

## De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio\*

**José Francisco García G.**

Abogado, P. UNIVERSIDAD CATÓLICA  
Máster (LL.M) y Doctor (JSD) en Derecho, UNIVERSIDAD DE CHICAGO  
Profesor de Derecho Constitucional, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Sergio Verdugo R.**

Abogado, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO  
Magister en Derecho Público, P. UNIVERSIDAD CATÓLICA  
Profesor-Investigador, Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Resumen:** Los autores proponen algunos lineamientos de reforma para pasar desde el actual modelo de superintendencias hacia uno de agencias regulatorias independientes. Para ello revisan la experiencia norteamericana de agencias regulatorias independientes (*independent agencies*), las que no sólo son antecedentes de nuestro esquema de superintendencias –aunque “mal importadas”–, sino porque dicha experiencia puede entregar algunas luces respecto de tres aspectos fundamentales hasta ahora débilmente tratados por la doctrina chilena: estatus constitucional, autonomía política y estándares de revisión judicial del accionar de estos entes administrativos. Posteriormente realizan un breve diagnóstico crítico acerca de los defectos constitucionales y de diseño de las superintendencias y entregan ciertas propuestas para superar los mismos.

\* \* \*

*“No tiene mucho sentido preocuparse por la distribución del sufragio y otros derechos políticos individuales a menos que las decisiones políticas de importancia sean adoptadas por funcionarios elegidos (...) El problema parece ser más básico y quizás no resida en la propensión a adoptar decisiones políticas controvertidas sin decirnos por qué, sino más bien en la propensión a no adoptar decisiones políticas controvertidas y dejarlas más bien a otros (...) que no son elegidos ni efectivamente controlados por quienes sí son elegidos (...) No estoy diciendo que quizás no terminemos con un buen número de payasos como representantes, pero al menos será porque son payasos los que nos merecemos”.*

JOHN HART ELY<sup>1</sup>

\* Se hace presente que todas las traducciones de los textos escritos originalmente en inglés fueron realizadas por los propios autores.

<sup>1</sup> ELY (1997) pp. 164-165.

## I. Introducción

Hoy en día enfrentamos un verdadero “boom” legislativo en materia de creación y aumento de potestades de las superintendencias, organismos de la Administración a través de los cuales el Estado fiscaliza el correcto funcionamiento de diversas actividades privadas de interés público<sup>2</sup>.

En efecto, las superintendencias tienen facultades vinculadas con la regulación de actividades económicas, con la interpretación de las normas, con la fiscalización en el cumplimiento de las normas pertinentes y con la potestad para sancionar sus infracciones. Ellas forman parte de la función de policía del Estado<sup>3</sup>, son servicios públicos descentralizados que satisfacen necesidades colectivas<sup>4</sup> y su existencia encuentra una justificación económica cuando ciertos supuestos tienen lugar (e.g. fallas de mercado, servicios concesionados, entre otros)<sup>5</sup>.

Lo anterior abre numerosas dudas relativas a la legitimidad constitucional de algunos aspectos<sup>6</sup>. ¿Existe una vulneración del principio de separación de funciones? ¿Pueden las superintendencias regular actividades económicas y respetar los estándares de legalidad que exige nuestra Constitución Política (“CP”) al mismo tiempo? ¿Cuál es la real autonomía e imparcialidad de las superintendencias respecto del Ejecutivo? ¿Cuál es el costo democrático de entregar potestades normativas a entes que no han sido electos popularmente?<sup>7</sup>

Pero también, por otra parte, surgen numerosas interrogantes desde la perspectiva de la mejor administración del Estado: ¿A qué costo institucional debemos mantener el principio de separación de poderes en su versión más rígida?; ¿Qué espacio de flexibilidad es posible diseñar para que la acción de estos órganos cumpla con modernos estándares de eficacia y eficiencia?; ¿Cómo equilibrar la existencia de un diseño que permita la regulación por parte del sector público sin que ello implique entorpecer la iniciativa privada y el mejor funcionamiento de los mercados?

Así formuladas estas preguntas, pareciera tratarse de un dilema del todo o nada, blanco o negro. Creemos que ello no debe ser así. No es necesario sacrificar

<sup>2</sup> Ver GARCÍA (2009).

<sup>3</sup> CARMONA (1999) p. 4.

<sup>4</sup> CARMONA (1999) p. 9.

<sup>5</sup> Entre otros, véanse CARMONA (1999) pp. 3-4; LIBERTAD Y DESARROLLO (2003) p. 5; GARCÍA (2009) pp. 333-337.

<sup>6</sup> Véanse EVANS (2002); CAMACHO (2005); GARCÍA (2009) Y LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); DÍAZ DE VALDÉS (2010).

<sup>7</sup> Varias otras discusiones han surgido. A modo de ejemplo, existen dudas relativas a la verdadera naturaleza jurídica de la potestad normativa de las Superintendencias (Véanse EVANS, 2002, pp. 680-683; DÍAZ DE VALDÉS, 2010). Por una parte se ha sostenido que la misma deriva de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y por otra se ha defendido la idea de que se trata de una potestad diferente. Parece ser que la opinión mayoritaria se inclina por esta última posición.

principios constitucionales para permitir altos grados de eficacia y eficiencia en la acción estatal. Ello implicaría menoscabar los derechos y libertades individuales, cuestión intolerable. Lo que debemos hacer es superar el estado de cosas actual que, como veremos, nos pone en un escenario crítico desde la perspectiva constitucional, para pasar a otro que, centrado en el respeto de la Constitución –y de las exigencias de la Constitución Económica u Orden Público Económico en la formulación tradicional– nos permita alcanzar ambos objetivos.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es proponer algunas modificaciones al diseño institucional y constitucional de las superintendencias, con el objeto de responder algunas de las dudas que se han planteado. Para ello, nos parece especialmente útil considerar dos experiencias: la de las agencias regulatorias independientes norteamericanas o *agencies* y, también, la del Banco Central<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva de las *independent agencies* norteamericanas, queremos analizar tres aspectos de dicho debate que nos parece fundamental tener a la vista a la hora de enfrentar y enriquecer nuestra propia discusión<sup>9</sup>. En primer lugar, y en extenso, revisaremos el debate en torno a la doctrina de la no-delegación o *non delegation doctrine*. En segundo lugar, revisaremos brevemente la evolución jurisprudencial y doctrinaria en torno a la relación del Presidente de los EE.UU. con las agencias. Finalmente, y en tercer lugar, analizaremos la importancia que ha adquirido, desde la perspectiva de la revisión judicial de la actuación de estas agencias, la doctrina del *hard-look*.

Respecto del Banco Central, su diseño adoptado por el constituyente de 1980 parece muy interesante en términos de autonomía. Por eso, en la parte final de este trabajo tomaremos la orgánica principal de dicha institución como un ejemplo que inspira las propuestas de reforma que haremos para las superintendencias.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra mirada estará centrada principalmente en las agencias norteamericanas. La riqueza de esta experiencia nos parece relevante por el hecho de que, como hemos sostenido en otro trabajo<sup>10</sup>, estas agencias parecen ser el antecedente más cercano –aunque no el único– que se ha tenido históricamente a la hora de diseñar las superintendencias de nuestro país. Asimismo, su estudio también es relevante para la búsqueda de

<sup>8</sup> Ya han existido propuestas que tienen como referentes a estas instituciones. Así, por ejemplo, puede verse el público debate planteado por el ex Superintendente de Valores y Seguros, quien puso sobre la mesa la idea de crear una Comisión de Valores y Seguros (CVS) similar a la SEC americana con un tipo de autonomía equivalente a la del Banco Central.

<sup>9</sup> Ya citamos alguna doctrina relativa a la justificación económica de las Superintendencias. En el caso de las agencias norteamericanas, debe decirse que su origen comienza en 1887, con el objeto de regular un mercado (el transporte terrestre) dominado por un agente monopólico: el Ferrocarril. Por otra parte, sobre los orígenes de las Superintendencias, véase GARCÍA (2009) p. 329.

<sup>10</sup> GARCÍA (2009) p. 329.

un balance óptimo entre el diseño institucional adecuado y la configuración constitucional correcta.

Ya desde el comienzo queremos dejar en claro que no se trata de un esfuerzo de derecho comparado. El sólo hecho de haber sido antecedente de nuestras superintendencias y poseer ciertas similitudes<sup>11</sup>, no desconoce el cúmulo de diferencias insalvables desde la perspectiva institucional. En efecto, la “importación” no incluyó el complejo entramado de pesos y contrapesos bajo los cuales actúan las agencias norteamericanas, como ocurre con la existencia de un fuerte control judicial<sup>12</sup>. Ello es un buen ejemplo de las advertencias que suelen hacer los comparativistas respecto de la “importación” de instituciones legales extranjeras<sup>13</sup>. En este sentido, otras diferencias se manifiestan en aspectos relativos a la autonomía de las mismas, al nombramiento de sus autoridades principales, a sus procedimientos en la elaboración de normas, y a la publicidad de dichas normas.

