

¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio

José Francisco García G. *

Master y Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHICAGO

Profesor Investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, auto-nombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de tiranía”.

El Federalista, N° 47

I. Introducción

Las superintendencias son entes de la Administración a través de las cuales el Estado fiscaliza el correcto funcionamiento de diversas actividades privadas de interés público, siguiendo el patrón de lo que en derecho comparado se denomina agencias reguladoras independientes.¹ En la actualidad contamos con

* Quisiera agradecer la destacada participación de los ayudantes de la Dirección de Investigación de esta Facultad, Nicolás Enteiche y Camila Rodríguez, para la preparación de este artículo. Asimismo, agradezco las interesantes conversaciones y sugerencias de los académicos Iván Aróstica (UDD), José Manuel Díaz de Valdés (UDD), Camila Boettiger (UDD), Lucas Sierra (CEP), Luis Cordero (U. Chile), Juan José Romero (PUC) y Sebastián Soto (LyD).

Este artículo es una de las publicaciones derivadas del proyecto “Anomalías institucionales y constitucionales de las Superintendencias”, en el marco del concurso de Fondos de Investigación UDD 2008.

¹ Estas obedecen a dos modelos. Por una parte, está el modelo anglosajón, que surge en el Reino Unido y en Estados Unidos a finales del siglo XIX como un mecanismo para hacer frente a sectores donde existían monopolios y, por tanto, se necesitaba de una regulación. La primera agencia reguladora independiente en Estados Unidos data de 1887. Es la *Interstate Commerce Commission* (ICC), cuyo objeto fue regular el ferrocarril. Por la otra, el modelo europeo, que surge a finales del siglo XX como consecuencia de los procesos de privatización y de liberalización de los mercados. CARMONA (2005) pp. 31-32.

nueve, cuales son, las de Seguridad Social,² Valores y Seguros,³ Pensiones (ex AFP),⁴ Electricidad y Combustibles,⁵ Servicios Sanitarios,⁶ Salud (ex ISAPRES),⁷ Bancos e Instituciones Financieras,⁸ Casinos y Juegos,⁹ y Quiebras.¹⁰ En el pasado

² Creada por Ley 16.395. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 28 de enero 1966. Se inicia el 10 de diciembre de 1927, con la denominación de Departamento de Previsión Social. A partir de julio de 1945, se sustituyó su nombre por el de Dirección General de Previsión Social, y en el año 1953 se creó la Superintendencia de Seguridad Social, en reemplazo de dicha Dirección. Ver SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2008).

³ Creada por el DL 3.538. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 23 de diciembre 1980. Desde mediados del siglo XIX la Superintendencia de Valores y Seguros ha tenido un rol preponderante como organismo supervisor de las entidades que participan en el mercado de valores de nuestro país. Durante todo este tiempo, la función de la Superintendencia ha sido consignada en numerosos textos legales. En efecto, ya en 1865, el Código de Comercio disponía una forma de supervisión de las sociedades anónimas. En 1927, la Ley N° 4.228 crea la Superintendencia de Compañías de Seguros, mientras que en 1928, la Ley N° 4.404 funda la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles. El DFL N° 251 de 22 de mayo de 1931 fusionó ambos organismos, bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio. Finalmente, el DL N° 3.538, de 23 de diciembre de 1980, establece la creación definitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros, continuadora legal de la fundada en 1931. Ver SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2008).

⁴ Creada por Ley 20.255 (D.F.L. 101). Fecha de publicación en el Diario Oficial: 17 de marzo 2008. La Superintendencia de Pensiones fue creada por la Ley 20.255, de marzo del 2008, como sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, creada por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2008).

⁵ Creada por Ley 18.410. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 22 de mayo 1985. La Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) fue creada por el Presidente Germán Riesco el 14 de diciembre de 1904, bajo el nombre de Inspección Técnica de Empresas y Servicios Eléctricos. Desde entonces han evolucionado sus funciones y en la actualidad, tiene por misión vigilar la adecuada operación de los servicios de electricidad, gas y combustibles, en términos de su seguridad, calidad y precio SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2008).

⁶ Creada por Ley 18.902. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 27 de enero 1990. Se promulgó en febrero de 1998 la Ley N° 19.549, que modificó el marco jurídico al sector sanitario nacional. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2008).

⁷ Creada por Ley 19.937. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 24 de febrero de 2004. Es un organismo público, sucesor legal de la Superintendencia de Isapres (Ley 18.933, de 9 de marzo de 1990), que inicia sus operaciones el 1 de enero de 2005, conforme lo establece la Ley de Autoridad Sanitaria (Ley N° 19.937). El 19 de marzo de 1981, con la publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, se crean las Instituciones de Salud Previsional, ISAPRES, y se faculta a los trabajadores y personas en general a depositar en éstas sus cotizaciones obligatorias. El Fondo Nacional de Salud (FONASA), fue la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema de Isapres, según lo señala el DFL N° 3 de 1981. SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2008).

⁸ Creada por D.F.L. 3. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 19 de diciembre de 1997. La Superintendencia de Bancos nace a partir de la Ley General de Bancos que fue promulgada el 26 de septiembre de 1925, durante el gobierno de Arturo Alessandri Palma. Dicha ley nace a partir de un proyecto presentado por la Misión Kemmerer, que fue contratada por el gobierno de la época para reestructurar el sistema monetario y financiero chileno y que estaba presidida por Edwin Walter Kemmerer, profesor de Economía de la Universidad de Princeton, Estados Unidos. Tras ser promulgada por el Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre de 1925, la Ley fue prontamente modificada por el Decreto Ley N° 782, de 21 de diciembre de 1925. Este texto legal crea, en primer término, una Superintendencia de Bancos, que se establece en el Ministerio de Hacienda y le encomienda la aplicación de las leyes relativas a los bancos comerciales, a las cajas de ahorro, a los bancos hipotecarios y al Banco Central de Chile. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (2008).

⁹ Creada por Ley 19.995. Fecha de publicación en el Diario Oficial: 7 de enero de 2005.

¹⁰ Creada por Ley 19.806 Fecha de publicación en el Diario Oficial: 31 de mayo de 2002. Creada el año 2002, en el marco de la Reforma Procesal Penal, sin embargo, aparece en la historia Chilena en 1929, con la creación de la Sindicatura General de Quiebras. SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS (2008).

existió una Superintendencia de Educación Pública (1953), pero que tuvo una vida efímera, a la vez que poca notoriedad por la aparente falta de facultades y recursos. Existen algunos otros organismos que no se denominan superintendencias, pero que cumplen la misma labor de estas. Así ocurre, por ejemplo, con la Dirección del Trabajo y la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Estos órganos ejercen una función de vigilancia y control de un ámbito determinado de la actividad económica. Para ello, la ley las dota de facultades similares a las de las superintendencias. Pero a diferencia de estas, su control se ejerce sobre sujetos indeterminados.¹¹

En general, podemos decir que estos entes se ubican en tres sectores de nuestra economía: en los servicios públicos concesionados; en el ámbito de la seguridad social; y en el mercado de capitales.¹² La existencia de nuevos ámbitos de actividades económicas que han pasado a estar bajo la vigilancia de las superintendencias, nos debiera llevar a reflexionar acerca de las causas de esto. En efecto, este modelo de control de la actividad privada, bastante consolidado y aparentemente apropiado, pasa en la actualidad por un verdadero “boom” legislativo, existiendo sendas propuestas de creación de nuevas superintendencias en diferentes estados de avance: proyectos de ley,¹³ anteproyectos¹⁴ y propuestas en el debate público.¹⁵

Junto con lo anterior, se debe considerar que, tanto en sus orígenes¹⁶ como en el proceso de consolidación desde los ´80, se ha tenido a la vista, aparentemente, el modelo de las *agencias* americanas,¹⁷ que creemos dista bastante de

¹¹ CARMONA (1999) p.1.

¹² Carmona (1999) p.1.

¹³ Son los casos de la Superintendencia de Educación, N° Boletín: 5083-04, ingresada el 4 de junio de 2007; Medio Ambiente, N° Boletín: 5947-12, ingresada el 3 de julio de 2008; y Obras Públicas, N° Boletín: 5304-09, ingresada el 4 de septiembre de 2007.

¹⁴ Por ejemplo, al anteproyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones. El proceso de consulta pública, base del anteproyecto, puede verse en http://www.subtel.cl/prontus_subtel/site/artic/20070424/pags/20070424194349.html.

¹⁵ Algunos ejemplos en la materia. El Ministerio del Interior está estudiando la posibilidad de crear una Superintendencia de Seguridad Privada que fiscalice a dicho sector –normativa que aún no existe–. Se ha propuesto asimismo una Superintendencia de Partidos Políticos para la fiscalización de la Ley de Partidos Políticos y La Ley de Gasto Electoral. En el contexto de la nueva Superintendencia de Medioambiente, Sierra ha propuesto, alternativamente, una Superintendencia de Recursos Naturales. En este mismo ámbito, la denominada Comisión Jadresic (Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado de 1998) junto con proponer la creación de la Superintendencia de Medioambiente, propuso tres superintendencias adicionales en relación a los recursos naturales renovables: Pesca, Bosque Nativo y Explotación Forestal, y Recursos Hídricos. Sobre esto último ver SIERRA (2008).

¹⁶ Agradecemos la sugerencia de Lucas Sierra en el sentido de que sería interesante explorar el que el origen de la voz “superintendencia” provenga de la época de los Borbones, reflejo del centralismo que le imprimieron a la administración del imperio.

¹⁷ No ha sido fácil dar con una explicación adecuada respecto del origen, en nuestra institucionalidad regulatoria, de las Superintendencias. Revisando en la historia de estos órganos, pudiéramos encontrar

nuestras superintendencias,¹⁸ y al menos en un aspecto central: su autonomía respecto del poder político.

A nuestro juicio, ello debiera ser motivo de preocupación, dado que la estructura normativa orgánica y facultades de estos órganos presentan una serie de inconvenientes desde la perspectiva constitucional, administrativa y regulatoria; las que creemos han sido escasamente abordadas –y más bien de manera fragmentaria– por la dogmática iuspublicista.

En este sentido, y desde la perspectiva constitucional, se puede sostener que se trata de un ejercicio de poder público que no se ajusta con propiedad a los límites definidos por nuestra Constitución; muchas veces entra en conflicto con el legítimo ejercicio de ciertos derechos fundamentales; y cuyos efectos sobre determinadas industrias y actividades puede resultar decisivo, por lo que debe necesariamente someterse a parámetros exigentes de constitucionalidad.

un indicio en la “importación” del modelo de las agencias americanas fruto de la misión Kemmerer en la década de los ‘20 al discutirse la Ley de Bancos. Morand (2000) en su investigación respecto de la Superintendencia de Bancos relata: “Hubo diversos estudios en el país sobre la necesidad de una auténtica fiscalización bancaria y la creación de un banco central; todo ello coincidente con las reformas que deseaba establecer el Gobierno del Presidente Arturo Alessandri, elegido en 1920 y cuyo mandato vencía en 1925. Concordante con estas aspiraciones vino a Sudamérica, y especialmente a la costa del Pacífico, una misión privada norteamericana presidida por el economista señor Edwin Kemmerer. Esta misión propiciaba, en síntesis, tres medidas en cuanto a lo propiamente financiero: la creación de un banco central que fuera el único emisor de moneda; el establecimiento de una oficina gubernativa que tuviera la fiscalización efectiva del sistema bancario, inclusive del banco central, y una ley monetaria que consagrara definitivamente el sistema de patrón oro. En Chile hubo una interrupción del régimen constitucional y la consiguiente partida al extranjero del Presidente Alessandri en septiembre de 1924. No obstante lo anterior, se trabajó en la preparación de las leyes que recomendaba adoptar la Misión Kemmerer, las que fueron promulgadas entre agosto y septiembre de 1925 como decretos leyes, pero firmadas por el Presidente en ejercicio, quien había vuelto al país y se encontraba en plena preparación de la nueva Constitución Política, también promulgada en ese mismo año 1925 (...) La Ley General de Bancos se promulgó por el Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre de 1925, modificado por el Decreto Ley N° 782, de 21 de diciembre de 1925. Este texto legal crea, en primer término, una Superintendencia de Bancos, que se establece en el Ministerio de Hacienda y le encomienda la aplicación de las leyes relativas a los bancos comerciales, a las cajas de ahorro, a los bancos hipotecarios y al Banco Central de Chile... Según se manifestó en el tiempo de su dictación, esta ley es una adaptación de la que regía en esa época los bancos del Estado de Nueva York, que no eran bancos nacionales y que estaban sometidos a fiscalización de la Superintendencia de ese Estado. Una curiosidad es que el texto original de la ley estaba en idioma inglés y el texto promulgado es una traducción. Lo anterior explica algunas frases y palabras poco usuales en nuestro medio jurídico, algunas de las cuales han sido cambiadas en las sucesivas modificaciones de la ley. Esta ley definió también que los bancos en Chile deben ser sociedades anónimas o sucursales de bancos extranjeros”.

¹⁸ Salvo precisiones expresas, por ejemplo, diferencias en materia de algunas facultades (e.g., en materia sancionadora entre la SEC y la SVS) o el rol que juega la Alta Dirección Pública (no opera para SVS, SBIF y Seguridad Social); hablaremos, en general, del “modelo” o de las “Superintendencias”; pues creemos que en lo fundamental no existen diferencias estructurales en ciertos aspectos de fondo: autonomía del poder político, designación del Superintendente, grados de discrecionalidad en materia normativa, entre otros. Un punto que puede ser relevante, es que en materia de financiamiento la dependencia del Ejecutivo es fundamental (sin perjuicio de que se discute con motivo de la Ley de Presupuesto), excepto en el caso de la SBIF, donde los fondos provienen de los propios regulados.

Desde la perspectiva administrativa, los conflictos los encontramos, por ejemplo, ya en la definición de su naturaleza jurídica;¹⁹ las complejidades ligadas a sus amplias facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales; y al uso de instrumentos jurídicos, como las instrucciones y circulares, que se transforman, por un lado, en un verdadero “dolor de cabeza” para la doctrina administrativista –que busca encuadrar todo acto administrativo bajo la definición del artículo 3° de la Ley 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo–; y, por el otro, y más grave aún, un espacio para la indefensión de libertades y derechos fundamentales de los administrados.

