

Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado

Constitutional foundations of the State Administration's inspecting power

Andrés Vergara Soto*

El presente artículo tiene por objeto analizar la manera en que la Constitución ha previsto el estatuto jurídico de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. Para ello, previamente, se efectuará una aproximación al concepto de fiscalización administrativa de acuerdo a sus rasgos genéricos de actividad de ordenación y revisando su particular naturaleza potestativa, sus fines y su estructura. Luego, se analizarán las diversas fórmulas constitucionales para su atribución a diferentes órganos públicos. Por último, se estudiarán los principios constitucionales que sustantivamente informan la potestad fiscalizadora de la Administración Pública en el derecho nacional, especialmente, en sus dimensiones nomogenética y ejecutiva.

Palabras clave: Potestad Fiscalizadora, Administración Pública, Constitución, Principios.

The purpose of this paper is to analyze the way in which the Constitution has established the juridical status of the State Administration's inspecting power. For this, previously, an approach to the concept of administrative inspection will be made according to its generic features of ordination activity and reviewing its particular nature of power, its purposes and its structure. Then, the several constitutional formulas will be analyzed for attribution to different public bodies. Finally, the constitutional principles that substantially inform the Public Administration's inspecting power in national law will be studied, especially in its nomogenetic and executive dimensions.

Keywords: Inspecting Power, Public Administration, Constitution, Principles.

* Egresado de Derecho y Ayudante de Derecho Administrativo y de la Cátedra de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Dirección postal: Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: andres.vergara.s@mail.pucv.cl. El autor agradece al Prof. Dr. Martín Loo Gutiérrez por sus valiosas observaciones a una versión previa de este trabajo. Los errores y omisiones son de exclusiva responsabilidad del autor.

Artículo recibido el 17 de agosto de 2020 y aceptado el 4 de diciembre de 2020.

Introducción

La “constitucionalización del Derecho”, predominante en nuestra época, y el consecuente efecto irradiatorio que el documento constitucional tendría sobre el ordenamiento sub-constitucional, deriva en que cada sector del ordenamiento jurídico deba hallar su sustento en la Carta Fundamental. Su prevalencia en la doctrina y jurisprudencia y, por otra parte, que los estudios sobre la fiscalización administrativa sean más bien recientes a nivel doctrinal, justifican el intento por vislumbrar si la fiscalización ha sido recepcionada por el ordenamiento constitucional.

De momento, es posible constatar que, a nivel comparado, solo recientemente se ha comenzado a tomar atención de la fiscalización de la actividad de los particulares por la Administración del Estado –incluida la Actividad de la Administración bajo régimen de Derecho Privado¹–. En efecto, por ejemplo, bajo el frecuente rótulo de potestad inspectiva o inspectora, la doctrina española la ha abordado de modo particularizada solo en las últimas dos décadas². Lo mismo ha sucedido en Perú desde 2016, con la incorporación de un Título IV “*actividad administrativa de fiscalización*” a su Ley N° 27.444 de Procedimientos Administrativos General (LPAG), un suceso inédito en el derecho comparado.

En lo que toca al medio nacional, el estudio de la fiscalización ha sido una cuestión más bien escuálida y parcelada o solo referida a propósito de temas principalmente vinculados con los mercados regulados³, con la potestad sancionatoria⁴ –incluso, confundiéndolas– o, más frecuentemente, como una mera manifestación o técnica de la actividad material de policía⁵.

A la vista de dichas consideraciones, estimo que puede resultar de suyo relevante analizar la inserción de la fiscalización administrativa en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la fuente angular de nuestro derecho interno: la Constitución. Empero, tal intento ha de presuponer la univocidad aprehensiva sobre aquello que es la fiscalización administrativa, cuestión no del todo asentada.

En todo caso, valga desde ya hacer patente que la fiscalización administrativa no debe confundirse con aquel control que puede desarrollar la Administración del Estado sobre sí misma, sea que provenga de otro órgano de la Administración estatal –como la Contraloría General de la República–, o sea *ad intra* del propio ente público-administrativo, como acontece con el denominado control jerárquico permanente.

¹ Véase: IZQUIERDO CARRASCO 2019, 392.

² Se considera como hito en la materia a BERMEJO VERA 1998, 39-58.

³ Véase: AGÜERO VARGAS y TORO BOSSAY 2010, 16-59; CAMACHO CEPEDA 2008, 251-271; y FLORES RIVAS 2015, 195-201.

⁴ Véase: FLORES RIVAS 2014, 263-281; y, LARRAÍN 2012, 400.

⁵ Véase: BERMÚDEZ SOTO 2014, 323-325; CORDERO VEGA 2015, 461-462; y, VALDIVIA 2018, 57-58.

En consecuencia, este trabajo a) efectuará una aproximación a la noción de fiscalización administrativa. Para esto, se analizarán sus rasgos genéricos en tanto fórmula de la actividad sustancial de la Administración, así como su específica naturaleza, finalidad y estructura; y, luego, b) develará, desde una perspectiva jurídico-positiva, si el texto constitucional es receptáculo inmediato de la fiscalización administrativa para, en caso afirmativo, dentro de su rol distribuidor de competencias, c) esclarecer de qué manera lo efectúa, y si es posible extraer directrices o principios que irradian a las fuentes jurídicas infra-constitucionales que prevean habilitaciones para el ejercicio fiscalizador por los órganos de la Administración del Estado.

I. Aproximación al concepto de fiscalización administrativa

Existen distintos modos en que es posible efectuar un primer acercamiento al fenómeno de la fiscalización administrativa. Así, por ejemplo, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico la define –sinonímicamente– como supervigilancia o tutela⁶. Doctrinalmente, desde una aleación de la historia y la lingüística, destaca el intento realizado por Parejo Alfonso⁷. Otros, en cambio, como Moreno Castillo, lo hacen desde la disciplina del Derecho Administrativo Económico o Regulatorio⁸.

En mi parecer, tal vez, una primera vía es asimilar la noción de fiscalización administrativa como una mera actuación de comprobación realizada por la Administración lo que, en consecuencia, produce una importante indeterminación conceptual. Por ello, sintéticamente, suele definírsela como una actividad material o sustancial y, específicamente, de policía u ordenación administrativa que consiste en comprobar que el ejercicio de derechos y obligaciones se ajustan al ordenamiento jurídico⁹. Sin perjuicio de, *prima facie*, coincidir con esta visión, considero que es necesario efectuar ciertos alcances

⁶ MUÑOZ MACHADO 2017, 1033.

⁷ Véase: PAREJO ALFONSO 2016a. Una versión sintética puede hallarse en: PAREJO ALFONSO 2016b, 185-217.

⁸ Véase: MORENO CASTILLO 2019, 11-12.

⁹ GARCÍA URETA ha entendido a la fiscalización administrativa como una “actividad ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico” (GARCÍA URETA 2006, 29); REBOLLO PUIG como “aquella actividad de la Administración en la que examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten” (REBOLLO PUIG 2013, 56). En el derecho nacional, en la misma línea, LEAL VÁSQUEZ ha entendido que la fiscalización es “aquella actividad material y ejecutiva de la Administración, de carácter técnico e instrumental, que tiene por finalidad comprobar que los derechos y obligaciones ejercidos por los particulares se ajustan al ordenamiento jurídico y los actos administrativos que los rigen, mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información” (LEAL VÁSQUEZ 2014, 64); y, sin mayores variaciones, BERMÚDEZ SOTO ha señalado a la fiscalización como aquella “actividad material de la Administración del Estado, que implica intervenir en la esfera privada de los particulares, de manera de constatar el cumplimiento de requisitos y condiciones impuestas para el ejercicio de un derecho” (BERMÚDEZ SOTO 2014, 323).

sobre aquello que es el grupo genérico en que se encuadra la fiscalización administrativa, como también alguna mayor precisión acerca de sus caracteres diferenciales propios.