Asimismo, y frente a las diferencias provenientes de las diversas tradiciones jurídicas de ambos sistemas de derecho (familias legales), no pretendemos extraer conclusiones propositivas. De esta manera, no mostraremos la experiencia norteamericana como modelo de solución definitivo a los problemas de constitucionalidad del ejercicio de la potestad normativa por parte de las superintendencias. La idea es desentrañar ciertas lecciones del debate norteamericano que podrían ser útiles.

Seguiremos el siguiente orden:

En la siguiente sección (II) describiremos, en primer lugar, el problema norteamericano relativo al *non delegation* doctrine (2.1), examinando cómo la discusión se ha centrado en la correcta ponderación del principio de separación de poderes (2.1.1) y cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana (2.1.2). En seguida, trataremos los argumentos que se han entregado desde las posiciones antagónicas en la materia (2.1.3): los argumentos de la doctrina de la no-delegación (2.1.3.1) y los provenientes de

<sup>11</sup> Ambas regulan actividades económicas en sectores específicos del mercado; ambas operan con ciertos grados de discrecionalidad en el ejercicio de la actividad reguladora; ambas surgen para hacer frente a imperfecciones derivadas del mercado (o fallas del mercado para ser más rigurosos); ninguna de las dos forma parte (a lo menos formalmente) del poder legislativo, ni del poder judicial, y en ambos casos se trata de un servicio de tipo administrativo, aunque (teóricamente) separado de la Administración central; la potestad normativa de ellas, en ambos casos, no tiene consagración constitucional expresa, la regulación se dirige a sujetos determinados (actores de mercados específicos), lo que en el caso chileno las diferencia de otras instituciones con poderes normativos, como la Dirección del Trabajo y el Servicio de Impuestos Internos, y las acerca a otras que (a lo menos formalmente) no son Superintendencias, como ocurre con la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

<sup>12</sup> Ver GARCÍA (2009). En esta parte tomamos algunas de las ideas desarrolladas en dicho artículo.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, el tratado de SCHLESINGER *et al.* (1998).

la doctrina pro-delegación (2.1.3.2); como asimismo, daremos a conocer una interesante posición alternativa sostenida por Cass Sunstein (2.1.3.3). Terminaremos esta parte con algunas reflexiones finales (2.1.4).

En segundo lugar, se analizará la cuestión relativa a la relación entre el Presidente de los EE.UU. y las agencias (2.2), donde distinguiremos la existencia de la facultad del Presidente para remover a las autoridades de estas agencias (2.2.1), del tópico relativo a si el Presidente tiene o no atribuciones para enviar instrucciones obligatorias a las mismas (2.2.2). En tercer lugar, se analizará la denominada *hard look doctrine*, que es utilizada como parámetro de revisión judicial de la actuación de las agencias (2.3). Finalmente, y a modo de conclusión, propondremos algunas lecciones que podemos sacar de esta experiencia (2.4).

En la sección III revisaremos ciertas interrogantes que nos merece el actual modelo de superintendencias chilenas (3.1), para lo cual distinguiremos dos grupos de anomalías: las derivadas de la (falsa) autonomía (3.1.1) y las derivadas de las dudas de constitucionalidad (3.1.2). En seguida, propondremos algunos lineamientos de reformas (3.2) al diseño institucional (3.2.1) y constitucional (3.2.2) de las superintendencias, como también desde la perspectiva de la revisión judicial (3.2.3).

Finalmente, en las conclusiones (IV), resumiremos los aspectos más relevantes del trabajo.

## **II. El debate de las agencias regulatorias independientes en el derecho norteamericano**

### **2.1 Doctrina de la no-delegación (non delegation doctrine)**

El punto de partida en torno a la *non delegation doctrine* comienza por el texto mismo de la Constitución de los EE.UU., la que señala expresamente que “todo el Poder Legislativo” corresponde al “Congreso de los Estados Unidos”. De esta forma, pareciera consagrar una doctrina de la no-delegación, esto es, la imposibilidad de que el Congreso delegue sus facultades legislativas en el Ejecutivo, sea el Presidente o una agencia administrativa<sup>14-15</sup>.

<sup>14</sup> El BLACK'S LAW DICTIONARY (2001) p. 6, define agencia como una “institución gubernamental que posee la autoridad para implementar y administrar legislación particular”, y agencia independiente como “una agencia federal, comisión o consejo, que no está bajo la dirección del Ejecutivo (...)”. La tradición de las agencias independientes en el derecho norteamericano es tal, que la propia idea de derecho administrativo está estrechamente ligada a las agencias regulatorias independientes, el subtipo emblemático de las agencias independientes. La primera de ellas fue la *Interstate Commerce Commission*, creada en 1887, y pronto seguida por el *Federal Reserve Board* (1913), la *Federal Trade Commission* (1914), la *Federal Tariff Commission* (1916), el *United States Shipping Board* (1919) y el *Railroad Labor Board* (1920). MAGIDE (2000) p. 163.

Sin embargo, también se ha señalado que ningún artículo prohíbe expresamente al Congreso delegar su poder en otros<sup>16</sup> y, como veremos, existe cierto debate en torno a la historia y el texto de la Constitución que justifiquen una doctrina de la no-delegación.

La razón de fondo de este debate se encuentra en el correcto entendimiento del principio de separación de funciones. Por esta razón, comenzaremos por analizar brevemente este importante principio.

### 2.1.1. El principio de separación de poderes

En principio, es el Poder Legislativo quien emite normas generales y abstractas y los administradores quienes aplican éstas. No podemos olvidar que en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Locke ya había sostenido que:

“(...) 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. (...) 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 leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes”<sup>17</sup>.

Desde la perspectiva del constitucionalismo americano, y como sostiene Ely, “quien quiera que haya visto al Congreso en acción (...) sabrá que la situación actual se caracteriza prácticamente por lo contrario (...) Gran parte de la ley es elaborada por las legiones de administradores no elegidos, sobre quienes recae el deber de dar un significado operativo a las amplias delegaciones contenidas en los estatutos (leyes)”<sup>18</sup>.

El punto para Ely no es que tales “burócratas sin rostro” necesariamente hagan un mal trabajo como nuestros legisladores electivos, sino, más bien, que no han sido electos democráticamente. Sólo son controlados de vez en cuando por funcionarios electos<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Esto es lo que ha llevado a autores como Epstein a reconocer que la delegación de funciones legislativas en autoridades administrativas es, derechamente, inconstitucional. EPSTEIN (1989) pp. 9-10. De esta manera, no sólo sería inconstitucional que el Congreso delegue sus funciones, sino también el hecho de que las otras autoridades las ejerzan (agencias reguladoras o, en nuestro contexto nacional, las superintendencias).

<sup>16</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 43.

<sup>17</sup> LOCKE (2002) pp. 149-150.

<sup>18</sup> ELY (1997) p. 161.

<sup>19</sup> ELY (1997) p.161.

De esta manera, se ha entendido que debe ser el Congreso el que autorice cualquier intrusión contra la libertad o la propiedad privada por parte de las autoridades del Ejecutivo, no pudiendo el Presidente actuar por sí mismo.

Más aún, la doctrina contraria a la “delegación” de Poder Legislativo exige que tal autorización tome la forma de reglas que controlen las decisiones administrativas: “Si una regla es vaga, existe el peligro que la autoridad del Ejecutivo se transforme en legislador y se pierdan los elementos saludables de predictibilidad y responsabilidad política de quien dicta las reglas”<sup>20</sup>.

Así, y como sostiene Mashaw desde la vereda administrativista, la acción de las agencias comienza con una ley. Más importante aún, y para efectos del Derecho Administrativo,

“las leyes proveen el estatus de legitimidad del proceso decisorio de las agencias. Excepto por algunas pocas funciones que han sido especificadas en la Constitución, el agente –un oficial del Ejecutivo o una agencia– sólo cuenta con los poderes entregados por el principal –la legislatura–. La especificación legislativa de la competencia, propósitos y poderes de la agencia entregan entonces la justificación normativa de la autoridad administrativa e implica asimismo una concepción instrumental de la administración –las agencias son creadas y reciben atribuciones en orden a implementar la elección de política pública tomada en el proceso legislativo–”<sup>21</sup>.

