

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVIDAD REGULATORIA DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS¹

Eugenio Evans Espiñeira²

RESUMEN: Las Superintendencias y otros servicios, al interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias, dictan instrucciones generales, aplican sanciones conforme a esa interpretación, ampliando el abanico de infracciones imputables a particulares no sólo a las disposiciones legales sino que a las reglamentarias y a las instrucciones y órdenes que se impartan por esas entidades³. Junto con la potestad reglamentaria de ejecución, aparece un surtido de disposiciones que emanan de servicios públicos que fiscalizan las actividades económicas y cuyo cumplimiento es idénticamente imperativo al que se le reconoce a la ley.

Es un principio general del derecho la norma del artículo 3° del Código Civil conforme a la cual “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”. Tal principio ha ido cediendo en el tiempo y se aprecia con mayor frecuencia el abandono que el legislador hace de esa facultad delegándola en los diversos ministerios, servicios y superintendencias, derivando de ello un elevado riesgo respecto a la certidumbre que los particulares requieren para el desempeño de sus actividades.

El legislador autoriza la existencia de una normatividad paralela surgida de la apreciación discrecional del titular de las funciones administrativo-fiscalizadoras y regulatoria que da como resultado un bosque de preceptos obligatorios para los agentes económicos, los que en el ejercicio de su actividad se someterán, por tanto, no sólo a las normas legales que la regulen sino que, además, a las que emanan del ejercicio de las potestades interpretativo-normativas de las entidades señaladas.

Para nuestro análisis haremos el siguiente catálogo de ideas previas, ideas que serán el núcleo de este trabajo y sobre el cual girará nuestra exposición.

1.- Los derechos públicos subjetivos vinculados al desarrollo económico de las perso-

nas admiten sean regulados y esa regulación se reserva por la Constitución a la ley. Así ocurre con el derecho a la propiedad, con el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, con la imposición de tributos y, más específicamente, con la libertad

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

2 Abogado, Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

3 Véase: “Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y Fiscalización del Estado”. Presentada en las Jornadas de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 2002. Publicada en Revista Chilena de Derecho, Vol 29, N° 3, 2002, Universidad Católica de Chile.

para emprender actividades económicas o empresariales. Aún más rigurosa, la Constitución impide que la ley imponga tributos, condiciones o requisitos que afecten el ejercicio de tales derechos en su esencia por lo que existe un marco dentro del cual el legislador debe moverse a la hora de regular su ejercicio. La doctrina ha señalado que la protección de la esencia de los derechos también debe hacerse extensiva a las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, ampliada o de ejecución⁴. El control del marco protectivo de los derechos fundamentales en lo que respecta al contenido de la ley se hace preventivamente y ex post por el Tribunal Constitucional. El mismo órgano y la Contraloría General de la República efectúan el control de juridicidad de las normas que dicta el Presidente de la República conforme con el artículo 32 Nº 6 de la Carta Fundamental, norma que se cita a continuación⁵.

2.- El artículo 32 Nº 6 de la Constitución Política señala que es atribución especial del Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Dudamos que en esa norma esté la fuente que inspira al legislador para habilitar a los jefes de servicios para dictar resoluciones, instrucciones o circulares que estimen convenientes para la ejecución de las leyes cuyo cumplimiento fiscalizan.

La fuente directa está en las mismas leyes orgánicas de las respectivas entidades. Sin embargo, ni esas leyes como tampoco la Constitución ni la ley orgánica de la Contraloría General de la República contemplan un pro-

ceso previo de control de constitucionalidad ni de juridicidad, control al que, sin embargo, podrá estar sujeta la ley misma, los decretos con fuerza de ley, los decretos supremos y los reglamentos ejecutorios de la ley, conforme se señaló.

3.- Ello pone en una situación de ventaja a la normatividad (secundaria, podríamos denominarla, dado que no emana de autoridades electas directamente por el pueblo sino que designadas y de confianza, casi siempre, del Presidente de la República) que dictan los servicios públicos, ventaja que se manifiesta en las circunstancias siguientes: i.- Se dictan generalmente obedeciendo la apreciación discrecional de un solo funcionario, sin debate público conocido y sin oposición; ii.- Tienen prácticamente el mismo efecto imperativo que se reconoce a la ley; iii.- Llevan, la mayoría de los casos, envueltos los caracteres de generalidad al ser exigibles sus efectos a todos los agentes y personas sujetos a su ámbito de fiscalización y control; iv.- No se les somete a controles previos de juridicidad dado que se emiten con el carácter de resoluciones exentas, instrucciones, circulares, etc. que no pasan previo a su vigencia por el examen de la Contraloría General de la República. Tampoco el ordenamiento constitucional contempla la revisión previa o a posteriori de esas normas por el Tribunal Constitucional. En fin, el eventual control por el Poder Judicial (siempre a posteriori) se somete a exigencias tales como el solve et repete si se trata de sanciones, acreditar perjuicios cuando se dictan resoluciones normativas generales, el cumplimiento de plazos si se intenta la cautela de derechos fundamentales eventualmente vulnerados o amenazados por tales normas; v.- Usualmente, no se publican en el Diario Oficial sino que en las páginas web de las mis-

4 EVANS DE LA CUADRA, Enrique: “*Los Derechos Constitucionales*”, Tomo III, Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

5 Ver artículos 93 Nºs. 1, 3, 4, 6, 7, 9 y 16 y 99 de la Constitución Política de la República.

mas entidades regulatorias o en boletines de circulación limitada., etc.⁶.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

La Constitución chilena de 1980 contempla una serie de preceptos protectivos de la actividad empresarial de los particulares. Previo al recuento de aquellos artículos que consagran un orden económico definido, citaremos aquellos que robustecen el accionar de los grupos intermedios de la sociedad, la cual estructura dentro de la Constitución, un Estado subsidiario, finalizado al objetivo de bien común y garante del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 1º, inciso 3, señala que *“el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*, es decir, el Estado como sociedad superior da cuenta de la existencia natural de grupos de personas que se unen en procura de un objetivo común, los protege en cuanto grupos organizados que derivan de la natural sociabilidad de las personas y además garantiza la autónoma decisión de los mismos para definir cómo se organizan, que estructura jurídica se dan, los medios o recursos económicos y humanos que destinarán al fin u objetivo que se han propuesto, etc.