Finalmente, desde la mirada regulatoria, tanto para la regulación económica propiamente tal²⁰ –intervención estatal en mercados libres que adolecen de fallas de mercado– como para el diseño de un marco institucional afín a una sociedad regida por principios de libertad, son muchas las interrogantes que plantean las superintendencias. En efecto, aun si tales órganos pudieron haberse justificado pragmáticamente en un contexto de mercados débiles e industria incipiente en los años ‘20, o como parte de los procesos de privatización y desregulación de la economía en los ‘80, las superintendencias se han convertido en poderosas agencias estatales capaces de interpretar autónomamente normas jurídicas, imponer dicha interpretación a los particulares y sancionar su incumplimiento. Sus decisiones son difícilmente impugnables y gozan de gran deferencia por parte de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia. El nombramiento de quienes las dirigen las vincula fuertemente al Gobierno

¹⁹ Para un análisis respecto de la naturaleza jurídica de las superintendencias y las diversas complejidades asociadas a esto ver CARMONA (2005) pp. 8 y ss. Para el autor se trata de órganos de la Administración del Estado; que son servicios públicos descentralizados, creados por ley, atienden necesidades públicas, ejecutan políticas (no las definen), a cargo de un funcionario denominado Superintendente; que realizan una labor de fiscalización de las entidades sometidas a su control; con amplias facultades en materia normativa, fiscalizadora, sancionadora y jurisdiccional. Una de las discusiones relevantes en esta materia dice relación con el carácter centralizado o descentralizado de las mismas.

²⁰ Como sostiene Ariño Ortiz, cuando se habla de “regulación” se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar: “Uno es la regulación externa, que se ha llamado de “policía administrativa”, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medioambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada “regulación económica”: ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al “quantum” de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste. Nadie ha puesto seriamente en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará. La que está puesta en cuestión es la segunda. Y no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan”. ARIÑO (1999) p. 553. Para CARMONA (1999) p. 4: “(...) de las tres funciones clásicas de la administración (servicio, fomento y policía) las Superintendencias se ubican en la actividad de policía; pues su función básica es intervenir en los derechos de los sujetos controlados para resguardar el interés público comprometido en su accionar. Ello explica las fuertes potestades de que gozan”.

de turno –el rol que en esta materia juega la Alta Dirección Pública nos parece insuficiente–, lo que se suma a que carecen de los mecanismos internos necesarios para asegurar cánones razonables de independencia.

Así las cosas, este trabajo, que puede ser catalogado más bien como de carácter exploratorio, tiene por objeto principal poner sobre la mesa algunos de los debates que se han generado en torno a las superintendencias, para con ello presentar una mirada de cierto escepticismo y cautela frente al actual consenso en la materia, que nos está llevando, un poco a ciegas a nuestro juicio, hacia una verdadera inflación de superintendencias. Creemos que del análisis de la escasa doctrina en la materia, jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, y la mirada de la literatura especializada en el ámbito regulatorio, se puede construir un interesante marco para la discusión respecto de las falencias de este modelo, con especial énfasis en sus dificultades institucionales y en su incompatibilidad con el pleno respeto al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales en el ámbito del control de la Administración sobre actos de particulares en la vida económica.

Siguiendo este orden de ideas, en la sección 2 de este documento analizaremos las superintendencias y la regulación económica desde el prisma de la economía y las fallas de mercado como causal habilitante para la actuación estatal, pero teniendo claro que esta intervención es excepción y no regla general. Lo anterior creemos tiene su paralelo en nuestra Carta Fundamental, y en el nuevo Orden Público Económico que establece, que no es otra cosa que la consagración en la actividad económica de los principios estipulados en el Capítulo I de la Constitución de 1980, sobre Bases de la Institucionalidad.

En la sección 3 se propondrán cinco criterios legitimadores de una buena regulación y diseño institucional, los que estarán presentes, tanto explícita como implícitamente, en la evaluación de las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias. Creemos que la fusión de estos criterios regulatorios con los viejos principios constitucionales de siempre (v. g., principio de reserva legal, libertad económica, debido proceso administrativo, etc.), los cuales gozan de gran robustez al amparo de la Constitución de 1980 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite argumentar que pese a la gran cantidad de facultades discrecionales que poseen estos órganos, que generan una verdadera camisa de fuerza, un conjunto de restricciones institucionales potentes a la actuación discrecional de las superintendencias. Como se verá, ello se ha visto reflejado en debates y controversias recientes.

Finalmente, en la sección 4, enunciaremos algunas de las conclusiones más relevantes del documento.

II. Superintendencias y regulación bajo el nuevo orden público económico

2.1 Justificación económica de la regulación

Como sostienen Galetovic y Sanhueza, cuando los mercados son competitivos, los precios de bienes y servicios reflejan el costo económico de producirlos. Estos precios, determinados libremente por la interacción de la oferta y la demanda, cubren los costos de producción, permiten que las empresas más eficientes obtengan rentabilidades que remuneran adecuadamente el capital invertido y dan las señales correctas para decidir cuánto y en qué invertir. Los usuarios son los principales beneficiados por la competencia. Pagan sólo el costo económico de producir y la combinación precio-calidad que reciben coincide con la que desean porque la viabilidad económica de las empresas depende de que satisfagan sus necesidades. Así, “la competencia es el medio más efectivo para salvaguardar los intereses de los usuarios, garantizar que las empresas sean eficientes y lograr un mayor grado de desarrollo económico. Por eso, debe privilegiarse por sobre la regulación siempre que sea posible. El Estado debe limitarse a definir y salvaguardar los derechos de propiedad, proveer una institucionalidad jurídica que permita zanjar los conflictos que pudieran ocurrir entre privados o con el gobierno y evitar establecer barreras legales que limiten la competencia o impidan el ingreso de nuevos oferentes”.²¹

No obstante, en determinadas circunstancias hay factores que no dejan operar libremente al mercado como consecuencia de lo cual no se asignan bien los recursos, debido a que los precios que enfrentan quienes toman las decisiones no son los correctos, o, en otras palabras, son precios “mentirosos”. En estos casos, estamos ante la presencia de “fallas de mercado”, las cuales están claramente identificadas y delimitadas en la literatura regulatoria: monopolios naturales, recursos de propiedad común, externalidades y problemas de información asimétrica.²²

Es en este contexto, que nace un espacio para la existencia de una regulación que busque la manera más eficiente para corregir estos problemas. Como sostiene el destacado administrativista y Ministro de la Corte Suprema americana, Stephen G. Breyer, en su tratado de *Derecho Administrativo y Regulatorio*: “Un método de análisis de la regulación administrativa es considerarla como un intento de resolver varios problemas asociados a las “fallas del mercado” identificadas por los economistas. Tal mirada, popular entre los economistas, trata al

²¹ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 102.

²² Ver BREYER (1982), OUGUS (1994) y (2008), y BREYER ET AL. (2002). En Chile, ver VALDÉS (2006).

mercado como la norma y considera que aquellos que promueven la regulación administrativa deben justificarla, mostrando que es necesaria para alcanzar un objetivo público fundamental que el mercado no puede generar”.²³

Para Carmona, las superintendencias se enmarcan “dentro de lo que los economistas denominan la “función reguladora del Estado”. Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico”.²⁴

Así se justifica la existencia de una superintendencia eléctrica o de servicios sanitarios debido a que se trata de servicios que contemplan precios regulados producto de monopolios naturales. Se entiende que existe un monopolio natural en una industria cuando las ventajas tecnológicas de producción en gran escala impiden la competencia por parte de empresas pequeñas. En este caso, se justificaría la existencia de un ente que fiscalice la labor que realizan las empresas y la calidad del servicio prestado y que participe en la determinación de las tarifas reguladas. Asimismo, se justifica la existencia de un ente regulador o superintendencia cuando existe información asimétrica, o bien, cuando se obliga a los contribuyentes a destinar parte de sus ingresos para su vejez y se debe velar por el buen manejo de estos recursos privados.²⁵

Para Ariño Ortiz, por su parte, analizando los procesos de privatización y liberalización de los mercados de servicios públicos en los 80, estos procesos han sido acompañados de “un nuevo modelo de regulación para la competencia, pues dadas las potenciales tendencias colusivas de muchos de estos sectores la privatización y liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopólico servicio público de titularidad estatal. Por lo tanto, en este contexto de cambios en los que se enmarca el nuevo servicio público hay que señalar la aparición de un nuevo sentido de la regulación económica. Las causas de este cambio son fundamentalmente económicas y tecnológicas: por una parte, desde los años 70 se ponen en evidencia los fallos de la regulación tradicional, basada en una gestión y planificación estatal y retribución en base a costos, y así los resultados de las empresas privadas bajo la regulación tradicional (elevados precios, desincentivos, escasa calidad,

²³ BREYER ET AL. (2002) p. 5.

²⁴ CARMONA (1999) p. 3.

²⁵ LIBERTAD Y DESARROLLO (2003) p. 5.

sobredimensionamiento de las plantillas y falta de espíritu innovador) asimilan dichas empresas a las empresas públicas, con todos sus vicios inherentes. Por otra parte, con los avances tecnológicos, se manifiesta que es posible “re-crear” el mercado en sectores que tenían pretendidamente características de monopolio natural”.²⁶

Con todo, hay tres aspectos o lecciones que deben ser considerados desde la perspectiva regulatoria, y que tienen incidencia actual y futura respecto del rol que pueden y deben jugar las regulaciones económicas y por tanto cómo se insertan las superintendencias en la nueva arquitectura regulatoria.

En primer lugar, el estudio sistemático y riguroso del fenómeno regulatorio es más bien reciente.²⁷ Ello es además relevante desde la perspectiva de la cantidad y calidad de la evidencia empírica (información) con la que cuentan el mercado y los agentes económicos, pero sobre todo la que tiene el regulador. En efecto, es en los ´60 y ´70 que comienza a estudiarse con rigor científico el proceso regulatorio; primero desde la economía, y desde ella hacia el resto de las ciencias sociales y el derecho.²⁸ En el camino se comenzó a entender la importancia del diseño institucional, los incentivos y restricciones que operan tanto respecto de los agentes públicos encargados de generar regulación: Gobierno, parlamentarios, agencias burocráticas; como del sector privado: individuos, electores y grupos de interés. Surgieron asimismo nuevos conceptos y paradigmas: “fallas de Estado”, “captura del Estado”, “búsqueda de rentas”, “lobby”, entre otros, la mayoría impulsados desde el *Public Choice* o Teoría de la Elección Pública,²⁹ para entender la compleja dinámica detrás del fenómeno regulatorio. Algunos iuspublicistas chilenos han tomado noticia de estos desarrollos.³⁰

²⁶ ARIÑO (1999) pp. 552-53.

²⁷ Hacia fines de los años ´50 las ciencias sociales no habían sido capaces de entregar un marco normativo, una metodología coherente, que pudiera explicar de manera apropiada la dinámica regulatoria. Desde la ciencia política tradicional el accionar del Estado se analizaba desde categorías extraídas desde la sociología (grupos, clases, etc.). La economía por su parte, basada en la Teoría del Interés Público, consideraba la acción estatal como socialmente necesaria basada en la existencia de las fallas de mercado (v.g., impuestos pigouvianos). El derecho, por su lado, desconectado de las ciencias sociales, buscaba explicaciones frente al fracaso de las Constituciones y la legalidad formal para garantizar los derechos individuales, gravemente dañados con el surgimiento y extensión de los regímenes totalitarios.

²⁸ Es en este punto donde surge con fuerza la impronta de la Escuela de Chicago con la teoría económica de la legislación. Primero con los trabajos de STIGLER (1971), PELTZMAN (1976) y BECKER (1983). Luego, desde una perspectiva jurídico-institucional (análisis económico del derecho), con el trabajo de LANDES y POSNER (1975).

²⁹ Al respecto ver BUCHANAN y TULLOCK (1962), FARBER (2007), MUELLER (1997) y (2003), y NISKANEN (1971).

³⁰ Autores del mundo del derecho público chileno que han tocado algunos aspectos de esta Escuela o se han referido tangencialmente a esta: BARANDARIÁN (2001), MONTT (2004), FERMANDOIS (2006), SOTO (2007), GARCÍA (2008), ROMERO (2008) y SILVA (2008).

En segundo lugar, ha aumentado la “creatividad” estatal en términos de invocar y crear nuevas causales y justificaciones para intervenir mercados a través de la regulación –algunas de estas convenientes, sin embargo, la mayoría francamente discutibles tanto desde la eficiencia como de una sociedad de libertades–. A las nociones tradicionales ya expuestas, se han sumado algunas que podríamos denominar categorías genéricas, por ejemplo, (i) la eliminación de la competencia excesiva; (ii) cuestiones redistributivas (v.g., sistema de seguridad social o legislación laboral); (iii) provisión de ciertos bienes no provistos por el mercado o aspiraciones democráticas (v.g., programas culturales en la televisión abierta); (iv) palear desventajas sociales en ciertos individuos adscritos a determinados grupos o razas (v.g., legislación antidiscriminación o de discriminación positiva); y (v) regulaciones paternalistas fundadas en la “obligación estatal” de proteger a determinados individuos que actúan sobre la base de comportamientos de “racionalidad limitada”³¹ o para el control de riesgos (v.g., cotizaciones previsionales obligatorias, uso de determinados artefactos de seguridad para manejar vehículos o motocicletas); entre otras.³²

En tercer lugar, y para dar una nota de optimismo, se ha avanzado bastante en la literatura regulatoria –como asimismo desde la perspectiva de las políticas públicas con su metodología de evaluación social de proyectos– en que sólo se justifican regulaciones en la medida en que proveen un beneficio superior al costo que genera la falla de mercado que se pretende corregir. La filosofía, a pesar de simple, es bastante potente: el remedio no puede ser más caro que la enfermedad.³³

Esta verdadera mentalidad pro evaluación costo-beneficio de la regulación, cobra fuerza en el Gobierno de Reagan en Estados Unidos en los ´80 al potenciar la Oficina de Administración y Presupuesto. Sin ir más lejos, el mismo fin persigue en nuestro país la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda.³⁴

³¹ SUNSTEIN (2005)

³² BREYER ET AL. (2002), pp. 10-13.

³³ Y es que frente a una falla de mercado, las soluciones pueden ser variadas: no hacer nada (tal vez sea menos costosa la falla de mercado que cualquier tipo de regulación), normas de responsabilidad extracontractual (subjettiva u objetiva), intervenciones menores (v.g. solicitud de información), regulaciones mayores (v.g., prohibiciones), etc.

³⁴ Cabe hacer presente que la Ley Orgánica del Congreso Nacional, Ley N° 18.918, establece en el inciso segundo del artículo 17 que cada Cámara deberá tener una comisión de hacienda, encargada de informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas. Dicha comisión deberá indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país. Si bien esta norma podría tener gran impacto en el debate parlamentario y en la discusión pública en materia de evaluaciones costo-beneficio de diversas regulaciones (tanto económicas como otras sociales), en la práctica ha pasado más bien a ser una formalidad, y, en algunas ocasiones, las estimaciones de costos son bastante lejanas a la realidad.