Uno de los aspectos más relevantes en esta materia es el principio de separación de poderes (o funciones) y el de frenos y contrapesos (*checks and balances*). Para Breyer *et al.*, ambos principios apuntan en diferentes direcciones: “La noción de frenos y contrapesos sugiere autoridad compartida (e.g. el poder de veto del Presidente en el proceso legislativo); la separación de poderes sugiere independencia de autoridad (autoridad exclusiva)”<sup>22</sup>.

La idea de frenos y contrapesos es fiel reflejo de la mentalidad de los padres fundadores, la de separación de poderes ha sido históricamente muy influyente<sup>23</sup>. Ello, dado que este último principio, según fuera desarrollado por Locke

<sup>20</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 38.

<sup>21</sup> Continúa el autor: “Así, no es una sorpresa que una de las principales preocupaciones del derecho administrativo sea regular el vínculo entre la acción legislativa y administrativa. Las leyes otorgan poderes, dirigen y restringen; pero muchas veces fallan a la hora de decidir acerca de cuestiones trascendentales de política pública. En efecto, en el mundo real de la política, donde la administración frecuentemente solicita más poderes y es clave en la redacción de la legislación que se los otorga, las agencias pueden ser vistas más como emprendedores independientes que buscan financiamiento para sus actividades ante el Congreso, que agentes obedientes y bien instruidos respecto de las órdenes del principal”. MASHAW (1997) p. 131.

<sup>22</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 37.

<sup>23</sup> Para Magide, el principio tan típicamente norteamericano de frenos y contrapesos es un elemento central, desde su origen, del principio de la división de poderes. No obstante, “es habitual en la doc-

y Montesquieu y refinado para el caso americano por Madison, sostiene que las interferencias gubernamentales a las libertades de los individuos deben ser llevadas a cabo a través de reglas de general aplicación y formuladas por autoridades políticamente responsables, siendo estas autoridades diversas de aquellas encargadas de la aplicación (ejecución) de las mismas.

Esta idea de separación es a su vez central para el concepto de imperio del derecho (*rule of law*)<sup>24</sup>, como asimismo para la consagración de un rol especial a los tribunales de justicia independientes, dada su condición de ser el Poder del Estado “menos peligroso” (“*the least dangerous branch*”)<sup>25</sup>.

Como es posible observar, estos principios de separación de poderes y frenos y contrapesos, sea que se consideren como principios diferentes (y hasta cierto punto contrapuestos como sostienen Breyer *et al.*) o como una misma y sola forma de entender el principio de separación de poderes (como tradicionalmente parece entenderse), han sido puestos en jaque con la creación de las agencias administrativas, a las que simultáneamente se les ha dado el poder de dictar normas de general aplicación, aplicarlas al caso concreto, e investigar, perseguir y decidir acerca de controversias que afectan a individuos (nótese la similitud de las mismas con el caso de las superintendencias chilenas). Ellas combinan poderes en el campo normativo, jurisdiccional y ejecutivo, rompiendo así las claras delimitaciones establecidas en los artículos I (Congreso), II (Ejecutivo) y III (Judicial) de la Constitución norteamericana<sup>26</sup>.

---

trina norteamericana distinguir entre la idea de *separation of powers* y la de *checks and balances* como dos cosas diversas y hasta cierto punto enfrentadas. La *separation of powers* supondría la creación de tres Poderes estatales y la rígida atribución a cada uno de ellos de una de las tres funciones estatales tradicionales, mientras que la idea de los *checks and balances* resultaría considerablemente más sutil, pues no supondría una radical división del poder estatal en tres partes, sino que consistiría en un sistema de relaciones entre los diferentes centros de poder regido por la idea de que se contrapesen y frenen unos a otros en garantía de la libertad”. MAGIDE (2000) p.177.

<sup>24</sup> En efecto: “Una razón central para la idea de separación consiste en que promueve la uniformidad e imparcialidad a la hora de aplicar sanciones. Si las autoridades encargadas de ejecutar la ley tuvieran el poder de decidir cuándo se deben imponer sanciones, las políticas de exigibilidad (*enforcement*) de las reglas serían reflejo de los intereses privados o prejuicios de las mismas. Ello además haría impredecibles a las mismas. Esta situación dista de una en que las reglas son generales y formuladas por autoridades a las que se les hace difícil estimar cómo sus propios intereses serán afectados por ellas en la aplicación concreta, y por tanto las reglas se acercan a lo que la comunidad considera como reglas deseables. Lo anterior es más probable si estas autoridades buscan la reelección. Más aún, la exigencia que las reglas sean generales aumenta su predictibilidad, facilitando el accionar cotidiano de los individuos (que saben a qué reglas atenerse) y con ello dándoles seguridad. La separación de los poderes de formular las reglas del de aplicarlas reduce así el poder que puede ejercer el Estado contra los ciudadanos, y el que la totalidad del poder estatal pudiera ser ejercido por una misma facción política. BREYER *et al.* (2002) p. 37.

<sup>25</sup> Idea desarrollada en *El Federalista* por HAMILTON *et al.* (2001) y popularizada con el libro del mismo nombre de BICKEL (1986).

<sup>26</sup> “(...) hay agencias federales que hoy aparecen ejerciendo todas las tres funciones (del Estado), en circunstancias que sus autoridades no han sido electas democráticamente, ni sujetas al control presidencial (...)”. CURRIE (2000) p. 43.

Para Schoenbrod, el artículo I es el más relevante para estos efectos, en la medida en que al entregar “todo el Poder Legislativo” al “Congreso de los Estados Unidos”, “opera como prerrequisito para la toma de decisiones importantes que apuntan a aumentar el tamaño del Estado –como crear nuevas leyes, establecer impuestos, destinar recursos y a las fuerzas armadas al combate–: que dichas decisiones sean aprobadas por la mayoría de ambas Cámaras del Congreso”<sup>27</sup>.

Así las cosas, el debate sobre la admisibilidad constitucional de las agencias independientes se presenta, para algunos, como una confrontación entre la idea de la “separación de poderes” y la de los “frenos y contrapesos”, que para Magide podría traducirse en otros términos “como la oposición entre una interpretación literal y simplista del reparto de poderes que realiza el texto constitucional y el espíritu de la Constitución”<sup>28</sup>; y para otros, en la conceptualización de un Poder Administrativo distinto del Poder Ejecutivo que la Constitución atribuye al Presidente<sup>29</sup>. Para los más críticos todavía, implica revertir aquello por lo que pelearon los revolucionarios americanos ante el Imperio Británico. La bandera de la revolución “no hay impuestos sin representación” ahora es reemplazada ante la acción de estas agencias por una en que hoy tenemos “guerra, regulaciones e impuestos sin representación”<sup>30-31</sup>.

### 2.1.2. Evolución jurisprudencial (Corte Suprema)

Suele destacarse que la última vez que la Corte Suprema norteamericana utilizó la doctrina de la no-delegación para invalidar una ley fue en 1935. Sin embargo,

<sup>27</sup> SCHOENBROD (1999) p. 731.

<sup>28</sup> MAGIDE (2000) p. 177.

<sup>29</sup> A finales del siglo XIX era tradicional en la literatura americana la distinción entre Poder Ejecutivo y poder administrativo. El primero era directamente atribuido al Presidente por la CP, no iba mucho más allá de las atribuciones concretas realizadas por el artículo II de aquélla (relaciones internacionales, defensa, etc.) y tenía sustancia política. El segundo era, en teoría, un poder básicamente apolítico, que debía ser ejercido principalmente por expertos y sobre cuyo sujeto de ejercicio decidía el Congreso. El incremento de funciones de la Administración interventora de la década de los años treinta engrosó progresivamente este Poder administrativo, que concitaba potestades propias de los tres poderes tradicionales para mejor cumplir su misión de dirección y supervisión de los diferentes sectores en los que operaba. Esta concentración de poderes materialmente Ejecutivos, Legislativos y Judiciales entendidos a la manera norteamericana, justificaba, para algunos, su otorgamiento a una cuarta instancia que no estuviese bajo el control directo del Presidente, si es que se quería mantener la esencia del principio de división de poderes entendido como sistema de frenos y contrapesos que la CP de 1787 recogía: el reparto de poder entre diferentes centros que se frenen y contrapesen unos a otros. Para otros, una minoría, se estaba creando un irresponsable cuarto poder sin cabeza. MAGIDE (2000) p. 165.

<sup>30</sup> SCHOENBROD (1999) p. 735.