El inciso citado, fundamental a la hora de interpretar los preceptos de la Constitución como asimismo la función del Estado en cuanto participante y regulador de las actividades

económicas, podría haber sido suficiente reconocimiento del derecho de los individuos para crear los medios indispensables para su subsistencia y, aún más, para emprender y desenvolver las actividades empresariales que estimaren pertinentes. Pero, la Carta Fundamental extendiendo el campo protector de la iniciativa empresarial de las personas, sujetó al Estado y a sus organismos al explícito respeto de los preceptos de la Constitución y de las normas dictadas en su conformidad, como asimismo separó las funciones estatales impidiendo que unas se inmiscuyan en las atribuciones de las otras, consagrande, en definitiva, un poder judicial autónomo y con funciones de resguardo para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Además, el artículo 19 consagró como derechos humanos fundamentales un conjunto sistemático de normas con clara vinculación con la iniciativa privada en materias económicas. Son aquellas que en su conjunto han permitido la doctrina y a la jurisprudencia más autorizada afirmar la existencia de orden público económico.⁷ Tales normas son en apretada síntesis, las de los números 2, 15, 16, 21, 22, 23, 24 del artículo 19, todas las cuales se cautelan, en la misma Constitución, mediante la acción o recurso de protección, constituyendo ésta al inicio de su vigencia una eficaz herramienta de garantía para la salvaguardia del ejercicio pleno de esos derechos fundamentales. Igual sentido protector tiene el numeral 26 del mismo artículo 19, en tanto cuanto impide atentados normativos que afecten la esencia de los derechos impidiendo su libre ejercicio.

6 Sobre las ventajas de las normas regulatorias sobre la ley, se ha señalado: “El hecho de que en Chile la Administración Pública legisle con mayor intensidad y de forma menos transparente que en el Congreso Nacional, sin que tenga el grado de pluralidad y representación política de este último, nos debiera mover a mejorar el sistema de génesis de las normas reglamentarias.” Sergio Romero, Presidente del Senado de la República de Chile. Artículo de opinión, diario El Mercurio, 18 de noviembre de 2005.

7 Afirman la existencia de un orden público económico que deriva de los preceptos de la Constitución: CEA EGANA, José Luis: *“Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales, Garantías Constitucionales.”* Editorial Jurídica de Chile, 1988; FERNANDOIS V., Arturo: *“Derecho Constitucional Económico”*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.

Aún mas, la parte orgánica de la Constitución ha consignado disposiciones tendientes a estructurar el desenvolvimiento económico y financiero ordenado por parte del Estado y sus organismos, destacándose normas tan relevantes como las del artículo 63 N° 7, la del inciso 4° del artículo 67 y los artículos 108 y 109 que estructuran al Banco Central como un órgano autónomo, conductor de una política monetaria independiente⁸.

Nuestro objeto, sin embargo, dice relación con el ámbito de protección que ofrecen los N°s. 21 y 26 del artículo 19 (que contiene el catálogo de los derechos públicos subjetivos), respecto de los cuales, especialmente al tenor del primero, existe cierta discrepancia.

El N° 21 consagra *“el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen.”* (inciso 1°)

Por su parte, el N° 26 establece *“la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

El llamamiento que hace la Carta Fundamental al legislador, sea en la reglamentación del ejercicio de las actividades económicas como en la reserva a la regulación de las garantías constitucionales, se robustece en la indelegabilidad de facultades legislativas al Presidente de la República prevista por el inciso segundo del artículo 64, es decir, el ejercicio, desarrollo y actuación de los agentes económi-

cos sólo puede ser regulado por ley y sólo ella podrá señalar requisitos, condiciones o tributos que, establecidos, no impidan el libre ejercicio de la actividad empresarial respectiva ni la afecte en su esencia.

El tema más difícil de definir es el alcance de la expresión “normas legales” que utiliza la Constitución, es decir, si es que ella excluye la intervención de la potestad reglamentaria en la regulación de las actividades económicas, o si, por el contrario, prevé la posibilidad que el legislador describa el marco general para su desenvolvimiento permitiendo al Presidente de la República normar, vía reglamento de ejecución, los aspectos más de detalle y propios de los caracteres individuales de cada actividad.

Por lo pronto, parece un terreno más pacífico excluir la posibilidad que cualquier manifestación de la potestad reglamentaria autónoma pretenda regular el desarrollo de actividades económicas lícitas. La exclusión se sustenta en la sustancia de la doctrina que emana del fallo del Tribunal Constitucional respecto del Decreto N° 357 de 1992 del Ministerio de Obras Públicas, Rol 146, de 21 de abril de 1992, que dispuso en lo pertinente:

9° Que, del tenor del artículo 19, N° 21, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: “Ajustado y conforme a reglas”. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad;

8 Dejamos constancia que utilizamos la numeración de los artículos de la Constitución conforme al texto vigente a noviembre de 2005. Las citas jurisprudenciales que se hacen se remiten a artículos cuya numeración es la anterior a la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de agosto de 2005. En cada caso, entre paréntesis, se señalará qué artículo corresponde conforme al texto vigente de la Constitución de Chile.

10° Que, el decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, prohíbe el desarrollo de la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos ya definidas, con lo que se ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia;

11° Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de “regular” puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2 (63, N° 2), que establece “Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse;

La cuestión más compleja (“se está convirtiendo en el tópico de mayor tensión constitucional del nuevo siglo”, en opinión de Fermeandois⁹) es la pertinencia de la actuación del administrador, vía potestad reglamentaria de ejecución, en la regulación de las garantías constitucionales, en especial, la relacionada con las actividades empresariales.

