qué acciones de esa vida social tienen la entidad suficiente para afectar la "dignidad del cargo" y, por ende, ser objeto de reproche disciplinario.

En esta línea, es primordial remitirnos a lo que establece la Constitución en su artículo 19 N°4, con respecto a que asegura a todas las personas “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales”.

²⁰⁰ PSYCHOLOGY TODAY, “VIDA SOCIAL”.

²⁰¹ INSTITUTO VASCO DE ESTADÍSTICA (2019), p. 4.

b) Acorde.

El término “acorde” opera como un elemento de conexión que exige establecer una relación de conformidad o correspondencia entre la “vida social” del funcionario y la “dignidad del cargo” que desempeña. La dificultad radica en que, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, la precisión de dicha correspondencia carece de un criterio objetivo, transformándose en un juicio de valor necesariamente subjetivo, cuya resolución dependerá del intérprete competente en cada caso.

Esta carga de subjetividad genera una significativa inseguridad jurídica, en tanto la misma conducta podría ser estimada como “acorde” por una autoridad y como “no acorde” por otra. La Contraloría ha formalizado esta situación al sostener que la ponderación debe realizarse caso a caso por la autoridad dotada de potestad disciplinaria²⁰², lo que, si bien otorga cierto margen de flexibilidad, atenta contra el principio de igualdad ante la ley, al posibilitar que funcionarios en circunstancias análogas reciban un tratamiento disciplinario dispar.

Como se verá, el examen de la jurisprudencia evidencia, además, que el juicio sobre lo que resulta “acorde” se encuentra condicionado tanto por la moral social dominante en un momento histórico determinado como por el perfil institucional de la entidad involucrada. Ello, sin embargo, no constituye necesariamente un problema, en la medida en que responde a la propia dinámica de los conceptos y estándares de comportamiento, cuyo contenido se ajusta a la evolución de los valores sociales. Desde esta perspectiva, la influencia de la moral social y del perfil institucional permite que la interpretación se mantenga actualizada y acorde a la realidad, evitando que el deber quede petrificado en un estándar rígido y anacrónico.

c) Dignidad del cargo.

La Constitución Política de la República, en su artículo 1°, dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta formulación general plantea la interrogante acerca de cómo compatibilizar la “dignidad de la persona”, entendida como fundamento de los derechos fundamentales, con la “dignidad del cargo”, la cual impone deberes y restringe determinadas conductas a quienes se encuentran en una situación de especial sujeción. En este mismo sentido, González explica: “Realmente, la dignidad del cargo y de la función pública constituye algo muy distinto a la dignidad de la persona”²⁰³.

²⁰² DICTAMEN N°E27402 DE 18 DE FEBRERO DE 2025.

²⁰³ GONZÁLEZ, p.23.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Por su parte, el Estatuto Administrativo alude en tres ocasiones al término “dignidad”, sin que en ninguna de ellas se proporcione una definición expresa del concepto. En esta línea, la primera vez que se nombra el término es en el artículo 3 letra f—como dignidad en la función pública—; siguiendo con el artículo 61 letra i) que ya hemos visto; para concluir por última vez con el artículo 84.

En dichos preceptos, la dignidad se menciona como un principio rector de la carrera funcionaria, se prohíben conductas atentatorias contra la dignidad de otros funcionarios —tales como el acoso sexual o la discriminación— y se establece el deber objeto de análisis. Estas tres referencias permiten inferir que la noción de dignidad podría asociarse con el respeto, la integridad y la mantención de una conducta irreprochable; no obstante, no fijan un estándar preciso respecto del comportamiento social exigible a los funcionarios públicos.

2.1. LÍMITES ENTRE LA VIDA PRIVADA Y SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS

Debido a que la noción de “vida social” en el contexto del ejercicio del deber funcionario no se limita única y estrictamente al horario de trabajo o a un espacio físico laboral, no hay un límite claro entre lo que significa esfera pública y espacio privado, y cómo se diferencia la una de la otra. Así, podemos reconocer que, este deber extiende la responsabilidad del funcionario a un ámbito ampliamente desplegado, más allá de los claros y limitados deberes laborales.

Es complejo definir y darle un significado al concepto de “vida privada”. Si bien la noción de vida privada y sus derivados²⁰⁴ tiene cierta lógica en cuanto al sentido del concepto, es esencial una delimitación clara, así, podemos entender que se podría delimitar la vida privada como “el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resulten íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido”²⁰⁵.

Las conductas en la esfera privada, si bien son desarrolladas fuera del ámbito laboral, pueden conllevar consecuencias en cuanto a la confianza y credibilidad que la ciudadanía deposita en las instituciones del Estado. De esta forma, podemos reconocer que sobreviene una disputa respecto a los límites de la privacidad de cada funcionario.

Por su parte, el Consejo para la Transparencia, en el ejercicio de sus funciones, ha resuelto, teniendo en consideración el ejercicio del derecho de acceso a la información en la esfera de

²⁰⁴ ENTIÉNDASE VIDA PRIVADA, DERECHO A LA VIDA PRIVADA, DERECHO A LA INTIMIDAD, DERECHOS DE LA ESFERA DE LA VIDA PRIVADA, INTIMIDAD, ÁMBITO ÍNTIMO, PRIVACIDAD, ETC.

²⁰⁵ SUÁREZ (2000), p. 111.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

la vida privada de funcionarios públicos respecto de la libertad de expresión, que los “funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen”²⁰⁶, idea constantemente reiterada en distintos pronunciamientos del mismo órgano. Lo anterior, según Covarrubias significaría que, se justificaría en la medida que la exhibición de ciertos datos personales del funcionario permite a la sociedad evaluar el desempeño de la función que realiza²⁰⁷.

Asimismo, se reconoce que la vida social —o lo público— es, según el Diccionario de la Real Academia Española, la “potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a lo privado”²⁰⁸, y que apunta al conjunto de datos o a cualquier información que se encuentre en poder de los organismos del Estado, e incluye cualquier documento producido o conservado por una institución de esta naturaleza²⁰⁹.

De esto podemos razonar que, ambos conceptos son contrapuestos y presentan distinciones, en el contexto en que nos ubicamos y la posible infracción al deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo, habría una aparente desconexión entre la conducta del funcionario, realizada en la privacidad e intimidad de su persona, y las exigencias de integridad, responsabilidad y “dignidad” propias del cargo público ostentado.

La delimitación entre la vida privada, garantizada por la Constitución, y la vida social sometida a control disciplinario representa el principal desafío. El carácter ambiguo del concepto conlleva el riesgo de que la Administración, en un ejercicio excesivo de sus potestades, termine vulnerando la esfera personal de los servidores públicos, sancionando conductas que eventualmente carecen de una conexión razonable con el desempeño de sus funciones.

2.2. IMPLICANCIAS JURÍDICAS DEL DEBER

El incumplimiento del deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo puede acarrear diversas implicancias jurídicas para los servidores públicos, incluyendo la imposición de sanciones disciplinarias que pueden llegar incluso a la destitución, lo que, a su vez, según lo establecido en el artículo 125 del DFL 29, implica una inhabilidad de cinco años para ocupar nuevamente un cargo público.

²⁰⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, ROL N° A47-09 DE 15 DE JULIO DE 2009.

²⁰⁷ COVARRUBIAS (2014), p. 228.

²⁰⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

²⁰⁹ ESTAS NOCIONES SON APORTADAS POR TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, EN SUS CAPÍTULOS DE CHILE, COLOMBIA Y PARAGUAY. VÉASE: CHILE TRANSPARENTE, 2012, pp. 15 s.

Las transgresiones al citado deber no solo afectan a la conducta individual del funcionario, sino que también implican un des prestigio a la administración y, asimismo, erosionan la confianza pública en las instituciones. De la misma forma lo menciona Carretero “la administración persigue fines morales, es impensable que sus servidores no sigan el mismo fin, intelectualmente ello no sabe: la una sin los otros no puede seguir o conseguir ese fin loable”²¹⁰.

De esta forma, las distintas actuaciones de funcionarios públicos, aunque se desarrollen en la esfera privada de la persona, evidencian la indiscutible conexión entre el comportamiento personal y las exigencias de integridad y responsabilidades inherentes al cargo que ostente.

Por su parte, las sanciones jurídicas impuestas por el incumplimiento de este deber deben de respetar las garantías procesales, la existencia de un procedimiento fundado y motivado es esencial a la hora de determinar la legitimidad de cualquier sanción. Es crucial, al momento de aplicar sanciones administrativas, el principio de proporcionalidad, es decir, las medidas disciplinarias deben ser proporcionales a la gravedad de la ofensa cometida y al daño causado al servicio público.

De este modo, podemos reconocer que la discrecionalidad administrativa no es absoluta y debe de ejercerse de manera racional, con fundamentos y pruebas concretas, generando un balance entre el fin perseguido y los medios empleados. Igualmente, es importante distinguir la independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la penal, considerando que una sanción disciplinaria puede proceder con autonomía en cuanto a lo que resulte de un proceso judicial, esto en base a la afectación a los deberes estatutarios.

3. PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA

Los deberes funcionarios, si bien son diversos, “pueden vincularse más o menos directamente a la idea de probidad administrativa”²¹¹, el cual, podemos reconocer es un pilar fundamental de la función pública en Chile. El principio de probidad administrativa se encuentra definido en el artículo 52 inciso segundo de la Ley N°18.575, y en el artículo 1 inciso segundo de la Ley N° 20.880. Según estos preceptos, la probidad administrativa “consiste en observar una conducta funcionalia intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”²¹².

En tal sentido, el deber de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo constituye una manifestación concreta de dicho principio, proyectándose incluso sobre la

²¹⁰ CARRETERO (2010), p. 6.

²¹¹ VALDIVIA (2018), p. 128.

²¹² LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO N° 18.575.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

esfera privada del funcionario en la medida en que sus actos puedan tener incidencia en la institución a la que pertenece. Así mismo es que ha sostenido Contraloría General de la República: “conviene recordar que el principio de probidad implica mantener una conducta funcionalia intachable en el desempeño del cargo, comportamiento que no solo constituye un sinónimo de honestidad, sino que alcanza a todas las actividades que un servidor público realiza y que conlleva el deber de observar una vida privada acorde con la dignidad de la función”²¹³.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE CASOS Y JURISPRUDENCIA

La indeterminación del deber en cuestión ha obligado al órgano contralor y a tribunales de justicia a dotar de contenido y alcance la significancia en la práctica. Para comprender cabalmente la dimensión de este deber, es indispensable examinar las dos principales fuentes de jurisprudencia que lo han moldeado: la administrativa y la judicial. Ambas han abordado el conflicto, pero desde roles y perspectivas distintas, lo que genera un sistema dual que no siempre ofrece criterios unificados.

1. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.

La Contraloría General de la República, en su rol de intérprete de la norma administrativa y controlador de la legalidad de la aplicación de normas, se ha encargado de dotar de contenido el deber de “observar una vida social acorde a la dignidad del cargo”. Su jurisprudencia revela una clara deferencia hacia la potestad disciplinaria de cada servicio público, lo que ha resultado en la adopción de un análisis caso a caso para determinar si la conducta en pugna del funcionario se adecúa al deber mencionado.

Su enfoque casuístico ha tendido a delegar la responsabilidad de ponderar los hechos en cada jefatura, lo que, si bien permite flexibilidad, ha generado un panorama de incertidumbre y fragmentación del derecho. Para poder demostrar de mejor manera esto, en este apartado se expondrán, para su respectivo análisis, seis dictámenes del órgano contralor.

A. Dictamen N°82.188 de 2013.

En el Dictamen N°82.188 de 2013 se objeta respecto a la Resolución N°134 de la Dirección General de Aeronáutica Civil, que aplica las medidas disciplinarias a los funcionarios que individualiza, al término del sumario administrativo ordenado instruir para investigar y establecer las eventuales responsabilidades derivadas de las lesiones causadas en atropello a una menor de edad y por el eventual incumplimiento de las obligaciones contraídas en razón del mismo ante los tribunales de justicia, hechos que pudieran constituir, además, infracciones estatutarias, entre ellos, la omisión de actuar con diligencia y cuidado esperado,

²¹³ DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N°41.172-2017.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

obstrucción de la investigación, incumplimiento del principio de probidad administrativa (no mantiene una vida social acorde a la dignidad del cargo, lo que se agrava por los antecedentes penales) y la conducción de vehículos fiscales en condiciones irregulares.

La resolución del órgano contralor se encarga de reafirmar que, la obligación de mantener una vida social acorde con la dignidad del cargo es una manifestación del principio de probidad administrativa, el que exige que funcionarios públicos cumplan, no solo en cabalidad con sus funciones, sino que además su comportamiento no empañé la imagen institucional. Esto implica que, las actividades personales del funcionario sean consideradas incompatibles con la integridad y seriedad del servicio público. Asimismo, se entiende que las conductas en esfera privada, si bien son desarrolladas fuera del espacio laboral, pueden tener consecuencias en la confianza que la ciudadanía deposita en instituciones del Estado y su credibilidad.

Se puede reconocer que la sanción interpuesta no obedece únicamente a la conducta del funcionario en el ejercicio de sus funciones, sino que se ve agravada por los antecedentes penales que afectan su reputación como funcionario. La acumulación de conductas del tipo penal es incompatible con los altos estándares de integridad que se esperan de un servidor público. Así, la destitución se configura como la respuesta disciplinaria necesaria y proporcional a la gravedad de la ofensa cometida.

Considerando el pronunciamiento de Contraloría, es esencial destacar la importancia de este dictamen debido a que, en primer lugar, establece que la conducta cometida es, por su propia naturaleza, una infracción per se a la dignidad del cargo, sin que sea necesario realizar un análisis detallado ni ponderar según las circunstancias ya que, la comisión de un delito es intrínsecamente incompatible con la conducta intachable que se espera de un funcionario público. En segundo lugar, se reafirma que existe cierta independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la penal, señalando que, una sanción disciplinaria puede proceder con autonomía de lo que resulte de un proceso judicial, esto en base a la afectación de los deberes estatutarios.

B. Dictamen N°77.441 de 2013.

Esta vez, al Director de Obras Municipales de Lampa se le formularon cargos en su contra por no observar una vida privada acorde con la dignidad de su cargo en comento, por haberse voluntariamente involucrado en hechos que dieron origen a una investigación criminal de exposición mediática, sin preocupación por la cautela de la imagen, honor, prestigio y ascendencia social de su puesto, ni de la población de la comuna a la que servía. Con esto, corresponde señalar además que el ex servidor de la Municipalidad de Lampa trabajó como profesional para personas que eran parte o requerían de prestaciones de prostíbulos en los que se ofrecían servicios sexuales de menores de edad.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Esta acción, catalogada por la Contraloría como contraria al principio de probidad administrativa como también al deber que nos compete, no solo afecta el comportamiento personal del funcionario público, sino que además compromete el prestigio del servicio. O, incluso, siendo más exigente con el estándar y aplicando criterio adicional contenido en el Dictamen N°3.259 de 2012, “pudiendo afectar (...) el desprestigio del servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros o a la comunidad, en conformidad con el artículo 58, letra i), de la [citada] ley N°18.883”.

C. Dictamen N°58.041 de 2013.

En esta oportunidad fue sometido a examen de legalidad la resolución que aplicó una medida sancionatoria de destitución a una funcionaria. Esta vez, los actos que motivaron a la sanción correspondían también con la perpetración de conductas delictivas, que ahora responden a la apropiación indebida de dineros de otro funcionario del Servicio, lo que de manera evidente vulnera el principio de probidad administrativa y el deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo.

Así, nos encontramos con que es menos complejo analizar las conductas constitutivas de delito, en tanto éstas vulneran el ordenamiento jurídico en general. Por tanto, se torna indiscutible que la comisión de ilícitos penales resulta incompatible con el deber consagrado en el artículo 61 letra i) del Estatuto Administrativo, en tanto corresponde a una normativa más específica. De esto resulta la pauta de conducta más clara y estricta: la comisión de cualquier delito, aunque sea fuera del horario laboral ya sea con o sin la utilización de recursos públicos, es considerada como una falta a la dignidad del cargo.

D. Dictamen N°98.033 de 2014.

En el Dictamen N°98.033 de 2014, la Contraloría General de la República abordó si la morosidad en el pago del Crédito con Aval del Estado por parte de funcionarios de alta jerarquía constituía una falta a la probidad administrativa. En ese sentido, resolvió que, si bien esta morosidad no está explícitamente tipificada como una infracción a la probidad, sí se conecta directamente con el deber de "observar una vida social acorde a la dignidad del cargo". De este modo, el dictamen extiende la responsabilidad del funcionario más allá de sus deberes laborales, abarcando su conducta en el ámbito privado.

De esta manera, podemos identificar que, el deber de mantener una vida social acorde a la dignidad del cargo se ha establecido a modo de garantía para preservar el prestigio de las instituciones del Estado. De nuevo, la noción de vida social y dignidad son conceptos inherentemente subjetivos, por lo que el dictamen extiende la responsabilidad del funcionario a un ámbito ampliamente desplegado, en este caso, más allá de los deberes laborales.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

El razonamiento de la Contraloría es que el incumplimiento de obligaciones financieras contraídas con el propio Estado puede ser interpretado como un indicador de falta de responsabilidad y ética. Se argumenta que esta conducta privada puede deteriorar la credibilidad, afectar la imagen de la institución y mermar la confianza ciudadana en ella. Por lo tanto, se considera una infracción al deber funcionario, ya que se espera que los servidores públicos actúen de manera integral y coherente, reflejando integridad y fidelidad al interés general.

Finalmente, reconocemos que el dictamen insiste en una ponderación caso a caso sin establecer criterios claros, lo que abre un espacio para que la discrecionalidad se utilice de manera arbitraria, pudiendo afectar los ya mencionados derechos fundamentales de los funcionarios.

E. Dictamen N°59.651 de 2016.

En Dictamen N°59.651, de 2016, establece que “El deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo determina que se encuentra particularmente obligado a cumplir entre otras, con las normas del tránsito”. Esto, por haber acudido la Armada de Chile por las circunstancias de que un funcionario conducía su vehículo en estado de ebriedad, lo que arrojó como resultado en test de alcoholemia 1,73 gramos de alcohol por mil de sangre, tras haber fiscalizado por ocasión de un accidente de tránsito. De esta forma, la Contraloría General de la República establece que el funcionario se encuentra en una situación de “especial sujeción” que lo obliga a observar una vida social acorde con la dignidad de la función que sirve.