<sup>31</sup> La idea de que la separación de poderes estuvo en la mente de los padres fundadores y que eso está vinculado al problema de la delegación de poderes a las agencias, también ha sido desarrollada por FROOMKIN (1987) pp. 804-805. Según este autor, la idea original era convertir al Congreso en el poder más poderoso de los tres y que la concentración de poderes en el Presidente estaba muy cerca de los abusos cometidos por la ley inglesa. El rechazo a la ley inglesa explica, justamente, el hecho de que se le haya entregado tanto poder al Congreso, el que, según el autor, tendría mucha libertad para estructurar al Poder Ejecutivo y el Judicial. Una visión opuesta dice que la intención de los fundadores era construir un Ejecutivo unitario. BREYER *et al.* (2002) p. 95.

y como sostiene Sunstein: “suele no destacarse con igual fuerza que la primera vez que se utilizó tal doctrina también fue en 1935”<sup>32</sup>.

Para Schoenbrod, desde mediados de los 50, “el Congreso es libre para delegar sin mayores restricciones, lo que llevó a un autor a declarar que la doctrina de la no-delegación estaba muerta. Hoy en día los funcionarios del Poder Ejecutivo legislan habitualmente e incluso establecen impuestos con una mínima guía del Congreso”<sup>33</sup>. Ackerman ofrece una explicación alternativa: tras los fallos de 1935, en 1936 se produjo un “momento constitucional” que reformó la Constitución para permitir la delegación<sup>34</sup>.

Hay visiones encontradas respecto del rol de la Corte Suprema previo a la decisión de *Panama Refining Co.* (1935) y *Schechter* (1935), donde se sostuvo la doctrina de la no-delegación. Para Sunstein: “No existen barreras de texto en la Constitución que sostenga que no se pueden delegar los poderes legislativos, como tampoco evidencia explícita acerca de que el constituyente y quienes ratificaron posteriormente la Constitución original creyeran que esta contenía dicha doctrina”<sup>35</sup>. En un sentido similar se pronuncian Aranson *et al.*<sup>36</sup>.

Para Schoenbrod, cuando la Corte se pronunció por primera vez en 1813 en un caso de delegación (*Cargo of the Brig Aurora v. United States*), sostuvo que sería inconstitucional para el Congreso delegar sus poderes legislativos. Y a pesar de los argumentos en contrario, que para el autor reflejan un mal entendimiento

<sup>32</sup> SUNSTEIN (1999) p. 4.

<sup>33</sup> SCHOENBROD (2003) p. 246.

<sup>34</sup> Según ACKERMAN (1984) la “reforma” se habría producido al preguntarle al pueblo si quería modificar la CP permitiendo la delegación. El pueblo habría dicho “sí” a través de la reelección del Presidente y de un Congreso reconocido ampliamente como pro delegación.

<sup>35</sup> Más aún, continúa el autor: “las primeras prácticas sugieren una voluntad favorable a la delegación de autoridad, sin que el Congreso fijara parámetro alguno para limitar la discrecionalidad presidencial (...) Ya en el primer año de la República, el Congreso entregó al Presidente el poder de otorgar las licencias para comerciar con las tribus indias “bajo las reglas y regulaciones que prescriba el Presidente”. El primer Congreso también estableció pensiones militares “bajo las regulaciones que establezca el Presidente de los EE.UU. (...) La Corte Suprema había sustentado consistentemente la validez de distintas leyes acusadas de ser delegaciones ilegítimas de poder desde el Congreso a la administración”. SUNSTEIN (1999) pp. 3-4.

<sup>36</sup> Para estos autores: “(...) aun cuando el desarrollo de la doctrina se mantuvo disperso hasta este siglo, un 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 (...)”. ARANSON *et al.* (1982) p. 137. 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.

respecto del concepto “poderes legislativos”, “los primeros Congresos no hicieron de la delegación una práctica (...) El principio que legisladores electos eran quienes debían legislar pasó a constituirse en parte fundamental del folclore americano”<sup>37</sup>. Ya en un artículo anterior, Schoenbrod había sostenido que “en al menos tres ocasiones anteriores a 1935, la Corte había derribado leyes federales que delegaban autoridad legislativa. Dos de ellas delegaban poder legislativo a legislaturas estatales y una tercera a tribunales y jurados”<sup>38</sup>.

El camino a *Panamá Refining Co.* y *Schechter* pareció comenzar a escribirse con *Field v. Clark* (1892). En dicha sentencia, donde la Corte se pronunciaba respecto de la delegación al Presidente de potestades a través de la Ley de Aranceles (*Tariff Act*) de 1890, el juez Harlan sostuvo: “Que el Congreso no pueda delegar poderes legislativos en el Presidente es un principio universalmente reconocido y vital para la mantención e integridad del sistema de gobierno establecido en la Constitución”<sup>39</sup>.

Más adelante, en *J.W. Hampton & Co. v. United States* (1928) la Corte Suprema sostuvo que el Congreso podía delegar el poder de legislar si proveía un “principio inteligible” para guiar a las agencias. En efecto, en las palabras del juez Taft, presidente de la Corte: “Si el Congreso establece mediante un acto legislativo un principio inteligible que el cuerpo o persona autorizada para fijar (...) precios pueda seguir, tal acción legislativa no es una delegación prohibida de poder legislativo”<sup>40</sup>.

La Corte, sin embargo, no admitió explícitamente que el Congreso podía delegar el Poder Legislativo. Como la Corte reconocería cinco años más tarde, al declarar que la ley que se discutía en el caso *Hampton* delegaba Poder Legislativo en una manera “permisible”, esto es, en una “dosis pequeña”<sup>41</sup>.

Pero las implicancias estaban claras en 1928. Un ferviente admirador del gobierno de los expertos (agencias) de la época, el Presidente Hoover, sostenía, enojado ante el alejamiento de la tradición constitucional en la materia: “Existe una sola comisión (agencia) a la que se le puede delegar autoridad. Esa es la gran comisión elegida por los electores, el Congreso y el Presidente (...) Es la única comisión que es responsable ante el electorado”<sup>42</sup>. Una vez más, el argumento del *accountability*, la rendición de cuentas democrática, entraba en acción frente al problema de la delegación de poder legislativo en agencias independientes.

<sup>37</sup> SCHOENBROD (2003) p. 241.

<sup>38</sup> SCHOENBROD (1999) p. 736.

<sup>39</sup> Citado por BREYER *et al.* (2002) p. 67.

<sup>40</sup> Citado en HALL (1992) p. 777.

<sup>41</sup> SCHOENBROD (1999) p. 737.

<sup>42</sup> SCHOENBROD (1999) pp. 737-738.

Para Mashaw, desde la vereda opuesta (esto es, desde una visión pro delegación), lo que en realidad estaba sucediendo en los años anteriores a *Panamá y Schechter* era que la Corte tenía una doctrina de la no-delegación que se basaba simultáneamente en la declaración de que el Congreso no podía abdicar de su poder monopólico en la creación legislativa, pero a la vez no invalidaba delegación de poderes al Presidente o a las agencias administrativas, convirtiendo, por tanto, en letra muerta dicha doctrina. Para Mashaw esta doctrina "antigua" de la no-delegación (pre 1935) no era más que un "formalismo vacío"<sup>43</sup>.

Sin embargo, sería en 1935 cuando la Corte invalidaría leyes delegatorias del Congreso por ser contrarias a la Constitución. En *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935), la Corte Suprema invalidó una sección de la Ley Nacional de Recuperación Industrial (*NIRA*) que autorizaba al Presidente a prohibir el transporte interestatal de petróleo cuando su precio ha violado cuotas de producción fijadas a nivel estatal. La Corte concluyó que el defecto yacía en la ausencia de parámetros que especificaran con exactitud cuándo el Presidente podía ejercer este poder.

Sin embargo, la mayor decisión vendría en *Schechter Poultry Co. v. United States*, donde la Corte invalidó la Ley Nacional de Recuperación Industrial (*NIRA*) en su conjunto como un todo. Al hacerlo, la Corte realizó cuatro puntos clave. Primero, los parámetros de la ley eran muy amplios e incluso contradictorios, sin limitaciones a la actuación gubernamental. Segundo, la Corte sostuvo que la ley delegaba potestades públicas en grupos privados. Tercero, la Corte mostró otro tipo de leyes regulatorias que contenían mecanismos procedimentales de resguardo. Cuarto, la ley analizada no cubría sectores particulares, sino la totalidad de la economía, lo que dejaba a ésta al arbitrio de decisiones gubernamentales que no tenían límites del legislador<sup>44</sup>.