La doctrina nacional divide sus inclinaciones por las siguientes alternativas. La primera, sostenida básicamente por E. Soto Kloss, ve un marco de reserva absoluto impidiendo toda y cualquier intervención de la administración en la regulación y complemento de las garantías constitucionales. (“Ley y Reglamento: Sus relaciones en el Derecho Chileno” en *Ius Publicum* N° 3/1999 y “La Actividad Económica en la

Constitución” en *Ius Publicum* N° 2/1999). La segunda, por la que se inclinan E. Silva Cimma, Pierry, Camacho y otros, expresa que la Constitución vigente amplió el ámbito de la actuación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República al establecer un dominio máximo de la ley, a diferencia de la Carta de 1925 que preveía un dominio mínimo legal, es decir, al limitar el campo de materias de imperativa regulación legal a las numeradas por el artículo 63, la Constitución de 1980 dejó un amplio margen normativo atribuido a la potestad reglamentaria. Fruto de ello es que la ley, tratándose de actividades económicas, puede fijar el marco general de su regulación, pudiendo legítimamente llamar al reglamento a complementar, completar y, aun, regular las situaciones no previstas expresamente por el legislador.

Una tercera aprecia en el N° 21 del artículo 19 una denominada “reserva legal poderosa” intermedia entre las dos anteriores, la cual no excluye al reglamento de ejecución pero supeditado rigurosamente a las estipulaciones legales que rigen el desarrollo de la respectiva actividad económica. Fermeandois, quien la enuncia basado en las opiniones del comisionado Bertelsen en la sesión N° 355 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y en González Fernández¹⁰, plantea su tesis en los términos siguientes: “la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como ajustar a regla o someter a reglamentación, pero la esencia de la ejecución -que la separa de la regulación- consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley. He ahí la esencia de la potestad reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inicuo, ilegítimo e inconstitucional”.

9 Op. cit., págs. 126 y siguientes.

10 Ídem, pág. 133.

En síntesis, el tema no es de fácil solución doctrinaria. La práctica, sin embargo, demuestra una cierta tolerancia jurisprudencial con los que estimo, excesos normativos de la potestad reglamentaria, de la delegada y, aun, de la potestad normativa conferida por el ordenamiento jurídico a algunos órganos del Estado. Por lo pronto, y no obstante coincidir en que la Constitución amplió el ámbito de materias en que el Presidente de la República ejerce sus funciones normativas, también es cierto que en materia de garantías constitucionales la Carta Fundamental ha sido rigurosa en llamar a la ley para su regulación, en los casos que ello es admisible. Por lo pronto, el N° 26 no se inclina por citar a normas de inferior rango, pues la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales es una materia de reserva legal; en seguida, el artículo 63 N° 2 exige sean materias de ley “las que la Constitución exige que sean reguladas por una ley”, lo que se complementa con la expresa prohibición al Congreso Nacional de delegar facultades legislativas en materia de garantías constitucionales.

No obstante lo anterior, en Chile simples ordenanzas municipales regulan el ejercicio de actividades económicas fijando tributos o condiciones especiales para su ejercicio; en seguida, reglamentos de ejecución dictados por el Presidente de la República superan por mucho el marco normativo de la ley que ejecutan (paradigmático es el caso de la actividad económica eléctrica); en fin, importantes actividades empresariales son reguladas por decretos con fuerza de ley (v.gr. la actividad económica de las empresas sanitarias, de los agentes económicos eléctricos, entre otras).

DESCRIPCIÓN DE LAS ATRIBUCIONES INTERPRETATIVAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JEFES DE SERVICIOS.

En el apartado anterior hemos intentado recoger las opiniones más autorizadas respecto de la amplitud de la reserva que la Cons-

titución establece a propósito de la regulación de las garantías constitucionales. Por lo pronto, y valga reiterarlo, regular el ejercicio de los derechos fundamentales queda al margen de la actuación de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República como, asimismo, al margen de las atribuciones normativas conferidas a las municipalidades, a los servicios públicos, en general, a los órganos de la administración del Estado.

Igualmente, en lo que respecta a la regulación de las actividades económicas se trató de precisar hasta dónde se extiende la potestad del Presidente de la República para complementar, vía reglamentos de ejecución, la regulación legislativa de las mismas.

A continuación, haremos referencia a algunos cuerpos legales, orgánicos de las entidades y servicios encargados de fiscalizar a los diversos agentes económicos que atribuyen a los respectivos jefes superiores la facultad de interpretar administrativamente los preceptos legales cuyo cumplimiento les corresponde fiscalizar. Como se observará, por lo general, se trata de una atribución conferida en términos generales complementada por la consecuente potestad normativa, es decir, de la interpretación surge la norma de aplicación general, imperativa para los actores económicos sujetos a la fiscalización de la respectiva entidad, de lo que resulta que aquellos deberán someterse no solo a la regimentación legal que los regule sino que, además, a la eventual que deriva del reglamento que la ejecute y la que deviene de la atribución interpretativa-normativa objeto de este estudio.

A) DECRETO LEY N° 3.538 “CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS”

Trátase de una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio cuyo objeto es la fiscalización superior de las personas que emitan o intermedien valores de oferta pública, las bolsas de valores mobi-

liarios, las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones, los fondos mutuos, las compañías de seguros, en fin, un órgano que cumple una función similar a la conocida SEC de los EE.UU. Nos interesa especialmente la atribución que se le reconoce en la letra a) del artículo 4º de su ley orgánica conforme a la cual puede *“Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento.”*

Los efectos de semejante atribución se aprecian dentro del mismo D.L. Nº 3.538. Baste sea citado el artículo 27, ubicado en el título III –Apremios y Sanciones– conforme al cual *“Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones...”* Por su parte, el artículo 28 establece casi idéntica disposición cuando se trate de personas o entidades diversas a las referidas en el artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia.

Sin embargo, la interpretación administrativa y la potestad normativa que confieren los preceptos transcritos a la SVS, es susceptible de ser revisada en sede jurisdiccional. En efecto, conforme con el artículo 46 *“las personas que estimen que una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o una omisión de la Superintendencia es ilegal y les causa perjuicio, podrán reclamar de ella ante la Corte de Apelaciones de Santiago...”*. Lamentablemente, la misma norma establece el requisito de señalar el motivo del perjuicio que al reclamante causa la norma, instrucción, en general el acto reclamado de ilegal, lo que desvirtúa los

beneficios del control judicial de la función normativa atribuida a la SVS.

