

# **Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros**

**Iván Aróstica Maldonado**

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

*Me interesa saber cómo es el futuro,  
porque es el lugar donde voy a pasar el resto de mi vida.*

Woody Allen

Puestos a observar las cosas en prospectiva, o sea, a ver cómo desde el hoy las nuevas realidades empiezan a ser construidas, hemos aquí en el campo de la regulación económica con algunas variables claves que –gestionadas por ciertos actores motrices– ya comienzan a despuntar como hechos portadores de futuro. Al nivel de aquellos presagios que anuncian cambios significativos de rumbo, y que nos transportan hacia los nuevos escenarios donde tendremos que desenvolvernos mañana.

Al fin y al cabo, anticipar futuribles (esa palabra escolástica usada por Santo Tomás de Aquino para describir las situaciones posibles que traería el porvenir)<sup>1</sup> ya se ha vuelto una práctica cotidiana. Hasta en las fiestas “*baby shower*”, donde los próximos padres suelen presentarnos –ahora con imagenología médica– la criatura por nacer. Como para preparar la recepción e ir apertrechando el ajuar.

## **I**

Claro que a estas alturas uno ya es escéptico frente a quienes gustan fijar hitos históricos aún inmersos en los acontecimientos. Desde que Francis Fukuyama decretó “el fin de la historia” en 1989, una sana dosis de incredulidad nos ha

<sup>1</sup> Francisco José Mojica, “Concepto y aplicación de la prospectiva estratégica”, Revista Med (Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá-Colombia) vol. 14 N° 1 (2006) pp. 122-131.

permitido sobrellevar las consabidas proclamas de que hay “un antes y un después” o que se encuentra ad portas un “punto de inflexión” detrás de cada suceso inesperado. Por placer, sólo seguimos disfrutando con los “Momentos estelares de la humanidad” de Stefan Zweig.<sup>2</sup> Y creyendo que son las tendencias y corrientes a largo plazo las que pueden traer cambios duraderos.

Aunque tampoco se nos escapa que cualquier modelo de riesgos debe considerar el efecto de las emociones, la depresión y el pánico agudizados por la velocidad y simultaneidad de las comunicaciones. Lo que cobra significación frente a la evidencia de que en Chile muchas veces se legisla post terremoto, la última sequía, la noticia de momento o el escándalo amplificado.<sup>3</sup>

Por lo que la reciente crisis financiera global, sumada a ciertos bullados episodios locales (una fusión de empresas donde habría mediado uso de información privilegiada/2008 y la supuesta colusión entre tres cadenas de farmacias/2009), de repetirse y persistir, si no alcanzan a poner en entredicho la legitimidad del sistema de libertad económica, al menos el método inductivo permite inferir que pueden provocar unos muy sorpresivos e inesperados zigzags legislativos. Decisiones legales en el caos que, de improviso (sin mediar protocolos de diagnóstico) se inclinan por dar una mayor presencia y poder a los fiscalizadores administrativos.

Que las crisis se aprovechan como oportunidades (lo que ya marca tendencia) parece ser el mensaje de un reportaje sobre aquel caso de las farmacias. Cuando presenta en portada al Fiscal Nacional Económico como “El sheriff del pueblo”, y en sus titulares anota que “Independiente de cómo termine el caso FASA, el Fiscal Enrique Vergara ya consiguió lo que quería: la colusión se convirtió en enemigo público y él tendrá más atribuciones para su combate”.<sup>4</sup> Un proyecto modificatorio del DL 211, que llevaba años en el Congreso, fue rápidamente despachado en medio de la contingencia, otorgándole poderes a la Fiscalía para interceptar comunicaciones, hacer allanamientos y valerse de delaciones compensadas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Sagitario, “Momentos estelares”, *El Mercurio* (Santiago) 8.4.2009 A 3.

<sup>3</sup> Algunos ejemplos en Eugenio Evans Espiñeira, “Efectos de la regulación normativa en la industria eléctrica. Técnica legislativa”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Universidad Católica-LexisNexis) 12 (2004) pp. 61-67.