Queda en evidencia que el conducir en estado de ebriedad es un acto que desprestigia a la Institución, toda vez que corresponde también con la comisión de un delito, tal como se pudo apreciar de las consideraciones en los dictámenes previos. Este dictamen vincula directamente una conducta delictiva realizada fuera del ejercicio de la función pública con el incumplimiento de los deberes funcionarios. Entonces, de este modo, resulta ilustrativo demostrar que el deber objeto de nuestro análisis no es un concepto limitado al horario de trabajo, pues las conductas privadas que constituyen delitos o que generen un claro desprestigio para la institución a la que se pertenece son consideradas también una infracción a las obligaciones funcionarias.

Criticamente, esto plantea un debate sobre los límites de la privacidad del funcionario. Sin embargo, la Contraloría General de la República traza la línea en actos que repercuten públicamente de manera negativa y contravienen al ordenamiento jurídico, toda vez que el conducir en estado de ebriedad es un delito.

F. Dictamen N°27.402 de 2025.

Este refiere a funcionaria de Gendarmería, quien posee una cuenta en plataforma de venta de contenido de carácter sexual o íntimo. La decisión ilustra la elusión de un pronunciamiento sustantivo respecto al requerimiento realizado por Gendarmería de Chile, y se encargó de responder declarando que las circunstancias “deben ser ponderadas caso a caso por la autoridad dotada de la respectiva potestad disciplinaria”, teniendo presente al realizar este análisis las condiciones del hecho, el cargo de la persona funcionaria y el organismo en que se desempeña.

Ante tal consulta, Contraloría se enfrentó a un escenario complejo y novedoso, donde se enfrentaba de forma directa el derecho de la funcionaria a ejercer un oficio dentro de su privacidad con la imagen de la institución de orden. Así, al no fijar un criterio general, el órgano contralor formaliza un deber que es, originalmente, sustantivo. El deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo no es una norma de conducta con un contenido definido por el principal intérprete de la ley administrativa, y pasa a convertirse en un proceso de evaluación que cada jefe de servicio debe llevar a cabo, lo que genera una fragmentación del derecho y da paso a un margen de discrecionalidad que podría devenir en arbitrariedad.

Con todo, este dictamen ofrece además un criterio adicional, pues ya no solo fija atención en el actuar privado de la funcionaria, sino que ahora agrega otros efectos que pudiese acarrear su conducta, como: “desprestigiar al servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad, pudiendo incluso constituir una infracción grave a la probidad administrativa, como lo han manifestado los dictámenes N°s 10.086, de 2000 y 98.033, de 2014”.

2. JURISPRUDENCIA JUDICIAL

En razón a la poca certidumbre que ocasionan los dictámenes de Contraloría, los Tribunales de Justicia se han encargado de asumir una labor en cuanto a la delimitación del deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo se refiere. Así, diversas Cortes han desarrollado un estándar de control en cuanto concierne a la discrecionalidad administrativa, imponiendo de esta forma, límites en base a la racionalidad y proporcionalidad de la sanción impuesta por el jefe de servicio y, sobre todo, en la protección de los derechos fundamentales del servidor público.

De esta forma, los siguientes fallos tratan disputas que derivan de sanciones interpuestas a funcionarios públicos por la realización de una conducta fuera del espacio y esfera laboral, —entendiéndose como vida privada—. Todas las sentencias surgen por la interposición de acciones de protección, herramienta jurisdiccional entregada a toda persona por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, permitiendo cuestionar actos administrativos que se consideren arbitrarios e ilegales.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Los Tribunales de Justicia del país se han encargado de marcar tendencia hacia la ponderación caso a caso en cuanto refiere a los límites del deber de llevar una conducta acorde a la dignidad del cargo si estos se enfrentan a garantías constitucionales que alegue el recurrente.

A. Sentencia Rol N° 56-2011.

La Sentencia Rol N°56-2011, dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, refiere a una funcionaria que dedujo acción de protección en contra del Consejo Nacional de las Culturas y las Artes por sancionarla con anotación de demerito tras la publicación de una columna de opinión nombrada “Postulación a fondos de cultura, ni tan simple ni tan transparente”, emitiendo en esta opiniones y expresiones en contra del servicio y de su autoridad máxima.

La funcionaria alegó transgresión a su derecho a la libertad de expresión, libertad sindical e igualdad ante la ley. La Corte de Apelaciones de Coyhaique rechazó el recurso interpuesto al no advertir estar ante un acto ilegal ni arbitrario, esto debido a que el jefe de servicio actuó dentro de sus facultades disciplinarias pues la conducta sancionada se consideraría contraria a la norma invocada. Por su parte, la Corte descartó la procedencia de la acción constitucional interpuesta dado que su objetivo no es cautelar o reparar situaciones de hecho graves y urgentes que hayan afectado derechos fundamentales.

Así, podemos dar cuenta que, evidentemente, la norma de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo puede ser, efectivamente, invocada si es que la manifestación de opiniones o comentarios resulte molesto a la máxima autoridad y perjudicial al prestigio e imagen del mismo órgano o servicio al que pertenezca.

B. Sentencia Rol N°18863-2018.

En Sentencia Rol N° 18863-2018, la Tercera Sala Constitucional, se refiere a la acción de protección presentada por un Cabo y Voluntario de Bomberos de Lautaro en contra de Gendarmería de Chile por aplicar la medida más gravosa, es decir, la destitución. Que, la conducta sancionada tiene relación con que el funcionario fue sorprendido en dependencias del Cuerpo de Bomberos adquiriendo combustible para fines particulares con cargo a la institución.

En este caso, la Corte Suprema confirmó la sanción disciplinaria impuesta al funcionario, esto dado que los hechos afectaban la “conducta moralmente intachable” y la “entrega legal y honesta al desempeño de su cargo”, ambas exigidas por el principio de probidad, aun cuando los hechos ocurrieron fuera del ejercicio directo de sus funciones en Gendarmería.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Esto demuestra que la probidad no es un mero deber funcional en las actuaciones ligadas al servicio, sino que es un estatuto ligado también a la esfera personal del servidor público, el cual debe acompañar al funcionario de forma permanente en sus comportamientos. Sostenemos que la idoneidad de los funcionarios públicos se puede ver comprometida por faltas graves a la honestidad, y que, la exposición pública de tales actos socaba la confianza que la ciudadanía deposita en ellos, independientemente de las circunstancias.

C. Sentencia Rol N° 19602-2024.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol N°19602-2024 rechazó el recurso de protección interpuesto por un funcionario del Ministerio de Obras Públicas que fue destituido por almacenar material pornográfico, incluyendo contenido zoofílico, en un computador fiscal de uso compartido, además validó la destitución. El tribunal fue enfático a la hora de señalar la clara gravedad de la conducta del recurrente y que la posesión de material zoofílico, el uso de un recurso público y la exposición a otros funcionarios al material fueron justificantes de la remoción.

Podemos reconocer que nos enfrentamos a una conducta con una gravedad extrema. La posesión de material pornográfico y zoofílico está relacionada con “connotaciones siempre negativas (...) desde las connotaciones religiosas como pecado, los sistemas legales como un delito y hasta la fecha como un trastorno mental desde la perspectiva médica psiquiátrica”²¹⁴. Así, se puede entender que es considerada por la sociedad, una conducta claramente reprochable, y que, por tanto, puede llegar a generar rechazo social, dando cuenta de un comportamiento manifiestamente incompatible con lo que se espera de un funcionario público intachable.

Hay un claro nexo entre la función del servidor y la mal utilización de recursos públicos. La Corte enfatizó en que se prioriza la probidad y la integridad del servicio, por lo que, ante la necesidad de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo, confirmó la sanción interpuesta por el jefe de servicio.

D. Sentencia Rol N°21206-2024

En este caso, un funcionario fue destituido de su cargo por mantener relaciones sexuales, aparentemente consentidas, con una paciente adulta fuera de su horario y recinto laboral. La Corte Suprema en Sentencia Rol N° 21206-2024 se encargó de revocar la destitución en base al posterior análisis sobre la resolución sancionatoria, dando cuenta la presencia de una serie de vicios que tornaban la sanción impuesta en ilegal y arbitraria.

²¹⁴ CAMPO-ARIAS ET AL (2021).

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

La Tercera Sala Constitucional constató la falta de prueba de los cargos por los que se sancionaba al funcionario, el órgano administrativo atribuyó la conducta a una grave contravención a la probidad administrativa, estableciendo la presencia de una “tendencia recurrente a adoptar conductas y actitudes inadecuadas” por parte del funcionario. Sin embargo, la Corte determinó que tal afirmación no tenía un respaldo factico y que, las anotaciones de demerito a las que se refieren no tienen relación con la naturaleza de los cargos que se imputaron.

El máximo tribunal se encargó de verificar además la falta de motivación de la sanción, detectando que la resolución administrativa no se hizo cargo de los descargos del funcionario, además de no haber ponderado correctamente el diagnóstico de la paciente y presunta víctima. Por otra parte, calificó la sanción como desproporcionada ya que no se acreditó un daño real al servicio público, ni tampoco hay una conexión directa entre la conducta y las funciones en las que se desempeñaba el funcionario, por lo que la medida adoptaba resultó excesiva y, por lo mismo, arbitraria.

Podemos decir que la discrecionalidad no es terminante, y por esto, debe ser ejercida de forma racional, con argumentos y fundado en pruebas concretas, pero por sobre todo generando un balance entre el fin que se persigue y los medios empleados.

E. Sentencia Rol N°2290-2024.

Que, la Corte de Apelaciones de Talca en Sentencia Rol N° 2290-2024 se pronuncia respecto del recurso interpuesto por un funcionario de Gendarmería, el cual fue llamado a retiro por supuestas faltas a sus deberes funcionarios, concretamente, fue sorprendido haciendo uso de licencias médicas, ausentándose de sus labores y desempeñando trabajos remunerados en establecimientos comerciales al mismo tiempo. Debido a la gravedad de los hechos y el riesgo que corría la imagen y prestigio institucional, el Director Nacional del Servicio lo llamó a retiro temporal no voluntario.

La Corte de Apelaciones de Talca rechazó la acción deducida, sosteniendo que el actuar del funcionario estaba en contraposición con los principios y valores del actuar de Gendarmería. Así, damos cuenta que el deber de mantener una vida social acorde a la dignidad del cargo es una ambigüedad y su aplicación e interpretación dependerá únicamente de aquel que esté a cargo de sancionar los hechos en cuestión, dando paso a una clara falta de uniformidad.

F. Sentencia Rol N°22927-2024.

La Corte de Apelaciones de Concepción en Sentencia Rol N° 22927-2024 rechazó el recurso de protección interpuesto por un funcionario que impugnada actos intermedios del sumario administrativo que se le realizó, argumentando que la formulación de cargos es un “acto

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

intermedio”, y que, al no ser una decisión definitiva “carece de aptitud necesaria para conculcar cualquier garantía constitucional”.

El fallo del tribunal se encarga de clarificar la oportunidad de un control judicial, indicando que los vicios del procedimiento deben de alegarse durante la realización del sumario administrativo o en razón de impugnar el acto administrativo terminal o sancionador. Así, la Corte sostiene que el acto impugnado no constituye una vulneración suficiente para afectar el ejercicio de derechos fundamentales.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE NORMATIVA INTERNA DE INSTITUCIONES PÚBLICAS.

De cara al vacío normativo que genera el artículo 61 letra i) del Estatuto administrativo, diversas instituciones públicas chilenas han tomado la iniciativa de desarrollar sus propios Códigos de Ética. El análisis de cada uno de estos instrumentos codificados revela la presencia de una clara y paradigmática tendencia: el abandono casi total de la ambigua noción de “vida social acorde a la dignidad del cargo” como exigencia.

Para ser más precisas, las instituciones se inclinan por poner en práctica este deber a través de un enfoque mucho más concreto y funcional, centrado, principalmente, en el principio de probidad y en la prohibición de ciertas conductas específicas que puedan comprometer la integridad de la institución y la confianza pública sobre esta. La mayoría de los códigos analizados refuerzan la idea de que la conducta del funcionario, tanto dentro como fuera del horario laboral, debe ser intachable y preservar la imagen y la legitimidad de la institución.

1. ESTUDIO DE CÓDIGOS DE ÉTICA

A. Manual de Doctrina y Código de Ética de Carabineros de Chile.

El Manual de Doctrina y Código de Ética de Carabineros de Chile enfatiza en la importancia de valores como el honor, la justicia, imparcialidad y el espíritu de sacrificio. Se destaca la responsabilidad ética y social de la institución, reconociendo que el accionar de cada uno de sus miembros impacta de forma significativa en la vida de las personas. Una conducta libre de reproches es fundamental para cumplir sus funciones de manera adecuada y mantener la aceptación social, legitimando de esta forma sus facultades.

Este código busca, esencialmente, conciliar las responsabilidades profesionales de los funcionarios con la ética, transmitiendo sus principios y valores para evitar actos equívocos o incorrectos. En este sentido, las “acciones son lícitas, correctas, justas y motivadas por fines nobles, ajustadas a la dignidad propia de cada ser humano”²¹⁵, esto describe el ideal de una

²¹⁵ MANUAL DE DOCTRINA Y CÓDIGO DE ÉTICA DE CARABINEROS DE CHILE, P. 14.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

conducta ética y moral, y como se relaciona directamente con el deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo, subrayando que la dignidad no se limita únicamente al ámbito profesional, sino que la esfera personal y social se encuentra interconectada con el cargo ostentado.

Así, podemos dar cuenta que se instaura un estándar de integridad personal total, mas no se establece de forma expresa un concepto de dignidad que clarifique el vacío existente en la norma. De igual forma, el Manual de Doctrina y Código de Ética de Carabineros de Chile se puede utilizar como guía para entender que la dignidad del cargo no se entiende ni se mide solo por el desempeño laboral, sino que también por la forma en que la persona se comporta en su vida personal, asegurando que la totalidad de sus acciones respeten a los demás y estén al servicio de un bien mayor.

B. Código de Ética de la Dirección Administrativa Presidencia de la República.

El Código de Ética de la Dirección Administrativa Presidencia de la República se enfoca principalmente en orientar la conducta y actuaciones de funcionarios públicos en base a los principios de probidad y eficiencia en la función pública en el ejercicio de sus funciones, asimismo, se orienta a el compromiso con la función y el equipo, la transparencia y las buenas prácticas.

Este código pretende dirigir su accionar a los valores institucionales, ya sea “dentro y fuera del servicio en nuestra calidad de servidores públicos, por lo cual es responsabilidad de cada uno de nosotros conocerlos y respetarlos”²¹⁶, por lo que podemos entender que, hay una obligación de cada funcionario de seguir estos valores, los cuales deben ser la base para la toma de decisiones y el comportamiento diario de los funcionarios, ya sea dentro o fuera de la institución, y mantener una conducta intachable que refleje positivamente a la misma.

Por lo tanto, nuevamente nos enfrentamos a un vacío en cuanto a lo que refiere a “vida social acorde a la dignidad del cargo” toda vez que se menciona solo una vez el concepto de “dignidad”, al definir el trato que reciben los funcionarios desde su jefatura, sin embargo, no se define expresamente su concepto. Siguiendo esta idea, podemos resolver que es esencial la presencia de la clarificación del concepto, infiriéndose que, si bien no se menciona, el deber de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo se ilustra a través de la promoción de valores como la probidad, la transparencia y el respeto, o mediante la aplicación de mecanismos que garanticen que las acciones personales no comprometan la reputación y legitimidad de la institución.

²¹⁶ CÓDIGO DE ÉTICA: DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, p.5.

C. Código de Ética de la Dirección General de Obras Públicas.

El Código de Ética de la Dirección General de Obras Públicas busca consensuar, principalmente, estándares éticos propios de la institución para guiar así la convivencia laboral y la toma de decisiones, sus principios incluyen la probidad, considerando la esencialidad de una conducta intachable, un desempeño honesto y leal. La visión de la Dirección General de Obras Publicas se centra en la provisión de infraestructura pública con actos grados de integridad profesional, eficiencia, eficacia y transparencia.

Así, podemos reconocer que se aborda el deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo a través de su énfasis en la probidad administrativa. Si bien el código no menciona explícitamente a “vida social” —ni cualquier variante de este concepto—, la probidad es un principio transversal que rige toda actuación del funcionario, tanto dentro como fuera de su jornada laboral, por lo que cualquier acto que afecte esta probidad se considera una falta, independientemente el contexto en que se desarrolle.

Por otro lado, no se define de forma precisa qué tipo de conductas en la esfera privada o social se configuran como como una infracción a la probidad, por lo que deja en un terreno abandonado cómo se evalúan las acciones de un funcionario fuera del trabajo que no están directamente relacionadas con el desempeño de sus funciones.

D. Código de Ética de Gendarmería de Chile.

El Código de Ética de Gendarmería de Chile establece de forma clara y explícita que es aplicable “a todos los ámbitos de acción asociados a las funciones ejercidas. También cubre las acciones personales cuando afectan lo público”²¹⁷, de esta forma, se subraya la importancia de que el personal mantenga una conducta que no menoscabe la dignidad o el decoro de la función pública, por tanto, esta obligación no se limita exclusivamente al horario de trabajo, ya que la conducta fuera del servicio puede también tener un impacto directo en la confianza pública.

Nuevamente nos enfrentamos a vacíos normativos, puesto que la normativa no detalla qué tipo de conductas privadas constituyen una falta a la “dignidad del cargo”, esto deja un amplio margen para la interpretación en sumarios administrativos. Asimismo, tampoco se establece con claridad dónde termina la espera privada del funcionario y dónde comienza su responsabilidad pública, por lo tanto, la línea entre lo público y lo privado se ha vuelto más borrosa.

²¹⁷ CÓDIGO DE ÉTICA GENDARMERÍA DE CHILE, p.12.

E. Código de Ética de la Subsecretaría de Educación.

El Código de Ética de la Subsecretaría de Educación de Chile aborda de forma indirecta el deber de un funcionario de mantener una vida social acorde con la dignidad del cargo, una vez más, a través del principio de probidad administrativa, entendiéndose que este principio se extiende a todas las actuaciones de los funcionarios, exigiendo una conducta intachable, honesta y leal, y prevaleciendo siempre el interés general por sobre el particular. El código se enfoca en comportamientos éticos dentro del ámbito laboral y en la relación con la ciudadanía, pero expandiendo su alcance a la imagen pública del funcionario.