Ambas decisiones fueron consideradas parte integrante de una guerra frontal de la Corte conservadora contra el núcleo de las políticas económicas que estaba tratando de implementar F.D. Roosevelt (FDR) como parte de su *New Deal*<sup>45</sup>. Frente a esta amenaza, la Corte cedió a sus pretensiones "libertarias" y en los fallos siguientes mostró gran deferencia con esta legislación<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> MASHAW (1997) p. 133.

<sup>44</sup> SUNSTEIN (1999) p. 5.

<sup>45</sup> Así, la controversia entre el Presidente y la Corte iba mucho más allá del debate constitucional-administrativo respecto de la no-delegación. Así, la Corte asumía la defensa de un constitucionalismo de *laissez-faire*. La respuesta presidencial no llegaría en 1936 (año de elecciones), sino a comienzos de 1937: propuso aumentar el número de Ministros integrantes de la Corte (pudo haber llegado a 15) para minimizar el peso de la mayoría "conservadora" imperante. Diluirla. Este sería el famoso "*court-packing plan*" de FDR que sigue en la retina del derecho americano hasta el día de hoy como sinónimo de que la autonomía de la Judicatura siempre está a merced de los ataques y amenazas de los poderes políticos.

HALL (1992) p. 203.

Bajo este escenario, en el siguiente caso de no-delegación que hubo de conocer, *Yakus v. United States* (1944), los precedentes de 1935 no tuvieron mayor impacto, pese a tratarse de delegaciones con directrices tan vagas y extensas a la autoridad administrativa como las de *Panamá* y *Schechter*. En *Yakus*, y en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, la Corte no invalidó la posibilidad de que la OPA (Oficina de Administración de Precios) pudiera efectuar controles de precios en la economía para prevenir la inflación.

En las décadas posteriores, los intentos por invalidar leyes sobre la base de la doctrina de la no-delegación fracasaron en forma reiterada. Más aún, la Corte ha reafirmado en diversas oportunidades leyes que entregan grandes transferencias de poder hacia el Ejecutivo. Con todo, han existido señales contradictorias.

El ejemplo más claro es el fallo de la Corte en *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute* (1980, conocido como el *Benzene Case*, donde la Corte analizó la Ley de Seguridad y Salubridad Ocupacional –OSHA–). La mayoría se refirió a la doctrina de la no-delegación, no para invalidar una norma, sino como canon de interpretación de la ley en la medida en que la doctrina de la no-delegación exigiría, bajo *Benzene*, una “declaración precisa, explícita” (“*clear statement*”) del legislador cuando delegue de manera amplia en el Ejecutivo, que no deje espacio para la ambigüedad. Tras el *Benzene Case*, surgieron ocasionalmente decisiones de jueces inferiores sugiriendo que la doctrina de la no-delegación había “dejado de estar moribunda”<sup>47</sup>.

Finalmente destaca el caso *Whitman v. American Trucking* (2001), donde el juez Scalia, escribiendo por una Corte unánime, sostuvo que no era justiciable dicha doctrina en la medida en que no existían “estándares de control judicial administrables” (“*a judicially manageable standard*”) <sup>48</sup>. Para Breyer *et al.*, esta sentencia echó por tierra el trabajo intelectual de décadas de quienes abogaban porque la Corte volviera a implementar la doctrina de la no-delegación<sup>49</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez Thomas, reconocido conservador (al igual que Scalia), en su voto concurrente, sostuvo, pensando en un tiempo futuro en que la Corte volviera a aplicar la doctrina con la fuerza de las sentencias de 1935, que: “En un día futuro (...) estaré dispuesto a revisar la cuestión de si acaso nuestra jurisprudencia de delegación se ha apartado demasiado del

<sup>46</sup> Este cambio de actitud se popularizó con la frase: “*the switch in time that saved nine*”, juego de palabras que rima en inglés y que puede traducirse como el “cambio a tiempo que salvó a los nueve”, en el sentido que finalmente no fue necesario modificar la integración de la Corte. Así, se salvó parte relevante del diseño y tradición de la Corte, pero doblegada ante el *New Deal*.

<sup>47</sup> SUNSTEIN (1999) p. 6.

<sup>48</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 75.

<sup>49</sup> BREYER *et al.* (2002) pp. 78-79.

entendimiento que tuvieron los padres fundadores sobre la separación de los poderes”<sup>50</sup>.

### **2.1.3. Los argumentos del debate del non delegation doctrine**

Separaremos este capítulo distinguiendo las posiciones existentes.

#### **2.1.3.1. Argumentos de la doctrina de la no-delegación**

El primer objetivo promovido por la doctrina de la no-delegación es el *accountability* político.

Para Ely, las razones por las cuales se invirtieron los papeles y las agencias pasaron a convertirse en legisladores no son difíciles de discernir: “resulta sencillamente más fácil y paga más dividendos políticos visibles, el actuar como mensajero (...) que desempeñarse como parte de un auténtico proceso legislativo”<sup>51</sup>. A mayor abundamiento Ely sostiene:

“¡Cuánto más cómodo debe ser votar sencillamente a favor de un decreto que exija automóviles seguros, aire puro o no discriminación, y dejar a otros la tarea de dar cuerpo a lo que tal mandato pueda significar! ¡Cuánto más seguro también parece ser que en la mayor parte de las decisiones difíciles, nuestros representantes, astutamente, prefieren no verse obligados a votar y ser contados, sino más bien dejar que algún burócrata de la rama ejecutiva, o quizás alguna comisión reguladora independiente, reciba el inevitable fuego político!”<sup>52</sup>.

Frente al argumento de los autores pro delegación en torno a que las instrucciones legislativas detalladas serían impracticables en un mundo dinámico como el nuestro, Ely entrega dos respuestas. En primer lugar, mejorando la respuesta técnica del Congreso, a través del incremento de la experticia de los asesores (*staff* del Congreso), equilibrando así la capacidad del Congreso con los “expertos” del Ejecutivo.

La segunda, y más fundamental, “es que la doctrina de la no-delegación, incluso en su punto más alto, nunca insistió en más detalle del que podía suministrarse, ni en que los asuntos se decidieran con mayor permanencia de la que permitiera el tema. Lo único que se requería era orientación de políticas y la orientación de políticas es lo que se echa de menos en buena parte de la legislación contemporánea”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Thomas citado por SCHOENBROD (2003) p. 261.

<sup>51</sup> ELY (1997) p. 162.

<sup>52</sup> ELY (1997) p. 162.

<sup>53</sup> ELY (1997) p. 163.

Pero Ely sabe que la razón de fondo en esta cuestión dice relación con que frecuentemente no será políticamente conveniente para los legisladores resolver asuntos de política:

“El que los legisladores a menudo encuentren que es más conveniente eludir su responsabilidad es precisamente una razón a favor de la doctrina de la no-delegación. (...) Como lo expresó el juez Wright en 1972: ‘Un argumento a favor de dejar decidir a los expertos cuando los representantes del pueblo no tienen certeza o no pueden ponerse de acuerdo, es un argumento a favor del paternalismo y en contra de la democracia’<sup>54</sup>.

En la misma lógica, Schoenbrod sostiene que lograr que los representantes asuman la responsabilidad (por las leyes que dictan) es la razón que está detrás del principio establecido en el Artículo I, que establece que los legisladores deben hacer las leyes. La lógica de este autor es que el diseño constitucional obliga a los legisladores a asumir la responsabilidad de los beneficios y costos, el premio o el castigo, de la nueva legislación que decidan crear:

“No importando cómo voten, terminarán ofendiendo a parte de su electorado. Sus rivales en la próxima elección (reelección) buscarán mostrar al electorado el registro de sus votaciones en el Congreso. Así, los incumbentes (aquellos parlamentarios en el cargo que buscarán la reelección) no saben con certeza cuáles de sus votos volverán para la siguiente elección a ‘aterrorizarlos’ y por tanto, deben ser muy responsables y precavidos con el uso de su poder legislativo”<sup>55</sup>.

Debido a lo anterior, para Schoenbrod la esencia de la responsabilidad legislativa se encuentra no en el texto de la ley misma, sino en el debate en las salas del Congreso: “Con la delegación dicho debate es evadido (...) Estos debates generan noticia y son atractivos para el interés del público”<sup>56</sup>. Así, la potestad de legislar es de tal importancia, que el diseño constitucional busca impedir que los legisladores puedan evadir las decisiones difíciles.

Esta mirada va de la mano con la perspectiva que tiene la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*)<sup>57</sup>. Legisladores interesados en la reelección buscarán delegar en las agencias o el Presidente para evitar pagar los costos de las de-

<sup>54</sup> ELY (1997) p. 164.