<sup>4</sup> En revista *Capital* N° 249 (3-16 abril 2009) pp. 28-32.

<sup>5</sup> Fechas: el Mensaje con el proyecto de ley ingresó al Congreso Nacional el 20.6.2006 (Boletín N° 4.234-03). El 24.3.2009 se reveló que poco antes (13.3.2009) Farmacias Ahumada se había autoinculpado ante la FNE de haber participado en un cartel, a través de un acuerdo extrajudicial (prensa del 25.3.2009: *El Mercurio* cuerpo B pág. 2 y *La Tercera* pp. 26-27). El 2.4.2009 se informa que el Senado aprueba el proyecto (*El Mercurio* B 2). Defendiendo el serio estudio que tuvo esta ley, Jean-Jacques Duhart (Subsecretario de Economía), “Gran paso para la libre competencia”, *La Tercera* 27.4.2009, pág. 4.

## II

A todos los estudiantes de Derecho se nos contaba de aquella vez cuando en los pasillos de la Corte a cierto conocido abogado de la plaza los periodistas le preguntaron sobre un juicio que patrocinaba. Dicen que con cara de fastidio y ademán tajante cortó: “¡Ah, no, perdónenme! No hablo por los diarios; yo litigo en papel sellado”.

Pero por entre los juicios televisados, los asesores de prensa gubernamentales y las estrategias comunicacionales prestas a llenar cualquier vacío de poder, puede entreverse otro cambio. Detrás de la colina cabe avizorar que vienen unos reguladores muy mediáticos, para quienes lo comunicacional pasa a ser un amplio espacio dominable. Donde el eje importante, más que en dar con una mediana entre la transparencia y la farandulización, pasa por dar por agotado –sobrepasado– nuestro modelo de nombramiento de estas autoridades, que tradicionalmente ha apostado más al tino y a su profesionalismo personal que a las garantías objetivas que deben ofrecer las instituciones (de ahí la gravitación del lobby y los contactos).

No es claudicar ante el pesimismo visualizar que tal amplia exposición protagónica de nuestros fiscalizadores puede acarrear profundas e irreversibles repercusiones jurídicas, económicas y sociales. Inmediatas caídas en el valor de las acciones de las empresas investigadas; pérdidas irreparables de reputaciones personales o prestigios corporativos; efectivos boicot de consumidores empoderados.<sup>6</sup> Cuando no espontáneas o coordinadas funas populares.

## III

Derivado de lo mismo, acaso pronto veremos unos fiscalizadores cada vez más proactivos e impulsivos. A veces dados a echar mano de instrumentos que la ley no les concede expresamente.

Un *leading case* ya se inauguró durante la llamada “guerra del plasma”, donde la Fiscalía Nacional Económica requirió –con la venia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– los registros de las llamadas telefónicas y conversaciones electrónicas sostenidas entre ejecutivos de las compañías indagadas.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Hoy agrupados en entidades como la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (Odecu), creada en 2004 con apoyo técnico y financiero de la Agencia de Cooperación Alemana IP-GTZ y del Sernac, que mantiene el sitio web [Misedudas.cl](http://Misedudas.cl). Sobre éste y otros sitios similares ([reclamos.cl](http://reclamos.cl), [indignados.cl](http://indignados.cl), [victimasdelasfarmacias.cl](http://victimasdelasfarmacias.cl), [chileciudadano.cl](http://chileciudadano.cl) o [pare.cl/farmacias](http://pare.cl/farmacias)) “Ellos se coluden, nosotros nos coludimos”, *La Nación*, domingo 3.5.2009, pp. 14-15.

<sup>7</sup> “El modus operandi del Fiscal Económico”, revista *Qué Pasa* N° 1967 (19.12.2008) 10-14. El DL 211

Entiendo que esto únicamente puede darse dentro de un país que todavía no asume un compromiso efectivo con el respeto que merecen los derechos fundamentales: cuando no se repara que si la Constitución (artículo 19 N° 5) asegura la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ello no solo comprende de qué hablaron entre sí dos personas, sino también con quién y cuántas veces lo hicieron.