No se proporciona una definición concreta de qué constituye una “vida social acorde a la dignidad del cargo”, dejando este concepto a la interpretación. Nos enfrentamos a la ausencia de un marco explícito que delimita el alcance de la probidad en la esfera privada, esto genera incertidumbre sobre qué tipo de conductas personales pueden ser sancionadas.

La falta de una reglamentación específica sobre cómo equilibrar el deber de probidad con el derecho a la vida privada y la libertad de expresión deja un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación, lo que podría llevar a que, casos similares sean juzgados de manera diferente. Así, el principal vacío normativo radica en la falta de una regulación detallada que especifique las conductas prohibidas en el ámbito privado.

F. Código de Ética de la Subsecretaría de Previsión Social.

El Código de Ética de la Subsecretaría de Previsión Social, al igual que otros códigos de ética en la administración pública no aborda directamente el deber de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo. Sin embargo, lo hace de manera implícita al establecer como base de actuación de funcionarios el principio de probidad administrativa.

El principio de probidad administrativa es transversal a todo el actuar de funcionarios y puede verse afectado por diversas situaciones de la esfera privada de estos mismos. Esto implica que, una conducta fuera del horario laboral que comprometa la honestidad o la lealtad del funcionario podría ser considerada como una falta.

No se especifica claramente qué tipo de conductas en la vida social serían consideradas una falta a la dignidad del cargo, pero la generalidad de la norma deja una amplia área de interpretación sobre lo que constituye una conducta intachable en un contexto no laboral. A pesar de estos vacíos, el código establece mecanismos para la resolución de dudas y denuncias, como la creación de un Comité de Ética que puede ayudar y establecer criterios para situaciones no abordadas en el código.

G. Código de Ética de la Superintendencia de Salud.

El Código de Ética de la Superintendencia de Salud promueve valores como la probidad, el buen trato, la transparencia, el compromiso y la excelencia. Es relevante el compromiso con el respeto por la vida personal y familiar de los funcionarios, la institución se compromete a promover un ambiente laboral que equilibre el trabajo y la vida personal y familiar, evitando la programación de tareas fuera del horario laboral establecido.

No se detalla con claridad qué comportamientos en la vida privada o social serían considerados como una falta al deber en cuestión. Aunque el código menciona el respeto a la vida personal y familiar como un compromiso de la institución, no se establecen explícitamente los límites del escrutinio sobre la vida privada de los funcionarios.

2. IDENTIFICACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS Y ÁREAS DE MEJORA

La tendencia observada en los códigos de ética internos de estas instituciones públicas —de abandonar la vaga noción de “vida social acorde a la dignidad del cargo” en favor de la concreción del principio de probidad y prohibiciones específicas— representa una evidente respuesta a la clara incertidumbre jurídica existente.

Este enfoque descentralizado nos muestra la presencia de otra problemática presente que se genera por la poca uniformidad y el vacío normativo presente: la fragmentación de la regulación. La existencia de múltiples regulaciones implica que la conducta permitida o sancionable puede variar significativamente de una institución a otra, por lo que, la diversidad de criterios entre códigos institucionales socava el principio de igualdad para los funcionarios públicos en el Estado, agravando claramente las dificultades de aplicación y la percepción de arbitrariedad.

En base a lo analizado podemos establecer que “No basta con que el funcionario conozca mecánicamente que existe una Ley de Función Pública que tendrá que cumplir: nunca basta en Derecho saber que existe una Ley, para que ella se cumpla”²¹⁸. De esta forma, se enfatiza en que la ley solo es efectiva cuando esta es asimilada y practicada con convicción moral y ética, el conocimiento de la norma es solo el punto de partida, pero la ética asegura el cumplimiento de esta.

²¹⁸ CARRETERO (2010), p. 4.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Es esencial el establecimiento de normas explícitas y criterios determinables y/o verificables para evitar la ambigüedad, creando el equilibrio necesario entre la función pública y los derechos fundamentales de los funcionarios de la administración.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE NORMATIVA INTERNACIONAL

La problemática derivada de la indeterminación del contenido normativo nos exige analizar cómo otros organismos y ordenamientos jurídicos han abordado la necesidad de establecer estándares mínimos al comportamiento de sus funcionarios públicos. Por esta razón, acudimos al derecho comparado que ofrece una perspectiva significante y reveladora en contraste de la vaguedad que hemos encontrado en el ordenamiento jurídico nacional. Esto encuentra sustento en las palabras de Lerner, quien sostiene que el derecho comparado nos proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que ayuda a entender e interpretar el propio²¹⁹.

1. ESTUDIO COMPARADO RESPECTO DE SISTEMAS JURÍDICOS INTERNACIONALES

En 1994, nace a la luz del derecho el Informe Nolan del Reino Unido, conocido formalmente como el Informe del Comité de Estándares de la Vida Pública, con el objetivo de hacer frente a escándalos políticos que habían arriesgado la confianza ciudadana, pues en conjunto crearon un clima de degeneración ética²²⁰. Con este antecedente, el objetivo era evidente, consistía en examinar las preocupaciones y recomendar pautas para el cambio “para asegurar que se cumplan las normas de conducta más apropiadas en la vida pública”²²¹.

Así las cosas, se articularon estas normas de conducta en el marco de siete principios de la vida pública —en todos sus ámbitos— que deben guiar el comportamiento de todos aquellos con un cargo público. Estos principios eran: desinterés; integridad; objetividad; responsabilidad; transparencia; honestidad y liderazgo. Con esto, el comité modificó las descripciones de tales en 2013 y 2021²²².

El enfoque del Informe Nolan presenta un contraste notorio con la norma chilena, esto fundamentado en que el artículo 61 letra i) del Estatuto Administrativo menciona la noción de “vida social acorde a la dignidad del cargo”, mientras que el marco británico se enfocó en describir principios de comportamientos vinculados al ejercicio de la función pública, lo que

²¹⁹ LERNER (2004).

²²⁰ MARTÍNEZ BARGUEÑO (1996): p. 209.

²²¹ INFORME NOLAN (1994), p.4.

²²² HAVES (2022).

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

permite que tanto los funcionarios como la ciudadanía estén en conocimiento de las expectativas de un funcionario público.

Aquí, la dignidad no se basa en un juicio moral sobre la vida del funcionario, sino en cuán adherido se encuentra a los principios que sustentan sus actuaciones, pues se desprende que aquel funcionario que actúa desde altruismo, integridad, honestidad, transparencia es digno de su cargo. De esto, podemos concluir que la dignidad no es un estado pasivo en los ámbitos sociales del funcionario público, es decir, no responde a las omisiones que produzcan una vida social recatada, sino que es un resultado de las acciones probas en el ejercicio de sus funciones, relacionadas con lo realizado fuera de ese mismo espacio.

A continuación, de una forma semejante, el tópico es tratado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE). El Manual de la OCDE (2020) es enfático en señalar que la corrupción y las faltas a la integridad no son meros problemas individuales, sino fallas sistémicas que tienen consecuencias graves para la legitimidad y confianza del Estado y las instituciones públicas.

Para la OCDE, la solución a esta crisis es un sistema robusto de integridad, definiéndola como “la alineación coherente y la adhesión a valores, principios y normas éticos compartidos para defender y dar prioridad al interés público por encima de los intereses privados dentro del sector público”²²³. Esta definición es clave, pues a diferencia del ordenamiento jurídico nacional, traslada el foco desde la “vida social” del funcionario hacia un estándar incuestionable: la primacía del interés general sobre el particular. En términos más simples, la OCDE lo concreta como “Cumplir con sus deberes de manera tal que su accionar pueda resistir al escrutinio público”²²⁴. De esto, queda entendido que la pauta de conducta sigue directamente el desempeño del funcionario con la percepción y confianza de sus ciudadanos. En consecuencia, lo relevante es si su comportamiento puede resistir el escrutinio público sin dañar la reputación de la institución.

En este contexto entonces, la vida social del funcionario sería relevante especialmente en la medida en que esta afecte su credibilidad como “persona con altos valores morales”, lo que a su vez impacta su capacidad para ser un “director con altos valores morales”, de acuerdo con los lineamientos que entrega la OCDE para ser un “líder ético”, citando a Triviño, Hartman y Brown²²⁵. De esta manera, concluimos que, en vez de inmiscuirse de forma incierta en la vida social de sus funcionarios, se propone la construcción de un sistema de

²²³ MANUAL OCDE SOBRE LA INTEGRIDAD PÚBLICA, P.17.

²²⁴ ÍDEM.

²²⁵ MANUAL OCDE SOBRE LA INTEGRIDAD PÚBLICA, PP. 107, 109.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

integridad con base en principios claros y determinados como la preeminencia del interés público, un liderazgo ético ejemplar y un servicio basado en el mérito.

De tal se desprende que para garantizar la “dignidad del cargo” y reconstruir la confianza ciudadana es mediante la formación de una cultura y estructura de función pública que, por defecto, promueva y recompense la integridad, esto es, de manera sistemática y no casuísticamente.

Ahora, a propósito de la mirada a la normativa internacional, nos concierne también revisar un tratado internacional que busca luchar contra la corrupción, ratificado por Chile mediante Decreto 375 de 2007. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (desde ahora en adelante, UNCAC) forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y es uno de los pilares del derecho internacional en la promoción de probidad en la gobernanza.

Tal como los organismos internacionales que ya hemos revisado, la UNCAC ofrece un modelo que busca el mismo fin que los demás: la protección de la confianza pública. Esto en miras de proteger la legitimidad del Estado, como se desprende de la finalidad estipulada en el artículo N°1 de la Convención (2004):

La finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos (p.7).

A lo largo de la UNCAC, se revela que no cuestiona si la vida social del funcionario es digna, sino que, tal como las anteriores, direcciona sus intenciones a si su comportamiento es íntegro y si puede rendir cuentas de aquello. Este aspecto es sustancial en relación con nuestra normativa interna, pues la "integridad" y "rendición de cuentas" son principios funcionales, orientados al desempeño del cargo y a la relación del funcionario con el interés público, muy por el contrario de la interpretación subjetiva y moral que se le puede atribuir a la dignidad de la vida social del funcionario.

Ahora bien, lo más revelador y concordante con el deber en investigación se encuentra en el artículo 8 de la UNCAC, pues dentro del Capítulo II referido a las “Medidas Preventivas” se encuentra estipulado el mencionado artículo que establece la aplicación de códigos o normas de conducta para el “correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas” (p.11).

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Los estándares internacionales encuentran su fundamento en ser herramientas para la interpretación que permiten fortalecer la confianza en las instituciones y en el establecimiento de un escenario funcional para proteger la legitimidad del Estado.

De esto, podemos dar cuenta de una clara distancia del modelo chileno. Los instrumentos internacionales revisados abandonan la noción vaga de supervisar una “vida social” del funcionario, analizada caso a caso, sino que optan por promover la construcción de sistemas fuertes de integridad basados en la certeza jurídica.

Lo más relevante es que estos estándares buscan garantizar la preeminencia del interés público, pero a través de principios y mecanismos concretos que rigen el desempeño del cargo. Así, se revela que la normativa nacional se encuentra desapegada y desactualizada respecto de estándares internacionales que, según ha quedado demostrado, revelan el avance progresivo desde la vigilancia moral hacia la construcción de estos sistemas de integridad funcionales.

Con todo, el deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo es una herramienta poco eficiente para un fin legítimo perseguido. Al insistir en una norma vaga, el ordenamiento chileno no solo genera inseguridad jurídica y posible arbitrariedad, sino que no se esfuerza en incorporar mejores prácticas internacionales que prueban que la confianza en las instituciones públicas se erige sobre la certeza, transparencia e integridad de la función pública.

Capítulo V: Vida social acorde a la dignidad del cargo en el ordenamiento jurídico chileno.

Tras haber analizado los conceptos, la jurisprudencia, norma interna sobre conducta de distintas instituciones y los estándares internacionales, este capítulo se orienta a definir el panorama del problema que el deber plantea en el ordenamiento jurídico.

1. IDENTIFICACIÓN DE VACÍOS NORMATIVOS

Estos vacíos demuestran la indeterminación que radica en el Estatuto Administrativo dado a que no se proporciona una definición clara de lo que significa “vida social acorde a la dignidad del cargo” en el contexto de este deber. Este es el vacío más evidente y el que da inicio a los demás problemas que identificamos.

Pues, el vacío se extiende también a la jurisprudencia que, lejos de reparar el vacío legal, lo ha consolidado, de manera tal que la Contraloría General de la República ha optado por delegar las decisiones y establecimiento de criterios a los jefes del servicio respectivo. Así,

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

se privilegia una ponderación casuística que provoca un estado de incertidumbre jurídica, al no contar con una pauta normativa.

La persistente necesidad de recurrir a la revisión judicial para definir los alcances del artículo 61 letra i), es una manifestación de este profundo vacío normativo. Los tribunales se han visto obligados a establecer criterios que el marco administrativo no proporciona, lo que crea un sistema en que la certeza se logra a través de un litigio en lugar de ser clarificado mediante estatutos bien definidos, lo que impone una carga indebida tanto a los funcionarios públicos como al sistema judicial.

Si bien, los tribunales de justicia han hecho énfasis en la proporcionalidad en las sanciones, el marco administrativo carece de directrices claras que determinen cuándo una conducta privada ocasiona realmente un daño al servicio público que justifique una sanción administrativa.

2. PROPUESTAS DE REFORMA O CLARIFICACIÓN

Este pronóstico exige una intervención que otorgue certeza al sistema y procedimiento sancionatorio ante la falta al deber funcional, esto es, construirlo desde bases compatibles con los principios del Estado de Derecho y los estándares internacionales. Es imperativo superar el análisis realizado para avanzar hacia una regulación general que, mediante criterios verificables establezca los contornos esenciales de este deber.

Es esencial el establecimiento de un estándar probatorio mucho más riguroso a la hora de aplicar sanciones a funcionarios públicos, especialmente en lo que respecta a su conducta extralaboral. De esta forma, la autoridad debe acreditar de manera indudable que la conducta del funcionario ha sido tal que afecta directamente la dignidad de su cargo y la confianza pública en la institución, lo que significa presentar pruebas concretas y objetivas, respetando el debido proceso. Así, se puede asegurar que la imposición del deber de observar una vida social acorde a la dignidad del cargo no es un instrumento para limitar indebidamente la libertad individual de los funcionarios.

Con base en los estándares internacionales revisados, planteamos propuestas de reforma y clarificación para superar esta problemática en el ordenamiento jurídico chileno.

La solución más profunda en la modificación del artículo 61 letra i) del Estatuto Administrativo por una norma que se centre en la integridad de la función y no en la esfera de la vida privada del funcionario. Por esta razón, postulamos como modelo: “Observar una conducta, dentro y fuera del ejercicio de sus funciones, que sea coherente con los principios de probidad y honestidad, absteniéndose especialmente de realizar actos constitutivos de

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

delito y actos que comprometan de manera directa y demostrable el prestigio de la Institución a la que pertenece, por la repercusión mediática pública que ocasionare”.

Otra alternativa que consideramos tras el análisis es agregar un inciso al artículo 61, letra i) del mencionado cuerpo legal, que delimita el alcance de las nociones que estipula. Por ejemplo: “Para los efectos de lo dispuesto en este literal, se entenderá que un funcionario no observa una vida social acorde a la dignidad del cargo cuando su conducta afecte grave, directa y negativamente el prestigio de la Institución, de manera tal que influya en la confianza ciudadana depositada”.

Por otro lado, se podría establecer una pauta de conducta que sirva como guía. Esta pauta debe establecer principios de comportamiento, y complementarse con un catálogo de acciones que se consideren contrarias a la dignidad del cargo, este catálogo no debe ser una lista rígida e inmutable, sino una serie de ejemplos ilustrativo de conductas que atentan contra el deber de llevar una vida social acorde a la dignidad del cargo. De esta forma, se evitan comportamientos que afecten la integridad de la institución, sin caer en la rigidez de una norma que no pueda adaptarse a la complejidad de las situaciones cotidianas de la vida real.

Se propone también la instauración de directrices claras para la proporcionalidad de las sanciones aplicables. Esto implicaría la exigencia de un daño demostrable al servicio público y un vínculo directo entre la conducta privada realizada por el funcionario y dicho daño a la institucionalidad o confianza pública, antes de imponer medidas correctivas.

La implementación de estos criterios proporcionaría seguridad jurídica y reduciría la ejecución y realización de medidas arbitrarias.

CONCLUSIÓN

En definitiva, el deber de “observar una vida social acorde con la dignidad del cargo” establecido en el artículo 61, letra i) del Estatuto Administrativo revela una formulación genérica que permite un vacío normativo, dando lugar a la incertidumbre jurídica. Esta misma indeterminación, como quedó demostrado, ha sido tratada de manera dispersa y casuística por la jurisprudencia, dando espacio a un alto grado de discrecionalidad. Es decir, la misma conducta de servidores públicos de distintos organismos podrían ser evaluados con criterios distintos, incluso si los hechos son análogos. Esta variabilidad atenta contra el principio de igualdad ante la ley y derechos fundamentales ya que, funcionarios en situaciones similares pueden recibir un tratamiento disciplinario disímil.

No obstante, del examen jurisprudencial se ha podido desprender un estándar definido y contundente referente a la comisión de ilícitos penales, pues se torna indiscutible que la comisión de ilícitos penales resulta incompatible con el deber consagrado en el artículo 61

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

letra i) del Estatuto Administrativo, en tanto corresponde a una normativa más específica. De esto resulta la pauta de conducta más clara y estricta: la comisión de cualquier delito, aunque sea fuera del horario laboral ya sea con o sin la utilización de recursos públicos, es considerada como una falta a la dignidad del cargo. Además, la acumulación de conductas del tipo penal es incompatible con los altos estándares de integridad que se esperan de un funcionario público; así, la destitución se configura como la respuesta disciplinaria necesaria y proporcional a la gravedad de la ofensa cometida.

En suma a lo anterior, la Contraloría General de la República traza límites en actos que repercuten públicamente de manera negativa y contravienen al ordenamiento jurídico, con la ponderación de elementos que reafirman el criterio de conocimiento público.