- B) TÍTULO PRIMERO LEY GENERAL DE BANCOS. TEXTO REFUNDIDO FIJADO POR EL D.F.L. Nº 3 DE 1997, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DEL 19 DE DICIEMBRE DE 1997. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

Se contempla a una institución autónoma, con personalidad jurídica propia y que se relaciona con el gobierno a través del Ministerio de Hacienda. Le corresponde la fiscalización de las empresas bancarias, cualquiera sea su naturaleza, y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución (arts. 1º y 2º).

Conforme con el artículo 12, al Superintendente corresponde *velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios. La facultad de fiscalizar comprende las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas* (incisos 1º y 2º).

Por su parte, el artículo 19 establece que *“las instituciones sometidas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en alguna infracción a la ley que las rige, a sus leyes orgánicas, a sus estatutos o a las órdenes legalmente impartidas por el Superintendente, que no tenga señalada una sanción especial, podrán ser amonestadas, censuradas o penadas con multa de hasta una cantidad equivalente a 5.000 unidades de fomento. En caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza podrá aplicarse una multa hasta de cinco veces el monto máximo antes expresado”*.

La ley no contempla la posibilidad de impugnar las órdenes o instrucciones que derivan de la potestad interpretativa de los preceptos legales cuyo cumplimiento le corresponde fiscalizar al Superintendente. Podría, sin

embargo, objetarse la juridicidad de la interpretación si es que de ella deriva una posterior sanción contra la cual se reclama ante la Corte de Apelaciones en los términos previstos por el artículo 21.

- C) LEY N° 18.410 QUE “CREA LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES” (SEC)

Es un servicio funcionalmente descentralizado, que se relaciona con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Su objeto es fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas (arts. 1° y 2°).

Conforme con el artículo 3° N° 34, le corresponde a la Superintendencia “*aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización*”.

El artículo 15 –primero del Título IV sobre Sanciones– establece que “*las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales*” (inc. 1°). En términos similares, el artículo 6°

del decreto N° 119, de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprobó el Reglamento de Sanciones en materia de Electricidad y Combustibles señala: “*Las infracciones e incumplimientos a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas en materia de electricidad, gas y combustibles líquidos, como asimismo a las instrucciones y órdenes que imparta la SEC, serán castigados con algunas de las sanciones mencionadas en el artículo 4° de este reglamento, sin perjuicio de otras contempladas en el ordenamiento jurídico que no son objeto de esta reglamentación*”.

Las atribuciones normativas de la SEC, como asimismo el artículo 15, cuyo primer inciso transcribiéramos, fueron incorporados por la ley N° 19.613 de junio de 1999, dictada en pleno período de crisis de abastecimiento eléctrico. Las normas citadas confieren potestades normativas a la entidad fiscalizadora, las que se imponen como obligatorias para las empresas que explotan servicios eléctricos, de combustibles o gas, las que pueden ser objeto de sanción por las infracciones o incumplimientos a las instrucciones de la SEC.

La ley N° 18.410 no contempla el control previo de las resoluciones normativas de esta entidad. Previene, sin embargo, un eventual control a posteriori a cargo de las Cortes de Apelaciones y Suprema cuando los afectados estimen que no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar.

- D) LEY N° 18.933 QUE “CREA LA SUPERINTENDENCIA DE INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL”

Trátase de una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Salud. Le corresponde la supervigilancia y control de las Instituciones de Salud Previsional, siendo estas últimas las que otorgan las prestaciones y beneficios de salud, con

cargo al aporte de la cotización legal para salud o la superior que se convenga, a los trabajadores dependientes del sector público o del privado.

Esta entidad está habilitada para “interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento” (art. 3° N° 2 de la citada ley N° 18.933). Igualmente, le corresponde “velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen y con las instrucciones que la Superintendencia emita, sin perjuicio de las facultades que pudieran corresponder a otros organismos fiscalizadores” (art. 3° N° 4).

Hemos traído, a vía ejemplar, la regulación orgánica en lo que interesa a la materia en análisis, respecto de cuatro entidades fiscalizadoras. Existen otros servicios y órganos con atribuciones de dictar normas de carácter general, obligatorias para las personas instituciones, empresas y aun, para sectores completos de la comunidad. Ocurre en el caso del Servicio de Impuestos Internos (art. 7° D.F.L. N° 7 de 1980), de las Municipalidades (art. 12 de la ley N° 18.695) y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹¹, en fin, ejemplos de una profusa regulación cuya naturaleza jurídica trataremos de establecer más adelante.

Por ahora, llamamos la atención acerca de la obligatoriedad que suponen las reglas que emanan de la potestad interpretativa de las superintendencias, servicios, en general las entidades regulatorias, de la necesidad de someter el ejercicio de las actividades económicas

respectivas a esas reglas dadas las sanciones a que están sujetos los incumplimientos. Importa destacar que las leyes citadas, en algunos casos, no permiten impugnar la juridicidad de la norma o instrucción que resulta de la interpretación administrativa y, lo más grave, la potestad sancionadora de que gozan las entidades fiscalizadoras se aplica por igual sea que el incumplimiento o infracción ocurra respecto de un precepto legal, de un reglamento de ejecución o de una orden, instrucción o norma que provenga de estas facultades interpretativas.

Naturaleza Jurídica de la Potestad Normativa de las Instituciones Fiscalizadoras

a) En el orden jurídico de la Constitución

Quizá uno de los principios más claramente robustecidos en la Constitución de 1980 fue el de la efectiva vigencia del Estado de Derecho y de la supremacía jerárquica de las normas de la Carta Fundamental. La misma Constitución consagró instituciones destinadas a cautelar esos objetivos principales entre los que vale destacar el juicio político (arts. 52 y 53), el control de juridicidad de los actos de la administración confiado a la Contraloría General de la República (arts. 98 y 99), las diversas acciones constitucionales de que conoce el Poder Judicial (arts. 12, 20 y 21), en fin, las atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional en el ejercicio de la función preventiva y reparadora o a posteriori de constitucionalidad de las leyes, tratados internacionales, decretos con fuerza de ley, decretos supremos, etc. (art. 93).