1. El género de la fiscalización administrativa: actividad sustancial de la Administración e intervención administrativa

La clasificación de la actividad sustancial de la Administración del Estado que, siguiendo el tradicional esquema propuesto por Jordana de Pozas¹⁰, es posible desgajar en la triada de actividad de policía u ordenación, prestacional o de servicio público y de fomento o de ayudas públicas, tienen por virtuosidad facilitar el correcto entendimiento de la variopinta actividad sustancial del Estado-Administración en base a ciertos rasgos comunes. Empero, es necesario patentar que ello no se traduce en que las diferentes instituciones jurídicas que componen tales categorías no puedan tener aplicabilidad en las otras clases. Como dice Esteve Pardo:

(...) la propia dinámica y versatilidad de las fórmulas e instrumentos de la actividad administrativa, que no pueden adscribirse ya con carácter exclusivo a una supracategoría conceptual de la actuación de las Administraciones públicas. Se ha roto la conexión entre categorías conceptuales y fórmulas o técnicas jurídicas que a ellas se adscribían¹¹.

De este modo, tal y como las sanciones administrativas (actividad ordenadora) pueden tener aplicación en el régimen concesional (actividad prestacional), de la misma forma la fiscalización administrativa puede tener aplicación en dicho régimen (actividad prestacional) o en el otorgamiento y rendición de subvenciones públicas (actividad de fomento), por ejemplo. La relevancia de la clasificación de la actividad sustancial de la Administración del Estado es esencialmente pedagógica.

Una segunda cuestión que es relevante observar guarda vinculación con la idea de intervención administrativa. Desde una perspectiva constitucional, puede ser entendida como una forma de afectación a los derechos fundamentales, es decir, como una "situación jurídica o material de detrimento en la posición jurídica o fáctica amparada por el contenido protectorio del respectivo derecho" y, en específico, como un "acto imperativo concreto que persigue un efecto directo e inmediato sobre la libertad o el patrimonio de una persona"¹², mientras que, desde un prisma administrativo, también puede ser asimilada como una más de las denominaciones con que se identifica a la actividad sustancial de ordenación o policía de la Administración del Estado. Además, de seguirse el esquema propuesto por Villar Ezcurra¹³, la intervención puede aludir a los denominados títulos, formas o técnicas de in-

¹⁰ JORDANA DE POZAS 1949, 41-54.

¹¹ ESTEVE PARDO 2013, 352.

¹² ALDUNATE LIZANA 2008, 226.

¹³ VILLAR EZCURRA 1999, 24, 40.

tervención. Estas últimas no se acotan a determinada clase de actividad material, sino que, en principio, admiten ser transversalmente usadas en todas las clases en que se separe la actividad administrativa sustancial¹⁴.

Este confuso *status quaestionis* de la intervención administrativa tiene por consecuencia cierta inapropiada trasposición de sus efectos lo que, por lo demás, se potencia con el referido fenómeno de la *constitucionalización del Derecho*. De este modo, es usual vincular, en una relación de necesidad o indispensabilidad, que cada vez que se hable de intervención estemos en presencia de un detrimento a un derecho fundamental, que la actividad de ordenación necesariamente conlleve una afectación negativa a los derechos de los ciudadanos o, más precisamente, que las técnicas de la actividad de policía necesariamente tengan aparejados efectos ablatorios o de gravamen para los individuos. Por ello, Parejo Alfonso ha sido claro en señalar que la intervención administrativa “no tiene por objeto el sacrificio o ablación de estas, sino tan solo su reconducción a determinados límites o su restricción, así como, en su caso, la imposición a las mismas de obligaciones por razones de interés público”¹⁵. Y, una buena ilustración de esta idea precisamente la constituye la fiscalización administrativa pues, por ejemplo, cuando la Administración cita al administrado o le requiere la puesta a disposición de antecedentes, por ese solo hecho, no se observan efectos desfavorables a su respecto¹⁶. De este modo, parece ser correcto cuando Morón Urbina dice que:

la fiscalización supone una incidencia negativa en la libertad de los fiscalizados que se concreta tanto en los deberes de colaboración con la autoridad fiscalizadora a la cual debe soportar como en la sujeción a medidas que se pueden derivar de la comprobación que habría estado impropriamente realizado la actividad¹⁷.

A modo de suma, valga aseverar, por una parte, que la fiscalización administrativa halle su cuna en la actividad de policía no se traduce en una privación de su aplicación a otros campos de la actividad sustancial de la Administración Pública y, por otro lado, tampoco es de su esencia que provoque efectos ablatorios para los administrados, a su desarrollo.

¹⁴ CORDERO VEGA 2015, 458-460.

¹⁵ PAREJO ALFONSO 2018, 501.

¹⁶ Empero, como opción legislativa, se le suelen aparejar efectos desfavorables. Por ejemplo, en el ámbito tributario, una de las consecuencias de no acudir a una citación ante el Servicio de Impuestos Internos es que este pueda proceder a tasar la base imponible en base a sus propios antecedentes, desconociendo aquellos eventualmente aportados por el contribuyente (art. 64 del Código Tributario) o que, luego, en el procedimiento judicial general de reclamación tributaria, el actor-contribuyente no pueda aportar como medios probatorios los antecedentes específicamente solicitados por el órgano fiscal en el marco de la citación (art. 63 y 132 inc. 11° del Código Tributario).

¹⁷ MORÓN URBINA 2018, 1553.

2. Rasgos diferenciadores de la fiscalización administrativa: naturaleza, fines y estructura

No es prístina la naturaleza jurídica de la fiscalización administrativa. De esta forma, se ha sostenido como una actuación administrativa o como una función o potestad de la Administración del Estado, incluso, simultáneamente¹⁸. Su comprensión como actividad de la Administración permite llegar al extremo de considerarla como periodo de informaciones previas o la fase de instrucción de todo procedimiento administrativo lo que, como ya he dicho, en consecuencia, repercute en su indeterminación conceptual¹⁹. En sentido similar, bajo el desarrollo del Derecho Administrativo Sancionador, se la ha asociado con una actuación preliminar o preparatoria²⁰ o antecedente²¹ del ejercicio del poder sancionador de la Administración o como la fase inicial dentro de la instrucción de su procedimiento sancionador²². En cualquier caso, es posible constatar que, independientemente de que se la conciba como actividad, potestad y/o función –hasta donde llega mi conocimiento– no existe un análisis sobre los caracteres identitarios que descarten que sea plausiblemente aprehendida de los otros modos referidos, y las consecuencias que de dicha distinción se derivan.

En este escenario, estimo que la fiscalización administrativa es una verdadera potestad administrativa y, como tal, permítaseme definirla como aquel poder jurídico con que se dota a la Administración del Estado para comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico²³ a fin de evitar riesgos no permitidos, la verificación de daños y, en su caso, para mitigarlos o corregirlos.