El sistema actual, caracterizado por una jurisprudencia administrativa da cuenta de que se delega la responsabilidad de interpretación de un análisis “caso a caso” a cada jefe de servicio, y por un control judicial que actúa de manera residual, es claramente ineficiente. Esta dinámica, donde tribunales se ven obligados a suplir los vacíos de la normativa administrativa, genera incertidumbre respecto del trato para funcionarios públicos.

Por consiguiente, a nuestro parecer, resulta fundamental que la aplicación de esta norma se realice con un alto estándar de exigencia probatoria y que las decisiones de la autoridad administrativa y judicial ponderen de manera adecuada los derechos fundamentales de estos funcionarios en situación de especial sujeción. De tal manera que no quede duda alguna de la justicia y proporcionalidad de la medida que se le aplica, por haber resultado acreditado con el máximo estándar de exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERA, Hugo (1991): “Función Pública y Carrera funcionaria”, en; Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 50, pp. 197-222.

CAMPO-ARIAS, Adalberto & HERAZO, Edwin & CEBALLOS, Guillermo (2019): “Revisión de casos, series de casos y estudios de prevalencia de zoofilia en la población general”, Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. 50, año 2019.

CARRETERO, Santiago (2010): “Corrupción, funcionarios públicos y papel de la deontología”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 13, 2010, pp. 1-26.

CENTRO DE DOCTRINA Y ÉTICA DE CARABINEROS DE CHILE (2017): “Manual de Doctrina y Código de Ética de Carabineros de Chile”. Disponible en Internet: https://www.carabineros.cl/secciones/cendocar/assets/MANUAL_DOCTRINA_ETICA.pdf [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

COVARRUBIAS, Ignacio (2014): “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)”. Revista Ius et Praxis, Año 21, N°1, 2015, pp. 217-270.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

GONZÁLEZ, Jesús (2007): “La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo” Revista de Derecho administrativo y constitucional.

DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2018): Código de Ética de la Dirección Administrativa Presidencia de la Republica. Disponible en Internet: https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/0f/21/0f2134e4-8e6e-4880-a33a-2bf9238001bc/codigo_de_etica_direccion_administrativa_2018_18_junio_002_myc_elv_jlm_1.pdf [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2025].

HAVES, Emily (2022): Standars in public life and the democratic process. Disponible en internet: <https://lordslibrary.parliament.uk/standards-in-public-life-and-the-democratic-process/> [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2025].

MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel (1996): “Informe NOLAN (Normas de conductas de la vida pública)” Revista Online INAP, pp. 209-214.

OECD (2020), Manual de la OCDE sobre Integridad Pública, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/8a2fac21-es>.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2023): “Código de Ética de Gendarmería de Chile”. Disponible en Internet: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/c_etica.pdf [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016): “Código de Ética de Dirección General de Obras Públicas”. Disponible en Internet: <https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2024/07/Direccion-General-de-Obras-Publicas.pdf> [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2025].

MONTERO, Cristian (2015): “La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio Introductorio”, Revista de Derecho Público / vol. 82, 1° sem. 2015, pp. 111-141.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

LERNER, Pablo (2004): “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 37, No. 111, Ciudad de México.

PALLAVICINI, Julio (2021): “Una revisión epistemológica de la responsabilidad disciplinaria” (Tirant Lo Blanch)

Psychology Today. (s.f.): Vida social. Disponible en: <https://www.psychologytoday.com/cl/fundamentos/vida-social> [Fecha de consulta: 02 de septiembre de 2025].

SUÁREZ, Chistian (2000): “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, Revisa de Derecho / vol. XI, 2000, pp. 103- 119.

SUBSECRETARÍA DE EDUCACIÓN (2019): “Código de Ética para la Función Pública”. Disponible en Internet: <https://www.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/19/2019/02/CodigoEtica2502.pdf> [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2025].

SUBSECRETARÍA DE PREVISIÓN SOCIAL (2024): “Código de Ética para la Función Pública”. Disponible en Internet: <https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2024/07/Subsecretaria-de-Prevision-Social-.pdf> [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2025].

SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2023): “Código de Ética con perspectiva de género e inclusión”. Disponible en Internet: https://www.superdesalud.gob.cl/664/articles-16036_codigo.pdf [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2025].

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

Fuentes formales del derecho

Decreto 375 (D.O. 30 de enero de 2007), Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Dictamen N°58.041 Contraloría General de la República (2012).

Dictamen N° 77441 Contraloría General de la República (2013).

Dictamen N° 82188/2013 Contraloría General de la República (2013).

Dictamen N° 98033/2014 Contraloría General de la República (2014).

Dictamen N° 59651 Contraloría General de la República (2016).

Dictamen N°27402N25 Contraloría General de la República (2025).

DFL 29 (D.O. 16 de marzo de 2005), Modifica Estatuto Administrativo.

Ley N°20.880 (D.O. 05 de enero de 2016), Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

Águila con Servicio de Salud Osorno (2024): Tercera Sala Constitucional, 25 de noviembre de 2024, (acción de protección), Rol N°21206-2024.

Altamirano con Servicio de Salud Arauco y otra (2024): Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de marzo de 2025, (acción de protección), Rol N°22927-2024.

Arévalo con Gendarmería de Chile, Dirección Nacional (2025): Corte de Apelaciones de Talca, 04 de abril de 2025, (acción de protección), Rol N°2290-2024.

Dignidad, vida social y función pública – Por Javiera Labra y Camila Párraguez

Lobos Monsalves con Gendarmería de Chile, Comisión de Libertad Constitucional (2018): Tercera Sala Constitucional, 26 de noviembre de 2018, (acción de protección), Rol N° 18863-2018.

Sandoval con Dirección de Arquitectura Ministerio de Obras Públicas (2025): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2025, (acción de protección) Rol N° 19602-2024.

Unidad Vecinal N° 13, de Santa María de Manquehue con Ilustre Municipalidad de Vitacura (2009): Consejo para la Transparencia, 15 de julio de 2009 (acción de acceso a la información).

Yessica Pamela Almonacid Soto en Representación de Anfucultura Aysén con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2011): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 08 de febrero de 2012, (acción de protección), Rol N° 56-2011.



Facultad de Derecho

**FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA E
INFORMALIDAD. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
NUEVA OBLIGACIÓN DE INFORMAR ABONOS
BANCARIOS EN CHILE**

Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autor: Valentina Paz Cubillos
Zura Profesor guía: Patricia
Toledo Zúñiga**

**Santiago,
Chile 2025**

AGRADECIMIENTOS¹

En primer lugar, expreso mi más sincero agradecimiento a mi familia, así como a mis seres queridos, por su constante apoyo, comprensión y confianza en mis capacidades a lo largo de este proceso. Su compañía, aliento y paciencia fueron un pilar esencial en los momentos de mayor exigencia, brindándome la motivación necesaria para culminar esta etapa académica con dedicación y compromiso.

Asimismo, extiendo mi gratitud a mi profesora guía, Patricia Toledo Zúñiga, por su orientación experta, sus valiosas observaciones y el compromiso demostrado en cada etapa del proceso. El rigor de su enfoque académico y la solidez de su orientación metodológica han sido elementos clave para la elaboración de este trabajo.

¹ Agradecimientos al Proyecto Fondecyt Regular N° 1250224, titulado “Aproximación dogmática a la sostenibilidad tributaria en derecho tributario chileno”, cuyos investigadores son: Dr. Antonio Faúndez Ugalde, Dra. Patricia Toledo Zúñiga y Dr. Hugo Osorio Morales.

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
1. INCORPORACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR ABONOS BANCARIOS EN CHILE	7
1. Antecedentes legislativos y la lucha contra la informalidad	7
2. Contenido de la nueva obligación legal	11
3. Conclusiones preliminares sobre el marco normativo	15
2. CONSECUENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR ABONOS BANCARIOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA	17
1. Consecuencias directas y su análisis crítico	17
2. Consecuencias indirectas y su análisis crítico	21
3. Propuestas de reforma para una fiscalización eficaz y equitativa	24
3. CONCLUSIONES	26
BIBLIOGRAFÍA	28

RESUMEN

El presente trabajo analiza de manera crítica la incorporación del artículo 85 ter del Código Tributario, introducido por la Ley N° 21.713, que establece la obligación de determinadas entidades financieras de informar al Servicio de Impuestos Internos sobre abonos bancarios que superen umbrales predefinidos. El objetivo general es evaluar esta medida como herramienta de fiscalización tributaria y su potencial impacto en la detección y control de la informalidad económica en Chile.

La investigación se desarrolla mediante una metodología cualitativa, exploratoria y descriptiva, sustentada en el análisis normativo, legislativo y doctrinal, complementada con la revisión de circulares y resoluciones del SII. Se examinan antecedentes legislativos, el contenido de la norma, sus alcances y limitaciones, así como las implicancias para los contribuyentes y las instituciones financieras.

Los resultados muestran que la medida fortalece la fiscalización preventiva mediante el uso de datos estructurados, potenciando la capacidad del SII para detectar patrones de actividad no declarada sin vulnerar directamente el secreto bancario. Sin embargo, se identifican desafíos como el riesgo de desplazamiento de operaciones hacia canales no fiscalizados, el impacto desproporcionado en sectores vulnerables y tensiones con derechos fundamentales, especialmente el de protección de datos personales.

Se concluye que, aunque el artículo 85 ter del Código Tributario constituye un avance en la modernización de la fiscalización tributaria, su eficacia depende de la implementación de salvaguardas, criterios de proporcionalidad y mecanismos diferenciados que eviten efectos regresivos. Asimismo, se proponen reformas orientadas a reforzar la transparencia, la equidad y la eficiencia del sistema, garantizando un equilibrio entre control fiscal y el respeto de las garantías constitucionales.

INTRODUCCIÓN

En el contexto actual del sistema tributario chileno se ha introducido una medida legal orientada a afrontar la informalidad económica, la cual es uno de los principales desafíos estructurales que enfrenta la administración tributaria. Esto es, la nueva obligación establecida en el artículo 85 ter del Código Tributario (en adelante, CT) incorporado por la Ley N° 21.713. Lo anterior, impone a las instituciones financieras la obligación de proporcionar al Servicio de Impuestos Internos (en adelante, SII) la entrega de información sobre determinados abonos en cuentas bancarias y similares. Así, esta norma marca un cambio en el sistema fiscal chileno ya que incorpora un uso intensivo de datos bancarios como herramientas de control.

La economía informal en Chile ha sido durante décadas un fenómeno que persiste entrelazándose con diversos sectores económicos y sociales. Esto afecta directamente en la equidad tributaria, la eficiencia del gasto público y la competitividad del mercado. Por tanto, los actores que operan al margen del sistema no enfrentan los mismos costos

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

regulatorios que aquellos que sí cumplen con sus obligaciones fiscales de manera formal.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en el trimestre octubre-diciembre de 2024, la tasa de ocupación informal en nuestro país se situó en un 26,4%, lo que representa 2.453.943 personas trabajando en condiciones de informalidad, con una disminución anual de 1,1 puntos porcentuales, equivalente a 85.335 personas menos respecto al mismo periodo del año anterior. La población ocupada informal se redujo, especialmente entre trabajadores por cuenta propia (-7,8%) y familiares no remunerados del hogar (-17,3%) (INE, 2025).

La historia legislativa de esta normativa se enmarca en el llamado “Pacto por el crecimiento económico, el progreso social y la responsabilidad fiscal” (BCN, 2024). Desde sus inicios, este proyecto ha sido objeto de numerosas observaciones sobre sus implicancias en la privacidad bancaria y la capacidad tecnológica del SII. Por lo anterior, y con el propósito de fortalecer la fiscalización, el legislador promulgó la Ley N° 21.713, publicada en el Diario Oficial el día 24 de octubre de 2024. Esta ley introduce un conjunto de reformas orientadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Uno de sus temas más debatidos es el nuevo artículo 85 ter del Código Tributario, el cual obliga a bancos y entidades financieras a reportar ciertos movimientos bancarios cuando se excedan los umbrales predefinidos de abonos provenientes de personas distintas. Dicha obligación se activará cuando se registren más de 50 abonos en un mes, o más de 100 en un semestre, siempre que estos provengan de distintos remitentes, es decir, más de 50 o 100 personas diferentes, respectivamente. La periodicidad de los reportes es semestral, específicamente debe realizarse en los meses de enero y julio de cada año. El éxito de esta medida dependerá de la colaboración efectiva entre el SII y las instituciones obligadas (Polanco Zamora, 2024, págs. 12-13).

El objetivo general de este trabajo es analizar de forma crítica la nueva obligación incorporada en el artículo 85 ter del Código Tributario por la Ley N° 21.713, correspondiente al deber de informar abonos bancarios. En este contexto, se busca estudiar el impacto de la obligación como una herramienta de fiscalización tributaria, evaluando su eficacia en la detección de actividades económicas no declaradas. Asimismo, se pretende explorar los posibles efectos sobre la informalidad en Chile, todo desdetodo, desde una perspectiva tributaria.

En la primera parte se tiene por objetivo específico examinar en detalle el marco normativo aplicable y los fundamentos legales del artículo 85 ter del CT, incorporado mediante la Ley N° 21.713. En la segunda parte, se procederá a analizar las consecuencias tanto directas como indirectas debido a la implementación de dicha norma y, de forma paralela, se desarrollará un análisis crítico de la normativa en estudio.

Este trabajo adoptará una metodología cualitativa, exploratoria y descriptiva, basada en el análisis normativo y doctrinal. Se hará una revisión de fuentes primarias como la Ley N° 21.713, el CT, circulares y resoluciones del SII, además de fuentes

secundarias como libros, artículos académicos y reportes técnicos especializados. Considerando que aún no existen sentencias judiciales asociadas a la aplicación del artículo 85 ter del CT, el análisis se enfocará en la interpretación legislativa, la historia de la ley y los pronunciamientos administrativos emitidos hasta la fecha.

La importancia de esta investigación radica en los desafíos estructurales que enfrenta el sistema tributario chileno, particularmente, en lo que respecta a la evasión fiscal y la informalidad económica. Estos fenómenos no solo comprometen la sostenibilidad financiera del Estado al disminuir su capacidad de entregar bienes y servicios públicos, sino que también generan una competencia desleal entre los diferentes actores económicos, donde los contribuyentes formales deben asumir una mayor carga tributaria que aquellos que no cumplen con la ley.

En este escenario, la obligación de informar abonos bancarios surge como una mejora significativa en la detección y control de actividades informales. Sin embargo, esta medida plantea desafíos importantes, entre ellos se destaca el riesgo de que los contribuyentes recurran hacia métodos financieros no fiscalizados, como un posible aumento del uso de dinero en efectivo, lo que podría reducir parcialmente su efectividad. Si bien, la obligación de informar representa un avance en la lucha contra la informalidad, su impacto real debe ser analizado críticamente, considerando tanto sus beneficios como sus eventuales consecuencias.

A ello se suma, que esta regulación se inserta en un campo de estudio poco explorado, debido a la novedad de la norma. Este carácter innovador otorga a la presente investigación un valor académico particular, ya que fundamentada en la bibliografía especializada se pretende que los hallazgos de esta tesis contribuyan a una comprensión más clara de los desafíos que implica el combate a la informalidad en la era digital y financiera.

1. INCORPORACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR ABONOS BANCARIOS EN CHILE

1. Antecedentes legislativos y la lucha contra la informalidad

El artículo 85 ter del CT fue incorporado por la Ley N° 21.713, publicada el 24 de octubre de 2024, esta disposición forma parte del conjunto de medidas establecidas en el contexto del “Pacto por el crecimiento económico, el progreso social y la responsabilidad fiscal”. Esta ley tuvo como objetivo fortalecer la fiscalización y combatir la informalidad económica. Su historia legislativa es fundamental porque revela cómo el legislador intentó equilibrar los objetivos de eficiencia fiscal con la protección de derechos fundamentales, en particular el derecho a la privacidad y el principio de legalidad en materia tributaria.

En este contexto, el artículo 85 ter del CT surgió como una medida inédita orientada a identificar, mediante patrones objetivos de comportamiento financiero, posibles indicios de ingresos no declarados, con énfasis en actividades comerciales

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

informales que se desarrollan al margen de la fiscalización tradicional. El origen de este precepto se remonta al mensaje presidencial N° 326-371, ingresado a la Cámara de Diputadas y Diputados el 29 de enero de 2024.

En dicho mensaje se explicaba que el fenómeno de la informalidad económica estaba alcanzando niveles preocupantes, afectando no solo la recaudación fiscal sino también la equidad del sistema tributario. El Ejecutivo señaló que más del 28% de la fuerza laboral participaba de alguna forma en actividades informales, y que muchos de estos ingresos no eran detectados porque se dispersaban en múltiples transacciones pequeñas, imposibles de rastrear bajo los mecanismos actuales (BCN, 2024, pág. 711).

Este proyecto advertía que muchos de estos ingresos informales no eran detectados por el SII debido a la inexistencia de mecanismos de información financiera automatizada, lo que generaba una brecha en la fiscalización (BCN, 2024, pág. 712). Por tanto, dicho mensaje, reconocía que la informalidad representa una barrera para la equidad y el desarrollo, y que era necesario generar un entorno que promoviera el cumplimiento tributario sin vulnerar derechos fundamentales.

La herramienta propuesta, es decir, el artículo 85 ter del CT, consistía en establecer umbrales de operaciones bancarias que, al ser superados, activarían la obligación de informar al SII. De esta forma, se trataba de generar una señal preventiva más que represiva, basada en la cantidad de abonos realizados en cuentas bancarias y no en los montos, preservando así la confidencialidad de la información financiera específica.

El artículo 85 ter del CT fue entonces concebido como un mecanismo de alerta temprana para la fiscalización, basado en la frecuencia y dispersión de abonos recibidos en cuentas bancarias. El texto original del artículo, incluido en la versión del proyecto que ingresó a la Cámara de Diputados, disponía lo siguiente:

“Artículo 85 ter. Las entidades financieras indicadas en la letra a) del artículo 85 bis deberán proporcionar al Servicio información de la cantidad de abonos que reciban titulares que sean personas naturales o jurídicas o patrimonios de afectación, con domicilio o residencia en Chile o que se hayan constituido o establecido en el país, cuando se cumplan los requisitos señalados a continuación:

1. Que dentro de un mismo día, semana o mes se produzcan más de 50 abonos en las cuentas antes indicadas provenientes de 50 o más personas o entidades diferentes o que dentro de un semestre presenten al menos 100 abonos de 100 personas o entidades diferentes.
2. Que se trate de titulares que no se encuentren dentro de aquellos cuya información deba ser reportada por aplicación de las disposiciones de la letra c) del artículo 85 bis.”