Indagar sobre tráficos telefónicos amerita una ley específica que lo autorice, por ser uno de aquellos “procedimientos especiales de obtención de información” a que alude la Ley 19.974, bajo la forma de una “intervención de las comunicaciones telefónicas” (artículo 24 inciso 2° letra a). Y que dentro de la Administración, sólo pueden emplear las oficinas de inteligencia del Estado allí taxativamente enumeradas.<sup>8</sup>

#### IV

Premunidos con diagnósticos difusos y evidencias débiles, se oye a menudo a superintendentes y fiscales quejarse de no poder atrapar a los verdaderos culpables, porque a su juicio la ley no les otorga las herramientas necesarias.

A pesar de que estas agencias ya cuentan con amplísimas posibilidades para inquirir antecedentes de los fiscalizados. Ora demandándoselos directamente (a veces sobre aspectos difícilmente relacionados con sus funciones legales).<sup>9</sup> Ora explotando todas las fuentes abiertas habidas y por haber, merced a la tecnología de punta disponible, que les permite extraer y estructurar información a partir de grandes volúmenes de registros dispersos, gracias a poderosos sistemas de software implementados para la minería de datos (*Data Mining*).<sup>10</sup>

Y si están facultados individualmente para recolectar, almacenar y cruzar enormes cantidades de antecedentes sobre los ciudadanos que caen bajo sus sospechas, según se lo ratifica la Ley 19.628 (artículo 20), malamente llamada de “Protección de datos de carácter personal”,<sup>11</sup> entonces el próximo paso

de 1973 (artículo 39), cuyo texto definitivo fue fijado por DFL 1 (Economía) de 2005, le acuerda a la FNE atribuciones amplias para investigar, lo que sólo le permite acudir a aquellos modos generales u ordinarios de prueba, y no a estos procedimientos que requieren ley especial.

<sup>8</sup> Rodrigo Vera Lama, *Sistema de Inteligencia del Estado a la luz del Derecho* (2008) pp. 224-225.

<sup>9</sup> Por caso, la sentencia de la Corte Suprema de 3.5.2006 (rol 1876-2006), en *Jurisprudencia al Día* (La Semana Jurídica) N° 11 (12-18 abril 2006) pp. 125-126.

<sup>10</sup> Para una mirada al interior y de cómo operan, en el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros, v. crónicas “El exhaustivo y duro estilo de investigación de la unidad estrella de la SVS”, en *La Tercera* domingo 27.7.2008, pp. 42-43, y “La SVS por dentro”, en *Qué Pasa* N° 1951 (29.8.2008) 28-33. Para la Unidad de Análisis Financiero, *La Tercera* 12.5.2009 p. 32.

<sup>11</sup> Menos todavía cuando esas codiciadas bases articuladas por el Estado pueden ser vendidas o sustraídas (como ha ocurrido): “Filtración de datos”, editorial *El Mercurio* 22.5.2008 A 3.

será la integración o consolidación de todos los archivos dentro de un solo gran banco informático. En un seminario internacional de reguladores, el Superintendente de Valores ya anunció que se empezaban a coordinar con las superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras y de Pensiones para compartir la información recabada y tener una visión global del actuar de los grupos financieros, mediante una "supervisión consolidada".<sup>12</sup>

Por esa tecnología invasora de la intimidad y estas leyes escasamente protectoras de la vida privada (artículo 19 N° 4 de la Constitución), algunos observan con paranoia el inminente advenimiento del "Gran Hermano" orwelliano.<sup>13</sup> O "La Bastilla Electrónica", como han llamado en Francia a la fusión de datos personales en la gigantesca megabase *Edvige* (Explotación Documental y Valorización de Información General), que el gobierno de aquel país puso en funcionamiento a mediados de 2008, la cual incluye miles de personas calificadas "de interés general" y "proclives a alterar el orden público" (tales como líderes políticos y dirigentes sindicales, autoridades religiosas, empresarios influyentes e íconos sociales).<sup>14</sup>