De esta manera, la fiscalización desarrollada por la Administración del Estado está informada por la finalidad preventiva o precautoria en un doble orden: primero, vinculada a evitar la configuración de riesgos no tolerados

¹⁸ Así, por ejemplo, ZEGARRA VALDIVIA 2016, 124 y ss.

¹⁹ Buen reflejo de ello han sido algunos pronunciamientos de la Corte Suprema que, intentando disociar del procedimiento administrativo sancionador a la fiscalización, han dejado entrever su asimilación al periodo de informaciones previas y a la fase de instrucción del procedimiento administrativo general. Véase: Corte Suprema Rol 62.128-2016, c. 12°. En el mismo sentido, Corte Suprema Rol 38.340-2016.

²⁰ Dictamen N° 64.985 (2009).

²¹ FLORES RIVAS 2014, 273.

²² Entre otros, véase: CORDERO QUINZACARA 2014, 304-306.

²³ A mayor abundamiento, a propósito del caso de una Central Hidroeléctrica que se encontraba operando sin la recepción sus obras hidráulicas ni tampoco con la autorización de funcionamiento conferido por la Dirección General de Aguas, la Corte Suprema ha señalado que su función "(...) no se limita a la sola aprobación de los proyectos que le presentan los particulares, sino que, además, es intrínseco a su función fiscalizadora que estos, si se ejecutan, para que puedan operar, deban hacerlo conforme a dicha aprobación (...)". Es decir, ha calificado como *intrínseco* a su poder de fiscalización la función de comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico. Véase: Corte Suprema Rol 26.650-2018, c. 12°.

y, luego, en relación a precaver la producción de daños derivados de una eventual vulneración al ordenamiento jurídico vigente²⁴. Pero, además, para el caso en que los riesgos superen los límites permitidos, los daños ya se hayan verificado²⁵ o su producción sea consecuencia necesaria del desarrollo de una actividad, la fiscalización puede cumplir una función mitigadora, paliativa o correctora de los perjuicios que la actividad de los administrados pueda provocar²⁶.

Discursivamente, lo anterior permite postular que el desarrollo de la potestad de fiscalización de la Administración Pública puede desmembrarse en una serie de etapas sucesivas²⁷. La actividad de fiscalización, sea que se la comprenda como una mera e indiferenciada actividad administrativa o, restrictivamente, como el correlato de una potestad fiscalizadora, puede tener como antecedente directo la información suministrada por terceros, ya sea mediante la denuncia de particulares, la autodenuncia o a requerimiento de otros entes fiscalizadores. De la misma forma, puede ser antecedente inmediato aquella información generada por el propio sujeto fiscalizador a partir de otros ejercicios fiscalizadores o sancionadores previos e, incluso, mediante el periodo de informaciones previas a un procedimiento administrativo. Pero, además, tales fuentes pueden serlo de modo indirecto, lo que se refleja en la Planificación Fiscalizadora²⁸. Por otra parte, la actividad fiscalizadora administrativa se concreta en la puesta en marcha de una serie de instrumentos destinados a verificar el encuadramiento de la actividad de los fiscalizados al marco jurídico que la rige. Inspecciones *in situ*, citaciones, toma de declaraciones, requerimientos de información, sistemas remotos de monitoreo, exámenes de informaciones, entre otros, son fieles expresiones.

²⁴ Así, a modo de ilustración, de acuerdo al art. 89 de la Ley N° 20.529, ante situaciones administrativo-financiero que sean complejas para un establecimiento educativo o negligencias del sostenedor que importen un grave riesgo para la continuidad del servicio educacional, la Superintendencia de Educación Escolar podrá nombrar a un administrador provisional.

²⁵ Cfr. LEAL VÁSQUEZ 2014, 62.

²⁶ En la doctrina nacional, en un primer momento, CORDERO VEGA señaló que “La fiscalización es una actividad pública que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las regulaciones y, con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos. Esto se manifiesta en una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera es un estándar de eficacia, en la medida en que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. La segunda es un estándar de resultado, en el sentido que busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema” (CORDERO VEGA 2008, 29), aunque luego asoció la vertiente correctora con la sanción (CORDERO VEGA 2015, 461-462). En igual sentido: Sentencia TC Rol N° 4.446 (2018), c. 3° párrafo final. Además, véase: Corte de Apelaciones Rol 3354-2015, c. 3° letra a).

²⁷ En similar dirección, véase: PRADO DELGADO 2012, 13. En todo caso, adviértase que esto no debe confundirse con un pronunciamiento referido a la formalización o desformalización que ha de observar el ejercicio de la fiscalización administrativa. Ello excede el campo propuesto por este trabajo. No obstante, para identificar posiciones en uno u otro sentido, véase: IZQUIERDO CARRASCO 2019, 406.

²⁸ Para mayor profundidad, véase: LEAL VÁSQUEZ 2015, 107-112.

La segunda etapa que compone la potestad de fiscalización administrativa corresponde a determinar las circunstancias o situaciones riesgosas o infraccionales de la normativa vigente en base a la evaluación de la información de que dispone la Administración.

Por último, la Administración fiscalizadora deberá evaluar, seleccionar y ejecutar las medidas de corte correctivo o restaurativo del imperio del derecho, si procedieren²⁹. Sistemas de monitoreo, imposición de deberes de suministro de información periódica, clausuras o cierres temporales de recintos, suspensión de actividades, entre otras, son algunas de las medidas que persiguen disminuir riesgos o mitigar daños no consentidos por el ordenamiento jurídico³⁰. En este sentido, menester es exponer que otras medidas que no cumplan con dichos objetivos escapan a la idea de fiscalización administrativa en tanto potestad y, más bien, hallan su sitio en el campo de otros poderes jurídicos, como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración³¹.

Al respecto, el estudio de los deslindes entre las esferas jurídicas de fiscalización y sanción administrativas excede el ámbito propuesto por este trabajo pero, de momento, baste hacer presente que, como dice García Ureta, "La potestad de inspección no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un *privus* de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquélla. Por el contrario, se trata de una potestad distinta (...) "³² o, como lo explicita González Luchsinger, "la actividad inspectora es autónoma e independiente, con principios y funciones propias, completamente distinta de las potestades a las que sirve, en particular de la sancionadora con la que usualmente se suele confundir hasta el punto de llegar a eclipsarla"³³.

Sintetizando, la concepción de la fiscalización administrativa como potestad pública se caracteriza por perseguir una finalidad precautoria de riesgos y daños no tolerados por el orden jurídico correspondiente lo que, además, permite caracterizarla por su desglosamiento en las fases sucesivas de actividad de fiscalización, determinación de las circunstancias o situaciones riesgosas o infraccionales y, por último, de evaluación, selección y ejecución de las medidas correctivas o restaurativas del imperio del derecho que procedieren.

²⁹ En el derecho peruano, el art. 245.1 de su LPAG prescribe que las actuaciones de fiscalización podrán concluir en la constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el fiscalizado; en la recomendación de mejoras a la actividad del fiscalizado; en la advertencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar un procedimiento sancionador; en la recomendación de dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador; en la adopción de medidas correctivas; o, en otras medidas que dispongan las leyes.