Este texto fue objeto de un debate técnico y político intenso. Desde un inicio, diversos parlamentarios advirtieron que el diseño original, aunque era innovador, permitía una potencial elusión, esto es, bastaba con repartir los abonos en distintas cuentas dentro de una misma institución financiera para evitar superar los umbrales

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

establecidos. Así, a raíz de estas observaciones, las cuales se mencionarán a continuación, el Senado acogió una indicación del Ejecutivo e incorporó un inciso adicional al numeral 1. El texto aprobado finalmente por ambas cámaras y publicado en la Ley N° 21.713, quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 85 ter. - Las entidades financieras indicadas en la letra a) del artículo 85 bis deberán proporcionar al Servicio información de la cantidad de abonos que reciban titulares que sean personas naturales o jurídicas o patrimonios de afectación, con domicilio o residencia en Chile o que se hayan constituido o establecido en el país, cuando se cumplan los requisitos señalados a continuación:

1. Que dentro de un mismo día, semana o mes se produzcan más de 50 abonos en las cuentas antes indicadas provenientes de 50 o más personas o entidades diferentes o que dentro de un semestre presenten al menos 100 abonos de 100 personas o entidades diferentes.
 2. Cuando una persona o entidad sea titular de más de una cuenta bancaria en una misma entidad financiera, la verificación de la cantidad de operaciones señalada en el párrafo anterior deberá realizarse de forma acumulada entre todas las cuentas de las que fuere titular.
2. Que se trate de titulares que no se encuentren dentro de aquellos cuya información deba ser reportada por aplicación de las disposiciones de la letra c) del artículo 85 bis.”

Esta modificación sustancial, incorporada en el Senado, tuvo como objetivo principal evitar una conducta evasiva basada en la división de operaciones. Según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, se incluyó el inciso para “cerrar el portillo normativo que permitiría eludir el control mediante la división artificial de operaciones en cuentas distintas dentro de la misma institución” (BCN, 2024, pág. 905).

Durante la tramitación del proyecto, varios parlamentarios expresaron sus posturas sobre el contenido y alcance de la norma. La diputada Gael Yeomans defendió la norma como una herramienta eficaz para detectar operaciones financieras que no guardan correspondencia con los ingresos declarados, subrayando que el mecanismo no implica vulneración del secreto bancario (BCN, 2024, pág. 406).

Así, se discutieron los límites de la medida respecto del derecho a la privacidad bancaria. En paralelo, algunos parlamentarios como Agustín Romero manifestaron su preocupación por el uso potencialmente discriminatorio de esta norma en contra de personas de bajos ingresos que reciben múltiples depósitos pequeños por actividades informales o de subsistencia, como ventas por redes sociales o colectas familiares (BCN, 2024, pág. 399).

En respuesta, el Ejecutivo y las comisiones legislativas incorporaron cláusulas que refuerzan el carácter estadístico y no invasivo de la información reportada. Se precisó que no se informarán ni montos ni identidades de los remitentes, y que los datos no utilizados para fiscalización deberán ser eliminados en un plazo de tres años.

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

Durante el segundo trámite en el Senado, la discusión giró en torno a la necesidad de establecer salvaguardas para que la herramienta no fuera utilizada de forma automática como prueba de evasión. El senador Ricardo Lagos Weber valoró la norma en tanto otorga herramientas modernas de fiscalización al SII, aunque insistió en la importancia de garantizar que se respeten los principios de necesidad y reserva. Por su parte, el senador Juan Ignacio Latorre contextualizó la propuesta dentro de una estrategia fiscal más amplia impulsada por el gobierno, vinculándola a los compromisos internacionales asumidos por Chile en materia de justicia tributaria (BCN, 2024, pág. 857).

La ley fue aprobada en el tercer trámite por la Cámara de Diputados sin nuevas modificaciones sustanciales y posteriormente revisada por el Tribunal Constitucional. Este órgano no formuló observaciones de constitucionalidad, aunque sí enfatizó que su aplicación debía respetar los principios del debido proceso y la privacidad, conforme a los artículos 19 N° 4 y N° 21 de la Constitución Política de la República. El artículo 85 ter del CT fue finalmente publicado como parte de la Ley N° 21.713 en el Diario Oficial el 24 de octubre de 2024. Por tanto, esta normativa entra en vigencia el 1 de noviembre de 2024, sin perjuicio de las reglas especiales de vigencia que la ley contempla para determinadas modificaciones.

Respecto al reporte señalado en el inciso tercero del artículo 85 ter del CT, la información debe ser emitida semestralmente. Conforme al artículo primero transitorio de la Ley N° 21.713 en su numeral 5, el primer reporte debía corresponder al segundo semestre de 2024. Sin embargo, la norma transitoria no fijó una fecha precisa en la cual debía remitirse el primer reporte y considerando la fecha de publicación de la ley, así como el criterio general de reportes por semestres completos, la Circular N° 2 del SII (esta será descrita más adelante) estableció que las entidades financieras deberán entregar el primer reporte en julio de 2025 debiendo informar los abonos realizados a contar de enero del mismo año.

Doctrinalmente, la incorporación del artículo 85 ter del CT se inscribe dentro de las modernas estrategias de fiscalización pasiva, que buscan detectar irregularidades sin vulnerar directamente la privacidad del contribuyente. Desde esta perspectiva, el mencionado artículo establece un mecanismo focalizado que permite al SII detectar patrones de actividad financiera atípica sin necesidad de levantar el secreto bancario, mecanismo que históricamente ha estado condicionado a la existencia de un procedimiento previo. Esta lógica de intervención anticipada responde a estándares de cumplimiento tributario internacionalmente aceptados, pero requiere, para su legitimidad, el respeto de ciertos principios jurídicos fundamentales.

En este sentido, el principio de proporcionalidad resulta esencial. Al tratarse de una herramienta preventiva, no de persecución inmediata, debe garantizarse que el interés fiscal no desplace indebidamente los derechos individuales del contribuyente. La doctrina especializada ha señalado que estos mecanismos de alerta objetiva solo pueden considerarse válidos si su activación no genera consecuencias automáticas, sino que están sujetos a un proceso ulterior con garantías sustantivas y procedimentales. En el caso chileno, el desafío será asegurar que la implementación de esta norma no derive

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

en fiscalizaciones masivas o indiscriminadas sin control jurisdiccional ni análisis individualizado.

Finalmente, cabe destacar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) promueve recomendaciones sobre intercambio de información y cooperación internacional, con el fin de que los países establezcan sistemas de detección temprana o fiscalización preventiva, considerándolos parte de una política fiscal moderna, eficiente y basada en el riesgo. En esta línea, se ha consolidado el enfoque denominado de fiscalización basada en riesgo, el cual representa una estrategia que permite a las administraciones tributarias focalizar sus recursos en aquellos contribuyentes que, conforme a análisis objetivos, presentan una mayor probabilidad de incumplimiento.

A diferencia de los sistemas de control masivo o aleatorio, este modelo se fundamenta en la recopilación, cruce y análisis de datos para construir perfiles de riesgo tributario, los cuales orientan las actuaciones del fisco hacia sujetos o segmentos que requieren una intervención más intensa. Ello no solo potencia la eficiencia del aparato estatal, sino que también fortalece los principios de legalidad, necesidad y racionalidad en las acciones de fiscalización. La OCDE ha sostenido que esta metodología permite optimizar los esfuerzos fiscalizadores sin comprometer los derechos fundamentales, siempre que las decisiones administrativas estén basadas en criterios transparentes, proporcionales y medibles (OCDE, 2024).

En el caso chileno, el artículo 85 ter del CT puede ser interpretado como parte de esta lógica moderna de fiscalización preventiva. Esto, al establecer umbrales cuantitativos sobre la frecuencia y dispersión de abonos bancarios, pretendiendo identificar señales objetivas que sugieran actividad económica informal no declarada. Sin embargo, es fundamental que esta herramienta no sea utilizada como una prueba automática de evasión tributaria. Su función debe ser la de servir como una señal inicial que indique la posible existencia de actividades no declaradas.

A partir de esa señal, el SII debería analizar con mayor detalle cada caso, permitiendo que el contribuyente pueda explicar el origen de sus abonos y ejercer su derecho a defensa. Solo de esa manera se asegura que el proceso fiscalizador respete las garantías legales y el principio del debido proceso. Por tanto, el artículo 85 ter del CT no solo debe entenderse como una norma de fiscalización interna, sino también como una pieza clave para cumplir con los estándares globales de cumplimiento tributario. Su correcta interpretación y aplicación permitirán no solo avanzar en eficiencia recaudatoria, sino también consolidar un modelo tributario basado en la transparencia, la equidad y el respeto por los derechos fundamentales.

2. Contenido de la nueva obligación legal

El artículo 85 ter del CT, como se mencionó anteriormente, fue incorporado por la Ley N° 21.713, la cual establece una nueva obligación legal orientada a enfrentar el fenómeno de la informalidad económica, representando un cambio significativo hacia una fiscalización basada en el análisis de datos financieros, sin levantar el secreto

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

bancario individual. En concreto exige a ciertas entidades financieras informar al SII respecto de los abonos recibidos en cuentas bancarias o similares cuando estos exceden ciertos parámetros. A diferencia del artículo 85 bis del CT, que se basa en umbrales monetarios, el 85 ter del CT se estructura en torno a la cantidad de abonos bancarios.

Para precisar los aspectos operativos y procedimentales del artículo 85 ter del CT, el SII emitió la Circular N° 2 el día 2 de enero de 2025. Este documento interpreta y reglamenta la aplicación práctica de la nueva obligación legal, estableciendo criterios técnicos, definiciones relevantes y procedimientos administrativos que deben observar las entidades financieras para cumplir con los reportes. Así, la circular cumple una función clave en la implementación efectiva de esta norma, ya que permite traducir las disposiciones generales de la ley en lineamientos aplicables en la práctica. A continuación, se presenta un análisis sistemático del contenido de esta obligación, sus implicancias y sus límites tanto jurídicos como operativos.

En cuanto a los sujetos obligados a informar, el artículo 85 ter del CT, establece que están obligadas a reportar aquellas entidades financieras indicadas en la letra a) del artículo 85 bis del CT, esto incluye a bancos, cooperativas de ahorro y crédito², compañías de seguros y otras instituciones reguladas. Sin embargo, la Circular N° 2/2025, precisa que esta obligación alcanza también a aquellas entidades fiscalizadas por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) como, por ejemplo, el Banco del Estado de Chile, y demás empresas bancarias, cualquiera sea su naturaleza. Se incluyen también, en ciertos casos, las entidades fiscalizadas por el Ministerio de Economía, como cooperativas de importancia económica (Circular N° 2, 2025, pág. 3). Así, se delimita con mayor claridad el alcance de los sujetos comprendidos dentro de la obligación legal, sin extenderla más allá de lo establecido por la ley.

En cuanto a los requisitos que activan la obligación de informar, según el artículo 85 ter del CT la obligación se activa cuando en una cuenta se registren más de 50 abonos diarios, semanales o mensuales, o al menos 100 en un semestre, siempre que provengan de personas distintas y el titular no esté cubierto por el artículo 85 bis del CT. Su objetivo es identificar a potenciales contribuyentes informales sin vulnerar el secreto bancario, ya que no se informan identidades individuales, sino solo montos agregados. Por, por esto, lo relevante es la frecuencia y variedad de los depósitos, lo que podría ser indicativo de una actividad económica regular no declarada.

² Cooperativas cuya finalidad exclusiva es ofrecer servicios de intermediación financiera destinados exclusivamente al beneficio de sus socios.

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

Asimismo, la Circular N° 2/2025, detalla que se deben considerar todas las cuentas que el titular posea en la entidad que reporta, en tal sentido, si un contribuyente es titular, por ejemplo, de una cuenta corriente y una cuenta vista en la misma institución, los abonos registrados en ambas deberán sumarse para efectos del control cuantitativo previsto en la norma. Sin embargo, no se deben reportar los nombres de quienes depositaron ni los motivos específicos de los abonos, resguardando así el secreto bancario (Circular N° 2, 2025, pág. 2).

En cuanto a las facultades especiales del SII, el inciso cuarto del artículo 85 ter del CT también permite al SII requerir información directa si sospecha sub-declaración (Circular N° 2, 2025, pág. 4). Sin embargo, este enfoque busca captar transacciones menores, pero repetidas. La Circular mencionada anteriormente, regula esta facultad estableciendo que dicho requerimiento debe ser formalmente notificado de conformidad a los artículos 11 y siguientes del CT, lo que garantiza el debido proceso. Asimismo, equilibra la fiscalización preventiva con la protección de derechos fundamentales, interpretándose en conjunto con los artículos 35, 62 y 206 del Código Tributario y bajo principios como legalidad y reserva legal.

Respecto al contenido del reporte, según el artículo 85 ter del CT lo que se debe informar no es el detalle de cada transacción ni la identidad de quienes realizan los abonos, sino más bien los datos generales y acumulativos, es decir, el reporte debe incluir la identificación del titular de la cuenta, ya sea persona natural o jurídica, el tipo y número interno de la cuenta, la cantidad de abonos y el monto total acumulado. De esta misma manera, la Circular N°2/2025, especifica que también debe indicarse el período del reporte, la cantidad de personas distintas que realizaron abonos y el monto total de estos, expresado en pesos chilenos.

En cuanto a la periodicidad de la entrega de la información, esta se debe enviar dos veces al año, esto es, en los meses de julio y enero, respecto de los abonos registrados durante el semestre inmediatamente anterior. Como se mencionó anteriormente, el artículo primero transitorio de la Ley N° 21.713 dispuso que el primer reporte semestral debía realizarse respecto del segundo semestre de 2024, sin embargo, esta norma no indica en qué fecha debe remitirse este reporte, y considerando la publicación de esta ley, además de que los reportes deben ser remitidos por semestre completos, como lo indica el artículo 85 ter del CT, las entidades financieras deberán reportar en julio de 2025 e informar los abonos realizados a contar de enero del mismo año (Circular N° 2, 2025, pág. 7).

En cuanto al uso y la eliminación de la información, el artículo 85 ter del CT establece que la información recabada por el SII podrá servir como base para iniciar un proceso de fiscalización. En caso de que dicha información no dé lugar a una acción fiscalizadora, deberá ser eliminada en un plazo máximo de tres años desde su recepción. Asimismo, las entidades financieras deberán eliminar los reportes que hayan remitido al SII dentro de los treinta días siguientes a su envío.

Por su parte, la Circular N° 2/2025 complementa esta disposición indicando que, para dar cumplimiento efectivo al principio de reserva, el organismo tributario debe

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

registrar la fecha de recepción de la información en su sistema interno. Esta medida permite controlar el cumplimiento de los plazos de eliminación y garantizar que la información no utilizada en procesos formales no permanezca en poder del Estado más allá de lo permitido. La circular mencionada anteriormente, también establece que la obligación de eliminar la información no se aplica en aquellos casos en que se haya iniciado una acción de fiscalización, siendo un supuesto en el cual el uso de los datos se justifica dentro de las competencias del SII.

En este mismo sentido, la normativa tributaria chilena no solo establece obligaciones para las entidades financieras, sino también para los propios funcionarios del SII, respecto al uso y tratamiento de la información recabada en virtud del artículo 85 ter del CT. En efecto, uno de los pilares fundamentales que legitima el sistema de fiscalización preventiva basado en datos bancarios es el respeto irrestricto al principio de confidencialidad. Por ello, el ordenamiento jurídico contempla sanciones penales específicas para los funcionarios públicos que infrinjan este deber de reserva, configurando una doble garantía, esto es, para los contribuyentes, en cuanto a la protección de su privacidad, y para el sistema tributario, en cuanto a la credibilidad institucional de sus órganos fiscalizadores.

En particular, el artículo 35 del CT, establece el carácter reservado de la información obtenida por el SII en el ejercicio de sus funciones, y su divulgación no autorizada constituye una infracción grave. Esta norma se complementa con el artículo 206 del mismo cuerpo legal, que dispone penas de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años) y multas de 70 a 500 UTM para aquellos funcionarios públicos que den a conocer antecedentes reservados o confidenciales sin autorización legal (Falcón Romero, 2024, pág. 69). Además, dicha infracción puede derivar en sanciones administrativas como la destitución del cargo, conforme al Estatuto Administrativo, especialmente cuando se vulnera la fe pública o se afecta la integridad del proceso de fiscalización.

En consecuencia, el régimen penal aplicable a los funcionarios públicos del SII que infrinjan el deber de confidencialidad no constituye un mero accesorio normativo, sino una garantía estructural del modelo de fiscalización basado en riesgo. La posibilidad de imponer sanciones penales personales a los funcionarios responsables fortalece el estándar de diligencia en el tratamiento de la información, desincentivando filtraciones arbitrarias o usos indebidos con fines distintos a los autorizados por ley. De este modo, se busca asegurar que la expansión de las facultades fiscalizadoras no implique una regresión en los derechos fundamentales del contribuyente, sino que se mantenga dentro de un marco legal respetuoso, controlado y transparente.

Asimismo, es importante destacar que el tratamiento de información financiera por parte del SII se encuentra sujeto al respeto del derecho a la protección de datos personales, garantizado en el artículo 19 N° 4 de la CPR y en la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada publicada el 28 de agosto de 1999. En este sentido, si bien la norma evita identificar a los depositantes y fija plazos de eliminación, sigue siendo necesario evaluar si las medidas técnicas y legales son suficientes para asegurar la

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

confidencialidad, integridad y finalidad de

los datos tratados. Por ende, una omisión en este ámbito podría comprometer el principio de proporcionalidad y abrir espacio a prácticas fiscalizadoras incompatibles con los estándares constitucionales de protección de la vida privada.

Por esta razón, la incorporación del artículo 85 ter del CT, tiene importantes implicancias en la forma en que el Estado puede monitorear y fiscalizar la actividad económica de los contribuyentes. La principal utilidad de la información recabada por esta vía no es inmediata ni automática, sino que se enmarca dentro de una estrategia más amplia de análisis de datos por parte del SII.