<sup>55</sup> SCHOENBROD (1999) p. 740.

<sup>56</sup> SCHOENBROD (1999) pp. 744-745.

<sup>57</sup> En GARCÍA y SOTO (2009) se hace una revisión profunda de la literatura y las implicancias de la Teoría de la Elección Pública para el proceso legislativo. Ahí se analiza bajo qué categorías de legislación es posible esperar incentivos para la delegación del Congreso en el Ejecutivo o en las agencias. Para ARANSON *et al.* (1982) ésta se producirá en aquellos tipos de legislación que establecen beneficios para una parte del electorado de un parlamentario, pero a costa de imponer costos a otra parte del electorado. En estos casos se optará por delegar o bien aprobar legislación con una redacción vaga o

cisiones difíciles. Así, podrán delegar e invocar el crédito de buenas decisiones y criticar las malas decisiones de las agencias. El problema así planteado lleva, según Schoenbrod, a los legisladores “a crear y aumentar el poder normativo de las agencias, hacer más ambiciosos sus objetivos, sus métodos de fiscalización más intrusivos y sus procedimientos más complejos”<sup>58</sup>. Para Aranson *et al.*, la revigorización de la doctrina de la no-delegación bajo este escenario implicaría que los legisladores deban redactar leyes de manera mucho más detallada<sup>59</sup>.

Para Sunstein, este argumento parece muy simple: muchas agencias que cuentan con poderes discrecionales son supervigiladas por el Presidente (lo mismo sucede en Chile respecto de las superintendencias), quien sí está sujeto al control de los electores:

“Una respuesta más sofisticada lleva a concluir que la doctrina persigue un *accountability* distinto, aquel que proviene de la toma de decisiones específicas por parte de un órgano deliberativo que refleja las miradas de diversos representantes del país. Esto es, más que de una rendición de cuentas abstracta, la doctrina persigue hacer efectivo el objetivo constitucional de asegurar una democracia deliberativa, que potencie la reflexión de las autoridades que representan a la comunidad. Así, el poder de dictar leyes que se entrega al Congreso busca asegurar la combinación entre *accountability* y deliberación”<sup>60</sup>.

Para Posner y Vermeule, el enfoque debe ser otro. Si bien reconocen que la Constitución prohíbe la delegación de poder legislativo, el problema de la no-delegación debiese ser que ni el Congreso ni sus miembros pueden delegar la autoridad de votar respecto de leyes federales o ejercer *de jure* poderes de los legisladores. Así, el conceder autoridad al Ejecutivo o a las agencias nunca puede llegar a convertirse en una delegación de potestades legislativas. Así, esta concesión de autoridad no es una transferencia de poder, sino el ejercicio de Poder Legislativo. Por la inversa, el agente al que se le ha conferido autoridad está ejerciéndola dentro de los límites de su Poder Ejecutivo, no legislativo<sup>61</sup>.

Un punto estrechamente vinculado con el anterior (el *accountability político*) dice relación con la manera en que la ley puede interferir con las libertades individuales. Una garantía para dichas libertades consiste precisamente en que mientras diversos parlamentarios no se hayan puesto de acuerdo en una regla

---

ambigua. Ver también MCNOLLGAST (1999) y MOE y HOWELL (1999). Para un análisis respecto de cómo nuestro diseño constitucional parece una concreción bastante perfecta de los postulados del *Public Choice*, ver GARCÍA y SOTO (2009)

<sup>58</sup> SCHOENBROD (1999) p. 747.

<sup>59</sup> ARANSON *et al.* (1982).

<sup>60</sup> SUNSTEIN (1999) p. 8.

<sup>61</sup> POSNER y VERMEULE (2002) p. 1723.

que contenga palabras específicas, la sociedad no quedará obligada por una nueva ley. Para Breyer *et al.* la idea subyacente es simple: “el pueblo no estará sometido al cumplimiento de requisitos o aceptar restricciones si no existe autorización legislativa explícita para ello. Esta idea está asociada a las ideas contractualistas sobre el pacto social”<sup>62</sup>.

Desde la perspectiva del *Public Choice* encontramos la idea de que la *non delegation doctrine* promueve legislación pro bienestar social (y no en el interés de ciertos grupos de presión). Esto se debe a la visión de que gran parte de la legislación es, en parte, el esfuerzo de grupos de presión que, persiguiendo su propio interés, buscan a través de legislación redistributiva obtener recursos a su favor, la doctrina de la no-delegación.

Bajo esta mirada, la idea de que la legislación sólo puede ser promulgada cuando exista consenso para ello constituye una protección de que nuevas leyes tenderán a causar más beneficios que daño a la sociedad en su conjunto. Así, una estricta aplicación de la doctrina de la no-delegación reduciría legislación ineficiente (en términos económicos aquella que genera más costos que beneficios sociales), aumentando la probabilidad de que sean leyes eficientes las que sean aprobadas<sup>63</sup>.

Por otra parte, se ha dicho que la doctrina de la no-delegación también promueve el imperio del derecho. Lo hace, en primer lugar, al permitir a los individuos de una comunidad tener claro a qué reglas atenerse, aquello que está prohibido, aquello que está permitido (esto refuerza nuestra idea de seguridad jurídica). Para Sunstein, lo anterior tiene consecuencias económicas, dado que deriva en una reducción de los costos de litigación y la necesidad de asesoría jurídica. Segundo, lo hace al distribuir y limitar el poder discrecional de los funcionarios de la administración, que de lo contrario podrían actuar de manera abusiva o caprichosa. Lo anterior implica que la doctrina de la no-delegación es reflejo de la búsqueda por parte de los padres fundadores de un conjunto de protecciones contra el interés de las facciones y la concentración del poder<sup>64</sup>.

Por otra parte, para Schoenbrod, el principio de que son los legisladores elegidos por el pueblo los que deben hacer las leyes, contiene la mayoría de los elementos esenciales de una doctrina constitucional robusta: “un gran pedigrí enraizado en el texto y espíritu de la Constitución, la apelación a ideas

<sup>62</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 55. Con todo, para SUNSTEIN (1999) p. 9 esta concepción de la libertad es problemática: “¿Por qué debemos creer que el statu quo favorece la libertad, y que cualquier nueva ley implica una amenaza para la libertad? (...) Este tipo de cuestiones me parece levantan serias interrogantes acerca de que una aplicación estricta de la doctrina de la no-delegación promovería la libertad, propiamente concebida”.

<sup>63</sup> SUNSTEIN (1999) p. 10.

<sup>64</sup> SUNSTEIN (1999) p. 10.

populares acerca de lo justo y lo correcto, y un test de antiguo linaje que la Corte puede aplicar con consistencia. Lo que la doctrina carece, al menos por el momento, es de viabilidad política. Esta, sin embargo, no es razón para que la Corte la entierre"<sup>65</sup>.

### 2.1.3.2. Argumentos pro delegación

Se han entregado buenos argumentos para oponerse a la doctrina de la no-delegación, o, lo que es lo mismo, entregar argumentos a favor de una doctrina que permita la delegación (*pro-delegation* como se conoce en el derecho americano).

Un primer fundamento, de carácter institucional, dice relación con que la doctrina falla por sus implicancias en términos de capacidad judicial, y no de sus méritos. La diferencia entre una delegación permitida y una que no lo es, es una de grado y no de naturaleza. Como hemos visto, ésta es la posición del juez Scalia en *American Trucking*, para quien la doctrina no es aplicable simplemente porque los jueces no cuentan con mecanismos o reglas de interpretación para aplicarla.

Cualquier esfuerzo en la materia, sostiene esta posición, aumentaría la incertidumbre, forzando a las personas a adivinar, sin tener antecedentes claros a la hora de evaluar, acerca de cuánta ambigüedad legislativa está prohibida constitucionalmente. El problema se relaciona con el éxito probable de una revisión judicial posterior.

Una segunda razón, y que suele ser la más esgrimida, dice relación con que muchas veces el Congreso tiene buenos motivos para delegar. Generalmente esos motivos se relacionan con la mayor capacidad técnica y experticia que tiene el Ejecutivo o una agencia regulatoria. Por ejemplo, el Congreso puede carecer de la información relevante (e.g., ámbitos de regulación económica sofisticada) o se hace difícil para un órgano colegiado acordar un camino de acción específico.