## V

Nótese, además, una Administración que apetece escudriñar hasta en las fuentes cerradas de datos. Un precedente ya lo sentó la Ley 20.119, al facultar a la Unidad de Análisis Financiero para levantar el secreto bancario en caso de indagar algún posible blanqueo de activos. No obstante ser éste un medio reservado para las investigaciones criminales, ahora está extendiendo idéntica facultad al Servicio de Impuestos Internos, para la fiscalización tributaria en general.<sup>15</sup>

Con la misma justificación de que eso concedería al país el privilegio de tener membresía en la selecta OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), que es para cumplir con "los estándares internacionales" o que "deben aceptarse como parte de la globalización",<sup>16</sup> igualmente se propicia que nuestras autoridades fiscalizadoras puedan emplear ciertas herramientas intrusivas que son propias del espionaje:<sup>17</sup> ya se mencionó el caso de la Fiscalía

<sup>12</sup> *El Mercurio* 23.10.2008 B 8. Otro anticipo es el proyecto propiciado por el Ministerio de Hacienda, que pretende reunir en un solo registro central los datos comerciales de todos los chilenos: *La Tercera* 3.8.2008 pp. 50-51 y 12.4.2009 pp. 34-35.

<sup>13</sup> Ignacio Ramonet, "Control social total", *Le Monde Diplomatique* (mayo 2009) 3.

<sup>14</sup> *El Mercurio* 22.5.2008 A 3 y *La Tercera* de igual fecha p. 10.

<sup>15</sup> *La Tercera* 18.1.2009 pp. 44-45 y 23.1.2009 p. 3 editorial "Secreto bancario y resguardo de los derechos de los contribuyentes". *El Mercurio* 14.5.2009 A 3 editorial "Secreto bancario amagado".

<sup>16</sup> *El Mercurio* 6.2.2009 B 7 (declaraciones de una personera de gobierno). "Chile y la OCDE", editorial del mismo periódico, domingo 3.5.2009 A 3.

<sup>17</sup> Entre los pocos que se suman a denunciar esta situación, Sebastián Soto, "¿Burocracia policial?", en *La Tercera* 20.5.2009 p. 4.

Nacional Económica, que hoy cuenta con facultades para interceptar y grabar comunicaciones electrónicas y telefónicas a través de técnicas SIGINT (*Signals Intelligence*), una de cuyas facetas es el espionaje de las comunicaciones o COMINT (*Communications Intelligence*).

O sea, mientras todo el Estado tiende a la transparencia, estos organismos marchan al revés, precisamente en el sentido opuesto, de la acción encubierta. ¿Cuáles parámetros definen los actos que consideran sospechosos? ¿Quiénes serán sus vigilados? ¿Qué guardan en cada dossier? Secreto.

Así que siguen pendientes de respuesta ante la ciudadanía las preguntas de si en realidad el país requiriere tales aparatos de inteligencia, si nuestra clase política tiene la madurez suficiente para manejar instituciones de esta naturaleza, y si el derecho a la privacidad está plenamente garantizado ante ellas, atendidas varias malas experiencias pasadas.<sup>18</sup> Y sin que se haya refutado la otra alternativa propuesta: si la solución, en vez de dar mayores atribuciones como estas, no pasa mejor por el uso óptimo de las existentes, reforzando la capacidad de las agencias para realizar investigaciones, el manejo diestro de las pruebas indirectas, etc.<sup>19</sup>

Tal vez esa incapacidad para hallar pruebas de que se quejan las oficinas fiscalizadoras obedezca a la falta de métodos objetivos para reunir, contrastar y tratar la información abierta disponible. Problema que el uso de estas técnicas clandestinas, lejos de remediar, puede tender a acrecentar.