³⁰ IZQUIERDO CARRASCO señala que las medidas correctivas son "medidas de naturaleza no sancionadora que adopta la Administración ante incumplimientos normativos o situaciones de riesgo con la finalidad de restablecer la legalidad y proteger los intereses públicos en juego", aunque postula que su adopción es algo jurídicamente diferente de la función fiscalizadora (IZQUIERDO CARRASCO 2019, 397-401).

³¹ MORÓN URBINA 2018, 1587-1600.

³² GARCÍA URETA 2006, 35.

³³ GONZÁLEZ LUCHSINGER 2014, 40-41.

II. La potestad fiscalizadora de la Administración en la Constitución vigente: modalidades de reconocimiento y principios elementales

1. Consagración de la fiscalización administrativa en la Constitución

La interrogante planteada acerca de si la Constitución es recipiente de la potestad de fiscalización administrativa merece una respuesta afirmativa. De un examen del documento constitucional es posible observar diferentes supuestos jurídicos en que se reconoce la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. Estas atribuciones del poder jurídico de fiscalización pueden agruparse en las siguientes fórmulas:

a) Atribución a órganos determinados. En cuatro supuestos el texto fundamental presenta una recepción a la potestad de fiscalización por medio de su imputación a órganos precisos. El primer caso es el del Consejo Nacional de Televisión. La Constitución posibilita que entes distintos al Estado puedan operar estaciones de televisión (art. 19 N° 12 inc. 5°), lo que guarda plena concordancia con la proscripción de los monopolios estatales de los medios de comunicación que ella misma efectúa (art. 19 N° 12 inc. 2°). La consecuencia que se desprende es que, por tanto, pueden haber medios de comunicación de propiedad privada, encomendándose al Consejo Nacional de Televisión la vigilancia del correcto funcionamiento de la actividad televisiva (art. 19 N° 12 inc. 6°), es decir, la Constitución consagra un poder público de fiscalización sobre la actividad de comunicación televisiva de las empresas de televisión el que, incluso, ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional cuando ha señalado que "(...) el Consejo Nacional de Televisión es un organismo autónomo, integrado por un colectivo de integración pluralista, con facultades normativa, de fiscalización y de sanción. Dicho organismo tiene por tarea velar por ese correcto funcionamiento"³⁴.

También la Constitución manifiesta la consagración de la potestad administrativa de fiscalización en el caso del Servicio Electoral. Tras la Ley N° 20.860 del año 2015, el Servicio Electoral pasó a tener reconocimiento y autonomía a nivel constitucional, atribuyéndosele la supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios, por un lado, y, por el otro, del cumplimiento de las normas sobre gasto electoral (art. 94 bis). Empero, respecto de ambos ámbitos, ya desde antes la Carta Fundamental preveía que una ley orgánica constitucional debía determinar la forma en que habrían de desarrollarse los procesos electorales y plebiscitarios, así como la fijación de un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral (art. 18). Ahora bien, respecto de este último ámbito, además, el documento fundamental actualmente estatuye como causal de cesación en los cargos de diputado, senador, gobernador regional, consejero regional y concejal a quien, habiendo sido electo en tales cargos, haya infringido gravemente, de acuerdo a las leyes orgánicas constitucionales respectivas, las normas sobre

³⁴ Sentencia TC Rol N° 2.541 (2013), c. 15° párrafo 3°.

transparencia, límite y control del gasto electoral, impidiéndoles optar a función o empleo público por tres años, e imposibilitándolos de ser candidatos a cargos de elección popular en los dos actos electorales siguientes a su cesación (art. 60 inc. 7° y 125).

La tercera ocasión en que constitucionalmente se atribuye poder jurídico de fiscalización sobre la actividad de los particulares es a la Contraloría General de la República, pues le encomienda examinar –y juzgar– las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes del Fisco, municipalidades y demás órganos y servicios que determinen las leyes (art. 98 inc. 1°). Coherentemente, el artículo 95° del Decreto N° 2.421 de 1964 del Ministerio de Hacienda, prescribe que el objeto del examen de cuentas es la fiscalización de la percepción de las rentas y la inversión de tales fondos en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes, así como la veracidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación correlativa y la exactitud de las operaciones aritméticas y contables y, en su art. 1°, enuncia como sujetos pasivos de tal examen, es decir, como cuentadantes, entre otros, a “(...) las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes”. Así las cosas, el examen de cuentas aplicado sobre los adjudicatarios particulares de fondos públicos es manifestación de la potestad administrativa de fiscalización.

Por último, el texto constitucional atribuye potestad fiscalizadora a un órgano determinado, aunque de modo indirecto. La segunda parte del inc. 8° de la disposición transitoria trigésima novena³⁵ obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones –AFPs– a enviar todo antecedente del cumplimiento de las medidas que efectúen con motivo de la aplicación de *la presente disposición* a la Superintendencia de Pensiones³⁶. Pues bien, en el ordenamiento jurídico nacional, las Superintendencias son los órganos administrativos que, por antonomasia, ejercen poderes de fiscalización administrativa³⁷. De esta forma, tal obligación solo puede concebirse como un mecanismo de fiscalización administrativa impuesto constitucionalmente en

³⁵ La Historia de esta ley de reforma constitucional únicamente da cuenta de que este inciso fue añadido en virtud de una indicación presentada por la senadora Rincón durante el segundo trámite legislativo y que fue aprobado con enmiendas de redacción. Véase: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO 2020, 6-8, 19.

³⁶ Además, este inciso culmina disponiendo que tales antecedentes también deberán ser enviados “al Banco Central cuando corresponda”, cuyo intento de sistematización jurídico-constitucional solo abre un manto de dudas.

³⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido “Que las superintendencias son órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar a sujetos privados que llevan a cabo actividades particularmente relevantes. Se distinguen por estar dotadas de fuertes atribuciones (normativas, fiscalizadoras, sancionadoras); y por controlar a sujetos acotados” y que “Estos órganos no han sido creados por el legislador en todas las áreas de la economía, sino solo donde hay bienes jurídicos significativos comprometidos para la sociedad” (Sentencia TC Rol N° 2.264 (2013), c. 9°).

correspondencia del poder de fiscalización que la Superintendencia de Pensiones tiene sobre las AFPs, como sujetos pasivos de ella³⁸.

b) Atribución a órganos indeterminados. En el derecho constitucional a la protección de la salud (art. 19 N° 19), la Carta Fundamental sostiene que al Estado le compete el *control* de las acciones relacionadas a la salud (inc. 3°) y que estas se prestan, además de instituciones públicas, a través de entidades privadas (inc. 4°). En correlato, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, señala que compete ejercer la función estatal de coordinar, controlar y ejecutar las acciones relacionadas a la salud al Ministerio de Salud, entre otros órganos (art. 1°), y que, en específico, es la Superintendencia de Salud la que tiene las atribuciones de supervigilancia y control de las Instituciones de Salud Previsional –ISAPRES– y de todos los prestadores de salud públicos y privados –hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos, entre otros– (art. 107 inc. 1° y 3°). Así las cosas, tal *control* estatal de acciones de salud prestadas por instituciones privadas a que se refiere la Constitución solo cabe entenderlo como reconocimiento de la potestad fiscalizadora de la Administración Pública.