Lo anterior también va de la mano con los avances tecnológicos y las respuestas y soluciones que el propio mercado va generando frente a sus “fallas”. El análisis económico del derecho ha avanzado bastante en esta materia. Buenos ejemplos los podemos encontrar en la literatura sobre cómo las empresas invierten en mejorar su marca y reputación, y los costos que acarrearán, consecuentemente, violaciones contractuales o al derecho del consumidor. Asimismo, muchos problemas de asimetrías de información en la compra y venta de determinados bienes (v.g., automóviles), están siendo, aminoradas por el surgimiento masivo de empresas certificadoras o de garantías.³⁵

2.2 Superintendencias, liberalización económica y nuevo Orden Público Económico en la Constitución de 1980

En nuestro país, el modelo de liberalización de sectores económicos consolidado en la década de los '80, cuya dirección y gestión directa estaban a cargo de organismos del Estado,³⁶ fue acompañado de la creación de entidades supervisoras denominadas superintendencias: “Estos organismos son la expresión de un importante cambio orgánico y funcional de la Administración del Estado y del nuevo rol que éste asume como consecuencia del proceso liberalizador de la economía impulsado decididamente mediante la privatización de empresas públicas. De este modo, no sólo se permite el acceso a los privados para desarrollar actividades económicas antes reservadas a la gestión del Estado, sino también se traslada la propiedad de los activos estatales a manos privadas, lo que significa el retraimiento del ente estatal como agente económico, gestor de servicios públicos de importancia crucial para el desarrollo y el bienestar social”.³⁷

³⁵ Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).

³⁶ Ariño Ortiz describe el sentir de parte de la generación de iuspublicistas españoles en los '80 y '90 respecto del proceso de liberalización económica y privatización como reacción a los servicios públicos en manos estatales: “El servicio público es merecedor de un gran elogio, ya que fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy hay que hacerle un digno entierro (...) Hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios, mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: privatización, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social (...) La consecuencia de todo ello es que el viejo concepto de servicio público –monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme– ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a las que dice servir (...) Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica (...)”. ARIÑO (1999) pp. 550-51.

³⁷ CAMACHO (2005) p. 423.

Sin embargo, las nuevas definiciones económicas vinieron acompañadas de un nuevo concepto de Orden Público Económico,³⁸ reflejado en las actas de la CENC en sus sesiones N° 388 y siguientes,³⁹ y que ha sido su vez recogido en diversos fallos del Tribunal Constitucional.⁴⁰

Para Fernandois, nuestra Ley Fundamental no constitucionaliza ni un modelo económico ni políticas económicas determinadas. Además, y dependiendo de lo que se entiende por tal, puede afirmarse que tampoco eleva a rango constitucional un "sistema económico" determinado. Salvo determinados preceptos específicos en materia de disciplina fiscal o política monetaria, "lo que hizo la Carta fue ingresar a materias económicas fundamentales para completar el cuadro valórico básico por el que primeramente opta, fundado en la libertad del hombre y en su primacía por sobre el Estado (...) En otras palabras, la identificación y formulación de los pilares económicos fundamentales en la propia Constitución es una consecuencia forzosa derivada de los principios inspiradores reconocidos por el propio constituyente en el capítulo I, de las Bases de la Institucionalidad. La omisión de toda garantía, principio de actividad para la relación hombre-Estado u opción en materia económica habría significado una severa laguna constitucional, una zona de agnosticismo institucional inaceptable para una concepción integral de la sociedad que se pretende fundar, en la que se postula que los principios y valores esenciales que la fundan, la informan en su totalidad, sin exclusiones".⁴¹

En efecto, el nuevo rol del Estado en materia económica debe contextualizarse con ciertos principios, libertades y derechos reforzados por la Carta Fundamental y que han sido robustecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:⁴²

³⁸ Ver FERNANDOIS (2006) y ARÓSTICA (2001).

³⁹ Al respecto, considérese la observación del Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, quien defiende la idea de incorporar en el Texto Magno las bases filosóficas del nuevo sistema económico: "El señor ORTUZAR (Presidente) estima que no se trata de consagrar una política económica, sino de establecer ciertos principios fundamentales sobre el orden público económico, los cuales, en el fondo, emanan de la filosofía de la nueva institucionalidad, fundamentada esencialmente en la libertad del hombre y en la iniciativa que deriva de su capacidad creadora, que debe ser respetada por el Estado". Actas de la CENC "Sesión 400", celebrada en miércoles 12 de julio de 1978, en materia de Orden Público Económico cuando se discutía la normativa del Banco Central. Página 3.160. Ver FERNANDOIS (2006)

⁴⁰ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha ratificado, en sentencia rol 513-2006, fallada el 2 de enero de 2007, caso "Aprovechamiento de Aguas", que: "Asimismo de la consulta de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se puede apreciar que al consagrar este derecho los comisionados tuvieron en vista, como un elemento vertebral del nuevo orden público económico que la Constitución se proponía instituir, la conveniencia de que los particulares tuvieran preeminencia frente al Estado en cuanto a ser titulares del dominio de los bienes situados en el territorio nacional, lo que es coherente con el rol subsidiario que el nuevo régimen jurídico-político asignó al Estado en materia económica" (considerando 28°).

⁴¹ FERNANDOIS (2006) p. 40.

⁴² Ver FERNANDOIS (2006).

- a) El principio de subsidiariedad del artículo 1° CPR, que sólo permite al Estado actuar supletoriamente al actuar privado, y que forma parte de la nueva sección axiológica, valórica de la actual Carta Máxima;
- b) El derecho a la libre contratación (art. 19 N° 16), que es una novedad en la Constitución de 1980, puesto que su predecesora sólo garantizaba el derecho al trabajo;⁴³
- c) El derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21), cuyo objeto es precisamente otorgar protección al emprendimiento privado y su marco básico, potenciado con el principio de reserva legal;
- d) El reforzamiento del derecho de propiedad y en especial el de propiedad incorporal (sobre contratos), que, aun con las limitaciones de la función social (art. 19 N° 24 inciso segundo), pretendió reforzarse y “acorzarse” por la CENC y su Subcomisión de Propiedad, presidida por don José María Eyzaguirre, quien presentó el informe con las conclusiones de su investigación en la sesión 148^a.⁴⁴

III. Facultades de las superintendencias: un diagnóstico crítico

Es este contexto, esto es, considerando que la regulación económica y la intervención estatal en esta área debiese tener un carácter más bien excepcional frente a mercados libres robustos y dinámicos, y sólo se justifica allí donde existan fallas de mercado, y, también, que la actividad regulatoria estatal debe enmarcarse bajo el nuevo Orden Público Económico, que no es sino la proyección en el área económica de las Bases de la Institucionalidad, consagradas en el Capítulo I de nuestra Carta Fundamental, el que nos permite tener una base desde la cual comenzar a analizar, de manera crítica, como se ha anunciado, las facultades y atribuciones de las superintendencias chilenas.

Y es que junto con lo anterior, nos parece fundamental introducir ciertos criterios o parámetros de evaluación desde el derecho regulatorio para poder confrontarlos con las facultades y el accionar de estos órganos. En efecto, desde la perspectiva regulatoria, un buen diseño institucional regulatorio debe estar estructurado sobre la base de ciertos criterios o principios, que garanticen

⁴³ La Constitución de 1925 lo garantizaba de la siguiente forma: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

⁴⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 148^a, p. 21.

mínimos de legitimidad, aceptabilidad y conveniencia. La literatura especializada ha propuesto entre ellos: mandato legal (principio de reserva legal); procedimientos justos y participativos (debido proceso); *accountability* (control y contrapesos); *expertise* (conocimiento técnico), y eficiencia y eficacia.⁴⁵

Una adecuada aproximación al tema de la legitimidad y conveniencia de un sistema regulatorio debiera asumir que se está ante un escenario de matices más que de opciones radicales. Los cinco criterios de legitimidad esbozados por la literatura, mirados en forma aislada y particular, conllevan dificultades innegables. No se bastan a sí mismos, de lo que se desprende que un sistema regulatorio no puede considerarse conveniente o legítimo sobre la base de un solo parámetro. La problemática de cada uno de los criterios refleja las tensiones o *trade-offs* que hay entre ellos.⁴⁶

Para los abogados ha resultado históricamente atractivo y afín colocar el acento en valores que podrían llamarse democrático-formales, en donde se enfatizan los conceptos de legalidad, control (*accountability*) y participación, en virtud de los cuales se destaca la conveniencia e importancia de los medios más que los resultados de la actividad administrativa o, mejor dicho, del sistema, régimen, proceso o institucionalidad regulatoria. La visión opuesta, aquella que, en términos muy generales y simples, enfatiza más los resultados que los medios, funda el apoyo que merecería un determinado marco regulatorio en lo que podría denominarse "legitimidad sustantiva" en contraste con aquella susceptible de llamarse "legitimidad procedimental". Mientras en un caso se suele justificar el apoyo a un sistema regulatorio en atención a consideraciones como el grado de apego al mandato del legislador, la existencia de procedimientos justos y abiertos, o el nivel de *accountability* o control, bajo una perspectiva distinta, el nivel de apoyo, justificación, y en definitiva, legitimidad, vendrá de la mano con las posibilidades que brinda el sistema para dar cabida al *expertise* o conocimiento técnico, y a la consecución de un régimen eficaz y eficiente en su funcionamiento y resultados.⁴⁷

Así las cosas, el análisis que se expone a continuación busca balancear, por un lado, la necesidad de contar con superintendencias que sean eficaces y eficientes, dado que como se vio anteriormente, en teoría estamos ante una regulación que ha pasado el test de necesidad y conveniencia (estamos frente a una falla de mercado) y es costo-efectiva (es un "buen" remedio y por tanto

⁴⁵ Propuestos por BALDWIN (1996) y recogidos en ROMERO (2005).

⁴⁶ ROMERO (2005) p. 542.

⁴⁷ ROMERO (2005) p. 543.

su exigibilidad es socialmente conveniente); sin embargo, y con tanto o mayor énfasis, por el otro, acotar al máximo la discrecionalidad del regulador.

Este último punto, el de los controles de la discrecionalidad, nos parece fundamental. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, existen cuatro maneras de acotar dicha discrecionalidad: dictar por ley qué debe hacer y cómo debe hacerlo; obligarlo a explicitar por escrito cuáles son los criterios que ocupa para tomar decisiones y los pasos y plazos de los principales procesos regulatorios; obligarlo a rendir cuenta pública de sus actos; y someter sus decisiones a la revisión de terceros independientes.⁴⁸

Muchos de estos criterios regulatorios van de la mano con ciertos principios garantizados por la Constitución de 1980 y reforzados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y es en esta fusión, como anunciáramos en la introducción, donde creemos encontrar una verdadera camisa de fuerza, restricciones institucionales a la actuación discrecional de las superintendencias. Como se verá, debates recientes en la materia han generado reacciones acaloradas tanto en debate académico como en el foro, señal positiva, sobre la cual se ha ido generando un movimiento crítico respecto del accionar de estos órganos. Las propuestas de reforma no se han hecho esperar.

¿Están superando estos reguladores un test de discrecionalidad razonable? El análisis de algunas de las discusiones recientes más relevantes relativas a las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias nos llevará, creemos, al menos a reflexionar acerca de dos cuestiones: ciertas reformas de diseño institucional que parecen fundamentales y la existencia de un conjunto de principios doctrinarios y criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que están elevando los costos del actuar discrecional y presionando para la reforma.

3.1 Facultades normativas, libertad económica y la importancia del principio de reserva legal

En virtud de este tipo de facultad establecida por la ley, las superintendencias pueden dictar normas de general aplicación a sus sujetos controlados, tales como instrucciones o circulares.⁴⁹ Esta es una facultad distinta a la que tienen

⁴⁸ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p.112.

⁴⁹ Así, por ejemplo, el artículo 4° de la Ley 18.092, en materia de Servicios Sanitarios faculta al Superintendente de dicho sector entre otros para: (a) administrar la Superintendencia y dictar las instrucciones necesarias para el cumplimiento de sus fines; o (b) proponer las normas técnicas relativas al diseño, construcción y explotación de servicios sanitarios y a las descargas de residuos líquidos industriales. También se pueden encontrar este tipo de facultades en el artículo 3° del DFL 101 en materia de Superintendencia de Pensiones o en el artículo 4° del DL 3.538 en materia de Valores y Seguros.

para solicitar al Ministerio con el que se relacionan la dictación de ciertas normas que no pueden emitir directamente (por ejemplo, reglamentos). En este sentido, las particularidades de estas radican en que no pueden invadir el ámbito o conjunto de materias que la Constitución ha reservado a la ley, como tampoco contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria. Además, gran parte de estas normas son de tipo técnico y son obligatorias para sus destinatarios, quienes desarrollan su actividad sujeta a ellas. La infracción a las mismas genera fuertes sanciones.⁵⁰

En uno de los pocos, pero más completos, trabajos en este tópico, Camacho, plantea siete problemas que conllevan la atribución y el ejercicio de la potestad normativa de las superintendencias,⁵¹ que, de manera resumida, se pueden expresar en:

1. El tipo de potestad normativa que se atribuye a estos organismos, que al ser otorgada por norma legal debe tener presente los términos en que se ha formulado su atribución: el fin y los límites que estatuye la ley y el principio constitucional de reserva legal;
2. El tipo de "*vestidura*" o la expresión formal que revisten las normas reglamentarias dictadas por estas entidades. Esto es, si son resoluciones, instrucciones o circulares;
3. La ausencia de un procedimiento establecido para el ejercicio de esta potestad y de motivación suficiente que demuestre el ejercicio razonable y razonado de su poder normativo, que garantice que los intereses sociales (no sólo los regulados, sino los afectados: clientes, consumidores) han tenido la oportunidad de ser escuchados y sus opiniones valoradas y tomadas en cuenta;
4. El empleo de instrumentos que no responden al tipo clásico de normas que integran el ordenamiento jurídico, esto es, instrucciones y circulares que dichas entidades aprueban con amplia discrecionalidad; y que constituyen la traducción al máximo de la flexibilización del principio de reserva legal en el ámbito económico;
5. Las instrucciones dirigidas a las empresas reguladas presentan una diversidad de problemas complejos, por ejemplo, presuponen el establecimiento de una relación especial de sujeción entre la empresa del servicio público respectivo y la superintendencia. Ello supone una transformación en el concepto de estos instrumentos, otrora concebidos para el manejo interno de los servicios, por tanto su eficacia se restringía al ámbito propio de la administración;

⁵⁰ CARMONA (1999) p.12.

⁵¹ CAMACHO (2005) pp. 430-432.