Un tercer argumento, desde la perspectiva de la legitimidad y *accountability* democrático, como asimismo desde el impacto en el bienestar social, está dado por Mashaw. Este autor sostiene que no existen buenos argumentos, pensando en los de Schoenbrod antes analizados, que deslegitimen el accionar de las agencias. Tanto si la fuente de legitimidad de su accionar proviene de normas legales precisas como de principios generales establecidos por el legislador, que deben ser interpretados por estas, no existen, a su juicio, problemas de

<sup>65</sup> SCHOENBROD (2003) p. 280.

legitimidad. Así, no se lesiona la “conexión electoral” desde la perspectiva de la rendición de cuentas democrática, en la medida en que, como veremos, puede ser ejercida por el Presidente<sup>66</sup>.

Junto con lo anterior, y desde la perspectiva del bienestar social, Mashaw sostiene que el bienestar social podría verse incrementado. Si bajo el esquema descrito por el *Public Choice* en cuanto el proceso legislativo es básicamente entendido como un conjunto de intercambios permanentes de votos entre los legisladores (*logrolling*) para formar coaliciones que busquen entregar legislación de interés privado a grupos de interés (que financian las campañas de reelección de los parlamentarios) o a los electores de los parlamentarios (que les permite reelegirse), se generará un exceso (sobre oferta) de legislación de puro interés privado, entonces legislación vaga o ambigua, o delegar, puede aumentar el bienestar social (o al menos evitar que no se vea tan afectado).

La lógica para este autor es la siguiente: delegar es un mecanismo del Congreso para autolimitarse y evitar el *logrolling*, como asimismo existe una posibilidad de un control de la regulación desde la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) del Gobierno, como desde los tribunales, ambos con un fuerte sello costo-beneficio. Este control potencia el que sólo se apruebe legislación de mayor impacto social (pro bienestar social o interés común), o al menos se minimicen escenarios donde existan altos costos sociales o puros beneficios privados que afecten el bienestar social<sup>67</sup>.

Si el Congreso no controla la discrecionalidad de las agencias, entonces ¿debe hacerlo el Presidente? Como sostienen Breyer *et al.*, tal vez deba ser el Presidente quien debe velar porque las agencias tomen decisiones inteligentes, justas y efectivas; que sigan su voluntad; o que las políticas regulatorias estén coordinadas de manera apropiada<sup>68</sup>.

Para Breyer *et al.*, el problema de la coordinación y supervigilancia de las decisiones de las agencias, incluso al interior del Ejecutivo, se acentúa por una circunstancia legal y una política. Primero, la legal consiste en el hecho que “muchas leyes entregan el poder legal para tomar decisiones regulatorias no

<sup>66</sup> MASHAW (1997) p. 148.

<sup>67</sup> MASHAW (1997) pp. 148-149.

<sup>68</sup> Estos autores se preguntan: “¿No es acaso que la mayoría (sino la totalidad) de los encargados de las agencias trabajan para el Presidente? ¿Entonces cuál es el problema? ¿Es acaso el típico problema de falta de control de un empleador sobre el trabajo de su empleado o el que el empleador simplemente tiene demasiado trabajo como para poder vigilar a todos sus empleados? ¿O acaso existen buenas razones para insular a las agencias del control presidencial? Note que existe un serio problema de coordinación al interior del Gobierno. La necesidad de coordinación proviene de la gran cantidad de reparticiones y divisiones de la administración con funcionarios y autoridades que tienen responsabilidades cruzadas, o con atribuciones que, una vez ejercidas, pueden afectar la responsabilidad de otras agencias”. BREYER *et al.* (2002) p. 87.

al Presidente, sino a los encargados de las agencias, a un Ministro o una Comisión”<sup>69</sup>.

En segundo lugar, la circunstancia política se relaciona con que el electorado afectado por una decisión regulatoria particular se relaciona más directamente con el Congreso o una agencia determinada que con la Presidencia: “La consecuente ‘balcanización’ del Ejecutivo, fragmentada en numerosas subramas, es exacerbada por la creciente tendencia del Congreso de crear nuevas subcomisiones, cada una generando algún tipo de fiscalización sobre la acción de alguna agencia, ofreciendo asimismo cierto nivel de ‘visibilidad’ política a su director”<sup>70</sup>.

Finalmente, desde la perspectiva del respeto al imperio del derecho, una posición pro delegación puede ser vista como positiva en el sentido en que los estándares de revisión judicial son mayores en el caso del control de las agencias, que del legislador. En otras palabras, el escrutinio tradicional aplicado por los jueces para analizar una regulación, el estándar de “racionalidad”, será mayor o menor dependiendo de su fuente, legislador o agencia. En el primer caso, la deferencia será mucho mayor.

### 2.1.3.3. Tesis de Cass Sunstein: “cánones de no-delegación”

Una perspectiva interesante e intermedia es la que entrega Sunstein, quien cree que dicha doctrina “está viva y en buenas condiciones. Ha sido relocalizada más que abandonada”<sup>71</sup>. Para el autor, las cortes federales no reivindicán comúnmente una doctrina general de no-delegación, sino una serie, más específicas aunque igualmente relevantes, de doctrinas de no-delegación: “Más que invalidar leyes debido a su amplitud, las cortes sostienen que las agencias administrativas federales no pueden involucrarse en ciertas actividades a menos que el Congreso las haya autorizado de manera explícita. Las decisiones relevantes deben ser tomadas legislativa, no administrativamente”<sup>72</sup>.

Así, desde una perspectiva técnica, los fallos más relevantes no están basados en la doctrina de la no-delegación, sino en ciertos “cánones” de interpretación.

Estos cánones, según Sunstein, no son sólo “legítimos”, sino además poseen “ventajas cruciales” respecto de la tradicional doctrina de la no-delegación, en la medida en que son fácilmente administrables, hacen menos gravoso su uso por parte de la judicatura y son menos dañinos desde la perspectiva institucional<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 88.

<sup>70</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 88.

<sup>71</sup> SUNSTEIN (1999) p. 1.

<sup>72</sup> SUNSTEIN (1999) p. 1.

<sup>73</sup> SUNSTEIN (1999) p. 3.

De alguna forma representan para el autor una suerte de “minimalismo democrático saludable” en la medida en que les entrega ciertas decisiones colectivas relevantes a instituciones con un pedigrí democrático superior, pasando a ser “una manifestación contemporánea del esfuerzo de los fundadores de vincular la protección de los derechos fundamentales, y otros intereses importantes, con un diseño institucional apropiado”<sup>74</sup>.

Para Sunstein, parece no existir un caso plausible a favor de revigorizar a gran escala la tradicional doctrina de la no-delegación. Ello generaría problemas de capacidad judicial, como asimismo sería incapaz de resolver la gran cantidad de problemas y patologías que sufre el Estado administrador moderno. Con todo, ello no implica que no pueda jugar rol alguno en el sistema constitucional. Entonces, ¿cuál es la autoridad que tienen las agencias administrativas para interpretar la ley?

Para el autor, “Cuando el Congreso ha hablado claro, todos están de acuerdo que ello obliga a las agencias. El problema es cuando no lo ha hecho. La versión más restrictiva de la doctrina de la no-delegación llevaría a concluir que en esos casos las agencias no pueden hacer nada, dado que la delegación de poder sería nula”<sup>75</sup>.

La respuesta puede encontrarse en *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1983), una de las sentencias más relevantes del Derecho Administrativo americano moderno. En ella, la Corte Suprema sostuvo que, a menos que el Congreso hubiese decidido con “precisión el tema en cuestión”, las agencias quedaban autorizadas para interpretar las normas ambiguas de forma que hicieran sentido, siempre y cuando dicha interpretación fuera razonable. *Chevron* crea así un test de dos pasos. Primero, se debe ver si el Congreso (el legislador, en nuestro caso) ha decidido con precisión el tema en cuestión. Segundo, si la interpretación de la agencia es razonable. El canon de interpretación con *Chevron* es claro: frente a la ambigüedad las normas significan lo que la agencia relevante dice que significan. En principio, entonces, este es un canon pro delegación<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> SUNSTEIN (1999) p. 4.

<sup>75</sup> SUNSTEIN (1999) p. 13.

<sup>76</sup> Algunos autores han criticado este canon bajo los parámetros de la doctrina de la no-delegación. Para ellos, bajo *Chevron*, a las agencias no sólo se les puede delegar poderes amplios, sino que se les permite interpretar el ámbito de su competencia, al menos en caso de ambigüedad. Un régimen en que las agencias carecen de esta autoridad, podría sostenerse, se aviene mejor con la no-delegación, dado que las agencias carecerían del poder de interpretar las leyes con sus propios criterios. Así, *Chevron* implicaría que las ambigüedades legislativas son delegaciones implícitas de facultades interpretativas (en realidad legislativas) a las agencias. La mirada contraria, que las ambigüedades no son delegaciones en lo más mínimo, podría avenirse mejor a la estructura constitucional. Para Sunstein, la debilidad de esta objeción proviene del hecho que “cuando las leyes son ambiguas, no existe propiamente delegación. Se podría pensar que el Congreso no ha sido claro porque fue incapaz de resolver la cuestión o

Sunstein propone tres categorías de cánones de no-delegación: de “inspiración constitucional”, de “inspiración estructural” y de “inspiración en políticas públicas legislativas”.