Tal como señala la Circular N° 2/2025, la información recibida servirá como insumo para determinar si existen antecedentes suficientes que justifiquen el inicio de una fiscalización, ya sea mediante revisiones preventivas, auditorías o requerimientos adicionales de información. Sin embargo, no todos los contribuyentes reportados serán objeto de una acción fiscalizadora, lo que busca dar garantías de proporcionalidad y evitar el uso indiscriminado de los datos.

Desde la perspectiva tributaria, este mecanismo permite al SII detectar conductas que podrían indicar la existencia de actividades económicas no declaradas, especialmente cuando se observa una alta frecuencia de depósitos desde múltiples fuentes. En estos casos, el organismo podrá contrastar la información bancaria con las declaraciones de impuestos del contribuyente y, si detecta inconsistencias, iniciar procesos de revisión.

Además, si el contribuyente no coopera o entrega respuestas insuficientes, el artículo 62 del Código Tributario permite al SII acudir a un procedimiento abreviado para solicitar judicialmente el levantamiento del secreto bancario. El Tribunal Tributario y Aduanero correspondiente evaluará si se cumplen los requisitos y, de ser así, autorizará el acceso a información más detallada sobre los movimientos del contribuyente.

Por tanto, estos efectos potencian el rol fiscalizador del Estado y apuntan a reducir la evasión, sin vulnerar el derecho a la privacidad, ya que los datos individuales de quienes realizan los depósitos no son revelados en el reporte inicial. A su vez, la información recabada no puede ser usada para otros fines ni divulgada públicamente. Como se mencionó anteriormente, según lo establecido en los artículos 35 y 206 del CT, esta información tiene carácter reservado, y su uso indebido puede acarrear sanciones penales y administrativas para los funcionarios responsables (Falcón Romero, 2024, págs. 68-69).

En cuanto a los límites de aplicación, a pesar de la amplitud de la obligación establecida en el artículo 85 ter del CT, se ha discutido su alcance efectivo respecto de ciertos instrumentos financieros no tradicionales. Un caso especialmente representativo es el de las tarjetas de prepago no bancarias, tales como las emitidas por Tenpo, Mercado Pago o Copec Pay. Estas tarjetas, al no ser emitidas por entidades clasificadas

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

como “financieras” conforme a la letra a) del artículo 85 bis del CT, no se encuentran sujetas a la obligación de reportar los abonos recibidos, aun cuando se superen los umbrales de 50 o 100 depósitos establecidos por la norma.

Esta exclusión ha generado críticas desde algunos sectores, que consideran que puede crear espacios de informalidad difíciles de fiscalizar. Sin embargo, la normativa vigente contempla que, en virtud del artículo 68 del CT, los emisores de medios de pago electrónicos -aunque no sean bancos- deben exigir a sus clientes que acrediten el inicio de actividades si utilizan estos instrumentos con fines comerciales.

En este contexto, el foco del SII se ha centrado en la intención del uso de los fondos, más que en el tipo de cuenta. Por ejemplo, el SII ha establecido que no fiscalizará abonos asociados a actividades sociales, familiares o solidarias como rifas escolares o cuotas comunitarias, ya que no implican evasión tributaria. Por último, se ha enfatizado que la información reportada no se utiliza automáticamente como desencadenante de auditorías. La Circular N° 2/2025 establece que esta será evaluada en conjunto con otros antecedentes disponibles, conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad, para evitar un uso indiscriminado o invasivo de la norma.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento, el artículo 85 ter del CT establece un régimen sancionatorio detallado para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reportar abonos bancarios por parte de las entidades financieras. En caso de que una institución obligada no remita la información al SII en forma oportuna y completa, se aplicará una multa de 1 unidad tributaria anual (UTA) por cada cuenta que debió haber sido informada. Esta sanción puede alcanzar un máximo de 500 UTA por cada semestre en que se omitió el reporte, según lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 85 ter del CT. Asimismo, la entrega de información falsa también se sanciona con una multa de hasta 100 UTA, conforme al artículo 97 N° 4 del CT.

En conjunto, la Circular N° 2/2025, detalla el procedimiento sancionatorio, en el cual el SII notificará a la entidad financiera para que cumpla con la obligación omitida dentro del plazo de un mes. Si esta no lo hace, el caso será remitido al Tribunal Tributario y Aduanero, que podrá aplicar la multa conforme a los antecedentes. También existen responsabilidades para el propio SII, esto es, que la información recibida que no sea utilizada en un proceso de fiscalización debe ser eliminada en un plazo máximo de tres años desde su recepción.

Cabe recordar que, si un funcionario del SII infringe la obligación de confidencialidad, podría enfrentar sanciones graves tales como, presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 70 a 500 unidades tributarias mensuales (UTM), e incluso la destitución del cargo conforme al Estatuto Administrativo (Circular N° 2, 2025, pág. 7). Este conjunto de sanciones busca resguardar la seriedad del sistema, incentivar el cumplimiento y proteger los derechos de los contribuyentes frente a eventuales abusos.

3. Conclusiones preliminares sobre el marco normativo

A modo de cierre, puede afirmarse que la incorporación del artículo 85 ter del CT es un importante punto en la política de fiscalización chilena. Esta norma producto de una compleja discusión legislativa, como se mencionó anteriormente, responde a la necesidad de modernizar las herramientas del Estado frente a un fenómeno persistente como es la informalidad económica. De hecho, su adopción evidencia una tendencia hacia la utilización de información financiera estructurada como insumo primario para la detección de conductas tributarias atípicas.

La revisión de los antecedentes normativos y legislativos demuestra que el artículo 85 ter del CT fue diseñado como un mecanismo de alerta temprana, evitando el levantamiento directo del secreto bancario, pero permitiendo al SII identificar patrones sospechosos mediante umbrales de frecuencia y dispersión de abonos. Este diseño técnico-jurídico refleja una opción legislativa deliberada por una fiscalización no invasiva, en línea con los estándares promovidos por la OCDE sobre fiscalización basada en riesgo.

Sin embargo, su formulación y posterior implementación no están exentas de críticas y desafíos. Uno de los principales riesgos señalados por la doctrina y parte del debate parlamentario radica en la posibilidad de que la norma, si es aplicada sin criterios de proporcionalidad ni garantías sustantivas, derive en fiscalizaciones masivas o discriminatorias (BCN, 2024). Tal como ha advertido la doctrina especializada, el principio de proporcionalidad es un límite esencial al poder fiscalizador y su omisión puede derivar en vulneraciones al debido proceso.

Desde una perspectiva de política tributaria, el artículo 85 ter del CT refleja un giro hacia la fiscalización preventiva basada en grandes volúmenes de datos, lo que plantea importantes exigencias técnicas y éticas al SII. Así, la implementación de esta norma requiere una adecuada infraestructura tecnológica, protocolos que sean claros al momento de la implementación y la destrucción de datos, además de una fiscalización focalizada, para que no se transforme en una vigilancia generalizada incompatible con un Estado de Derecho.

Asimismo, a nivel doctrinal esta norma se inscribe en lo que se ha denominado “fiscalización inteligente”, donde la información actúa como base para construir hipótesis de evasión que luego deben validarse en procedimientos que aseguren el debido proceso. Si bien, este tipo de fiscalización es eficiente, puede tensionar el principio de legalidad y el derecho a la privacidad, por lo que exige un monitoreo continuo y un compromiso por parte del legislador y la administración tributaria para no desnaturalizar su propósito inicial. Por tanto, el artículo 85 ter del CT debe ser interpretado conforme a los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en su aplicación práctica (BCN, 2024).

En definitiva, el capítulo ha expuesto los antecedentes normativos, legislativos y técnicos que dieron origen al artículo 85 ter del CT, así como los elementos sustantivos que permiten comprender su estructura y propósito. Lo anterior, permite contar con un

marco conceptual robusto para abordar el análisis de las consecuencias concretas que esta nueva obligación puede generar. Por ello, a continuación, se procederá a examinar sus efectos directos e indirectos, tanto en términos de eficiencia fiscal como de equidad tributaria, asimismo, sus implicancias operativas y sociales en la lucha contra la informalidad económica en Chile.

2. CONSECUENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR ABONOS BANCARIOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA

La entrada en vigencia del artículo 85 ter del CT, incorporado por la Ley N° 21.713, ha generado una serie de efectos que deben ser analizados no solo desde una perspectiva normativa, sino también en relación con sus proyecciones prácticas y sus implicancias institucionales. En este contexto, el presente capítulo tiene por finalidad examinar las consecuencias directas e indirectas derivadas de la implementación de esta nueva obligación legal. A diferencia del capítulo anterior, que abordó la estructura, contenido y fundamentos normativos del artículo 85 ter del CT, en esta segunda parte se busca ofrecer un análisis centrado en los efectos concretos que esta disposición genera sobre el sistema tributario, los contribuyentes y las instituciones financieras.

Para ello, se parte de una distinción metodológica entre consecuencias directas, entendidas como aquellas que derivan de manera inmediata del cumplimiento de la obligación de informar abonos bancarios, y consecuencias indirectas, que corresponden a los impactos secundarios, sistémicos o sociales que pueden manifestarse en ámbitos no previstos directamente por la norma. Sin embargo, el análisis de estas consecuencias no se limitará a una enumeración descriptiva, sino que incorporará una evaluación crítica respecto a la eficacia de la medida en el combate contra la informalidad.

En este marco, se dedicará la primera sección a revisar las consecuencias directas del artículo 85 ter del CT, lo que incluye su impacto en la fiscalización tributaria, los cambios en la conducta de los contribuyentes y las implicancias legales y operativas para las instituciones obligadas. Posteriormente se examinarán las consecuencias indirectas, incluyendo posibles efectos no deseados como la bancarización inversa, el uso de instrumentos financieros no regulados, la afectación a sectores vulnerables y las tensiones con el derecho a la privacidad y protección de datos personales.

1. Consecuencias directas y su análisis crítico

La principal consecuencia directa de la incorporación del artículo 85 ter del CT es el fortalecimiento del proceso de fiscalización preventiva a través de mecanismos de alerta temprana basados en datos bancarios estructurados. En efecto, al establecer umbrales objetivos como, la cantidad de abonos recibidos en cuentas bancarias dentro de un periodo determinado, el SII adquiere una herramienta novedosa para identificar señales de posible informalidad tributaria sin necesidad de levantar el secreto bancario. Este diseño le permite realizar un control masivo, automatizado y estadístico. Dicho

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

modelo permite focalizar recursos fiscales en contribuyentes con mayor posibilidad de evasión, evitando fiscalizaciones aleatorias y aumentando la eficiencia institucional.

Sin embargo, esta nueva capacidad también impone desafíos operativos relevantes como, el volumen de datos que deberán ser procesados semestralmente lo cual es significativo, por lo que la eficacia de esta obligación dependerá, en gran medida, de la infraestructura tecnológica del SII. Ello podría requerir la implementación de sistemas robustos de análisis de datos, inteligencia artificial y perfiles de riesgo tributario que permitan transformar información cuantitativa en hipótesis fiscalizables. En caso contrario, podría generarse una sobrecarga operativa que afecte la capacidad del SII para actuar con celeridad y pertinencia (Medina Saavedra, 2024).

Además, el artículo 85 ter del CT otorga la posibilidad de iniciar procedimientos fiscalizadores basados en la frecuencia y dispersión de abonos, lo que redefine la noción de indicio de evasión, alejándola de montos específicos y acercándola a patrones conductuales. Esta interpretación, aunque es útil desde la perspectiva de control, podría tensionar los principios de tipicidad y legalidad si no se acompaña de criterios objetivos y verificables sobre qué constituye una actividad sospechosa. Por tanto, la correcta aplicación del artículo mencionado exige protocolos internos precisos y garantistas.

Por añadidura, el impacto en la fiscalización tributaria también se traduce en una mayor presión institucional hacia la formalización de sectores informales. Al percibir que el sistema detectará actividades atípicas, muchos contribuyentes podrían regularizar su situación tributaria por temor a eventuales sanciones. Este efecto disuasivo, si bien es favorable para la recaudación, debe ir acompañado de mecanismos de educación tributaria y fomento a la formalización, especialmente en sectores vulnerables (Medina Saavedra, 2024). De lo contrario, la herramienta podría transformarse en una herramienta regresiva, que castiga la informalidad por necesidad sin ofrecer alternativas de integración formal efectiva.

Aparte de esto, una consecuencia directa de la implementación del artículo 85 ter del CT es el cambio en la conducta de los contribuyentes, tanto en términos de cumplimiento como en estrategias de evasión o adaptación. Esta norma al establecer umbrales objetivos de abonos bancarios que activan reportes al SII, genera un efecto disuasivo que puede inducir a una mayor autorregulación en quienes operan al margen de la fiscalidad formal. Es decir, se configura un incentivo negativo para evitar la concentración de depósitos en cuentas bancarias, lo que podría motivar a ciertos actores económicos a iniciar actividades, emitir boletas, declarar ingresos u optar por regímenes simplificados.

No obstante, también se debe prever un fenómeno de elusión informal, esto es, el uso de mecanismos alternativos para sortear los controles sin necesariamente ingresar al sistema tributario. Entre estos mecanismos se incluyen el uso intensivo de dinero en efectivo, el traspaso de fondos a través de cuentas de terceros no relacionados, o la migración hacia plataformas de pago que no están sujetas a fiscalización directa como billeteras digitales no bancarias (Tenpo, Mercado Pago, entre otras), lo que se transforma en una consecuencia indirecta quella cual se mencionará más

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

adelante. Estas formas de evasión conductual no implican necesariamente una vulneración explícita de la norma, pero sí debilitan sus efectos estructurales.

Por otro lado, un aspecto importante a considerar es el efecto psicológico que esta norma puede generar en los contribuyentes (Díaz Guitart, 2024). Aunque el artículo 85 ter del CT no revela información individual ni implica un control directo sobre cada persona, su sola existencia puede generar la sensación de que las operaciones bancarias están siendo constantemente monitoreadas. Esta percepción de vigilancia podría afectar la confianza de ciertos sectores en el sistema financiero formal, especialmente entre quienes desarrollan actividades económicas informales.

Como consecuencia, podría disminuir el uso de cuentas bancarias o promover una utilización limitada de los servicios financieros, lo cual contradice las políticas públicas de inclusión financiera que buscan precisamente ampliar el acceso al sistema bancario. En términos prácticos, una medida diseñada para reducir la informalidad podría, paradójicamente, consolidar prácticas financieras informales como el uso exclusivo de efectivo o de instrumentos no regulados.

Desde una mirada sociológica, la implementación de esta norma también puede acentuar desigualdades entre los contribuyentes, dependiendo de su nivel de conocimiento financiero y tributario. Aquellos con mayor información o asesoría podrían modificar su comportamiento con el fin de no ser reportados al SII. En cambio, personas sin información tributaria o con escaso acceso a orientación profesional podrían no entender el ámbito de aplicación de la norma y terminar siendo informadas sin saberlo, lo que podría dar lugar a fiscalizaciones que, aunque legalmente válidas, resultan injustas desde el punto de vista de la equidad.

En definitiva, el comportamiento de los contribuyentes frente a la obligación de informar abonos bancarios no será uniforme. Mientras algunos optarán por integrarse al sistema frontal como estrategia de mitigación de riesgos, otros podrían desarrollar nuevas formas de evasión no fiscalizadas. Por ello, el impacto de esta norma en la conducta tributaria depende, en gran medida, de cómo el Estado la comunique, acompañe y regule en el tiempo.

Respecto a las entidades financieras, son consideradas como sujetos pasivos de la obligación impuesta por el artículo 85 del CT, las cuales enfrentan un conjunto de implicancias operativas, técnicas y legales que afectan directamente su rol en el sistema fiscal chileno. Esta norma, les exige monitorear de forma continua los abonos en cuentas bancarias, identificar los titulares sujetos al umbral de reportabilidad y enviar los informes requeridos al SII en los plazos legales. Para ello, deben desarrollar o adaptar sistemas informáticos que permitan filtrar operaciones con base en la cantidad de depósitos y la diversidad de remitentes, sin revelar identidades, motivos y montos de los abonos.

Este mandato genera una carga administrativa relevante, especialmente para instituciones medianas o pequeñas que no cuentan con tecnologías avanzadas de procesamiento de datos. De hecho, la Circular N°2/2025 reconoce la necesidad de que

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

las instituciones financieras desarrollos procedimientos internos que garanticen la calidad, completitud y seguridad de los datos reportados (Circular N° 2, 2025, págs. 2-4). Esta exigencia implica costos adicionales en personal, software y auditoría, los cuales no siempre pueden ser transferidos al usuario sin efectos reputacionales o comerciales. Así, el cumplimiento de esta norma podría tensionar el principio de eficiencia económica del sistema bancario.

Otro aspecto central es la responsabilidad legal que asumen las instituciones financieras por el cumplimiento de esta obligación. El artículo 85 ter del CT contempla multas de hasta 500 UTA por semestre por no informar correctamente las cuentas que superan los umbrales, además de sanciones específicas por entregar información falsa (Circular N° 2, 2025, pág. 6). Por esto, las entidades financieras deben evaluar cuidadosamente los procedimientos de control interno, los protocolos de validación y las estrategias de defensa ante eventuales requerimientos del SII o impugnaciones de los titulares de cuentas.

Asimismo, cuando la infracción excede el plano meramente administrativo y se configura una conducta dolosa, el ordenamiento jurídico contempla sanciones penales expresas. El artículo 97 N°4 del CT sanciona a quienes, con ocasión de un proceso de fiscalización, entreguen maliciosamente antecedentes falsos, incompletos o adulterados, o bien oculten información relevante con el objeto de inducir un error al SII. Esta disposición contempla penas de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años), además de multas que pueden alcanzar las 400 UTM.

En el contexto del artículo 85 ter del CT, esta norma cobra especial relevancia si las entidades financieras, o sus representantes, manipulan deliberadamente los reportes que debe enviar al SII, omiten cuentas sujetas a fiscalización o alteran los datos en forma dolosa para cubrir operaciones irregulares. En estos casos, no solo se configura una infracción administrativa sino un delito tributario que puede ser perseguido penalmente.

En efecto, este marco sancionatorio robusto busca reforzar el cumplimiento efectivo de la obligación de informar y prevenir que el sistema de fiscalización sea desnaturalizado mediante prácticas fraudulentas. Así, se complementa el modelo de fiscalización preventiva con un régimen penal subsidiario aplicable a los casos más graves y maliciosos de incumplimiento. De esta forma, se establece una respuesta jurídica proporcional a la gravedad de la conducta, asegurando que la integridad del sistema tributario no depende únicamente de sanciones administrativas.