6. Las circulares e instrucciones resultan de difícil encuadramiento en la definición de acto administrativo de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo. Consecuencia de lo anterior, al no ser actos administrativos, no podría predicarse su “impugnabilidad” a través de recursos administrativos tal y como lo estatuye el artículo 10 de dicha ley. Lo grave de esta cuestión es que su ejecutividad es evidente de la praxis sostenida por estas entidades, y no resulta fácil para una empresa resistirse al cumplimiento de estas instrucciones o circulares, por cuanto arriesgan la imposición de sanciones administrativas.
7. La escasa publicidad de las instrucciones y circulares, para cuya ejecución basta que se comunique sólo a la empresa o las empresas reguladas según la materia de que se trate, lo que pasa por alto el hecho de que es también de gran interés para los competidores y usuarios de dicha industria.

En el fondo del diagnóstico de Camacho, se observa un conjunto de problemas que afectan seriamente la seguridad jurídica y las debidas garantías que los agentes económicos –en toda la cadena productiva– deben gozar frente a las potestades de estos órganos. Si bien los cuestionamientos aludidos permiten generar una agenda extensa de interrogantes, hay una que a nuestro juicio es central, cual es el amplio margen que existe para la vulneración del principio de reserva legal, que como hemos visto, es uno de los aspectos centrales del nuevo marco económico garantizado por la Carta Fundamental.

En efecto, en este punto, parece relevante detenerse en las dificultades que plantean las facultades normativas de las superintendencias confrontadas con el nuevo Orden Público Económico, en particular con la garantía del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental en relación con el principio de reserva legal. La frase “*normas legales que la regulen*” ha generado –y lo sigue haciendo– gran debate doctrinario y jurisprudencial; y la verdad, no parece del todo resuelto. Con todo, creemos existe un conjunto de excelentes argumentos doctrinales y jurisprudenciales que permiten restringir, acotar, la actuación discrecional de las superintendencias.

Podemos definir el principio de reserva legal como aquel que exige que “determinadas materias sólo pueden ser abordadas (o reguladas) por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía normativa”,⁵² principio que aplicado al caso en comento importa la “asignación exclusiva al legislador de la tarea de regular la actividad económica, y en la extracción consecencial de esa función desde el ámbito de la potestad reglamentaria”.⁵³

⁵² FERNANDOIS (2001) p. 288.

⁵³ FERNANDOIS (2006) p. 115.

En el núcleo de este principio no se encuentra un mero capricho académico o un tecnicismo jurídico formal, sino bases relevantes del Estado de Derecho y de un diseño constitucional serio: separación de poderes, garantías democráticas y contrapesos propios de la discusión parlamentaria, como engranajes complementarios que buscan un fin superior: garantizar los derechos individuales.⁵⁴ Esta preocupación, universal en la literatura del constitucionalismo liberal moderno, la encontramos elegantemente desarrollada en las obras de Locke,⁵⁵ Montesquieu⁵⁶ y El Federalista.⁵⁷

Y es que el principio de reserva legal en materia económica es fundamental para darle plena vigencia al principio desarrollado en el inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, que contempla la libre iniciativa económica. Como sostiene Cea: "Claramente existe ahí una manifestación constitucional de prioridad del sector privado como agente empresarial, configurándose así, en la práctica, la política de mercado".⁵⁸ Para el TC esta garantía: (...) es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida de la nación".⁵⁹

En efecto, la garantía del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental es de la mayor amplitud estableciéndose tres excepciones, esto es, que las actividades

⁵⁴ Y con mayor razón en el ámbito económico. En efecto, HAYEK (1991) p. 92, sostiene que: "El control económico no es meramente el control de un sector de la vida humana que puede ser separado del resto; es el control de los medios para todos nuestros fines. Y quien quiera que tenga el control exclusivo de los medios determinará también qué fines deben perseguirse, qué valores están más altos y cuáles más bajos y, en otras palabras, en qué se debe creer y por qué se debe luchar".

⁵⁵ A decir de este autor: "La legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede pasárselo a otros. (...) Y cuando el pueblo ha dicho "Nos someteremos a las reglas, y seremos gobernados por las leyes que hagan estos hombres, y de esta manera", nadie podrá ya decir que serán otros los hombres que hagan leyes para ellos; y tampoco estará el pueblo obligado por ley alguna, excepto por aquellas que hayan sido dictadas por quienes tienen su autorización para legislar. El poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer las leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes". LOCKE (2002) pp. 149-150.

⁵⁶ Sostiene Montesquieu: "Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se reúnen en la misma persona o entidad no puede haber libertad, porque pueden surgir temores de que el mismo monarca o senado decreten leyes tiránicas con objeto de ejecutarlas de modo tiránico también". MONTESQUIEU citado en EL FEDERALISTA (2001) p. 206.

⁵⁷ En el N° 47, Madison sostiene que "La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de tiranía". Id., pp. 204-205.

⁵⁸ CEA (2004) p. 486.

⁵⁹ STC 146, 1992, considerando 8°.

desarrolladas no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional. Sin embargo, nos vemos enfrentados a la necesidad de definir de manera correcta la frase “normas legales que la regulen” establecida en dicha norma.

En esta materia Cea sostiene que si bien “algunos la consideran como disposición abarcadora de las normas jurídicas más diversas, incluidas las administrativas, v.gr., el reglamento, las resoluciones y las instrucciones (...) en realidad se trata únicamente de normas legales, en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de disposición idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental”.⁶⁰ En este esquema, no se excluye la regulación estatal, como generadora de un marco de reglas para el libre desarrollo de una actividad económica lícita; si se quiere calificar el órgano que tiene la potestad para dictarla. Por su parte, para Camacho “a la luz de las disposiciones constitucionales se puede afirmar que sobre la materia económica recae una reserva legal, pero hay que tener presente el nuevo concepto de ley que subyace en el Texto Constitucional, que como ya se ha explicado, no significa que la ley regule exhaustivamente la materia, lo que pone de relieve la importancia que en el ámbito del derecho público económico va a cumplir el reglamento ejecutivo y que en la práctica supone el aumento del campo de la potestad reglamentaria y de todas las demás potestades, en especial las discrecionales, que caracterizan la actuación administrativa. El cometido de la reserva de ley en materia de regulación económica tiene por objeto garantizar que, por lo menos, el contenido esencial de la libertad económica y en ese sentido, el arribo a una formalización de un consenso sobre el contenido mínimo que ésta tiene en los distintos sectores, sea establecida, por una norma de rango legal. Al mismo tiempo la norma legal deberá ser la que a su vez delimite las habilitaciones que tendrá la Administración en el desarrollo de la regulación legal, propiciando el diseño de un conjunto de autoridades competentes que fomenten y garanticen la realización de este derecho fundamental”.⁶¹

Si bien la doctrina ha adoptado diversas posiciones en materia de reserva legal,⁶² y también reconocemos una jurisprudencia zigzagueante del Tribunal Constitucional;⁶³ creemos, sin embargo, siguiendo a Fernandois, que es necesario

⁶⁰ CEA (2004) p. 488.

⁶¹ CAMACHO (2005) p. 428.

⁶² Contrastar por ejemplo, CARMONA (2002) con FERNANDOIS (2001).

⁶³ La que ha pasado desde la contundente reserva legal absoluta de Publicidad Caminera I (STC Rol N° 146, de 21 de abril de 1992) y II (STC Rol N° 167, de 6 de abril de 1993) y Ley de Bases del Medio Ambiente (STC Rol N° 185 de 28 de febrero de 1994), hasta el por algunos considerado “infame” considerando 46 de “Catalíticos” (STC Rol N° 325 de 26 de junio de 2001), que parece llevar la tesis de la reserva legal relativa a límites que colindan con la inexistencia de un Estado de Derecho. Con todo, en fallos de 2007, el TC ha dado señales que, sin adherir a una reserva relativa en la materia, dan lugar para avanzar hacia cierta flexibilización (Ver STC Rol N° 718, 759 y 773. Ver FERNANDOIS (2006) p. 178.

establecer un rayado de cancha mínimo en esta materia: "(...) Permítasenos proponer dos planos de limitaciones constitucionales: aquellas que se dirigen al mero ordenamiento del ejercicio de un derecho, al modo en que éste se ejerce sin disminuir ni afectar su libre ejercicio, y aquellas limitaciones que disminuyen cualitativa o cuantitativamente el goce del mismo o, como dice Cea, hacen "que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil". Las primeras limitaciones serían parte legítima de la acción constitucional de regular; las segundas estarían prohibidas en nombre de la regulación, y sólo serían admisibles en los casos y formas que la Constitución autoriza a restringir (v.gr. N° 8 inciso segundo del artículo 19)".⁶⁴

Un último punto a considerar en esta materia, para no alargar en demasía este análisis, dice relación con la garantía establecida en el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En este sentido, del tenor literal de dicha norma, como de las discusiones de la propia CENC (en cuanto han sido utilizadas para respaldar la tesis de la reserva legal absoluta), la idea de que las regulaciones y limitaciones a las garantías constitucionales "no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio", cobra gran vigor.

De la discusión anterior creemos se desprende una restricción fundamental al ejercicio puramente discrecional de las facultades normativas de las superintendencias. En efecto, el principio de reserva legal en materia económica, según lo establecido tanto en la Carta Fundamental, como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la posición de la doctrina en la materia; creemos generan un muro sólido frente a la embestida normativa de las superintendencias.

3.2 Facultad fiscalizadora: balance entre la legitimidad sustantiva y formal

En virtud de esta facultad, las superintendencias quedan habilitadas, en principio, para examinar todo tipo de documentación, requerir informaciones, realizar visitas, citar a declarar a algunas personas y formular ciertas exigencias, en el fondo, hacer exigible o poner en práctica la regulación.⁶⁵⁻⁶⁶

⁶⁴ FERMANDOIS (2006) p. 156.

⁶⁵ Para Carmona estamos ante un control (i) externo a las entidades controladas; (ii) que en algunos casos es de actos y en otros de actividad; (iii) fundamentalmente de legalidad, es decir, busca que los sujetos fiscalizados no infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas o no cumplan las instrucciones y órdenes que les impartan; y (iv) es, según los casos, preventivo, concomitante y represivo.

⁶⁶ CARMONA (1999) p. 15.

Este es el caso, por ejemplo, del artículo 2° de la Ley 18.902 en materia sanitaria, que establece que corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que les sirven de base. El artículo 4° del DL N° 3.538, por su parte, le encarga a la SVS velar porque las personas o instituciones fiscalizadas desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan.

Un área que ha sido particularmente cuestionada dice relación con la fiscalización medioambiental. Si bien en este ámbito recién existe un proyecto de ley de Superintendencia Medioambiental discutiéndose en el Congreso, las potestades con que cuentan actualmente en esta materia CONAMA-COREMA han sido utilizadas a juicio de Lamas y Chávez con un "casuismo exacerbado", generando una jurisprudencia tan diversa que reduciría excesivamente el carácter previsible que debe tener toda tarea fiscalizadora.⁶⁷ Como sostiene Sierra: "Sin duda, aquí hay un problema: el casuismo es pura discrecionalidad y ésta, sabemos, puede ser fértil en arbitrariedad".⁶⁸

En esta materia existen distintos aspectos que nos parece relevante abordar.

Desde la perspectiva del control de legalidad, está también el de las normas que dicta la propia Superintendencia, lo que genera un importante ámbito de discrecionalidad que pudiera convertirse en arbitrariedad. Así, por ejemplo, el Superintendente de Bancos tiene las más amplias facultades para solicitar todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios respecto de cualquier punto que convenga esclarecer.

Este ejemplo nos permite retornar al debate que habíamos dejado anunciado al comienzo de esta sección, y que no es otro que los enfoques de control respecto de la discrecionalidad administrativa: si debemos privilegiar uno de carácter sustantivo o uno formal.

⁶⁷ Dicen al respecto: "La determinación de la multa no está basada en una metodología establecida, sino que, por el contrario, es una decisión que toma la Corema caso a caso en base a los antecedentes que se le presentan. En consecuencia, no existe necesariamente una relación conocida ex ante entre el tipo y/o magnitud de la infracción y la sanción, lo que implica, desde el punto de vista del potencial infractor, la presencia de incertidumbre respecto a los niveles de las multas a ser aplicadas". LAMAS y CHÁVEZ en SIERRA (2008) p. 23.

⁶⁸ Ídem.

La defensa de la razonabilidad del enfoque que se ha denominado de *legitimidad sustancial* de la actuación de las agencias (superintendencias) en el proceso de fiscalización y *enforcement* (eficacia y exigibilidad) de las normas regulatorias, es planteada por el destacado administrativista americano Cass Sunstein.

Para Sunstein los abogados se han focalizado demasiado y por mucho tiempo en el control de la discrecionalidad administrativa, y demasiado poco en los efectos actuales de la conducta administrativa en el bienestar social: “Las discusiones sobre el Estado administrador –y las propuestas por mejorarlo– caen en dos categorías generales. La más familiar es la tradicional aproximación de los abogados, reflejada en la *Administrative Procedure Act* y en mucho del derecho administrativo convencional. Aquí nosotros encontramos un rango de esfuerzos para limitar la discrecionalidad administrativa, mayormente a través de requerimientos procedimentales y la revisión judicial. Bajo esta visión, el problema básico del Estado administrador es el ejercicio de la discreción en la implementación de políticas públicas por burócratas no elegidos; la solución básica es reducir esta autoridad discrecional (...) Esta aproximación ve en la caída de la doctrina de la no delegación (*non delegation doctrine*) el problema básico (...)”.⁶⁹

“La segunda aproximación”, continúa el autor, “está relacionada con el mejoramiento del desempeño regulatorio por vía de la formulación de preguntas concretas acerca de los efectos de la regulación. Desde esta perspectiva, la discreción administrativa es un problema solamente en la medida que tal discreción produzca malos resultados. Y bajo este punto de vista, las doctrinas de derecho administrativo, y las propuestas de reforma para el Estado administrativo, debieran estar fundadas en un entendimiento concreto de qué estrategias harán que la regulación funcione mejor, por ejemplo, salvando o ampliando vidas, reduciendo costos, incrementando el empleo, y mejorando la educación (...) Si, por ejemplo, la discreción administrativa es en algún dominio probable que dé lugar a mejores resultados que la discrecionalidad legislativa –como es ciertamente imaginable en áreas técnicamente complejas, especialmente aquellos que involucran la opción de medios para alcanzar determinados fines– entonces debiera haber al menos una presunción a favor de la discrecionalidad administrativa. Abogados tradicionales podrían estar tentados a rechazar tal discreción en virtud de renombradas abstracciones, que involucran, por ejemplo, el tema de la legitimidad, *Marbury v. Madison*, o pesos y contrapesos. Pero si es probable que una doctrina de derecho administrativo –que involucre, por ejemplo, una deferencia judicial a las interpretaciones administrativas del

⁶⁹ SUNSTEIN citado por ROMERO (2005) p. 541.

derecho— reduzca el costo final y aumente la racionalidad de la regulación, hay un buen argumento para tal doctrina”.⁷⁰

La gran pregunta en esta materia es cómo matizar la mirada expuesta por Sunstein —la importancia de la legitimidad sustantiva de la discrecionalidad administrativa (pensemos en la eficiencia y eficacia de la actividad regulatoria de las superintendencias)— y, sin caer en los excesos de la mera legitimidad formal; pero teniendo siempre en mente el respeto irrestricto a los derechos de los administrados y la certeza jurídica. Las respuestas parecen conducir hacia algunos aspectos del marco institucional del diseño de las superintendencias y de las prácticas regulatorias de estos órganos en Chile que merecen una seria revisión. Con ello, no es necesario elegir una de las opciones entre legitimidad sustancial o legitimidad formal, pues el marco regulatorio debe generar los incentivos para que se respeten ambas y se complementen. Ello, en beneficio directo de los administrados.