11 En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y porque no deja de ser ilustrativo del abandono que el legislador hace de su exclusiva potestad normativa en materia de derechos humanos fundamentales, es la atribución que se le confiere para “dictar instrucciones de carácter general..., las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”. Se trata, una vez más, de normas de general aplicación, imperativas (bajo sanción de nulidad del acto o contrato y multas) que regulan las actividades económicas y que se dictan sin control previo aun cuando la ley contempla un procedimiento para su emisión y un recurso de reclamación, ex post, para ante la Corte Suprema de Justicia.

En el texto de ley fundamental aparecen disposiciones claras destinadas a preservar el principio de juridicidad en la actuación de los órganos estatales. Especial atención nos merecen aquellos que imponen a tales órganos someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, la obligatoriedad de sus preceptos, la clara precisión en el ordenamiento jurídico de las atribuciones de que gozan las potestades públicas y la sanción con nulidad de derecho público de todo acto ejecutado en contravención a esas disposiciones (arts. 6º y 7º).

Pero, y además, la Constitución ha sido rigurosa al punto de establecer el marco normativo aplicable al legítimo ejercicio de las garantías y derechos constitucionales, de manera de limitar o restringir los posibles atentados de que puedan ser objeto. Así, y a vía ejemplar, reserva a la ley, y sólo a ella, regular los modos de adquirir el dominio y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; sólo la ley puede establecer limitaciones para la adquisición del dominio de alguna clase de bienes; a la ley se reserva la regulación de las actividades económicas lícitas; sólo ella puede establecer nuevos tributos, en fin, únicamente la ley puede restringir el ejercicio de algunos derechos para cautelar el medio ambiente. El fortalecimiento de la reserva a la ley en materia de los derechos fundamentales se aprecia con intensidad en el artículo 63 Nº 2 que dispone “sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, en el artículo 64 que no permite al Congreso Nacional delegar facultades legislativas al Presidente de la República en las materias comprendidas en las garantías fundamentales. Pero, y aún más, con el objeto claro de reglar la función sancionadora del Estado, el artículo 19 Nº 3 reserva a la ley tipificar las conductas punibles, impidiendo la intromisión

de la potestad reglamentaria para establecer nuevos tipos penales. Al respecto, por la pertinencia con el tema de este estudio citamos el inciso final de este numeral el cual dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, en una norma que el Tribunal Constitucional ha hecho extensiva para cualquier manifestación de la potestad sancionadora del Estado, es decir, aplicable a los tipos penales propiamente tales como a los de índole administrativo. (Sentencia Rol Nº 244 del 26 de agosto de 1996).

Así establecido, no parece pertinente que el ejercicio de los derechos fundamentales sea regulado por normas de inferior jerarquía que la ley. Es admisible, con claras reservas, que el reglamento de ejecución complemente, sin modificar, el marco general de las leyes que se vinculen con las garantías constitucionales, pero en caso alguno es admisible que las normas dictadas por los órganos reguladores y fiscalizadores creen situaciones jurídicas nuevas, impongan obligaciones no previstas en la ley, describan tipos penales administrativos y apliquen sanciones en caso de infracción a tales normas.

b) La Potestad Reglamentaria

Alejandro Silva Bascuñán señala que la potestad reglamentaria “es la facultad otorgada al Presidente de la República para emitir toda especie de órdenes, encaminadas a satisfacer, en la amplitud de su proyección, la vastísima tarea que le entrega la Carta y que no tiene más limitaciones que la de someterse a la Constitución y a la leyes y la de no dictar normas que pertenezcan a la función legislativa”¹². La Constitución vigente, al limitar el marco de actuación del legislador a las materias previstas por el artículo 63, amplió las facultades del Presidente de la

República para normar todas aquellas que no se encontraran taxativamente numeradas por el citado precepto. El ejercicio de las atribuciones normativas del Presidente de la República se ejerce por medio de la potestad reglamentaria, consagrada en el artículo 32 N° 6 que señala: “*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*”.

Se distinguen en la disposición los tipos o clases de potestad reglamentaria; la autónoma cuya finalidad es la de dictar disposiciones generales o especiales no reservadas al dominio de la ley. Se ejerce dictando diversa clase de decretos, a saber, reglamentarios cuando se refieren a regulaciones generales sobre alguna materia especial y simples decretos si tienen un fin u objeto particular. Se le ha dado el nombre de potestad reglamentaria ampliada, pues es ésta la que se ejerce en las materias que no son propias del dominio de la ley estando aquí la fuente residual del orden jurídico, es decir, salvo lo que se regla en la Constitución o se reserva a la ley, es regulado por medio de la potestad reglamentaria autónoma o ampliada mediante los reglamentos, decretos, instrucciones que el Presidente estime conveniente dictar, sea para la función de administrar, o bien, en la de poner en ejecución las leyes.

Mediante la potestad reglamentaria de ejecución, el Presidente de la República lleva lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto de su obediencia y cumplimiento, es decir, traducir la ley en los actos, desenvolver, proyectándolos en los casos particulares, los propósitos y satisfacer en ellos los objetivos

perseguidos por la Constitución o la ley. “*Se manifiesta por medio de reglamentos que implementan los detalles que faciliten la aplicación y el cumplimiento de los derechos y cargas establecidos en la norma legal, a la cual debe su completo acatamiento, puesto que la ley es condición para la emisión del reglamento y, a la vez, es el marco dentro del cual debe operar*”¹³.

La doctrina se ha representado si es que las facultades normativas de las superintendencias y jefes de servicios se ubican dentro de las facultades que este numeral 6 del artículo 32 atribuye al Presidente de la República. Por una parte, Enrique Silva Cimma señala que “*la ley entrega generalmente a los jefes de servicios de la Administración Pública la atribución de dictar decretos o resoluciones sobre las materias de su competencia o que digan relación con el personal de sus respectivos servicios. En estos casos, dichas atribuciones no son otra cosa que derivaciones de la facultad del Presidente de la República, que se entrega a sus subordinados a fin de hacer posible una administración pública activa y diligente. Es una especie de delegación de la facultad presidencial en sus subordinados directos en vías a una mejor administración*”¹⁴.