## VI

Y todo este cuadro se insertaría dentro de un sistema fiscalizador chileno que ya presenta fallas estructurales. Insistiremos en la anomalía de que nuestras superintendencias tengan al mismo tiempo facultades para investigar y para sancionar, lo que es intrínsecamente inconstitucional. Porque para nadie existe el derecho a un procedimiento justo y racional, según dice asegurar la Carta (artículo 19 N° 3 inciso 5°), si quien investiga y luego dice sanciona es el mismo funcionario administrativo.

De modo que si fiscalizar y castigar son dos roles distintos e incompatibles, no concentrables en un mismo y único agente público, entonces aquel órgano administrativo fiscalizador tendría que limitarse sólo a eso, a indagar; para

<sup>18</sup> Mismas aprensiones que las de Roberto Ampuero, a propósito de nuestra ley sobre inteligencia del Estado, en "La otra guardia de La Moneda", *La Tercera* (Reportajes) 18.11.2001 pp. 16-17.

<sup>19</sup> Luis Bates, "Libre competencia y colusión", *El Mercurio*, domingo 5.4.2009 A 2.



enseguida denunciar ante un tercero independiente e imparcial, o sea, al juez, las irregularidades que detecte.<sup>20</sup>

A veces las investigaciones que comienzan estas superintendencias no terminan necesariamente con sanciones, lo que estaría revelando una apreciación objetiva de las pruebas. Pero hay otros muchos casos en que apenas iniciadas, en los prolegómenos de una indagación, ya se comunica la intención de cursar a la brevedad las más drásticas y ejemplarizadoras sanciones.

¿Qué garantías de neutralidad ofrece este instructor, que se abanderiza públicamente con una hipótesis de culpabilidad, sin ninguna conciencia jurídica ni metodológica de que no puede anticipar juicio, ya que antes también tiene que investigar, con igual celo y acuciosidad, la hipótesis competitiva de inocencia, a modo de contraste?<sup>21</sup>

En fin.

Hablar del futuro es adentrarse en el movedizo terreno de las conjeturas; de las meras expectativas o simples elucubraciones. Pero si discierne entre el ruido y las señales, conectando algunas variables significativas con ciertos actores relevantes, y luego se pasan por el tamiz de un análisis diacrónico, entonces el ejercicio anticipatorio se hace menos especulativo y azaroso. Más cercano al de un Alexis de Tocqueville (quien predijo en 1848 –sin saber cómo nombrarlo– el advenimiento de esa nueva forma de tiranía que a la postre se llamó totalitarismo)<sup>22</sup> que al de un anecdótico Nostradamus.

No es que inexorablemente vaya a pasar, pero si todos los factores reseñados llegan a reunirse y potenciarse, tal vez un futurible se identifique con un cuadro donde la libertad económica se vea reducida en la misma proporción en que crecen y se ejercen los poderes fiscalizadores administrativos. O sea, un escenario pesimista (en rojo) para el derecho y optimista (en verde) para la potestad, en el que menos que tender a eliminarse, acaso quepa esperar –cabildeo de por medio– mutuas capturas e insospechadas connivencias y maridajes.

Sería la consagración definitiva de esa muy nuestra, por ecléctica, “economía administrativa de mercado”.

<sup>20</sup> Como bien se separa otras veces. Por ej., en la Ley 19.419 (modificada por la Ley 20.227) relativa al Tabaco (artículo 15), donde la constatación de la infracción compete a la autoridad sanitaria y la sanción al juez de letras en lo civil o al juzgado de policía local correspondientes (dependiendo si la multa es superior o inferior a 50 UTM).

<sup>21</sup> La Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos (artículo 12) no contempla esta conducta como causal de abstención, susceptible de poder alegarse eficazmente.

<sup>22</sup> *La democracia en América*, Alianza Editorial (Madrid) 1ª edición (1980) 3ª reimpresión (1993) vol. 2 capítulo 6, pp. 264-268.