En primer lugar, para que la regulación pueda cumplir su función de forma adecuada, es condición indispensable el establecimiento de un tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores sujetos a la regulación. La amplia bibliografía sobre el tema de las agencias reguladoras nos marca las características que han de reunir: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad).⁷¹ Para cumplir lo anterior, es fundamental que sus miembros sean seleccionados sobre la base de su preparación y capacidad, no en atención a sus relaciones con las fuerzas políticas y a la mayor o menor confianza que puedan suscitar en los partidos. Al mismo tiempo, el número de sus miembros debe ser tal que permita la operatividad en las decisiones colegiadas.⁷²

Lo anterior, que parece de toda lógica en el derecho comparado —y con gran fuerza en el modelo de agencias americanas—, no lo es en nuestro país.

⁷⁰ SUNSTEIN citado por ROMERO (2005) p. 542.

⁷¹ En efecto, el objetivo fundamental de estas comisiones es despolitizar y racionalizar el ejercicio de la regulación económica. Como sostiene ARIÑO (1999) pp. 592-593, en el nuevo modelo de regulación para la competencia es aun más importante la separación “regulador-Gobierno”: existen actividades sometidas a tarificación, en coexistencia con actividades competitivas, es necesario un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes, y es necesaria la supervisión del cumplimiento de las reglas del juego y su necesaria adaptación. Así, la labor reguladora puede ser muchas veces impopular, sobre todo en el ejercicio de la potestad tarifaria de las actividades no competitivas. Para ello se debe independizar el regulador de toda posible manipulación del poder político. Este puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar la potestad tarifaria para el logro de otros fines ajenos al sector específico, como sería la utilización de las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado”.

⁷² ARIÑO (1999) p. 593.

Pensando en Chile, Galetovic y Sanhueza sostienen que, en principio, el regulador debiera ser imparcial; pero en la práctica, las decisiones regulatorias suelen tener consecuencias políticas: “Sería ingenuo creer que éstas no se consideran cuando la relación entre el regulador y el Ejecutivo es estrecha y por eso son necesarias salvaguardias adicionales para forzar a que los procesos regulatorios arrojen resultados imparciales y técnicos. La forma más directa de evitar que el Ejecutivo influya al regulador es que la agencia sea independiente, tanto formal como presupuestariamente. La incidencia formal significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La independencia presupuestaria requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del Ejecutivo. No obstante, la independencia no garantiza que la regulación sea competente ni transparente. La selección del regulador debe ser fundamentalmente técnica, no política y la persona seleccionada debe dar garantías de independencia”.⁷³

En nuestro país, como sostiene Camacho, la Administración nacional está organizada bajo el postulado que absolutamente todos los organismos administrativos se vinculan con el Presidente de la República, bien por una relación de supervigilancia⁷⁴ o de dependencia, y salvo escasas excepciones, en todos los casos, los directores de los servicios públicos centralizados no son de exclusiva confianza del Jefe de Estado, después de aprobada la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública (Ley 19.882 de 2003). Esta normativa establece un procedimiento para el reclutamiento de las máximas autoridades (primer y segundo nivel) de los servicios públicos que se adscriban a dicho sistema. Esto explica, para Camacho, “que aquí no se haya producido el fenómeno generalizado de creación de administraciones independientes que constituyen un nuevo perfil de autoridad administrativa, cuyo nexo con el Gobierno está

⁷³ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 116. Pensando en la importancia de la autonomía de la agencia regulatoria que es parte de un proceso de tarificación, Sánchez y Sanhueza sostienen que dicha autonomía facilita aislar al regulador de presiones políticas por parte de grupos de interés, en particular, de otros sectores del gobierno que puedan tener interés en la determinación de las tarifas: “En muchos países ha existido una tendencia a hacer política social a través de las tarifas de los servicios de utilidad pública (...) La provisión de agua potable constituye un servicio básico que afecta el presupuesto familiar de todos los grupos sociales y de manera particular de aquellos grupos de menores ingresos. En este sentido, la provisión de servicios de agua potable a precios subsidiados puede transformarse en un instrumento de política distributiva. Es así que en el pasado existió un fuerte interés de los gobiernos por seguir políticas de tarificación del sector sanitario con criterios políticos más que económicos, lo que llevó a importantes distorsiones en la asignación de recursos en el sector”. SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 168.

⁷⁴ En el caso de las superintendencias, y como hemos anunciado al comienzo de este trabajo, existe debate respecto de su naturaleza en cuanto órgano centralizado o descentralizado, lo que tiene efectos respecto de la vinculación con el Presidente.

atenuado (e.g., Banco Central o el CNTV), sino que se haya optado por instaurar organizaciones personalizadas (manifestación de la técnica de descentralización funcional), denominadas superintendencias, sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades".⁷⁵

En efecto, si bien la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública incorpora a la mayoría de las superintendencias,⁷⁶ exceptúa tres: Bancos e Instituciones Financieras, Valores y Seguros y Seguridad Social (artículo 36 Ley 19.882). Además, a pesar de que esta reforma es sin duda alguna un gran avance desde la perspectiva de acotar la discrecionalidad del Presidente en las designaciones de altos ejecutivos de la Administración,⁷⁷ sigue siendo crítico el que al final del día éste conserve el poder de nombrar y remover en cualquier momento al jefe de dichos servicios, aprobarles el presupuesto a través de Hacienda y de los propios Ministerios sectoriales en los cuales se inscriben, con lo cual si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones mueven a éste.⁷⁸

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate que ha planteado el actual Superintendente de Valores y Seguros sobre la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –similar a la SEC americana–, la que en principio tendría una autonomía real (tipo Banco Central), integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico; características que, como hemos analizado, no están presentes en las actuales superintendencias chilenas.

Finalmente en este punto un tema clave dice relación con el nombramiento de los superintendentes (eventualmente los miembros del Consejo de la CVS). Como hemos dicho anteriormente, la intervención de la Alta Dirección Pública es un avance, pero extremadamente insuficiente. Una solución posible, pero ya

⁷⁵ Ver CAMACHO (2005) p. 429.

⁷⁶ Ver, por ejemplo, artículo 35 de la Ley 19.995 (Ley de Casinos, publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2005) para el caso de la Superintendencia de Casinos de Juego; o artículo 6° de la Ley 19.937 (publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2004), modificatoria del DL 2.763 (1979).

⁷⁷ En el fondo lo que genera el sistema de Alta Dirección Pública en este ámbito es mejorar la calificación de los funcionarios y profesionales afines al Gobierno de turno. La lógica del "cuoteo" sigue presente. Por lo demás, por estos días ha sido reconocido por los medios de comunicación tanto por el Ministro Secretario General de la Presidencia como el de Gobierno, respecto de los altos directivos de la Salud Pública. El impacto real y problemas del Sistema de Alta Dirección Pública pueden verse en VALDÉS (2002).

⁷⁸ CAMACHO (2005) p. 429.

probada y que se aplica con buen éxito en otros ámbitos, es que el Presidente de la República requiera acuerdo del Senado para su nombramiento. Así, como sostiene Buchheister, “la política –siempre presente– estará sobre la mesa y no bajo ella. El Senado actúa crecientemente de manera pública y sometido al escrutinio de la ciudadanía, por lo que no podrá nombrar a cualquiera. Por lo demás, la experiencia mediante este mecanismo ha sido muy positiva; basta mirar el Banco Central. En países como Estados Unidos la designación de todo alto funcionario requiere de la aprobación del Senado”.⁷⁹ En un sentido similar se pronuncian Sánchez y Sanhueza pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios.⁸⁰

En segundo lugar, y estrechamente vinculado al primer punto, es fundamental para acotar los márgenes de discrecionalidad regulatoria, separar definitivamente la regulación de un sector con la ejecución de políticas sectoriales. Ello además tiene gran impacto respecto de las superintendencias que deben liderar el proceso de fijación tarifaria del sector. Un buen ejemplo es la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Un mal ejemplo es la SUBTEL, que depende directamente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Esto confunde los roles de regulación y de ejecución de la política sectorial, lo que además aumenta las posibilidades que el proceso de fijación de tarifas se politice. Esta dualidad de objetivos también hace mucho más difícil evaluar el desempeño del regulador.⁸¹

Para Sánchez y Sanhueza, por su parte, cuando la acción regulatoria se lleva a cabo por medio de un órgano con dependencia del Ejecutivo, como puede ser una comisión al interior de una Secretaría de Estado, “no sólo se facilita la influencia del gobierno en las decisiones, sino que también se dificulta la evaluación de su desempeño en materias regulatorias propiamente tales. Por ejemplo, pudiera existir una comisión ministerial encargada de la fijación de tarifas para el sector regulado, pero al mismo tiempo encargarse del diseño de políticas de desarrollo del sector, lo que eventualmente generaría incentivos a fijar tarifas mayores con el objeto de permitir tasas de reinversión o modernización del sector más allá de lo socialmente conveniente. Por el contrario, la existencia de una agencia regulatoria independiente y autónoma facilita la asignación de responsabilidades específicas y el proceso de control de gestión y medición de su desempeño. Un aspecto adicional que surge cuando el organismo regulador tiene dependencia administrativa del Ejecutivo a través de un Ministerio, por ejemplo, es que su responsabilidad pasa a ser política más

⁷⁹ BUCHHEISTER (2008).

⁸⁰ SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 178.

⁸¹ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 125.

que técnica, por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia".⁸²

En tercer lugar, es indispensable que el nivel técnico del regulador sea similar al de la empresa regulada. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, "la regulación debe estar a cargo de un equipo estable, pequeño pero de muy buen nivel que siga permanentemente a la industria regulada, al que se agreguen consultores externos cuando las circunstancias lo exijan. Los presupuestos exigüos, las escalas salariales rígidas del sector público y el hecho que los cargos máximos en las instituciones regulatorias sean cuoteados políticamente atenta en contra de conformar equipos técnicos capaces de adquirir un conocimiento exhaustivo de la industria regulada".⁸³

En cuarto lugar, uno de los problemas habituales que enfrentan las empresas reguladas –y en general, todos quienes interactúan con el sector público– es que no queda claro cuáles son los criterios que ocupan los reguladores para tomar sus decisiones, los plazos de muchas decisiones administrativas y los requisitos burocrático-administrativos que deben cumplir los regulados. Esta falta de *accountability* facilita la discrecionalidad. Lo que se necesita en este caso es que el regulador esté obligado a poner por escrito cuáles son sus criterios, plazos y exigencias. La Comisión Jadresic propuso un instrumento apropiado para corregir estas deficiencias, el Manual de Procedimientos. En palabras de la Comisión: "Se proponer exigir que cada organismo regulador (...) publique y mantenga actualizado un Manual de Procedimientos que señale las etapas, requisitos, criterios de decisión y plazos de las principales decisiones administrativas que le competen. Dicho manual deberá ser coherente con las normas legales vigentes y en los casos en que la ley no indique procedimientos o plazos específicos le corresponderá al jefe de servicio definirlos. El manual estará permanentemente a disposición del público y podrá accederse a él mediante Internet".⁸⁴

Esta discusión nos conduce directamente a una de las cuestiones más relevantes del debate acerca de la revisión judicial de las agencias en Estados Unidos y el derecho comparado: la importancia del procedimiento, tanto en el proceso normativo como en el fiscalizador.

En este ámbito, como sostiene Ariño Ortiz, se constata una cierta diferencia entre el método de las comisiones reguladoras independientes norteamericanas

⁸² SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 169.

⁸³ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 111.

⁸⁴ GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 112-13.

y el procedimiento del órgano regulador (unipersonal) inglés. El primero es un proceso excesivamente formal y sobrecargado, lento y largo; es ciertamente un proceso abierto a la participación pública con audiencias sistemáticas y con grandes facilidades para la intervención en él de los grupos de interés (*lobbying*); es también un procedimiento contradictorio y combativo del que con frecuencia se derivan apelaciones ante los tribunales. Por el contrario en Gran Bretaña el regulador actúa en un procedimiento ligero, no burocrático, no excesivamente abierto (no es público, no hay “*public hearings*”) y las decisiones no están excesivamente motivadas, quizá por ello y por su carácter un tanto esotérico, las apelaciones ante los tribunales frente a sus peticiones han sido hasta ahora escasas.⁸⁵ “En nuestra opinión” prosigue el autor “ni uno ni otro son un modelo a imitar. El procedimiento ante un ente regulador debe ser ante todo transparente, informal, abierto a la información del público, con una decisión final suficientemente motivada. Hoy no queda claro cómo los reguladores valoran la evidencia empírica o los argumentos jurídicos o económicos en los cuales basan sus decisiones. Entendemos que el sistema inglés resulta excesivamente cerrado y pretoriano. Las audiencias públicas, ordenadamente articuladas, con tiempos limitados y transcripción escrita de las mismas, resultan muy útiles como medio de enriquecer la información pública y la información al público. También constituyen un valioso elemento para una eventual revisión judicial a posteriori”.⁸⁶

Así las cosas, parece relevante en materia de fiscalización contar con un diseño institucional que garantice la autonomía –sobre todo del poder político– del regulador; y que en este diseño se potencien la calidad y experticia técnica del regulador, que se manifestará además en la calidad de la fiscalización y racionalidad de sus procedimientos, como asimismo en sus “prácticas regulatorias”, fundamentales para generar previsibilidad y certeza jurídica a los regulados.