Silva Bascuñán, a quien ya citáramos, discrepando de esa opinión sostiene que “*la potestad reglamentaria inherente a los cuerpos administrativos funcionalmente descentralizados tiene su fuente en la respectiva ley de creación de cada uno de ellos y no proviene, por lo tanto, de delegación alguna de Presidente. El legislador, al crear dichos entes, no puede menos de darles facultad para adoptar las decisiones de carácter general o particular encaminadas a satisfacer sus respectivos objetivos, con prescindencia de la voluntad del Jefe del Estado, de quien no dependen, y ajenas, por lo tanto, a la potestad reglamentaria de éste*”¹⁵.

13 CALDERA DELGADO, Hugo, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II. Ediciones Parlamento, p. 243.

14 SILVA CIMMA, Enrique, “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*”, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, pp. 250 y 251.

15 Ob. Cit., p. 174, nota N° 12.

Coincidimos con la opinión del profesor Silva Bascuñán, aun cuando él la sostiene en la falta de dependencia del titular del órgano respectivo y se refiere concretamente a los cuerpos funcionalmente descentralizados. Por lo general, las superintendencias son órganos autónomos dotados en todos los casos de potestades interpretativo-normativas establecidas en la respectiva ley de creación, por lo que la habilitación competencial para dictar normas obligatorias a los particulares y entes fiscalizados emana de esa fuente y no de una derivación de la facultad atribuida al Jefe de Estado para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Lo afirmado lo entendemos así no obstante la dependencia funcional de los jefes de servicios respecto del Presidente de la República.

c) Jerarquía normativa de las normas que emanan de la potestad interpretativa de los Servicios Públicos, entidades fiscalizadoras y regulatorias.

Uno de los objetos de este trabajo es determinar la naturaleza de ésta “legislación paralela” o “colegislación” que fluye de las potestades interpretativo-normativas de los servicios e instituciones fiscalizadoras y regulatorias.

En el acápite previo hemos sostenido y coincidiendo con Alejandro Silva Bascuñán, que la facultad de dictar normas de aplicación general reconocida a esas entidades no constituye una prolongación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Menos aún podrá dársele a tal atribución el alcance del artículo 3 del Código Civil. La interpretación legal, es decir, la que emana del propio legislador, en uso de su facultad de explicar y declarar el verdadero sentido de las normas que él mismo ha dictado, es la única que tiene fuerza obligatoria general según la

disposición del precepto citado. Por ello, y como efecto propio de la interpretación legal, las leyes interpretativas se entienden incorporadas a las que interpretan.

Distinto debe ser el ámbito o efectos de las normas dictadas por los entes fiscalizadores y servicios en ejercicio de la potestad interpretativa que les confieren sus estatutos orgánicos.

Por lo pronto, si se trata de ubicarlas dentro del orden jerárquico usualmente reconocido por la doctrina, necesariamente deberían ubicarse bajo las normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria presidencial y, por tanto, sometidas y sujetas al marco definido por la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos y decretos supremos.

Pero, y además, en caso alguno podría esa potestad normativa regular, interpretando las disposiciones legales y reglamentos cuyo cumplimiento les corresponde fiscalizar, el ejercicio de los derechos fundamentales, ni menos tipificar conductas susceptibles de ser sancionadas en cualquier forma.

Ahora bien, aun cuando variadas leyes orgánicas de las superintendencias y servicios silencian la posibilidad de reclamar ante los Tribunales de Justicia la juridicidad de las normas dictadas en esta clase de interpretación administrativa, los mismos tribunales se han encargado de atestiguar la procedencia de esos reclamos.

En efecto, se ha resuelto que:

1.- “La interpretación administrativa efectuada por el Servicio de Impuestos Internos (conforme a la autorización que le confiere el Nº 1 del art. 6º del Código Tributario), en nada compromete la facultad soberana que tienen los tribunales de justicia para juzgar los casos sometidos a su conocimiento. A ellos toca realizar libremente la interpretación de las leyes que estimen más adecuada según su criterio y las normas de hermenéutica establecidas en el

Código Civil". (C. Suprema, 3 enero 1979. F. del M. N° 242, sent. 2ª, p. 415 (C. 13, p. 418); C. Suprema, 6 julio 1979. F. del M. N° 248, sent. 1ª, p. 173 (C. 8ª, p. 174); C. Suprema, 5 agosto 1980. R.t. 77, sec. 1ª, p. 62 (C. 11, p. 64).

2.- "Las facultades conferidas por la ley a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para aplicar e interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las empresas vigiladas (decreto ley N° 1.097, de 1975, art. 12), son de carácter administrativo y obligan a los bancos e instituciones financieras en sus relaciones con dicha Superintendencia y los particulares; pero no pueden imponerse a los tribunales de justicia en las causas particulares que conozcan, ya que, de acuerdo con el mandato de la ley (Constitución Política, art. 73, y C. Orgánico de Tribunales, art. 1º), es atribución soberana de ellos conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En el juzgamiento se comprende la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, y tal interpretación no está sometida sino al criterio de los tribunales y al de la ley misma; a ninguno más". (C. Santiago, 27 enero 1981, R., t. 78, sec. 2ª, p. 21 (C. 14, p. 29).

3.- "Conforme a la Ley N° 16.395 corresponde a la Superintendencia de Seguridad Social fijar la interpretación de las leyes de previsión social; pero es obvio que tal interpretación puede impugnarse por los afectados cuando la estimen contraria a derecho, y entonces incumbe a los tribunales ordinarios de justicia la determinación de su verdadero sentido y alcance pues de lo contrario aquellos no podrán hacer valer sus derechos aun cuando la interpretación administrativa fuera errónea o arbitraria". (C. Santiago, 1º Abril 1986. R.t. 83, sec. 2ª, p. 7 (C. 5º, p. 8)

d) La Interpretación Administrativa y la Certeza Jurídica

Toda interpretación jurídica, sea legal, judicial o bien administrativa, supone cierto

grado de discrecionalidad de parte del intérprete.