Dentro de este mismo grupo se halla el control de armas, pues la Constitución reserva a la ley la determinación del órgano específico que fiscalizará el cumplimiento de las disposiciones sobre control de armas y a las armas en sí mismas (art. 103 inc. 2°), aunque con la particularidad de que delimita tal órgano a que sea un Ministerio o un ente público que le sea dependiente, es decir, un órgano del Estado que pertenezca a la Administración del Estado. De esta forma, la supervigilancia y control de las armas que encomienda la Constitución, respecto de los particulares, es manifestación de un reconocimiento a la potestad fiscalizadora.

También reviste esta forma de atribución la contenida en el inciso final de disposición transitoria trigésima novena, incorporada mediante la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.248. En efecto, este inciso señala que la fiscalización de las obligaciones que pesan sobre las AFPs –además de su observancia y sanción–, que están contenidas en este precepto transitorio, corresponde a la “autoridad competente dentro de sus atribuciones legales”³⁹.

³⁸ La técnica usada por el constituyente derivado presenta como dificultad la incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de la potestad de fiscalización administrativa. Una opción es comprender que, como está fijada en la segunda parte del inciso en comento, su extensión está limitada a su primera parte, de manera que únicamente se refiere a que “La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrá costo alguno para los afiliados” (perspectiva restrictiva). Empero, estimo que su ámbito de aplicación guarda relación con todas las obligaciones establecidas en la disposición transitoria en comento, pues señala expresamente que también se extiende a “(...) otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición” (visión amplia).

³⁹ Empero, teniendo a la vista lo que he señalado en la nota a pie de página precedente, una relación sistemática deriva en que el inciso final opere como un complemento y/o como una redundancia, en lo que a potestad fiscalizadora administrativa se refiere. De adoptarse una postura restrictiva del inc. 8° de la disposición transitoria trigésima novena, la autoridad competente a que se refiere su inciso final ejercerá la potestad fiscalizadora respecto del resto de las obligacio-

Adicionalmente, la judicatura constitucional ha contribuido en el reconocimiento constitucional de la potestad fiscalizadora al referirse expresamente a ella. Empero, a la vez, también la ha extendido a la Dirección del Trabajo, a partir de los art. 19 N° 16 inc. 1° y N° 18 inc. 3° y final de la Carta Fundamental. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado

Que, en consecuencia, las potestades de dictar normas y fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral se deducen inequívocamente del mandato constitucional de tutelar la protección del trabajo y sus titularidades. Ellas dan cuenta de una obligación tan obvia como esencial en un Estado de Derecho, la ley está para cumplirse, para concretarse y la fiscalización de que ello acontezca es consustancial a la vigencia práctica de la norma⁴⁰ y que:

(...) Finalmente, la propia Constitución reconoce los poderes normativos, fiscalizadores e inspectores, que se deducen de reglas protectoras de derechos. Es así como la existencia excepcional de trabajos prohibidos o la determinación de procedimientos adecuados para lograr una solución justa y pacífica en las negociaciones colectivas son manifestaciones específicas de reglas más amplias que permiten la supervigilancia estatal del derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°, inciso final), como asimismo cuando se prevé que es deber estatal reconocer el derecho de las personas a la libertad de trabajo y su protección (artículo 19, numeral 16°, inciso primero, de la Constitución)⁴¹.

En lo que respecta a esta extensión que de la potestad fiscalizadora el Tribunal Constitucional realiza a la Dirección del Trabajo, debe repararse en que i) la Dirección del Trabajo no es un órgano de la Administración Pública que si quiera esté mencionado en el texto del documento constitucional; ii) por lo anterior, que la Dirección del Trabajo, y no otro órgano del Estado, sea el principal encomendado de proteger los derechos laborales y el trabajo corresponde a una decisión del legislador; iii) la Dirección del Trabajo –y su Director– carece de potestades normativas⁴²: a lo sumo tiene potestad interpretadora (art. 1° letra b) y art. 5° letra b) de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo –LODT–sw)⁴³ y su Director, además, en virtud de su poder jerárquico,

nes contenidas en tal artículo y, en relación con la obligación contenida en la primera parte del mentado inc. 8°, como un reforzamiento o, derechamente, redundancia. En cambio, de optarse por una perspectiva amplia del inc. 8°, la potestad fiscalizadora de la autoridad administrativa competente que se menciona en el inciso final solo se puede asimilar, en el ámbito fiscalizador, como un reforzamiento o redundancia de lo prescrito en la segunda parte del inc. 8°. Con todo, esta discusión carece de practicidad pues, de un análisis de las fuentes infra-constitucionales y de una constatación fáctica, el único sujeto fiscalizador de las obligaciones fijadas en la disposición transitoria trigésima novena es la Superintendencia de Pensiones.

⁴⁰ Sentencia TC Rol N° 2.671 (2015), c. 10°.

⁴¹ *Ibid.*, c. 6°; y, Sentencia TC Rol N° 2.694 (2015), c. 5°.

⁴² En contra se ha pronunciado la propia Dirección del Trabajo en Ord. N° 110/11, de 9 de enero de 2004.

⁴³ Si bien la propia Dirección del Trabajo ha señalado que sus dictámenes son obligatorios para los particulares, ha precisado que es respecto de aquellos que solicitan tales pronunciamientos.

puede dictar instrucciones (art. 5° letra f) de la LODT)⁴⁴; iv) y, que la Dirección del Trabajo tenga potestades fiscalizadoras no se trata de una consecuencia directa del mandato constitucional protectorio del trabajo y de los derechos laborales, sino que de la atribución legislativa de tales poderes realizado en virtud de un imperativo impuesto por el constituyente, como puede observarse, mediante fórmula de apoderamiento general, en los art. 505 del Código del Trabajo y en el art. 1° letra a) de la LODT.

La recepción de la potestad fiscalizadora de la Administración Pública en la fuente formal cúspide del ordenamiento jurídico nacional, empero, no puede llevar al *grosso* e inaceptable yerro de colegir que se trata de un presupuesto indispensable para su presencia en el derecho chileno. Por lo pronto, en perspectiva circunscrita al poder de fiscalización, una posición como la referida atentaría al principio constitucional de juridicidad, que admite la atribución de *autoridad o derechos*, además, en virtud de las *leyes* (art. 7° inc. 2°). Así mismo, se traduciría en una inaceptable pretensión de inconstitucionalidad respecto de las atribuciones expresas de poder público de fiscalización que preceptos sub-constitucionales ya han realizado sobre una considerable cantidad de órganos de la Administración estatal, y en una inadmisibles barrera para tales atribuciones en el futuro.

Que la Carta Fundamental sea recipiente inmediato de la potestad fiscalizadora, en mi parecer, *per se* tiene una significación diferente: su presencia en la fuente formal cúspide y marco del sistema de fuentes, concretado en su atribución a varios órganos administrativo-constitucionales, da cuenta de su sobresaliente relevancia para la realidad jurídica chilena.

2. Principios medulares del poder de fiscalización en la Carta Fundamental

El enfoque en los modos de reconocimiento de la fiscalización administrativa que adopta la Constitución, resulta ser insuficiente para la formulación de principios jurídicos comunes que le sean aplicables. Más allá del contenido preceptivo establecido en los diversos supuestos de reconocimiento constitucional de dicha potestad, estimo que es del contexto de preceptos constitucionales que la extracción de principios jurídicos es posible. En mi opinión, sus principios sustanciales son:

a) Principio de legalidad y de reserva legal. El principio de legalidad –o juridicidad– tiene un sitio predominante entre los principios cardinales del derecho público moderno. Los art. 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como

Es decir, *sensu contrario*, sin efecto *erga omnes*, Véase, entre otros: Ord. N° 4211/, de 10 de agosto de 2018.