3.3 Facultad sancionadora: un nuevo marco para el *ius puniendi*

Carmona, describe *grosso modo* las dos grandes concepciones respecto a los principios generales de las sanciones administrativas:⁸⁷⁻⁸⁸ “Para una posición,

⁸⁵ ARIÑO (1999) p. 599.

⁸⁶ ARIÑO (1999) p. 599.

⁸⁷ Manifestaciones de esta potestad las encontramos, por ejemplo, en materia de valores y seguros en el Artículo 27 del DL 3.538, en cuanto establece que 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 diversas sanciones. En materia de pensiones encontramos el artículo 17 del DFL 101 y respecto del servicio sanitario el artículo 11 de la Ley 18.902.

⁸⁸ Para Carmona, los elementos a partir de los cuales se construye la sanción administrativa son: el que sea aplicada por un órgano de la administración; consiste en la imposición de una medida que

el derecho administrativo sancionador no tiene sentido y debe ser resuelto y abordado desde el derecho penal. Para la otra posición, el problema no consiste en discutir la existencia o la justificación de la potestad administrativa sancionadora, sino el de su juridización, esto es, no se trata ya de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración, sino que conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales". En otras palabras, para el autor, "admitida la potestad sancionadora, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio. Dichos límites no son otros que aquellos que regulan toda la disciplina penal. Es decir, el principio de legalidad (no hay delito sin que haya sido previamente establecido por una ley previa a su realización); la tipificación (debe estar señalado con claridad en qué consiste la infracción); la culpabilidad (la existencia de algún elemento subjetivo que genere imputabilidad); el principio que sólo cabe una pena por infracción. También caben aquí los principios del racional y justo procedimiento, es decir, el derecho a defensa, la existencia de recursos, la imparcialidad del juez, etc.". ⁸⁹

Por otra parte, para Alcalde, en el marco de las discusiones en torno del modelo que en nuestro país debiera presidir la actividad punitiva del Estado, es común encontrarse con posiciones que todavía postulan una franca separación entre el derecho penal y la facultad de sancionar que se otorga a determinados organismos públicos, v.gr., superintendencias: "Desde un punto de vista teórico, quienes así piensan generalmente invocan criterios diferenciadores fundados en la distinta naturaleza que, se dice, tendrían los bienes jurídicos que se quieren amparar a través de uno u otro ordenamiento, lo cual, a su vez, justificaría entender que es igualmente diversa la naturaleza jurídica de la sanción aplicable en cada caso. Junto a ello, suelen esgrimirse razones "prácticas", como la necesidad que afrontaría la administración de adecuar sus prescripciones a una realidad esencialmente dinámica y que, por lo mismo, reclamaría una respuesta estatal oportuna que sólo puede darse en el plano de una menor rigidez en la determinación e imposición de las penas que aquella propia y característica del campo criminal. Todo lo anterior, en procura de otorgar mayor flexibilidad a la Administración al momento de estructurar las sanciones que puede aplicar en los supuestos de infracción a la legislación cuya observancia ha sido llamada a cautelar, cuando no de la reglamentación que la misma ha dictado en ejercicio de sus facultades legales. El resultado de tal concepción –confirmado a la luz de los numerosos ejemplos que nos entrega nuestra reali-

signifique la privación de un derecho preexistente o la imposición de un nuevo deber; debe existir una conducta antijurídica; la sanción debe buscar restablecer el orden previamente quebrantado por la acción del transgresor; y debe enmarcarse dentro de un procedimiento administrativo. CARMONA (1999) p. 18.

⁸⁹ CARMONA (1999) p. 18.

dad jurídica y la experiencia del foro— es evidente: se encomienda al burócrata de turno el ejercicio de un derecho que naturalmente debiera corresponder al legislador o al magistrado —según cuál sea el aspecto de la sanción de que se trate— desconociéndose en muchas ocasiones, si no infringiéndose abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal”.⁹⁰

Alcalde rechaza, “al igual que lo hace el sector dominante de la más autorizada doctrina” aquellas teorías que postulan una radical diferencia de naturaleza jurídica entre las sanciones penales y las administrativas, y cuya consecuencia, en general se traduce “en introducir una cuña entre ambos campos que posibilite desconocer la vigencia de los principios que limitan la aplicación de las primeras cuando se trata de imponer las segundas”.⁹¹

En relación con estas materias, Soto Kloss se expresa en los siguientes términos: “De admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración podría decirse entonces: Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez. Todo lo que no se adecua a este régimen es en Chile inconstitucional, antijurídico, injusto. En una palabra: repudiable; es más, parece repugnar al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada”.⁹²

Incluso bajo la segunda posición descrita por Carmona, el problema, entonces, de la facultad sancionadora de las superintendencias radica en verificar si los límites que han sido analizados están siendo respetados por las leyes que rigen a estos órganos. Para este autor, no se satisface la tipificación si se puede aplicar una multa por el solo hecho de que los sujetos fiscalizados “incurren 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”. La misma aprensión surge si una superintendencia puede establecer prohibiciones para realizar ciertas actividades si estima que existe inestabilidad financiera o administración deficiente en la institución financiera fiscalizada. El asunto es más grave aún si la propia ley se encarga de establecer presunciones de inestabilidad o de administración deficiente. En estos casos, también se transgreden principios elementales de un racional y justo procedimiento.⁹³

⁹⁰ ALCALDE (2003) pp. 224-25.

⁹¹ ALCALDE (2003) p.226

⁹² SOTO KLOSS citado por ALCALDE (2003) p. 225.

⁹³ CARMONA (1999) p.19.

El problema de fondo y que probablemente constituye un punto de quiebre entre las posiciones antes descritas, consiste en la posición que defienden quienes, como Carmona, sostienen que “toda sanción que pueda aplicar una superintendencia supone una infracción de ley o de normas reglamentarias o de instrucciones que dicte el propio órgano fiscalizador. El bien jurídico tutelado es la sujeción al derecho que deben tener estos órganos durante todas sus actividades. Por lo mismo, no se puede tipificar más que señalando que “toda infracción a la normativa del sector”. Lo contrario significaría detallar una por una las infracciones”.⁹⁴

Bajo este escenario, hay dos aspectos de este debate que nos parece interesante analizar. En primer lugar, revivir algunos cuestionamientos e interrogantes generados tras las multas de la SVS en el denominado caso “D&S-Falabella”, lo que nos llevará a revisar algunas cuestiones relevantes acerca de la teoría económica de la imposición de sanciones por parte de una agencia regulatoria; y, en segundo lugar, dar buenas noticias respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de debido proceso administrativo de cara al *ius puniendi*.

Pocos podrán olvidar la verdadera “batalla jurídica” que se generó cuando en julio de 2008 la Superintendencia de Valores y Seguros impuso sendas multas contra ocho ejecutivos en el caso D&S-Falabella por uso y revelación de información privilegiada. Existe una serie de aspectos de la actuación de las SVS que pusieron al descubierto diversas falencias de las potestades sancionadoras de la SVS –y sin que entremos a pronunciarnos respecto del fondo de la controversia– y que nos parece fueron explicitadas de excelente manera por Buchheister⁹⁵ y Aróstica.⁹⁶

Buchheister sostuvo en primer lugar que las sanciones impuestas no se basaron en comprobaciones directas, sino en suposiciones que se iban retroalimentando. Si bien no se estaba ante situaciones idénticas, en todas ellas la inculpación obedecía a la misma lógica: como se realizaron adquisiciones con características anormales y en todas ellas había una persona vinculada con los adquirentes, se dio por acreditada la violación por ella del deber de reserva. “Con esto, quedó justificada a su vez que la adquisición de los segundos se hizo con información privilegiada. Entonces se declara a uno culpable, para inculpar al otro y viceversa. Esta forma de construir el ilícito es muy discutible frente a la presunción de inocencia. A quien se le acusa de una infracción debe

⁹⁴ CARMONA (1999) p.19.

⁹⁵ BUCHHEISTER (2008a).

⁹⁶ ARÓSTICA (2008) p. 172.

acreditársele su culpabilidad. Se ha dicho que en este tipo de casos es imposible condenar si no se recurre a presunciones (más bien suposiciones). Entonces, estamos aceptando que se cometan injusticias”, sostiene el autor.

En segundo lugar, el quebrantar el deber de reserva y el uso de información privilegiada son tanto infracciones administrativas como delitos a la vez. La reclamación de aquélla la ven los tribunales civiles y el delito los penales: “¿Y qué pasa si dictan fallos contradictorios? Debiera establecerse que la superintendencia decide si el caso amerita únicamente una sanción administrativa o bien una sanción penal. En este último caso, el asunto se tendría que entregar por entero al Ministerio Público, que perseguiría la aplicación de la pena privativa de libertad y la multa”. Este argumento es también compartido por Aróstica.

En tercer lugar, finaliza Buchheister, una de las cuestiones que se discutió en aquel momento fue la posición de algunos de los sancionados, no obstante declararse inocentes, de no recurrir a la justicia. Sin embargo, “puede que los críticos ignoraran dos aspectos claves de la decisión: para reclamar la ley les obligaba a consignar un 25% de la multa. Además, si se pierde el juicio, ésta debe pagarse reajustada por la variación de la suma y un interés de 1,5% al mes. En la práctica, la ley impide que las personas se defiendan”.⁹⁷

Aróstica, por su parte, se preguntaba: “¿Estaban los sancionados en condiciones de prever que la conducta imputada era definitivamente irregular, o se enteraron de ello al momento de ser notificados? ¿Precedió a las multas alguna norma o interpretación general, difundida ampliamente, que precisara en qué circunstancias tomaría cuerpo una violación a la obligación de reserva? Para Aróstica: “No parece sano que para enviar mensajes al mundo de los negocios se empiecen a crear criterios generales en el curso de una investigación en desarrollo a propósito de un caso particular, para terminar declarándolos recién en el acto de sanción, porque una sorpresa malhiere la lógica y el derecho a defensa de los acusados”.⁹⁸

Es decir, tanto Buchheister como Aróstica hacen presente un conjunto estructural de falencias, tanto conceptuales como prácticas, que constituyen un verdadero exocet al corazón de las potestades sancionadoras de la SVS y su praxis. No era primera vez que en esta materia la SVS estuvo en el “ojo del huracán”. En el denominado “caso Piñera”, meses antes, la institucionalidad de Valores y Seguros se había visto envuelta bajo un manto de cuestionamientos. Nuevamente la falta de autonomía de la SVS respecto del poder político había estado en el eje del debate.

⁹⁷ BUCHHEISTER (2008a).

⁹⁸ ARÓSTICA (2008) p.172.

Sin embargo, aquí el diseño normativo e institucional también importa. El régimen de sanciones que pone a disposición de la SVS el DL 3.538, no es sólo discutible sino de una vaguedad que efectivamente puede dar paso a un uso, en promedio, bastante más discrecional (y por tanto arbitrario), que el de otras superintendencias. Por ejemplo, el régimen de sanciones que establece la Ley 18.410 para la SEC. Estas últimas satisfacen de mucho mejor forma los principios del debido proceso que se espera imperen en este ámbito.

Con todo, es posible entender la racionalidad sobre la cual descansa este tipo de actuaciones y que, en el análisis económico del derecho, es conocida como la teoría económica del *enforcement* (exigibilidad de las normas).⁹⁹ Sobre la base de esta, es posible inferir algunos patrones del “comportamiento fiscalizador” de la SVS u otras agencias regulatorias, en situaciones similares para sancionar los incumplimientos de las empresas reguladas (o sus ejecutivos).¹⁰⁰

En primer lugar, en el modelo clásico de empresa maximizadora de utilidades (regulado), se asume que esta actúa sobre la base de información perfecta acerca de los costos y beneficios de su accionar incorrecto o temerario. Sin embargo, existe evidencia empírica que señala que esto no es así, por tanto, el regulador actuaría paternalísticamente enviando una señal al mercado, ejemplarizadora, para que se internalice dicho balance costo-beneficio.

En segundo lugar, podría ser común la litigación “por la prensa” y la búsqueda de sanciones sociales (informales) con ello. Puede tener mucha más efectividad como estrategia del regulador enviar una señal al mercado (al conjunto de regulados o agentes económicos relevantes), mediante sanciones ejemplarizadoras a uno o más regulados. La potencial publicidad negativa y los costos de imagen que podrían soportar regulados incumplidores, actuarían como disuasivo. De hecho, el solo anuncio de sanciones o el inicio de una investigación puede tener impacto en el valor bursátil del regulado “sospechoso”.

Con todo, esta literatura, también reconoce una serie de falencias que deben ser consideradas en la actuación de las agencias, más allá de las consideraciones sobre debido proceso. En efecto, las agencias regulatorias como las superintendencias en general tienen recursos limitados para cumplir con su cometido fiscalizador. Ello importa fiscalizar cuantitativamente poco (pocos casos), pero con un alto impacto (cualitativo), esto es, que sus actuaciones sean costo-efectivas. Asimismo, existe una serie de problemas que afectan el buen cometido de estas agencias: la cultura organizacional, acción colectiva,

⁹⁹ SHAVELL (2004), y SHAVELL y POLINSKY (2007).

¹⁰⁰ Agradezco a Juan José Romero las ideas en esta parte.

captura por la industria regulada, agendas propias de los directores de la agencia (el superintendente “candidato a”), la persecución del interés particular de la agencia (maximizar presupuesto y poder dentro del aparato estatal) más que del óptimo social (cumplir su cometido), entre otros.

Todo ello lleva a que el marco institucional que sostiene un modelo de “fiscalización” busque ser costo-efectivo, y por tanto, parece fácil construir una argumentación que permita una mayor discrecionalidad a las agencias o el que se busque un equilibrio distinto de recursos en el cumplimiento de tal labor.¹⁰¹

Y el problema radica precisamente en que llevado este modelo de *enforcement* al extremo pierde legitimidad social, como asimismo puede generar otros efectos negativos, entre otras consideraciones (v.g., distorsiones en el sistema completo de penas si acaso consagramos pena de muerte o presidio perpetuo calificado para los pocos hurtos que persigamos). Es en este punto donde adquiere gran relevancia la existencia de tests constitucionales en materia de razonabilidad, proporcionalidad, gravedad del daño, etc.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar, aunque sea de manera breve, el hecho que el Tribunal Constitucional ha generado una jurisprudencia sólida de respeto al debido proceso administrativo en el contexto del *ius puniendi*, particularmente desde 2003, que no puede quedar limitado a la posibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios, sino el debido proceso debe respetarse en el procedimiento administrativo mismo, respetándose a las personas derechos tan básicos como el emplazamiento y el derecho a defensa (en general, las garantías del artículo 19 N° 3 de la Constitución).¹⁰²

¹⁰¹ Respecto de este último punto, por ejemplo, y haciendo una analogía con el sistema penal, se puede disminuir el número absoluto de fiscalizadores (policías) si acaso se aumentan las sanciones (penas), dado que la sanción esperada se mantiene igual. Desde el punto de vista del regulado potencialmente infractor es lo mismo ex ante enfrentar una pena de 100 con una probabilidad de 1%, que una de 10 con una probabilidad de 10% (piénsese en una multa o en una condena privativa de libertad medida en años de condena). Sin ir más lejos, la Reforma Procesal Penal está construida sobre la base de esta lógica. En este contexto debe entenderse el uso del principio de oportunidad y los términos facultativos de que dispone el Ministerio Público para lograr una persecución criminal eficiente. El mejor ejemplo es el uso que se hace, bastante discrecional, del archivo provisional. Nótese, con todo, que es mucho más “barato” en términos de recursos públicos el primer juego de probabilidades (1% de 100) que el segundo (10% de 10). Pero aquí está también el problema.