Por otra parte, las instituciones financieras podrían enfrentar reclamos de clientes que consideren afectada su privacidad o que sean objeto de fiscalización por actividades no comerciales como, por ejemplo, las colectas familiares o transferencias solidarias, aunque la norma y su circular los excluyen de ser fiscalizados (Servicio de Impuestos Internos, 2025), la existencia de reportes semestrales podría erosionar la relación de confianza entre bancos y clientes, especialmente si no se comunica adecuadamente el carácter estadístico y no punitivo del reporte.

En suma, la aplicación del artículo 85 ter del CT representa para las entidades financieras una exigencia concreta que va más allá de la mera entrega de información. Esta obligación conlleva desafíos operativos como la adaptación de sistemas informáticos y la capacitación de personal, también los riesgos jurídicos de eventuales incumplimientos o errores en el reporte, y las posibles consecuencias negativas en la imagen o confianza que los clientes tienen en la institución, especialmente si estos perciben una afectación a su privacidad. Por ello, su cumplimiento exige especial atención en el diseño de procedimientos internos que aseguren precisión, legalidad y resguardo de la confianza del usuario.

2. Consecuencias indirectas y su análisis crítico

Una de las consecuencias indirectas más relevantes, pero muchas veces invisibilizada en el discurso oficial, es el riesgo de que la aplicación del artículo 85 ter del CT no reduzca efectivamente la informalidad. Si bien su objetivo declarado es prevenir y detectar actividades económicas no declaradas mediante umbrales objetivos de abonos bancarios, su implementación podría generar el efecto inverso al esperado, es decir, un desplazamiento de las actividades informales hacia formas de transacción menos trazables, más opacas y difíciles de fiscalizar.

Lo anterior podría manifestarse, por ejemplo, en el aumento del uso del dinero en efectivo, lo que va directamente en contra de las políticas de trazabilidad y digitalización promovidas por el Estado. Asimismo, otra derivada crítica, es la eventual migración hacia instrumentos financieros no regulados o insuficientemente supervisados como las tarjetas de prepago no bancarias, o incluso el uso de criptomonedas en contextos de comercio informal. Estas plataformas no están comprendidas dentro del universo de entidades obligadas por el artículo 85 ter del CT, lo cual constituye una brecha normativa significativa que puede ser aprovechada por quienes desean evitar la visibilidad fiscal.

Este fenómeno es especialmente problemático porque puede dar lugar a una segmentación del mercado financiero, donde los contribuyentes formales continúan operando en canales trazables, mientras que los actores informales desplazan sus operaciones a circuitos paralelos (Palma Schiller, 2024). Por tanto, en lugar de una integración tributaria progresiva, se corre el riesgo de consolidar dos economías en paralelo: una visible y una encubierta.

Desde una perspectiva crítica, se evidencia aquí una falta de diagnóstico integral sobre la informalidad económica. El legislador asumió que el uso de cuentas bancarias es el canal preferente de quienes evaden impuestos, pero no consideró que la informalidad se da especialmente en sectores vulnerables, y que opera en dinámicas mucho más complejas, sostenidas principalmente por la confianza interpersonal, manejo del dinero en efectivo y por condiciones de informalidad financiera estructural, donde los actores desconfían de los bancos no por desinterés, sino por exclusión histórica.

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

Según el Boletín de Informalidad Laboral N° 30 del INE correspondiente al trimestre enero- marzo de 2025, la tasa de ocupación informal en Chile fue de 25,8% con un total de 2.420.033 personas trabajando en condiciones informales. Esta cifra representa una disminución de 7,4% respecto al mismo periodo del año anterior. La informalidad afecta en mayor medida a las mujeres (27,1%) que a los hombres (24,8%), y se concentra en los extremos etarios: personas mayores de 65 años (55,2%) y jóvenes entre 15 y 24 años (36,6%). Además, el 66,2% de los trabajadores por cuenta propia se desempeña en condiciones informales. Estos datos evidencian que la informalidad laboral no es un fenómeno aislado ni homogéneo, sino una problemática estructural que afecta especialmente a los grupos más vulnerables del mercado laboral chileno (INE, 2025).

Asimismo, según el estudio “Empleo informal en América Latina: grupos más propensos” (CEPAL, 2024), entre 2013 y 2022 la mayoría de los empleos creados en la región han sido informales, con una tasa de ocupación informal estimada entre el 49% y 52% del total de trabajadores. Así, al analizar distintos grupos socioeconómicos se observa que la informalidad presenta una clara brecha estructural, esto es, es mayor entre mujeres, jóvenes y adultos mayores; aumenta en zonas rurales frente a urbanas; y es más frecuente entre migrantes y trabajadores con bajos niveles de educación. Por tanto, este panorama evidencia que la informalidad no es un fenómeno aislado, sino un desafío sistémico ligado a desigualdades multidimensionales.

En este mismo sentido, muchas personas realizan transacciones económicas fuera del sistema bancario, confiando en relaciones personales tales como, familiares, vecinos, amigos, etc., en lugar de intermediarios formales, esto es, que no se utiliza boleta o factura. Esta lógica responde a contextos en los que la palabra o el vínculo directo sustituyen los mecanismos institucionales de registro y trazabilidad.

Al mismo tiempo, como se mencionó anteriormente, la exclusión del sistema financiero formal no obedece a una elección consciente, sino a barreras estructurales como la falta de acceso a cuentas bancarias, desconfianza histórica hacia las instituciones financieras o escasa alfabetización financiera y digital, que impiden operar formalmente incluso a quienes lo desearían.

En consecuencia, si no se acompañan medidas estructurales de educación, inclusión financiera y modernización normativa, el artículo 85 ter del CT puede convertirse en una herramienta que refuerce la informalidad, en lugar de combatirla. Esta paradoja debe ser enfrentada con reformas integrales que aborden la informalidad no como una conducta ilícita aislada, sino como un fenómeno estructural relaciona con la exclusión social, falta de acceso a capital y la desconfianza en el aparato estatal.

Por otro lado, otra crítica relevante hacia el artículo 85 ter del CT es su impacto potencial sobre los derechos fundamentales, particularmente en el derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales, consagrado en el artículo 19 N° 4 de la CPR. Aunque el diseño legal de la norma evita revelar la identidad de los remitentes y limita el contenido del reporte a información estadística, ello no elimina el riesgo de

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

que, mediante cruces de datos, se pueda perfilar de forma indirecta la actividad económica de un contribuyente.

Este tipo de fiscalización algorítmica o estadística, si bien útil desde el punto de vista de eficiencia, puede generar un efecto inhibidor sobre los derechos de las personas, creando una sensación de vigilancia constante (Borges, 2024). El solo hecho de ser reportado por superar un umbral cuantitativo puede resultar estigmatizante, incluso si la persona no está incurriendo en ninguna conducta ilegal. Este riesgo se agudiza si el SII utiliza estos reportes como un recurso para seleccionar contribuyentes a fiscalizar sin criterios transparentes y garantistas.

En este contexto, resulta imprescindible que la fiscalización no se convierta en una herramienta intimidante ni en un medio de presión arbitrario. Tal como advierte Fraga-Pittaluga “es inadmisible que la fiscalización se conduzca como una emboscada, o como un procedimiento seudo-policial destinado a amedrentar, atemorizar y acorralar al sujeto pasivo” (Fraga-Pittaluga, 2023, pág. 82). Su advertencia cobra especial relevancia cuando el uso de datos cuantitativos puede derivar en fiscalizaciones sin base individualizada ni garantías suficientes.

Más aún, la ausencia de un régimen jurídico robusto sobre la protección de datos personales, sumado al uso intensivo de información bancaria, genera una crítica sobre el principio de proporcionalidad (Diario Constitucional, 2025). Cabe destacar, que la doctrina ha señalado que toda medida que afecte a los derechos fundamentales debe cumplir con los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad directa. No obstante, el artículo 85 ter del CT carece de mecanismos externos de control sobre el tratamiento de los datos recibidos, y la eliminación de la información no usada depende exclusivamente del SII, vulnerando así, el principio de independencia en la protección de datos.

También es preocupante la falta de notificación al contribuyente cuando su información ha sido reportada, lo que impide el ejercicio oportuno de mecanismos de defensa o aclaración. Por esta omisión se puede configurar una forma de “fiscalización silenciosa”, en la cual el contribuyente no es informado ni tiene la posibilidad de impugnar hasta que ya existe un proceso en curso.

En definitiva, aunque el artículo 85 ter del CT fue diseñado para respetar el secreto bancario formal, su implementación práctica puede generar una forma de injerencia indirecta en el ámbito de la vida privada, difícil de fiscalizar y con escasos contrapesos institucionales. Lo anterior, plantea un serio desafío para el equilibrio entre eficiencia tributaria y el respeto a los derechos fundamentales, que no puede resolverse solo mediante reglamentación administrativa, sino que requiere una reflexión legislativa más profunda.

Por otro lado, una crítica es el impacto regresivo que el artículo 85 ter del CT puede tener sobre la equidad tributaria en su sentido estructural. Aunque la norma se presenta como una medida natural, enfocada en detectar operaciones frecuentes y dispersas, en la práctica puede profundizar las desigualdades preexistentes en el sistema fiscal chileno. En efecto, ejerce mayor presión sobre sectores informales de baja renta; en

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

tanto que permite que contribuyentes con ingresos significativos, pero fragmentados, queden fuera del radar fiscalizador.

En efecto, la obligación de informar se activa por la cantidad de abonos, no por su monto, lo que en teoría apunta a detectar ingresos formales que escapan a la tributación.

Sin embargo, esta lógica beneficia a quienes reciben ingresos altos en pocas transacciones, mientras que expone a revisión a quienes reciben depósitos pequeños, pero numerosos lo que no siempre refleja una actividad económica elusiva, sino más bien una estrategia de subsistencia. Este diseño legal, al no considerar el contexto económico ni el perfil socioeconómico del titular, puede tener un efecto regresivo, castigando más intensamente a quienes menos tienen y dejando fuera a quienes más podrían tributar.

Desde el enfoque de justicia fiscal, este desequilibrio es altamente problemático. La equidad horizontal, que exige que contribuyentes en situaciones similares sean tratados de igual manera, y la equidad vertical, que demanda a quienes tienen mayor capacidad contributiva soporten una mayor carga, se ven comprometidas cuando una norma como el artículo 85 ter del CT opera sin matices ni filtros de proporcionalidad contextual. Se privilegia la eficiencia estadística por sobre la equidad sustantiva, lo que puede traducirse en una fiscalización inequitativa que termina por fortalecer la desconfianza en el sistema tributario.

Además, se debe considerar que la informalidad económica en Chile no es homogénea, sino que responde a múltiples causas estructurales: exclusión del mercado laboral, complejidad del sistema tributario, brechas de género, entre otras. Por tanto, aplicar una norma de corte tecnocrático sin distinguir entre evasión dolosa y exclusión sistemática constituye una simplificación que desconoce las raíces sociales de la informalidad. De esta forma, el artículo 85 ter del CT puede convertirse en un instrumento que refuerza la desigualdad en lugar de corregirla.

Finalmente, el diseño y aplicación de esta norma no contempla mecanismos explícitos de corrección de estas distorsiones. No hay criterios diferenciadores para microemprendimientos de subsistencia, ni lineamientos para excluir fiscalizaciones que afecten derechos sociales básicos. En síntesis, el artículo 85 ter del CT, si bien persigue una finalidad legítima, puede tener como efecto colateral la consolidación de un sistema tributario que reproduce la desigualdad que dice combatir. Su revisión y aplicación debería incorporar mecanismos de corrección estructural para evitar que la lucha contra la informalidad se transforme en una carga injusta para los más vulnerables.

3. Propuestas de reforma para una fiscalización eficaz y equitativa

En consideración a los efectos observados tras la implementación del artículo 85 ter del CT, se propone reforzar el diseño normativo mediante ajustes que garanticen un control eficaz, sin vulnerar los derechos fundamentales de los contribuyentes. Una primera medida consiste en establecer mecanismos diferenciados para contribuyentes de subsistencia, incorporando filtros sociales que permitan excluir de la fiscalización a

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

quienes operan en contextos de informalidad por necesidad y no por dolo. Esta distinción podría apoyarse en registros administrativos como el Registro social de hogares o en criterios definidos por resolución del SII.

En segundo lugar, se propone fortalecer la transparencia y el control de datos recabados mediante la creación de una obligación de notificación al contribuyente cuando su cuenta sea objeto de reporte. Esta medida permitiría al sujeto afectado ejercer su derecho a la información y entregar antecedentes aclaratorios antes del inicio de una fiscalización formal. Asimismo, se sugiere habilitar una instancia independiente que supervise el uso y la destrucción de los datos financieros obtenidos, para evitar posibles desviaciones o usos arbitrarios de la información recopilada.

Finalmente, y considerando la modificación introducida por la Ley N° 21.755, publicada el 11 de julio de 2025, que modifica cuerpos legales en materia de simplificación regulatoria y promoción de la actividad económica, se valora positivamente que dicha norma haya corregido una de las principales deficiencias del artículo 85 ter del CT, incorporando en el artículo 85 bis del mismo texto legal, a las entidades emisoras de tarjetas de prepago, sean bancarias o no bancarias, como sujetos obligados a reportar.

Esta modificación amplía el alcance del control fiscal, subsanando una significativa laguna normativa. No obstante, se propone que el reglamento o circular correspondiente del SII, defina con claridad los parámetros operativos y estándares de trazabilidad aplicables a estas entidades, a fin de asegurar una implementación eficaz y equitativa. Solo mediante estos ajustes será posible consolidar un sistema de fiscalización moderno, coherente y respetuoso de los principios del derecho tributario.

3. CONCLUSIONES

El presente estudio abordó de forma crítica la incorporación del artículo 85 ter al CT, norma que obliga a las entidades financieras a reportar ciertos abonos bancarios con el objeto de detectar actividades económicas informales. Este mecanismo, introducido por la Ley N° 21.713, representa una innovación en la fiscalización tributaria chilena, al utilizar patrones cuantitativos como umbral de alerta. A través del análisis normativo, legislativo y doctrinal, se constató que esta medida busca mejorar la eficiencia recaudatoria sin levantar el secreto bancario individual. Sin embargo, su aplicación práctica plantea tensiones con principios como la proporcionalidad, la equidad tributaria y el respeto por los derechos fundamentales del contribuyente.

Desde una perspectiva operativa, el artículo 85 ter del CT introduce una lógica de fiscalización preventiva basada en datos estructurados, lo que requiere un alto grado de sofisticación tecnológica por parte del Servicio de Impuestos Internos. Si bien este enfoque puede generar efectos disuasivos positivos, también implica una carga institucional importante y riesgos de automatización fiscal sin criterios claros. Por otro lado, el análisis reveló que su implementación puede producir efectos regresivos, afectando a contribuyentes de subsistencia sin considerar su realidad económica y

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

social. Esto refuerza la necesidad de establecer mecanismos diferenciadores que eviten una fiscalización desigual y descontextualizada.

Asimismo, el trabajo identificó diversas consecuencias indirectas que pueden debilitar el impacto esperado de la norma. Entre ellas se destaca el riesgo de bancarización inversa y el uso de medios de pagos no regulados, como tarjetas prepago o efectivo, lo que podría desplazar la informalidad hacia circuitos menos fiscalizables. No obstante, este punto ha sido parcialmente corregido por la reciente entrada en vigor de la Ley N° 21.755, que modifica el artículo 85 bis del CT, extendiendo la obligación de reportar a los emisores de tarjetas de prepago, bancarias y no bancarias. Esta enmienda permite cerrar una importante laguna normativa, mejorando la coherencia del sistema de fiscalización en el ecosistema financiero digital.

Frente a estos hallazgos, se plantearon propuestas normativas que buscan compatibilizar la eficacia tributaria con el respeto de las garantías del contribuyente. Entre ellas destacan la incorporación de criterios socioeconómicos que excluyan de fiscalización a personas en situación de vulnerabilidad, la creación de un mecanismo de notificación previa al contribuyente informado, y el fortalecimiento de un órgano externo de control del uso de los datos financieros. Así, estas medidas permitirían reducir el margen de discrecionalidad institucional y avanzar hacia un modelo de fiscalización basado en el riesgo, equitativo y transparente.