En efecto, y respecto a la función de establecer el sentido y alcance de un precepto jurídico cualquiera, los resultados son variados en razón de quien, por disposición de la ley, elección, designación o nombramiento realice la labor de interpretación de ese precepto.

Naturalmente, mayor estabilidad y confianza generan las interpretaciones hechas por el legislador o los tribunales de justicia. El primero por cuanto su acto interpretativo se manifiesta por medio de una ley que se incorpora a la ley interpretada (art. 9, inc. 2º Código Civil), en tanto que la judicial es realizada por funcionarios que gozan de atributos que dan garantías de imparcialidad, a saber, independencia, inamovilidad y responsabilidad entre otras.

Tales caracteres no se reúnen en el caso de la interpretación confiada y delegada a los Jefes de Servicios y entidades fiscalizadoras.

En efecto, se trata de funcionarios y órganos cuyos jefes superiores, por lo general, dependen de la confianza del superior jerárquico (casi siempre el Presidente de la República), por tanto, removibles de sus cargos y supeditados al programa político del gobernante.

Consecuencialmente, la interpretación administrativa y con ella la normatividad resultante, variará conforme quien ejerza la función respectiva o más grave aún, cambiará radicalmente en la medida que asuma el gobierno un representante de otra visión de la sociedad y de los medios para alcanzar el bien común.

En esos términos, la certeza jurídica, la estabilidad de las reglas del juego cede tratándose de esta clase de normas administrativas pues están, por lo visto, expuestas en permanentes cambios. La ausencia de esa certeza, indispensable en el ámbito de las actividades económicas, es una de las consecuencias lamentables de la recurrente técnica del legislador para delegar funciones interpretativo-normativas en los jefes de servicios y superintendencias.

Más grave aún y manifiestamente inconstitucional es que, en algunos casos, el legislador permite a esas entidades aplicar sanciones por infracciones a órdenes, instrucciones, circulares (o como sea la denominación que derive de su potestad normativa) por ellas dictadas. En tales casos no es sólo la ausencia de certeza jurídica el defecto que apreciamos, sino que una directa contravención al inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

En efecto, y como bien lo ha resuelto el Tribunal Constitucional, para sancionar a una persona en cualquier forma, la Carta Fundamental exige que sea la ley y sólo ella la que establezca al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que ni siquiera procede a su respecto la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República. (Sentencia Rol N° 244, Consid. 12°, año 1996).

LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Al comenzar este trabajo hicimos un breve recuento de las ventajas de la normatividad regulatoria que emana de los servicios públicos en su comparación con la ley. De las que se destacan es la ausencia de antecedentes que permitan verificar la pertinencia u oportunidad de las primeras, la inexistente discusión que, por regla general, existe de su contenido (al menos con los particulares a quienes afecta), la falta de mecanismos de control previos de juridicidad y por estar eximidas del trámite de publicación en un medio oficial que garantice su conocimiento y determine su vigencia.

El secretismo con que usualmente se desenvuelven los actos de la administración y con especial intensidad las decisiones norma-

tivo-regulatorias debiera tender a disminuir si es que se hace efectivo el cumplimiento del nuevo artículo 8 de la Constitución Política de Chile, introducido mediante la ley de reforma constitucional N° 20.050 de agosto de 2005. Señala el inciso 2 de esa disposición: “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*”

Decimos que el secretismo debiera tender a disminuir fruto de esa norma, pero ella misma consagra explícitamente la fuente que habilita excepciones al principio de publicidad. El legislador de quórum calificado es habilitado para dar el carácter de secreto a los actos y resoluciones de los órganos del Estado cuando su publicidad afectare los bienes jurídicos que señala, entre ellos, el interés nacional. Así, “si el legislador puede establecer la reserva o el secreto para actos, resoluciones, fundamentos o procedimientos de los órganos públicos cuando afecten el interés nacional, ¿qué parámetro jurídico existirá para realizar el control de una ley que así lo haga? La referencia al interés nacional permite márgenes extremadamente reducidos de control a un Tribunal Constitucional, cuya función no lo habilita para sustituir al legislador en la definición de dicho interés, definición de naturaleza eminentemente política”¹⁶.

Vinculado con la publicidad de las decisiones administrativas (entre ellas, las de carácter normativo), es curioso observar la práctica aplicación que la administración ha dado a preceptos legales que, aun antes de su consagración en la Constitución, se habían formulado con esa precisa finalidad, la cual en oca-

16 ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “El fin de la transición. Hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley 20.050”, en Reforma Constitucional, LexisNexis, 2005.

siones se desvanecía perdiendo sus efectos al ser objeto de esa aplicación.

Un ejemplo es el artículo 13 de la ley N° 18.575 (orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado) que es, a mi parecer, un caso paradigmático de contradicción entre lo pretendido por el legislador y lo actuado por la administración. En efecto, el citado precepto provino de la ley N° 19.653 de 1999, que introdujo una serie de reformas a esa ley orgánica y a otros cuerpos legales, con la finalidad de robustecer el principio de probidad y transparencia en los actos de las autoridades públicas. Así por lo demás rezaba el título o nombre con que se publicó en el Diario Oficial: “Sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado”, por sí mismo indicativo de su objetivo.

Prescribe el artículo 13, en lo que interesa, lo siguiente: “Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial (incisos 1, 2 y 3).

En caso de que la información referida en los incisos anteriores no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo (inc. 5).

El jefe superior del órgano requerido deberá pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas desde la formulación del requerimiento (inc. 9).

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o

antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional (inc. 11).

Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.” (inciso 12 y final)

En un primer análisis, resulta de la norma que la regla general la constituye la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Tal disposición, en concordancia con lo recién consagrado en la Constitución, fortalece uno de los pilares en los que se sostiene el Estado de derecho y dentro de él, la supremacía jerárquica de las normas de la Carta Fundamental al transparentar para las personas y la opinión pública, los resultados de los actos de las potestades públicas y los fundamentos que les sirven de sustento.