¹⁰² Por ejemplo, en STC Rol N° 376 Gasto Electoral I (17 de junio de 2003) sostuvo en su considerando 30° que “(el art.19 N°3 CP) impone (...) al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que les formule la autoridad administrativa”. A su vez, en STC Rol N° 478 (21 de abril de 2005) estableció en el considerando 17° que: “(...) los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Consti-

Por ejemplo, el fallo STC Rol N° 389 de 2003 (Unidad de Análisis Financiero), sostuvo frente a un proyecto de ley que otorgaba la facultad de imponer sanciones administrativas que afectan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, que éstas debían aplicarse dentro de un debido proceso que entregue la oportunidad de defenderse de los cargos formulados por la autoridad (considerando 29°) y que no subsana esta necesidad el hecho que el afectado después pueda concurrir a los Tribunales de Justicia (considerando 36°). En efecto, en el considerando 36° sostuvo que *"(El) derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento (Administrativo), a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles"*.

Por lo demás, y siguiendo a Jara, es este el espíritu en que entendemos la Ley 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA), cuyo "núcleo irreductible" debe encontrarse en los derechos subjetivos que consagran los artículos 10, 17 y 34 inciso segundo: derecho al procedimiento debido. Ello es fundamental, porque es la manera de entender el sentido profundo de la Ley 19.880: aumentar los estándares de certeza jurídica (garantía del principio de legalidad) y de no discrecionalidad de la actuación de los órganos administrativos, especialmente garantizando el debido proceso. De ahí se puede entender, por ejemplo, la proscripción de las sanciones de plano.¹⁰³

Con todo, debemos finalizar advirtiendo que, siendo acertado sostener que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra sujeto al principio de legalidad y que, más aún, a él se aplican los principios y reglas que la Constitución ha contemplado, en materia penal, en su artículo 19 N° 3; en STC Rol N° 480 (de 8 de agosto de 2006), aunque manteniendo la jurisprudencia y lo sostenido por la doctrina, el TC, flexibiliza aquel principio, así como también el de tipicidad, admitiendo las leyes penales en blanco propias e impropias.¹⁰⁴ Para Fernández: "Unas y otras,

tución o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales (...) los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional (...)"

¹⁰³ Ver JARA (2008).

¹⁰⁴ Por ejemplo, en el considerando 28° el TC sostuvo: *"Que, tal como fluye de los considerandos anteriores, el hecho que una ley faculte a una Superintendencia a sancionar a las empresas sujetas a su supervisión ante la infracción de ley no constituye un acto constitucionalmente repudiable desde el punto de vista de la legalidad en su dimensión de reserva legal. Es obvio, por la propia definición del principio de reserva legal, que si el deber está establecido en una norma de rango legal, no cabe reproche de constitucionalidad alguno en su virtud. En cuanto al principio de tipicidad, el examen no puede hacerse sino al precepto que describe el deber, lo que ya se ha efectuado en los considerandos contenidos en el apartado IV que antecede. En este sentido, el precepto no resulta inaplicable por inconstitucionalidad y así se declarará"*.

sin embargo, resultan inconstitucionales, pues lesionan la seguridad jurídica, en el primer caso, y el principio de legalidad, precisamente, tratándose de las *impropias*".¹⁰⁵

3.4 Facultad jurisdiccional: la necesidad de contar con tribunales especializados y estándares de revisión judicial sofisticados

Uno de los aspectos más controversiales relativos a las superintendencias dice relación con si acaso estas poseen o no facultades para resolver algún tipo de controversias que surjan en el ámbito de sus competencias, esto es, facultades jurisdiccionales.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

El punto de conflicto radica aquí en que dichas facultades corresponden más bien a órganos que ejercen propiamente jurisdicción, es decir, a los tribunales de justicia. De ahí que algunos fallos de la justicia ordinaria, como sostiene Carmona, hayan señalado que la facultad de fiscalizar y la función de fijar sentido y alcance a las leyes de un sector sólo permiten observar o reparar infracciones objetivas y evidentes de dicha legislación, debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente ante los tribunales de justicia, porque la calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional.¹⁰⁸

No se puede olvidar que existe un fallo del Tribunal Constitucional, STC Rol N° 184 (de 7 de marzo de 1994) que declaró inconstitucional un proyecto de ley que pretendía facultar a la Superintendencia de Administradoras de

¹⁰⁵ Fernández (2007) p. 207. Este autor también destaca la prevención de los Ministros Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, quienes también concurren al fallo, teniendo adicionalmente presente otras motivaciones: "Destaco aquella según la cual el artículo 15 de la Ley N° 18.410 "autoriza al propio organismo fiscalizador sectorial, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, a sancionar eventualmente no sólo las conductas tipificadas en la ley y en los reglamentos dictados por expreso mandato del legislador, sino que incluso aquellas que pudieren establecerse en instrucciones y órdenes emanadas de la propia Superintendencia; todo lo cual no parece conciliable con el principio de legalidad, desde el momento que la autoridad administrativa por sí y ante sí –y sin suficiente respaldo legal– estaría determinando la conducta a sancionar, la que puede llevar aparejadas multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales, y respecto de cuya imposición puede reclamarse a los tribunales de justicia, siempre que se consigne previamente un determinado porcentaje de la misma".

¹⁰⁶ Además, puede confundirse con la potestad sancionadora de dichos órganos, lo que implica revisar ambas cuestiones como un todo.

¹⁰⁷ Ejemplos de esta potestad de las superintendencias los encontraríamos, por ejemplo, en materia de salud en el artículo 6° de la Ley 19.833, que establece que en contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia podrá deducirse recurso de reposición ante esa misma autoridad dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución o instrucción. La Superintendencia deberá pronunciarse sobre el recurso en el plazo de cinco días hábiles, desde que se interponga. El artículo 33, inciso final, del mismo estatuto jurídico establece que corresponderá a la Superintendencia vigilar el adecuado ejercicio de esta facultad y resolver los conflictos que puedan producirse entre los prestadores y las Isapres. En materia de electricidad y combustibles encontramos el artículo 3° de la Ley 18.410, y en la Ley General de Bancos, el artículo 12.

¹⁰⁸ CARMONA (1999) p. 21.

Fondos de Pensiones, para intervenir estas últimas mediante la designación de un administrador delegado, ya que como se sostuvo en las letras e) y f) del considerando 7° ello era adoptar una medida precautoria que es *“inherente, propio y consustancial al ejercicio de potestades jurisdiccionales, exclusivas y excluyentes de los tribunales de justicia, y no de órganos de la Administración del Estado. Como es sabido, se trata de medidas cautelares, propias de quien ejerce función jurisdiccional y jamás de quien ejerce funciones administrativas, como es el caso de las Superintendencias, cualquiera que sea su denominación (...) f) dicho precepto vulnera también lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, inciso cuarto, de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho al juez natural y prohíbe el ser juzgado por “comisiones especiales”, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho”*.

A mayor abundamiento, en días recientes hemos sido testigos de un debate a través de cartas al director en un diario entre el destacado constitucionalista de la Universidad Católica de Chile, Arturo Fernandois, y, el Jefe de Asesores de la Ministra de Medioambiente y destacado profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Luis Cordero; en el contexto del proyecto de ley que crea el Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia del ramo. En este, Fernandois cuestiona fuertemente las potestades jurisdiccionales con que se está dotando a la Superintendencia de Medioambiente: *“En mi minuta de cinco páginas sobre el proyecto formulé cuatro objeciones directas de constitucionalidad, las que se resumen en una: se propone crear una verdadera magistratura ambiental de primera instancia enclavada en la Administración del Estado, lo que no es tolerado por la Constitución”*.¹⁰⁹

Tanto el debate en materia de repensar las potestas sancionadoras de las superintendencias, como el relativo a si poseen o no facultades jurisdiccionales –y de ser así, su naturaleza, ámbito y restricciones– nos está conduciendo inevitablemente a la necesidad de separar, como primer paso, al interior de las superintendencias, el rol de investigación de infracciones del sancionador de las mismas; y, eventualmente, revisar su rol jurisdiccional. Buchheister propone derechamente la creación de tribunales especializados para los distintos sectores regulados.¹¹⁰

¹⁰⁹ FERNANDOIS (2008).

¹¹⁰ BUCHHEISTER (2008b). En efecto, sostiene el autor: *“El otro aspecto importante es la separación interna del área reguladora de la investigación de infracciones. Más significativo aún será que las sanciones no las seguirá aplicando el mismo órgano regulador, sino que éste deberá presentar el caso ante una “audiencia”, organismo dotado de cierta autonomía y que decidirá si procede una sanción. De éstas se podrá recurrir ante la Corte de Apelaciones. Actualmente, la impugnación judicial de las sanciones impuestas por la SVS se hace ante un juzgado de letras, lo que supone una revisión completa por un tribunal. En las demás superintendencias se recurre ante la Corte de Apelaciones, lo que implica*

Un último punto que nos parece relevante en la materia dice relación con la necesidad de contar con estándares sofisticados de revisión judicial del accionar de las superintendencias, sea bajo el esquema actual o, pensando en el futuro, con la existencia de tribunales especializados. Para ello, analizaremos brevemente cómo se ha desarrollado este debate en Estados Unidos, en el control de las *agencies*.

La práctica constitucional americana, manifestada en la llamada *non delegation doctrine*, exige que las leyes delegatorias contengan un “principio inteligible” en virtud del cual las agencias puedan guiar su acción regulatoria. Esta doctrina descansa fuertemente en las concepciones de separación de funciones en el derecho constitucional moderno, sin embargo, actualmente se discute si sigue “viva” o no.¹¹¹

Para García de Enterría, uno de los conceptos básicos del Derecho Administrativo americano es el concepto de delegación, con el que se explica la atribución de los órganos administrativos de tales funciones legislativas y judiciales. En estas circunstancias, y dentro de este marco general de encuadramiento, “no sorprenderá el surgimiento de la doctrina de la [deferencia] de los tribunales a la Administración. Desde el siglo XIX y con un robustecimiento espectacular en el tribunal reaganiano de 1985, con la Sentencia Chevron, se ha formulado una doctrina según la cual los tribunales deben otorgar una especial [deferencia] a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control (...) en cuanto

una revisión somera que se basa en lo actuado ante la SVS. La garantía del debido proceso exige que el sancionado tenga un juicio cabal, que se lleve a cabo frente un juez independiente. Por lo mismo, sólo la hipótesis del juez de letras satisface ese principio básico. Sin embargo, es menester reconocer que no es el tribunal apropiado para el tipo de materias debatidas. Entonces, siendo una iniciativa bien encaminada, la audiencia –en cuanto órgano administrativo– no es la solución pertinente. Si ya se da el paso fundamental de hacer un ente separado y especializado, ¿por qué no avanzar propiamente a un tribunal especializado e independiente que conozca de estas causas? Y no sólo de ellas, sino también las que correspondan a las demás superintendencias.

¹¹¹ Para HEINZERLING y TUSHNET (2006) lo cierto es que desde 1935 la Corte Suprema no ha invalidado ninguna ley en virtud de esta doctrina. Este contexto facilita la delegación a las agencias e incentiva la presión de los grupos de interés sobre la burocracia. Para ARANSON ET. AL (1982) p. 137: “(...) aun cuando el desarrollo de la doctrina se mantuvo disperso hasta este siglo en gran número de casos decididos entre 1892 y 1934, proveyeron validez judicial para incrementar expansivamente la concesiones del Congreso de la autoridad legislativa. Las Cortes mantuvieron la doctrina viva solo en sentencia, hasta que la Corte Suprema la revivió en tres casos para invalidar delegaciones del “*new deal*”. Estos pocos casos, sin embargo, permanecen como los únicos en que la Corte empleó la doctrina de la no-delegación para dejar sin efecto las concesiones de autoridad legislativa, ya que pronto retornó a aceptar amplias delegaciones. Tal es así que los comentaristas se refieren a la doctrina como muerta, aunque la Corte se niega a enterrarla (...)”. Sin embargo, para estos autores: “(...) Una revigorización de la doctrina de la no-delegación absoluta podría resucitar el principio que todo el quehacer legislativo debe residir en el Legislativo. Tal y como propuesta, la doctrina invalidaría todas las acciones de las agencias concernientes a políticas públicas cuando la agencia ha actuado sin un estatuto autorizatorio explícito (...)”. ARANSON ET AL. (1982) p. 176.

a la apreciación de los hechos, la tradición americana es que la *judicial review* sobre la Administración se configure con *appeal*, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (...) este criterio está robustecido de hecho por circunstancias de que las leyes reguladoras de cada materia (...) atribuyen normalmente la *judicial review* inicial a las *Courts of Appeal* federales, que no hacen más que repetir en esta *review* sus hábitos enjuiciadores ordinarios como jueces de apelación, partiendo, pues, de la apreciación de hechos realizada por la Administración. Aunque hoy ese dogma tradicional no se mantiene tan rígidamente, sigue preponderando”.¹¹²

En este contexto, la revisión judicial en Estados Unidos de las actuaciones de la agencia se centra en aspectos orientados al control del procedimiento seguido por la agencia, y no en un control de mérito: (a) control del procedimiento, donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; (b) control del expediente, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y, (c) aplicación de la doctrina del *hard-look* (mirada dura), que implica que el juez analice el proceso analítico de la agencia conducente a la decisión final, esto es, por qué tomó una decisión y descartó otras.