⁴⁴ Por cierto, lo anterior no importa desconocer que, en la *praxis*, la falta de uniformidad en la nomenclatura de los actos administrativos colabora en la indeterminación de su alcance al interior de la Administración e, incluso, a los particulares (CORDERO QUINZACARA 2010, 33), lo que se ve reforzado con la situación –ilegal, por lo demás, atendido lo preceptuado en el art. 63 N° 18 de la Constitución y el art. 2° de la Ley N° 19.880– de aquellos procedimientos administrativos regulados a nivel sub-legal.

el art. 2° de la Ley N° 18.575 lo confirman. Y, consecuentemente, también gobierna en el caso de la potestad administrativa de fiscalización⁴⁵. En este sentido, que los órganos del Estado y, particularmente, de su Administración solo puedan ejercer los poderes y atribuciones expresamente atribuidas por la Constitución y las leyes, importa una proscripción a la teoría de los poderes públicos implícitos en el derecho chileno⁴⁶: no pueden existir potestades inherentes de fiscalización administrativa. Sin embargo, lo anterior no obsta al apoderamiento de poder administrativo de fiscalización mediante cláusulas generales⁴⁷.

Por otra parte, la reserva legal, cuyo objeto es impedir la dictación de reglas infra-legales que afecten negativamente la esfera jurídica de los particulares sin una previa habilitación legal, también tiene aplicación sobre el poder de fiscalización de la Administración. Y es que la afirmación realizada *in supra* acerca de que la pertenencia de la fiscalización administrativa al campo de la actividad sustancial de ordenación no importa que, ante su ejercicio, necesariamente tenga lugar la verificación de efectos ablatorios para el ciudadano, no debe confundirse con que existan mecanismos de la actividad fiscalizadora, de que se valga el poder jurídico de fiscalización, que indispensablemente tengan aparejados efectos desfavorables para el sujeto fiscalizado. A modo ejemplar, mientras la citación al fiscalizado no importa tales perniciosas consecuencias⁴⁸, la inspección en terrero si los conllevará⁴⁹. Así las cosas, estimo que el principio de reserva legal carece de aplicabilidad –o es irrelevante– en el primer caso, pero regenta plenamente en el segundo

⁴⁵ PAREJO ALFONSO comenta que el constitucionalismo decanta para la potestad de fiscalización, entre otras consecuencias, que de ser concebida como un poder general de supervisión –*ius supremae inspectionis*– en el *ancien régime*, pase a ser comprendida como una potestad legalmente atribuida de fiscalización (PAREJO ALFONSO 2016a, 28-34).

⁴⁶ SOTO KLOSS 1996, 48-49; y, VALDIVIA 2018, 157. En cualquier caso, valga tener presente el panorama general y actual sobre las potestades implícitas en nuestro país, ofrecido en SOTO DELGADO 2019, 210-211; y, por otro lado, téngase también a la vista el planteamiento que, sobre el tema, se efectúa en CORDERO VEGA 2015, 81-82.

⁴⁷ En el medio nacional, con posiciones disímiles sobre los alcances de la atribución de potestades, en cuanto a sus formas o técnicas, entre otros, véase: OELCKERS CAMUS 1977, 132-137; SOTO KLOSS 1996, 47-63; CORDERO VEGA, 77-82; y, VALDIVIA 2018, 146-147, 157.

⁴⁸ Véase *in supra*, n. 16.

⁴⁹ Si se considera que la inspección en terreno, en su materialidad, es sumamente próxima –por no decir idéntica– a la diligencia investigativa intrusiva de entrada y registro en lugar cerrado (art. 204 a 216 del Código Procesal Penal), que exige contar con previa autorización del afectado o del juez, pues se la estima limitadora de los derechos fundamentales de intimidad e inviolabilidad del hogar del imputado (HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE 2002, 512), no se vislumbran razones para no asumir que la primera también conlleva tales afectaciones a los derechos fundamentales del fiscalizado. Por lo demás, este es uno de los fundamentos por los que la doctrina procesal penal se opone a la incorporación, sin más, como medios de prueba en el proceso penal, de los antecedentes que se obtengan de las diligencias intrusivas que se desarrollan en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (Véase: RODRÍGUEZ COLLAO y OLIVER CALDERÓN 2010, 142-147; y, VAN WEEZEL 2017, 1020-1021). En el mismo sentido, a modo ilustrativo, en el Derecho Administrativo peruano, el art. 240.2 N° 3 de la LPAG prescribe que la Administración está facultada para “Realizar inspecciones (...), respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda”.

o, dicho de otro modo, el imperio de la reserva legal en la potestad fiscalizadora requiere diferenciar el mecanismo de que se trate, como estadio previo.

Por último, descartando que la potestad de fiscalización pueda ser establecida mediante actos aplicativos, como actos o contratos administrativos⁵⁰, estimo que el campo donde lo señalado a propósito de las cláusulas generales de apoderamiento y del principio de reserva legal confluye y se pone en jaque, es en el reglamentario. Si bien hay un sector que repudia la posibilidad de la autoatribución normativa de la Administración estatal⁵¹, junto con no adherir a ellos, *prima facie*, atendiendo a lo ya señalado, para el caso de la potestad de fiscalización no se observan impedimentos para su establecimiento reglamentario⁵² –salvo que la falta de texto expreso obedezca a una negación de tal poder administrativo⁵³–. Sin embargo, para un mejor análisis, es posible decir que, panorámicamente, pueden presentarse los siguientes escenarios en dicho campo sub-legal: i) que se establezca un mecanismo de fiscalización determinado que no tenga consecuencias inherentes de gravamen para el fiscalizado, en cuyo caso, la autoatribución reglamentaria de la Administración es posible. La reserva legal es, a lo menos, indiferente; ii) que la consagración reglamentaria de un instrumento fiscalizador específico necesariamente irroque efectos ablatorios para el administrado. En este caso, el principio de reserva legal torna en inconstitucional dicha autoatribución jurídica; y, iii) que se efectúe una habilitación de potestad fiscalizadora imposible de identificar con un mecanismo específico de la actividad de fiscalización.

La regencia de la reserva legal no es fácil de dilucidar en esta hipótesis. Podría afirmarse que, como no es posible identificar el mecanismo particularizado de fiscalización, tampoco es posible aseverar que la concreción de dicho apoderamiento general vaya a imprescindiblemente traducirse en efectos perniciosos para el administrado, llegando a la conclusión de que no hay certeza que justifique aplicar el principio de reserva legal y que haga enjuiciar como inconstitucional tal disposición reglamentaria. Por el contrario, considero que es precisamente dicha ausencia de identificación con un instrumento determinado o incerteza sobre los efectos que su ejercicio pueda involucrar para el fiscalizado lo que justifica, como una garantía para él, que tal disposición habilitante genérica solo pueda estar estatuida a nivel legal o constitucional. Lo opuesto sería incoherente con la propia naturaleza de la potestad de fiscalización de la Administración del Estado y, por otra parte, también lo sería con la propia construcción histórico-jurídica del principio de reserva legal.

b) Principio de proporcionalidad. Como punto de partida, es posible efectuar las siguientes dos aseveraciones sobre el principio de proporcionalidad: que si bien su construcción está íntimamente ligada a las reacciones más radicales

⁵⁰ Cfr. MORAGA KLENNER 2019, 136-137.