En definitiva, el artículo 85 ter del CT constituye un paso significativo en la modernización de la fiscalización tributaria chilena, alineado con estándares internacionales como los promovidos por la OCDE. Sin embargo, su eficacia real dependerá de la forma en que sea aplicado por la Administración tributaria, así como de su capacidad para integrar mecanismos de corrección estructural. Esta investigación ha permitido demostrar que la lucha contra la informalidad no puede descansar exclusivamente en herramientas tecnocráticas, sino que debe ir acompañada de una comprensión profunda de sus causas sociales y económicas. Solo así será posible construir un sistema tributario más justo, eficiente y respetuoso de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTE MEJÍAS, C. (2020). *Curso sobre derecho tributario y código tributario. Tomo I y II* (8 ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- BCN. (2024). *Historia de la Ley N° 21.713*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1207746>
- BCN (2024) *Ley 21.713. Dicta normas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias dentro del pacto por el crecimiento económico, el progreso social y la responsabilidad fiscal*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1207746>
- BORGES, H. (2024). *Cooperativa*. Obtenido de Obligación de informar nuestros depósitos: ¿Qué tan eficaz es esta medida?: <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/economia/obligacion-de-informar-nuestros-depositos-que-tan-eficaz-es-esta/2024-05-07/141408.html>
- CEPAL. (2024). *Empleo informal en América Latina: Grupos más propensos*. Obtenido de <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/87470164-6ff9-4cff-a836-b9ae88ccc7e3/content>
- CÓDIGO TRIBUTARIO. (1974). Decreto Ley 830 .
- DIARIO CONSTITUCIONAL. (2025). *Principio de proporcionalidad*. Recuperado el 24 de 06 de 2025, de <https://www.diarioconstitucional.cl/temas-civicos/principio-de-proporcionalidad/>
- DIAZ GUITART, C. (2024). *SII y las 50 transferencias: mitos y realidades*. Obtenido de EstadoDiario: <https://estadodiario.com/columnas/sii-y-las-50-transferencias-mitos-y-realidades/>
- FALCÓN ROMERO, G. (2024). *Curso sobre fiscalización tributaria. Parte general. Tomo I*. Santiago: Editorial Libromar.
- FRAGA-PITTALUGA, L. (2023). Los derechos del contribuyente en los procedimientos constitutivos de los actos de contenido tributario. En L. Fraga-Pittaluga, *La defensa del Contribuyente* (págs. 81-97). Editorial Ediciones Olejnik.
- GOBIERNO DE CHILE. (2024). *"¿Que dice la nueva Ley de Cumplimiento Tributario sobre transferencias bancarias?* Recuperado el 03 de abril de 2025, de <https://www.gob.cl/noticias/transferencias-bancarias-ley-cumplimiento-tributario-funcionamiento-combatir-informalidad/>
- GONZÁLEZ SILVA, L. (2024). Ley sobre cumplimiento de obligaciones tributarias. *Revista de Estudios Tributarios*(32), 15. Recuperado el 03 de abril de 2025, de <https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/77994>

- INE. (2025). *Boletín Estadístico: Informalidad Laboral. Edición 29.* Obtenido de https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/informalidad-y-laborales/boletines/2024/ene-informalidad-29.pdf?sfvrsn=493fe769_5 condiciones-laborales/boletines/2024/ene-informalidad-29.pdf?sfvrsn=493fe769_5
- INE. (2025). *Boletín Estadístico: Informalidad Laboral. Edición N° 30.* Obtenido de https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/informalidad-y-laborales/boletines/2025/ene-informalidad-30.pdf?sfvrsn=942a93c7_9 condiciones-laborales/boletines/2025/ene-informalidad-30.pdf?sfvrsn=942a93c7_9
- Massone, P. (1969). *El hecho jurídico tributario.* Santiago: Editorial Esmeralda.
- MATUS, M., & PEREZ, A. (2023). *Manual de Código Tributario* (decimotercera ed.). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- MEDINA SAAVEDRA, D. (2024). *Nueva Ley de Cumplimiento Tributario: ¿Cómo afectará a quienes reciben múltiples transferencias?* Obtenido de Noticias UdeC: <https://noticias.udc.cl/nueva-ley-de-cumplimiento-tributario-como-afectara-a-quienes-reciben-multiples-transferencias/>
- NAVARRO-SCHIAPPACASSE, M. (2024). Normas generales antielusión y derechos del contribuyente. En P. Toledo Zúñiga, *Elusión fiscal y política tributaria* (págs. 35-67). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- OCDE. (2024). *Administración tributaria.* Obtenido de <https://www.oecd.org/en/topics/tax-administration.html>
- PALMA SCHILLER, F. (2024). *Nueva ley de transferencias buscará reducir la evasión.* Recuperado el 03 de abril de 2025, de <https://www.pucv.cl/uuaa/facea/noticias/nueva-ley-de-transferencias-buscara-reducir-la-evasion>
- POLANCO ZAMORA, G. (2024). Nueva obligación de informar abonos en cuentas bancarias o similares. *Revista de Estudios Tributarios.* Recuperado el 11 de agosto de 2025, de <https://cetuchile.cl/reporte/MzU5/reporte-tributario-n-165-noviembre-2024>
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. (2021). *Obligación de informar sobre saldos en cuentas financieras: ¿En qué consiste la norma que apunta a evitar la elusión y evasión?* Recuperado el 27 de abril de 2025, de <https://www.senado.cl/comunicaciones/noticias/obligacion-de-informar-sobre-saldos-en-cuentas-financieras-en-que-consiste>
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (2015). *Fiscalización.* Obtenido de https://www.sii.cl/principales_procesos/fiscalizacion.htm
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (02 DE JULIO DE 2021). *Circular N° 41.* Recuperado el 28 de abril de 2025, de https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2021/circu41.pdf
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (12 DE OCTUBRE DE 2022). *Circular N° 47.* Recuperado el 28 de abril de 2025, de www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2022/circu47.pdf

Fiscalización Tributaria e Informalidad – Por Valentina Paz Cubillos

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (2025). *Circular N° 19*. Recuperado el 28 de abril de 2025, de https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2025/circu19.pdf

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (2025). *Circular N° 2*. Recuperado el 28 de abril de 2025, de 2025:
https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2025/circu2.pdf

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (2025). *Resolución N° 05 de Subdirección de Fiscalización*. Obtenido de <https://0h11e8wpj-y-https-app-vlex-com.itmsp.museknowledge.com/search/jurisdiction:CL/articulo+85+ter+del+código+tributario/vid/1064452971>

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. (2025). *Transferencias bancarias*. Recuperado el 28 de abril de 2025, de https://www.sii.cl/destacados/ley_cumplimiento_obligaciones_tributarias/transferencias_bancarias.html

WALKER ANDRADE, M. (2025). *Ley N°21.713 de cumplimiento tributario: Circular 2-2025*. Recuperado el 28 de abril de 2025, de <https://www.palma.cl/insights/ley-n21-713-de-cumplimiento-tributario-circular-2-2025/>

EDAD Y CONSERVADURISMO EN EL SENADO CHILENO

Isidora Duarte Echeverría

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República, en su artículo 46 dispone que el Congreso Nacional se compone de dos cámaras: la Cámara de Diputados y el Senado, las cuales concurren a la formación de las leyes y ejercen las demás atribuciones que la Carta Fundamental establece. Por otro lado, el artículo 48, n°1 dispone que, para ser diputado o diputada, basta con tener 21 años, mientras que, el artículo 50 N°1 pone como requisito de edad mínima de 35 años para ser senador o senadora. Según MacCormick, las autoridades legislativas supremas y subordinadas tiene una función definitoria que es la capacidad para crear reglas generales de aplicación universal y uniforme a través del territorio del Estado, aplicables a todas las personas que lo habitan o a un determinado subconjunto que es en su integridad regulado universal y uniformemente.

Sin embargo, en un Estado Unitario como el chileno, la permanencia de un sistema bicameral ha sido objeto de debate. La existencia de dos cámaras no responde principalmente a la necesidad territorial, como ocurre en sistemas federales, sino más bien a una función de equilibrio, prudencia y revisión. En este sentido, el Senado se concibe como un órgano de mayor reflexión y experiencia, encargado de moderar los impulsos de la Cámara de Diputados y de aportar estabilidad al proceso legislativo.

Este ensayo sostiene que el requisito de edad mínima de 35 años para integrar el Senado chileno, aunque históricamente justificando por razones de madurez política, hoy constituye una barrera injustificada que restringe la participación democrática y refuerza el conservadurismo institucional. Si bien la intención original era garantizar un nivel adecuado de experiencia y juicio político, hoy este criterio excluye a generaciones más jóvenes, cuya perspectiva podría aportar innovación y respuestas a los desafíos sociales contemporáneos.

DESARROLLO

Desde la perspectiva histórica, el diseño bicameral del Congreso chileno responde a una tradición política que buscaba equilibrar representación y prudencia legislativa. Según la doctrina de Cea Egaña, esta estructura bicameral se remonta a la Constitución de 1828 inspirada en los modelos federales, donde la cámara de diputados representaba a la población (Cámara Baja) y el senado representaba a las entidades territoriales (Cámara Alta) consolidando al Senado como un órgano de élite política y social. Esta configuración tenía por objetivo establecer un contrapeso institucional dentro del proceso legislativo, de modo que el Senado actuara como un espacio de revisión y reflexión frente a las decisiones de la Cámara de Diputados. Sin embargo, dicha concepción, fundada en una lógica de representación territorial propia de los Estados Federales, se vuelve cuestionable en un Estado unitario como el chileno, donde las diferencias territoriales no justifican la existencia de una cámara que funcione bajo criterios de jerarquía o distinción política.

Desde la teoría constitucional, el Senado cumple un rol de contrapeso institucional, encargado de moderar los impulsos de la Cámara Baja y de garantizar la estabilidad el orden

Edad y Conservadurismo en el Senado Chileno – Por Isidora Duarte Echeverría

público. Sin embargo, esta justificación histórica resulta hoy problemática. La exigencia de una edad mínima elevada restringe el acceso de las nuevas generaciones a la representación política, lo que produce que las decisiones del Senado tiendan a reflejar una ideología más conservadora que de la Cámara de Diputados.

En efecto, la experiencia no siempre implica prudencia, también puede significar inercia o resistencia al cambio. Si bien la presencia de senadores con trayectoria política busca aportar sensatez y estabilidad al proceso legislativo, en la práctica esta composición estaría elevada puede derivar en una tendencia conservadora que prioriza la manutención del statu quo por sobre la apertura de nuevas ideas o transformaciones sociales. Así, el requisito de edad mínima de 35 años termina consolidando un espacio político menos permeable a la innovación y a las demandas emergentes de la ciudadanía, especialmente aquellas provenientes de sectores juveniles.

En consecuencia, el Senado corre el riesgo de transformarse en una cámara que reproduce patrones tradicionales de representación, dificultando la renovación generacional del poder político y, con ello, la adaptación del orden institucional a los desafíos contemporáneos de una democracia incluyente y progresiva. Esta tendencia se refleja también en la composición real del Senado, donde la mayoría de sus integrantes pertenece a rangos etarios entre 45 a 60 años, es decir, con un pensamiento crítico más conservador y, aún, algunos con miradas del siglo XX.

Desde la perspectiva del principio de igualdad política, todos los ciudadanos deben tener igual posibilidad de acceder a cargos de representación popular. Por tanto, el criterio de edad no resulta coherente con una democracia moderna que valora la diversidad generacional y el pluralismo político. Así, si la necesidad de contar con una cámara revisora es asegurar decisiones informadas y estables, el foco debiera estar en la experiencia profesional, política y social, más que en la madurez etaria. El artículo 19 N°2 de la Constitución garantiza la igualdad ante la ley; limitar la elegibilidad política por edad, más allá de la mayoría de edad, constituye una discriminación arbitraria. De esta manera, y en la práctica, el requisito de 35 años excluye a casi toda una generación del debate legislativo.

Esto limita la representación de los intereses de jóvenes adultos, especialmente en temas contemporáneos: educación, vivienda, empleo, cambio climático, derechos digitales, entre otros. En este contexto, la población adulta joven es la primera efectuada por la exclusión institucional, ya que coincide con una etapa de la vida marcada por la independencia personal, la inserción laboral y la formación de una visión crítica respecto de la sociedad y el Estado. Sin embargo, pese a ser un grupo plenamente activo de términos cívicos y sociales, se ve restringido de participar directamente en la toma de decisiones ópticas a nivel legislativo.

Restringir el acceso al Senado por motivos y tardíos contradice el principio de participación igualitaria. Como advierte Robert Dahl, la democracia no solo se mide por la existencia de elecciones libres, sino también por la amplitud de la ciudadanía efectiva, es decir, por quienes pueden participar realmente en la toma de decisiones públicas. El autor, analiza que para que exista una democracia peona se requiere que todos los ciudadanos tengan oportunidades iguales de participar en las decisiones colectivas. En este sentido, la

Edad y Conservadurismo en el Senado Chileno – Por Isidora Duarte Echeverría
edad minima de 35 años funciono como una barrera simbólica que perpetuó la distancia entre gobernante y gobernados, consolidando una élite política envejecida.

Esto tiene un fundamento histórico y estructural. Aunque Chile se inserta en el Siglo XXI, su institucionalidad política aún refleja rasgos de pensamiento conservador heredado del siglo XIX. Ello se manifiesta en la lentitud con que el Congreso -particularmente el Senado- ha tramitado proyectos vinculados a transformaciones sociales relevantes, como la despenalización del aborto, la reducción a la jornada laboral o el reconocimiento de derechos de las diversidades sexuales y de género. Esta tendencia conservadora puede explicarse, en parte, por la composición etaria de la Cámara Alta: al requerir un mínimo de 35 años para postular al cargo, se limita la presencia de generaciones más jóvenes, cuyas visiones suelen estar más alineadas con las demandas sociales contemporáneas.

Según el pensamiento de Norberto Bobbio, el principio de que el Estado, derecho e instituciones no pueden interponer una ideología política, una determinada moral, religión específica, ni tampoco ninguna ética en particular. A raíz de esto, el Estado debe respetar indistintamente, sin privilegios ni discriminaciones. Esto, como factores de identidad de las personas reducidos al ámbito de su autonomía y son inmunes a cualquier interposición de pensamientos o ideologías. Es decir, cada individuo tiene su propia identidad: conciencia, valores, cuerpo, pensamiento, creencias y libertad personal, por lo que estos factores pertenecen exclusivamente a la decisión del individuo, a su autonomía moral y jurídica. Estos aspectos de identidad deben ser protegidos por el Estado y sus instituciones, no excluyéndolos ni discriminándolos.

En este sentido, toda persona debe ser respetada de manera inclusiva, reconociendo su autonomía y su capacidad de decisión sobre los asuntos que la afectan. Por lo mismo, la norma constitucional que exige una edad mínima de 35 años para ser senador puede ser vista como una forma de exclusión institucional que plantea Bobbio. Al establecer un límite etario que impide la participación política de adultos jóvenes, el Estado está determinando de manera implícita qué tipo de pensamiento o experiencia es más “válido” para el ejercicio legítimo, imponiendo una visión conservadora del poder político. Esta restricción, por tanto, no solo limita el acceso a la representación, sino que también vulnera el derecho a la autodeterminación política, al excluir a un grupo etario que posee plena capacidad moral, intelectual y jurídica para participar en la deliberación pública, y en la toma de decisiones democráticas.

En sistemas unitarios modernos, como Suecia o Portugal, el debate legislativo se concentra en sola cámara, sin que ello implique una menor calidad deliberativa. La estabilidad institucional no depende de la edad de los legisladores, sino de la existencia de procedimientos transparentes y de una adecuada profesionalización del trabajo parlamentario. En este contexto, mantener un Senado cuya composición está restringida por criterios etarios responde más a una inercia histórica que a una necesidad funcional

Un ejemplo nacional es la integración al Tribunal Constitucional. Conforme al artículo 92 de la Constitución, basta con acreditar quince años de ejercicio profesional como abogado, o un tiempo equivalente en docencia jurídica o en el Poder judicial, para ser funcionario de la institución. Ello revela una inconsistencia normativa, porque se presume, a partir de este artículo, que la experiencia se mide por trayectoria profesional y no por edad.

Edad y Conservadurismo en el Senado Chileno – Por Isidora Duarte Echeverría

Por tanto, mantener la exigencia etaria en el Senado carece de coherencia con el propio diseño constitucional chileno, que reconoce la idoneidad jurídica y técnica como criterio de acceso a funciones de alta responsabilidad.

Esta inercia institucional adquiere especial relevancia desde la perspectiva del principio de igualdad política, pues al imponer límites de edad se vulnera la posibilidad de que todos los ciudadanos participen en igualdad de condiciones en la deliberación pública. Así, el criterio etario deja de ser un medio para garantizar la prudencia legislativa y se transforma en una forma de exclusión política. En términos democráticos, como advierte Robert Dahl, la verdadera legitimidad del sistema representativo radica en que todos los miembros de la comunidad tengan iguales oportunidades de intervenir en las decisiones colectivas.

En consecuencia, podría ser más razonable exigir un nivel mínimo de educación superior o formación profesional acreditable, que refleje un pensamiento crítico y conocimiento técnico sobre los temas que aborda el Congreso Nacional. No obstante, debe considerarse que introducir este tipo de requisito podría generar barreras de acceso vinculadas a la desigualdad educativa, aunque este argumento se debilita ante la expresión del acceso a la educación superior en las últimas décadas, con una mayor oferta de universidades e instituciones técnico-profesionales en el país.

Siguiendo esta misma línea, Fernando Atria sostiene que las instituciones políticas deben organizarse de manera que promuevan la participación efectiva y eviten la consolidación de privilegios heredados o barreras que excluyen ciertos grupos, como la juventud, de la deliberación y la toma de decisiones. En este contexto, podría resultar más razonable exigir criterios alternativos que garanticen competencia y conocimiento, tales como un nivel mínimo de educación superior o formación profesional acreditable que, refleje pensamiento crítico y dominio técnico sobre los temas abordados en el Congreso Nacional.

CONCLUSIÓN

La revisión del requisito de edad mínima para ser senador o senadora en Chile constituye un paso importante hacia un democracia más inclusiva, participativa y representativa. La edad, entendida históricamente como sinónimo de prudencia y experiencia, ya no puede ser considerada un criterio determinante de idoneidad política en el contexto de las democracias contemporáneas. En un sistema político que busca responder a las demandas sociales, la exclusión de un amplio sector de la ciudadanía por razones estarias representa una contradicción con los principios básicos de igualdad y participación efectiva.

La democracia chilena enfrenta el desafío de adaptarse a un contexto social en constante transformación, donde las generaciones más jóvenes demandan participación, reconocimiento e incidencia real en las decisiones públicas. Reducir las barreras etarias permitiría no solo un órgano más representativo, sino también un espacio deliberativo plural, innovador y más cercano con las demandas sociales, siendo capaz de responder a los desafíos contemporáneos, promoviendo una representación más equitativa de toda la ciudadanía.

Por lo tanto, una alternativa viable podría ser priorizar criterios de conocimiento, formación profesional que aseguren competencia y capacidad crítica, sin recurrir a

Edad y Conservadurismo en el Senado Chileno – Por Isidora Duarte Echeverría
restricciones etarias. En consecuencia, reformar este requisito no implica debilitar la institucionalidad, sino fortalecerla bajo los valores democráticos que la sustentan.

Un Senado abierto a la diversidad generacional no solo amplia la legitimidad del sistema político, sino que reafirma el principio de contribuir a la construcción de un bien común. En definitiva, la democracia no madura con la edad de sus representantes, sino con la capacidad de sus instituciones para reflejar la pluralidad, autonomía y libertad de quienes las conforman.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS Y ARTÍCULOS ACADÉMICOS

ATRIA, FERNANDO. La Constitución tramposa. (Santiago, LOM Ediciones, 2013).

FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio. (Universidad de Camerino, 2005).

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008).

DAHL, ROBERT. La democracia y sus críticos. (Barcelona, Paidós, 1992).

MACCORMICK, NEIL. Instituciones del Derecho. (Madrid, Marcial Pons, 2011).

FUENTES FORMALES DEL DERECHO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980)