Como recuerda Comella, en el pasado, el estándar de revisión aplicado tradicionalmente a los reglamentos había sido el *arbitrary and capricious*: “Este criterio se traducía en un primer periodo en una mínima indagación en la racionalidad de la norma, esto es, su capacidad general para acomodarse al mandato legislativo. Con el tiempo, esta doctrina general de interdicción de la arbitrariedad se desdobló en un criterio de racionalidad y otro de razonabilidad. Este último supone una indagación más profunda en el concreto proceso decisorio, al objeto de averiguar si la resolución final fue emitida a la luz de una completa información sobre el problema a resolver y si las técnicas adoptadas permiten un cumplimiento de los fines propuestos que guarde una relación de proporcionalidad en relación a los objetivos de la ley. En todo caso, se trata de un juicio negativo; el tribunal nunca se pronuncia sobre cuál hubiera sido la solución óptima, sino únicamente sobre si la adoptada puede incluirse dentro del elenco de las posibles. Ello acota el campo de discrecionalidad administrativa, excluyendo de la competencia judicial el juicio de oportunidad. En la idea del *hard-look* lo que interesa es el procedimiento como mecanismo suficiente para examinar la diligencia del órgano en procura de una decisión bien informada”.¹¹³

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p.183.

¹¹³ COMELLA (1997) pp. 53-54.

En este sentido, exigir a la agencia que desvele la gama de alternativas consideradas y las razones técnicas o jurídicas para el rechazo o adopción de cada una de ellas, el tipo de datos obtenidos o las extrapolaciones realizadas y su justificación, suponen en realidad un examen sobre la conveniencia o la proporcionalidad de los aspectos sustantivos del reglamento.¹¹⁴

Así, el juez americano no construye su propio expediente (v.g., analizando e incorporando nuevos documentos), sino que analiza y vuelve sobre el proceso efectuado por la agencia. Hay, por tanto, bastante deferencia respecto de la interpretación de la agencia, porque se acepta su mayor experticia en el ámbito regulatorio.

Esta deferencia es fruto de la doctrina *Chevron*, que obliga al juez a seguir el *test de dos pasos* (*two-step inquiry*). El primer paso le obliga a examinar la ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la Administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar preferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable.¹¹⁵

Con todo, la doctrina *Chevron*, defendida férreamente por el constitucionalismo conservador americano (siendo el ícono el destacado constitucionalista y Ministro de la Corte Suprema Anthonin Scalia), ha sido duramente criticada. Por ejemplo, Cass Sunstein sostiene que "aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de *Chevron* rompe este principio al permitir a las agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente".¹¹⁶

Nótese que este debate se da en un contexto de relativa independencia política y económica de las agencias regulatorias, y en un contexto de transparencia y rendición de cuentas (*accountability*) extraordinariamente superior al que tenemos en Chile.¹¹⁷

¹¹⁴ COMELLA (1997) p. 56.

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

¹¹⁶ SUNSTEIN en GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 194.

¹¹⁷ Para ARIÑO ORTIZ (1999) p. 597, no es posible desconocer la dificultad de separar política y regu-

IV. Conclusiones

El presente documento ha tenido por objeto poner sobre la mesa algunos de los debates que se han generado en torno a las superintendencias, frente al verdadero proceso de inflación de las mismas en el panorama regulatorio de nuestro país. En este sentido, hemos tratado de realizar un diagnóstico, una suerte de radiografía, de carácter exploratorio, a las facultades y praxis de las superintendencias. Por las razones que hemos esgrimido a lo largo de este documento, nuestro diagnóstico es más bien negativo en esta materia.

Hemos sostenido que desde una mirada económica, el rol de las superintendencias y la regulación económica responden a la necesidad de generar mejores y más competitivos mercados, por lo que la intervención reguladora debe ser excepcional. Lo anterior, creemos es un enfoque recogido en el nuevo Orden Público Económico que consagra nuestra Constitución, concepto que hemos sostenido, siguiendo a Fermeo, que refleja la consagración en la actividad económica de los principios estipulados en el Capítulo I de la Constitución de 1980, sobre Bases de la Institucionalidad.

Asimismo, se analizaron un conjunto de criterios legitimadores, reconocidos en la literatura regulatoria que permiten calificar de buena una determinada regulación y su diseño institucional marco; criterios que confrontamos tanto explícita, como implícitamente, en la evaluación de las facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales de las superintendencias. Creemos que la fusión de estos criterios regulatorios, con los viejos principios constitucionales de siempre (v.g., principio de reserva legal, debido proceso administrativo, etc.), los cuales vemos gozan de gran robustez al amparo de la Constitución de 1980 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permiten argumentar que pese a la gran cantidad de facultades discrecionales que poseen estos órganos, vemos en esta fusión una verdadera camisa de fuerza, restricciones institucionales potentes, a la actuación discrecional de las superintendencias. Ello se ha visto reflejado en debates y controversias recientes que operan como catalizadores de un proceso de reforma en esta área que aparece como fundamental.

Entre estas reformas, y en materia de facultades normativas de estos órganos, creemos que el principio de reserva legal en materia económica sigue siendo

lación, por las innegables connotaciones políticas de muchas decisiones del regulador: "De ahí que, tras algunos años de experiencia, se haya propuesto en Inglaterra, tanto por las empresas como por los laboristas (curiosa coincidencia), el reforzamiento, de la responsabilidad de los reguladores ante el Parlamento, manteniendo su independencia política. Asimismo, se postula la creación de una organización común de reguladores, para elevar la formación de su personal y para intercambiar experiencias entre distintos sectores".

un escudo poderoso ante las embestidas normativas de las superintendencias. En materia de facultades fiscalizadoras parece fundamental replantear el marco institucional, sobre todo en materia de consagrar agencias regulatorias independientes como en el derecho comparado. Las propuestas de transformar la SVS en una Comisión de Valores y Seguros va en la dirección correcta. En esta área vimos que es además relevante separar completamente las funciones de fijación de política con la actividad fiscalizadora, revisar los procedimientos y generar prácticas que permitan mayor previsibilidad de la actuación del regulador, en aras de mejorar la certeza jurídica.

Sostuvimos también que, en materia sancionadora, los acontecimientos recientes en materia de información privilegiada dieron pie para mirar críticamente la arbitrariedad y los problemas de defensa efectiva que tienen los sancionados, lo que nos lleva a mirar la necesidad de separar la investigación de las infracciones de la labor sancionadora. Pudimos observar en este campo que pueden coexistir esquemas de sanciones tan amplios y ambiguos como el de la SVS, con uno mucho más explícito y cercano a las garantías del debido proceso como el de la SEC. Revisada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derecho administrativo sancionador en el marco del *ius puniendi* estatal, constatamos que se ha forjado una jurisprudencia que busca respetar las garantías del artículo 19 numeral 3 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que los criterios del TC han comenzado a admitir cierta deferencia hacia la potestad sancionadora de las superintendencias.

Finalmente, respecto de las facultades jurisdiccionales, es probablemente la más discutible, y que potencia las facultades sancionadoras, y en esta materia parece fundamental estudiar la posibilidad de establecer tribunales especializados. Asimismo, es necesario elaborar parámetros o tests de revisión judicial sofisticados, para lo cual se examinó la experiencia americana, la que sólo puede entenderse desde un marco institucional que garantice una mayor autonomía de las agencias respecto del poder político, cuestión que, como hemos visto, no es el caso chileno.

Bibliografía

Publicaciones académicas

ALCALDE, Enrique (2003): *Los principios generales del derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 248 pp.

ARIÑO, Gaspar (1999): *Principios de Derecho público económico* (Granada. Editorial Comares) 601 pp.

ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás) 164 pp.

ARÓSTICA, Iván (2008): "Chile, always surprising: ¿sanciones sobre la marcha?", *Ius Publicum* (N° 21) pp. 170-173.

BALDWIN, Robert (1996): *Rules and Government* (Oxford, Clarendon Press) 360 pp.

BARANDARIÁN, Edgardo (2001): "La regulación de los derechos fundamentales", *Revista Chilena de Derecho*, (vol.2) (N° 28) pp. 363-394.

BREYER, Stephen G. et al. (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems text and cases* 5ª edición (Nueva York, Aspen) 1.224 pp.

BECKER, Gary (1983): "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", *Quarterly Journal of Economics* (N° 98) pp. 371-400.

BREYER, Stephen G. (1982): *Regulation and its Reform* (Cambridge, Harvard University Press) 486 pp.

BUCHANAN, James M., y TULLOCK, Gordon (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press) 247 pp.

CAMACHO, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las superintendencias", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 423-432.

CARMONA, Carlos (2005): *Unidad VI. El principio de control* (vol. 2) (apuntes de clases) 60 pp.

CARMONA, Carlos (2002): "Un nuevo estado de la relación ley-reglamento: El ámbito del reglamento" *Revista de derecho Público* Vol. 63: N° 2: pp.154-190.

CARMONA, Carlos (1999): *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho* (apuntes de clases) 45 pp.

CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos Deberes y Derechos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 679 pp.

FARBER, Daniel A. (Ed.) (2007): *Public Choice and Public Law* (Massachusetts, E. Elgar) 408 pp.

FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* 2ª edición (Santiago, Universidad Católica) 333 pp.

FERNANDOIS, Arturo (2001): "La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 18) (N° 2) pp. 287-298.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006): "Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional", en Arturo Fernandois. (ed.) *Sentencias Destacadas*, pp. 177-210.

GALETOVIC, Alexander, y SANHUEZA, Ricardo (2002): *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* [04 de diciembre 2008] Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf.

GARCÍA, José Francisco (2008): "Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado" *Revista Chilena de Derecho* Vol. 1: N° 35: pp. 107-134.

HEINZERLING, Lisa, y TUSHNET, Mark (2006): *The Regulatory and Administrative State, Materials, Cases, Comments* (Oxford, University Press) 356 pp.

JARA, Jaime (2008): "Acto y Procedimiento Administrativo. Ley 19.880". Apuntes del curso "Nuevo Procedimiento Administrativo", Magíster en Derecho Público Universidad Católica de Chile (apuntes de clases) 159 pp.

LANDES, William M., y POSNER, Richard A. (1975) "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective", *Journal of Law and Economics*, N° 18: pp. 875-914.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2003): "Las Nuevas "Super" Intendencias", *Temas Públicos* N° 637: pp. 5-9.

LOCKE, John (2002): *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza) 232 pp.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John (2001): *El federalista* 2ª edición en español (México D.F, Fondo de Cultura económica) 378 pp.

MONTT, Santiago (2004): "Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891", *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N° 13) pp. 65-98.

MORAND, Luis (2000): *Apuntes sobre la fiscalización bancaria en Chile* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf.

MUELLER, Dennis (1997): *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge, Cambridge University Press) 389 pp.

MUELLER, Dennis (2003): *Public Choice III* (Cambridge, Cambridge University Press) 681 pp.

NISKANEN, William A. (1971): *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago, Aldine, Atherton) 356 pp.

OGUS, Anthony (2008): *Economics and the design o regulatory law* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.iea.org.uk/files/upld-book438pdf?.pdf.

OGUS, Anthony (1994): *Regulation Legal Form and Economic Theory* (Oxford, Clarendon Press) 160 pp.

PELZTMAN, Sam (1976): "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics* N° 16: pp. 211-240.

POSNER, Richard (2000): *El Análisis Económico del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica) 682 pp.

Reforma del Estado, Dirección pública y compras públicas (2002) (vol. 2) 607 pp.

ROMERO, Juan José (2008): "Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad en los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?", en Arturo Fermandois (ed.), *Sentencias Destacadas 2007* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp.19-60.

ROMERO, Juan José (2005): "¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de legitimidad", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 539-554.

SÁNCHEZ, José Miguel, y SANHUEZA, Ricardo (2000): *Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno*, [04 de diciembre de 2008] Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_1511_833/rev77_sanchez_sanhu.pdf.

SHAVELL, Steven, y A. POLINSKY, Mitchell (eds.) (2007): *Handbook of Law and Economics*, (vol.1) (New York, North-Holland) 826 pp.

SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press) 738 pp.

SIERRA, Lucas I. (2008): *Reforma de la institucionalidad ambiental: problemas y oportunidades* [04 de diciembre 2008] Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4238.html.

SILVA, Ernesto (2008): "Introducción a la Economía Política Constitucional", *Actualidad Jurídica* N° 18: pp. 189-204.

SOTO, Sebastián (2007): "Las Comisiones Mixtas en las Reformas Constitucionales: Efectos de la Reforma al Artículo 127 de la Constitución" XXXVII.

STIGLER, George, (1971): "The Theory of Economic Regulation," *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2: N° 1: pp. 1-21.

Jornadas de Derecho Público, (Universidad Católica de Valparaíso (no publicado)).

SUNSTEIN, Cass R. (2005): *Boundedly Rational Borrowing: A Consumer's Guide* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=772186>.

Otros documentos

BUCHHEISTER, Axel (2008a): *Sanciones por uso de información privilegiada* [04 de diciembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.cl/blog/abuchheister/entry/sanciones_por_uso_de_informaci%C3%B3n.

BUCHHEISTER, Axel (2008b): *Nueva comisión de Valores y Seguros* [04 de diciembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.com/blog/abuchheister/entry/nueva_comisi%C3%B3n_de_valores_y_seguros.

FERMANDOIS, Arturo (2008): *Ministerio del Medioambiente* [20 de noviembre 2008] Disponible en http://blog.latercera.com/blog/3cartas/entry/20_de_noviembre_de_2008.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (2008): *Reseña histórica de SBIF* [24 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/ConozcaSBIF?indice=7.5.1.1&idContenido=525>.

SUPERINTENDENCIA DE CASINOS Y JUEGOS (2008): *Acerca de la SCJ* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.scj.cl/superintendencia/que_esla_scj.html.

SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2008): *Misión y autoridades SEC* [23 de noviembre 2008]. Disponible en: http://www.sec.cl/portal/page?_pageid=33,2557373&_dad=portal&_schema=PORTAL.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2008): *La Institución* [23 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.safp.cl/573/article-2651.html>.

SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS (2008): *Un servicio con historia* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.squiebras.cl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=62&Itemid=106.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2008): *Historia* [24 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.supersalud.cl/568/article-563.html>.

SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2008): *Quiénes somos* [24 de noviembre 2008] Disponible en: [http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/pagDefault.asp?boton=Doc206&argInstanciald=206&argCarpetald=301&argTreeNodoActual=301&argTreeNodoSel=301&argTreeNodosAbiertos=\(301\)&argRegistroid=750](http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/pagDefault.asp?boton=Doc206&argInstanciald=206&argCarpetald=301&argTreeNodoActual=301&argTreeNodoSel=301&argTreeNodosAbiertos=(301)&argRegistroid=750).

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2008): *Historia de la SISS* [23 de noviembre 2008] Disponible en: <http://www.siss.cl/propertyvalue-2105.html>.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2008): *Reseña histórica* [24 de noviembre 2008] Disponible en: http://www.svs.cl/sitio/acerca/quees_resena.php.

VALDÉS, Domingo (2006): *Libre competencia y monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 722 pp.