En ese entendido, la fiscalización de la comunidad, los grupos y entidades interesados o afectados por los actos de las autoridades estatales se perfila como una realidad efectiva, la que, sin embargo, decrece en intensidad si es que se permite echar mano a herramientas normativas inferiores o a conceptos jurídicos amplios o de compleja definición, como los que se señalarán a continuación.

En efecto, la finalidad del precepto se desvanece en buena medida si es que al jefe superior del órgano requerido se le habilita dene-

gar la entrega de documentos en función de la reserva o secreto establecidos en disposiciones reglamentarias o en caso que estime afectada la seguridad de la nación o el interés nacional.

Es así como el mismo artículo delega en los reglamentos establecer los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la administración del Estado, delegación que hoy, en nuestro sistema, deviene en inconstitucional dada la reserva que el precitado artículo 8º hace al legislador para regular esa materia.

De tal modo, se encontraría tácitamente derogado el “Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado” (Diario Oficial de 07.05.2001- SEGPRES) el que, además, creó nuevas causales de reserva o secreto, a saber, las relativas a la afectación del interés público o privado, todo ello conformándose a los criterios previstos en las letras a) y b) del artículo 8º del mismo reglamento.

También deberían entenderse derogadas algunas Resoluciones exentas que continúan ejecutando la materia. Por ejemplo, en el Diario Oficial del 13 de agosto de 2002, se publicó la Resolución 292 de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción que establecía:

“Artículo 1º: Tendrán el carácter de secretos o reservados los siguientes actos y documentos de esta Subsecretaría, atención a que su conocimiento o difusión podrán afectar el interés público:

- 1) Todos los actos y documentos relativos a la negociación de acuerdos internacionales;
- 2) Los actos y documentos que sirvan de base para la determinación de las políticas ministeriales, salvo que se declare expresamente que ellos no pueden perjudicar la moneda o el crédito público;
- 3) Los antecedentes que sirvan de base a los procedimientos de fijación tarifaria que se encuentren en tramitación;

4) Antecedentes que sirvan de base a la declaración de las empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 384 del Código del Trabajo;

5) Denuncias presentadas ante los Tribunales de Justicia, y los documentos que sirvan de sustentación o respaldo a las mismas;

6) Informes evacuados por las unidades de Auditoría y Contraloría Interna Ministerial;

7) La correspondencia oficial debidamente calificada por la autoridad responsable, de conformidad con lo dispuesto en el decreto supremo Nº 291, de 1974, del Ministerio del Interior;

8) Informes y estudios técnicos especiales, como también informes en derecho, respecto de materias en que esté actualmente comprometido el interés de la subsecretaría.”

“Artículo 2º: Tendrán el carácter de secretos o reservados los siguientes actos y documentos de esta subsecretaría en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés privado de los administrados:

1) Denuncias o reclamos presentados relativos al funcionamiento de cooperativas o asociaciones gremiales, siempre que se estime que su difusión les pueda causar perjuicios a las personas que los hayan presentado, a los miembros de dichas entidades o a terceros. Sin embargo, las denuncias o reclamos que sean injustificados o temerarios podrán ser puestos en conocimiento de los afectados.

2) Los antecedentes que sirvan de base a la aplicación de sanciones por aplicación del artículo 67 de la Ley General de Cooperativas y del artículo 22 de la ley sobre Asociaciones Gremiales.

3) Las investigaciones sumarias y los sumarios administrativos sea que se encuentren en trámite o que su tramitación haya concluido, salvo respecto de los inculcados, después de la formulación de cargos.

4) Antecedentes vinculados con las solicitudes de otorgamientos de concesiones en materia de gas y electricidad que se encuentren en tramitación.

5) Documentos respaldatorios de las ofertas presentadas en procesos de licitación o contratación, en tanto se encuentre pendiente su adjudicación, salvo las propuestas económicas, de las licitaciones con selección por calidad o precio fijo, que, de conformidad a las Bases Administrativas de la respectiva licitación, no deben ser abiertas por no haberse seleccionado la correspondiente propuesta técnica, las que tendrán siempre el carácter de secretas.

6) Actas de comisiones evaluadoras en propuestas o licitaciones, en tanto se encuentre pendiente la respectiva adjudicación.”

Independiente que para algunos casos es plenamente pertinente y justificada la reserva y, aun el secreto (en especial los documentos que pueden afectar la privacidad de las personas) podrá sostenerse que en esta resolución expresaba un exceso normativo que socavaba las aspiraciones que el legislador tuvo en vista al consagrar la publicidad como principio ligado a la probidad y transparencia del actuar de los órganos de la administración estatal.

Especial mención merece el secreto o reserva respecto de los “antecedentes que sirven de base a los procedimientos de fijación

tarifaria”. Inicialmente, han sido algunas autoridades administrativas las que han manifestado sus reparos a esa reserva y, luego, legisladores han presentado acciones judiciales tendientes a dejarlas sin efecto.

Cualquiera sean sus respectivas razones, objetivamente la formulación en la Constitución y en la ley de las excepciones a la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que los respaldan adolece de los defectos que podrán generar las consecuencias anotadas y los que fueron excesos en su aplicación. En efecto, por nuestra parte no divisamos los motivos que justifican la reserva o secreto de los antecedentes base de los procesos tarifarios, en especial, si se extiende a los interesados (v. gr. empresas concesionarias de servicios o asociaciones de usuarios), pues precisamente son tales documentos los respaldos necesarios de los respectivos actos terminales (decretos supremos de tarifas) y cuyo conocimiento oportuno permite instar por el reparo, durante el procedimiento, los vicios que aparezcan. Tal posibilidad disminuye ostensiblemente una vez finalizado el trámite administrativo y sólo le quedará al administrado instar por hacer efectivas eventuales responsabilidades funcionarias y aun del Estado en caso que el posterior conocimiento de los antecedentes permita concluir que se ha faltado un trámite indispensable, que hubo una errada estimación de algún antecedente, etc.