⁵¹ DE LA CUÉTARA 1986, 80-81. En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2010, 447.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR 1991, 202. En contra, GARCÍA URETA 2006, 29, 66-67.

⁵³ MORAGA KLENNER 2008, 319.

que el Estado puede adoptar en contra de los ciudadanos, es decir, a lo que se ha denominado como el Derecho Punitivo Estatal, también es cierto que su campo ha trascendido en el derecho público, especialmente debido al *iuspublicismo* alemán, y que si bien existen diversas líneas argumentales sobre cuál sería su fuente constitucional⁵⁴, es indiscutida su presencia en la Carta Fundamental chilena. De este modo, tratándose la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado de un poder de fuente constitucional que, además, puede traducirse en afectaciones a los derechos fundamentales de los fiscalizados, resulta de aplicación a su respecto. Para su análisis, disociaré un aspecto nomogénico de otro aplicativo de la potestad de fiscalización administrativa.

La actividad de producción de supuestos jurídicos que consagren potestad fiscalizadora por parte del órgano legislativo y, en su caso, de los entes administrativos, deberá guardar cuidado del principio de proporcionalidad cuando se prevean habilitaciones para su ejercicio. En especial, tal cuidado habrá de observarse para apoderamientos identificables con mecanismos que le signifiquen consecuencias ablatorias al fiscalizado, como aquellos que, por su generalidad, eventualmente pudieren traducirse en que el fiscalizador se haga valer de tales mecanismos de gravamen. En este ámbito, entonces, estimo que quien ejecute este poder normativo deberá, a lo menos, observar la incorporación de criterios que orienten al ejecutor de la fiscalización administrativa en su actividad y que, al fiscalizado, le permitan dilucidar la racionalidad de tal actuación administrativa.

En lo tocante a la aplicación de la potestad fiscalizadora por la Administración Pública, coherentemente con el rol de control que se le atribuye para la discrecionalidad, el órgano administrativo deberá, además de ceñirse a los parámetros fijados legislativa o reglamentariamente, dar cumplimiento al principio de proporcionalidad en cuanto a sus elementos componentes⁵⁵. En la medida que el ente titular del poder fiscalizador tenga la posibilidad de optar por un instrumento de fiscalización u otro, sea por su habilitación genérica o alternativa entre dos o más mecanismos determinados, deberá i) preferir aquellos que sean eficaces para el fin fiscalizador concreto que se persigue, ii) optar por aquellos instrumentos que no importen desfavorables resultados para el administrado, en cuyo caso tendrá plena discrecionalidad para decidir cuál usar o, de solo existir medios que sean gravosos para el fiscalizado, optar por aquellos que lo sean en menor medida y, iii) en esta última hipótesis, que el medio a usar guarde equilibrio entre el fin propuesto a alcanzar y los intereses del fiscalizado que se sacrifican con su uso.

⁵⁴ Cfr. ALDUNATE LIZANA 2008, 264-266.

⁵⁵ Por lo demás, como referencia, tal observancia al principio de proporcionalidad se explicita en el art. 246 de la LPAG de Perú, que dispone que "Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad".

Conclusión

Para finalizar este trabajo, de lo expuesto precedentemente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La fiscalización administrativa, en tanto potestad pública, cumple una finalidad preventiva de riesgos y daños no tolerados por el ordenamiento jurídico regulador de las actividades de los particulares. En este sentido, su pertenencia a la categoría de actividad sustancial de ordenación no se traduce imprescindiblemente en que su ejercicio produzca efectos desfavorables para el fiscalizado, lo que, por cierto, no importa desconocer la existencia de mecanismos de fiscalización necesariamente provocadores de efectos de gravamen, ni tampoco importa su inaplicabilidad respecto de las otras clases de actividad sustancial de la Administración del Estado, como la contractual, sancionadora, de subvenciones, entre otras.

2. Lo anterior permite desgajar la potestad fiscalizadora, en cuanto a su ejercitación, en una serie de etapas sucesivas. Primero, extrínsecamente, el ejercicio de actividad de fiscalización administrativa se concreta en una variedad de posibles figuras o mecanismos cuyo desarrollo puede fundarse en matrices de riesgo –planificación fiscalizadora– o en antecedentes previos con que cuente el fiscalizador. Luego, el sujeto fiscalizador debe evaluar la información y, basado en ella, optar por la aplicación o no de medidas correctivas o mitigadoras. Y, finalmente, en el plano real, si procediere, el fiscalizador ejecutará o impondrá las medidas restaurativas del imperio del Derecho o paliativas de los riesgos y daños, dentro de las que, por cierto, no se hallan las sanciones administrativas.

3. El documento constitucional chileno consagra expresamente la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado en varias disposiciones jurídico-constitucionales, atribuyéndola a órganos estatales de carácter administrativo, ya sea singularizándolos o no y de manera directa o indirecta.

El Tribunal Constitucional no solo ha ratificado el reconocimiento constitucional de esta potestad administrativa, sino que, además, ha hecho extensivo su reconocimiento como constitucionalmente atribuido a la Dirección del Trabajo, lo que es sumamente cuestionable desde que tal órgano de la Administración no es siquiera mencionado en el texto constitucional. Más bien guarda relación con una decisión legislativa en virtud de lo señalado por el constituyente de 1980.

En cualquier caso, que la Constitución prevea la recepción directa de la potestad fiscalizadora de la Administración, bajo ningún aspecto, puede entenderse como un presupuesto indispensable para su presencia en el ordenamiento jurídico nacional ni en un obstáculo para su atribución a órganos sub-constitucionales. En cambio, más bien da cuenta de su notable importancia para la realidad jurídica chilena.

4. El principio constitucional de juridicidad es exigente de la atribución expresa de potestades públicas, es decir, veda la fórmula implícita de asignación de tales poderes, entre los cuales se encuentra el de fiscalización administrativa. Por cierto, ello no obsta a los apoderamientos generales de potestad de fiscalización administrativa.

5. La diversidad de mecanismos fiscalizadores, dentro de los cuales se diferencian unos que no necesariamente importarán efectos de gravamen para el administrado, mientras que otros los conllevarán esencialmente, deriva en que el principio de reserva legal tenga una aplicación relativa en el campo de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado.

6. La potestad normativa fiscalizadora de la Administración Pública solo es posible respecto de instrumentos específicos de fiscalización que no tengan aparejadas consecuencias ablatorias para el fiscalizado. En cambio, será inconstitucional por vulnerar la reserva de ley cuando sea establecido un mecanismo de fiscalización que indispensablemente irroque efectos de gravamen. La misma inconstitucionalidad habrá para una fórmula general de atribución de potestad fiscalizadora imposible de circunscribir exclusivamente a instrumentos de fiscalización en que los efectos desfavorables no sean inherentes, pero como una garantía protectora del administrado frente al actuar del Estado-Administración.

7. La presencia constitucional del principio de proporcionalidad sujeta a los órganos con poder nomogénico a ser celosos de él, especialmente para las habilitaciones genéricas de poder administrativo fiscalizador, o cuando sea atribuido a través de medios con efectos ablatorios consustanciales. La incorporación de criterios que orienten al ejecutor de la fiscalización administrativa en su actividad y que, al fiscalizado, le permitan dilucidar la racionalidad de tal actuación administrativa, representan un estándar apropiado de cumplimiento para el principio de proporcionalidad.

8. En lo tocante a la puesta en ejercicio de la actividad fiscalizadora –como correlato de la homónima potestad administrativa– el respeto al principio constitucional de proporcionalidad se halla, por un lado, en que sea desarrollado con sujeción a los parámetros fijados por el titular de la potestad normativa fiscalizadora y, por otro, en observar sus elementos de idoneidad, necesidad y, en su caso, de proporcionalidad, en sentido restringido.

9. Por último, a modo general, debe constatar que numerosos son los desafíos que presenta la construcción dogmática de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado en el derecho chileno. Entre otros, un análisis profundizado acerca de los instrumentos de que se vale la actividad fiscalizadora y, así mismo, de las medidas correctivas o restaurativas del imperio jurídico que de ella resultaren; estudio sobre la formalización o desformalización en su ejercicio y, en consecuencia, las implicancias que, a su respecto, tiene o no la exigencia constitucional de garantías de un procedimiento racional y justo (art. 19 N° 3 inc. 6°); avanzar en esclarecer los deslindes con otras

potestades administrativas y, especialmente, con la sancionadora; revisar la vinculación entre el desarrollo de la potestad fiscalizadora y el procedimiento administrativo sancionador; y, tratar eventuales matices entre los principios sustanciales que gobiernan en la potestad sancionadora y, a la vez, en la potestad fiscalizadora.

Bibliografía citada

- Agüero Vargas, F. y Toro Bossay, L. (2010). Límite a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Público* (75), 16-59.
- Aldunate Lizana, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Legal Publishing.
- Camacho Cepeda, G. (2008). Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos. *Revista de Derecho Público* (70), 251-271.
- Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (21 de julio de 2020). *Certificado Boletín 13501-07*, Sala de la Comisión.
- Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno. En V. Durán, S. Montenegro y P. Moraga (Eds.), *Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Desarrollo sustentable: Gobernanza y Derecho* (pp. 29-43). Legal Publishing.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Legal Publishing.
- Cordero Quinzacara, E. (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (1), 33.
- Cordero Quinzacara, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador: bases y principios en el Derecho chileno*. Legal Publishing.
- De la Cuétara, J. (1986). *Las Potestades Administrativas*. Tecnos.
- Esteve Pardo, J. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Flores Rivas, J. (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas* (pp. 263-282). Thompson Reuters.
- Flores Rivas, J. (2015). Función fiscalizadora: la acreditación de infracciones sanitarias. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (20), 195-201.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2010). *Curso de Derecho Administrativo I* (10ª ed.). Civitas.
- García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.
- González Luchsinger, C. (2014). *La Inspección Administrativa (Responsabilidad del Estado por Inactividad en su ejercicio)*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].
- Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En D. Zegarra (Coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la UCP* (pp. 387-418). Palestra.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos* (48), 41-54.
- Larraín, M. (2012). Notas al último intento de Reforma del Sistema de Supervisión Financiera. En J. Couso (Dir.), *Anuario de Derecho Público 2012* (pp. 392-414). Ediciones Universidad Diego Portales.
- Leal Vásquez, B. (2014). *La potestad de inspección de la Administración del Estado*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].
- Leal Vásquez, B. (2015). Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora. *Revista de Derecho Público* (83), 105-122.
- Horvitz Lennon, M. y López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

- Moraga Klenner, C. (2008). Derecho Público chileno, y los principios de legalidad administrativa y de jurisdicción. En R. Pantoja (Coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (pp. 277-323). Editorial Jurídica de Chile.
- Moraga Klenner, C. (2019). *Contratación administrativa* (2ª ed.). Legal Publishing.
- Moreno Castillo, L. (2019). *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*. Universidad Externado de Colombia.
- Morón Urbina, J. (2018). La nueva regulación común de la actividad administrativa de supervisión en el Derecho peruano. En M. Vaquer, Á. Moreno y A. Descalzo [Coord.], *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Vol. 2, T II) (pp. 1549-1600). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (Dir.) (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (T I). Santillana.
- Oelckers Camus, O. (1977). El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1), 132-137.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativas*. Tirant lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2016). La vigilancia, la supervisión y el control administrativos (Reflexiones sobre su Formación, Evolución y Situación Actual). En E. Alonso (Dir.), *El Control de la Actividad Estatal* (T I) (pp. 185-217). Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Parejo Alfonso, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo* (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Prado Delgado, F. (2012). *La fiscalización ambiental de las faenas mineras*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso].
- Rebollo Puig, M. (2013). *La actividad inspectora*. En J. Díez (Coord.), *La función inspectora (Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)* (pp. 55-116). AEPDA/INAP.
- Rodríguez Collao, L. y Oliver Calderón, G. (2010). Algunos aspectos penales y procesales penales de la Ordenanza de Aduanas. *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal* 2009 (7), 142-147.
- Santamaría Pastor, J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo* (T I). CEURA.
- Soto Delgado, P. (2019). La potestad del SERNAC para recibir reclamos y promover acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (245), 210-211.
- Soto Kloss, E. (1996), *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (T II) (pp. 47-63). Editorial Jurídica de Chile.
- Valdivia, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Van Weezel, A. (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política Criminal* (24), 1020-1021.
- Villar Ezcurra, J. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares*. Civitas.
- Zegarra Valdivia, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *THÉMIS-Revista de Derecho* (69), 123-131.

Normas citadas

- Decreto N° 100 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.268.
- Decreto Legislativo N° 1272 de 2016, que modifica la Ley N° 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29.060, Ley de Silencio Administrativo. 20 de diciembre de 2016. El Peruano.
- Decreto N° 830 de 1974 [con fuerza de ley]. Aprueba el texto del Código Tributario. 31 de diciembre de 1974. D.O. N° 29.041.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica, Media y su fiscalización. 27 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.

- Ley N° 20.860 de 2015. Reforma Constitucional que otorga Autonomía Constitucional al Servicio Electoral. 20 de octubre de 2015. D.O. N° 41.286.
- Decreto N° 2.421 de 1964 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964. D.O. N° 25.886.
- Ley N° 21.248 de 2020. Reforma Constitucional que permite el Retiro Excepcional de los Fondos acumulados de Capitalización Individual en las condiciones que indica. 30 de julio de 2020. D.O. N° 42.709.
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 24 de abril de 2006. D.O. N° 38.446.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre de 2001. D.O. N° 37.113.

Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 64.985, 20 de noviembre de 2009.
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 110/11, 9 de enero de 2004.
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 4211/, 10 de agosto de 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 62.128-2016, 9 mayo 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 38.340-2016, 3 agosto 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 26.650-2018, 15 noviembre 2019.
- Corte de Apelaciones de Rancagua. Segunda Sala. Rol 3.354-2015, 19 mayo 2017.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.264-12, 10 octubre 2013.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.541-13, 18 noviembre 2013.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.671-14, 1 octubre 2015.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.694-14, 12 noviembre 2015.
- Tribunal Constitucional. Rol 4.446-18, 13 junio 2019.