En primer lugar, aquellos que tienen “inspiración constitucional”. Ellos tienen por objeto alcanzar un determinado objetivo que posee fundamento constitucional<sup>77</sup>. Por ejemplo, el que las agencias no pueden interpretar las leyes de una forma tal que generen cuestionamientos constitucionales, que no puedan aplicar las leyes retroactivamente aunque las normas sean ambiguas, o que las leyes penales deben ser interpretadas pro acusado<sup>78</sup>.

Una segunda categoría dice relación con aquellos que el autor denomina de “inspiración estructural”, que se relacionan con la naturaleza de la autoridad gubernamental. Un canon en este sentido para el autor es aquel que establece que a las agencias no les está permitida la aplicación extraterritorial de las leyes. Si las leyes reciben dicho tratamiento, deberá ser como resultado de una autorización basada en el juicio legislativo previa deliberación.

La noción “estructural” descansa sobre la base que la aplicación extraterritorial “involucra juicios extremadamente sensibles acerca de las relaciones internacionales”<sup>79</sup>, por lo tanto, “estos deben provenir del proceso legislativo ordinario (en que el Presidente participa por supuesto). Sin embargo, el Ejecutivo no puede tomar esta decisión por sí mismo”<sup>80</sup>.

Finalmente están aquellos inspirados en políticas públicas que han sido adoptadas por el legislador. Estos cánones buscan que se respeten los lineamientos de política pública que ha adoptado el legislador en algunas materias específicas. Por ejemplo, sólo toca al legislador establecer exenciones tributarias o en caso en que se esté ante beneficios entregados a veteranos de guerra, las agencias siempre interpretarán estos en el sentido más generoso hacia ellos<sup>81</sup>.

Así, estos cánones buscan que la extensión, modificación o derogación de ciertos beneficios (e.g., tributarios o previsionales) sean parte de la discusión

---

prever sus efectos. Quien recibe la delegación entonces puede ser tanto una agencia como un juez. Si el criterio de Chevron es rechazado, los términos ambiguos serán interpretados por el juez y no por la agencia. Ello implica que en ningún caso las decisiones difíciles habrán sido tomadas por el legislador. Chevron sí aumenta el poder discrecional de las agencias, y en este sentido es pro delegación, pero sólo en relación a los tribunales”. SUNSTEIN (1999) pp. 14-15.

<sup>77</sup> SUNSTEIN (1999) p. 16.

<sup>78</sup> Utilizando un lenguaje más cercano a nosotros, podría decirse que la “inspiración constitucional” consiste en que la interpretación que realizan las agencias no puede contradecir a la CP y, es más, debe contener los valores y principios de aquella. Involucraría una suerte de interpretación conforme a la CP.

<sup>79</sup> SUNSTEIN (1999) p. 18.

<sup>80</sup> SUNSTEIN (1999) p. 18.

<sup>81</sup> SUNSTEIN (1999) p. 19.

legislativa y no objeto del lobby de algunos grupos de interés que logran capturar a agencias administrativas<sup>82</sup>.

En definitiva, los cánones de interpretación propuestos por Sunstein deben ser entendidos, a su juicio, no como barreras, sino como catalizadores a la actuación gubernamental. Así, se permite su accionar en la medida en que sigan ciertos pasos. Estos son cánones de no-delegación, ya que prohíben a las agencias administrativas tomar decisiones por sí solas:

“Ello refuerza que las decisiones más relevantes sean tomadas por el proceso democrático (legislativo), asegurándose la deliberación y negociación de los representantes del pueblo (...) manifestación contemporánea del esfuerzo de los fundadores de vincular la protección de las garantías individuales y otros intereses importantes con un diseño institucional apropiado”<sup>83</sup>.

Asimismo, estos cánones sí actúan como barrera, y ya no como catalizadores, cuando estamos frente a meros juicios o decisiones discrecionales de la Administración (o el Ejecutivo) en el tema en cuestión. Sin embargo, dado que los cánones de no-delegación son simples instrumentos de interpretación de las leyes, “ellos no pueden servir como obstáculo a delegaciones expresas que desee hacer el Congreso”<sup>84</sup>.

#### 2.1.4. Comentarios finales

De todo lo anterior, y como sostienen Breyer *et al.*, existe gran discusión respecto del estatus constitucional de las agencias en la actualidad, siendo posible distinguir, al menos, cuatro posiciones:

1. Una posición originalista que propone invalidar las agencias independientes;
2. Otra perspectiva originalista que apoya la existencia de agencias independientes;
3. Aquella que enfatiza el cambio de circunstancias que invalida a las agencias independientes, aunque hayan tenido sustento constitucional en el pasado;
4. Aquella que sostiene que el cambio de circunstancias valida las agencias independientes, aunque en el pasado no hayan sido aceptables constitucionalmente<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> SUNSTEIN (1999) p. 19.

<sup>83</sup> SUNSTEIN (1999) pp. 19-20 y 1-2.

<sup>84</sup> SUNSTEIN (1999) p. 20.

<sup>85</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 117.

¿Está la doctrina de la no-delegación realmente muerta? Pareciera ser que la mayoría de la doctrina norteamericana así lo piensa. Sin embargo, el problema es más complejo, como quedó demostrado con el fallo *American Trucking* (2001). Como vimos, en éste el juez Scalia (por una Corte unánime) reafirmó la importancia de la doctrina, sin embargo la declaró impracticable por la falta de parámetros claros para hacerla justiciable. ¿Quedó la puerta abierta para un renacimiento de esta doctrina?

## 2.2. La relación del Presidente de los EE.UU. con las agencias reguladoras

El debate jurisprudencial de la relación entre el Presidente de los EE.UU. y las agencias reguladoras se basa en dos tópicos: En primer lugar, el hecho de que el Presidente no puede remover a su arbitrio a sus autoridades y, en segundo lugar, en el problema de si el Presidente puede o no enviar instrucciones obligatorias a las agencias.

### 2.2.1. El Presidente no puede remover a su arbitrio a los miembros de las agencias

Esta materia consiste en el cuestionamiento de la constitucionalidad de la "limitación por el Congreso de la potestad del Presidente de cesar a los titulares de sus órganos rectores"<sup>86</sup>. Al tratarse de órganos de la Administración, lo lógico sería que, en principio, el Presidente los pudiera remover libremente (*at will*). Sin embargo, ello no es así, ya que las leyes que los crean han fortalecido la autonomía de las agencias al impedir que el Presidente los pueda cesar sin contrapeso alguno<sup>87</sup>. Es más, normalmente se establecen plazos de duración a las autoridades de las agencias durante los cuales dichas autoridades son inamovibles. Hoy, como veremos, la remoción de los miembros de las agencias sólo puede realizarse por causas específicas<sup>88</sup>.

Un ejemplo que se ha discutido: la *Federal Trade Commission*, creada en 1914 por el Congreso, contempla una comisión independiente, integrada por miembros que duran siete años y no pueden ser removidos.

Sin embargo, el problema no ha sido tan simple en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Respecto de la misma *Federal Trade Commission*, en *Myers v. United States*<sup>89</sup>, la Corte Suprema determinó que era inconstitucional la exigencia de que los nombramientos hechos por el Presidente fueran revisados por el Con-

<sup>86</sup> MAGIDE (2000) p. 161.

<sup>87</sup> Sobre los argumentos que demuestran que el poder de remoción no es absoluto, y que el Congreso puede pronunciarse al respecto, véase el completo trabajo de FROOMKIN (1987) pp. 798-808.

<sup>88</sup> Un autor que conceptualiza las agencias, incorpora en su definición el hecho de que sus "autoridades sirven por un período definido durante el cual no están sujetas a la dirección del Presidente y no pueden ser removidas sino sólo por causa (for cause)". FROOMKIN (1987) p. 798.

<sup>89</sup> 272 U.S. 52 (1926).

greso. Lo anterior se deriva de que el art. II de la Constitución le atribuye sólo al Presidente el Poder Ejecutivo, por lo que éste tiene un poder ilimitado de remoción sobre toda la Administración del Estado<sup>90</sup>. Así, el Presidente pasaba a convertirse, en los hechos, en un importante superior jerárquico de las agencias.

Años después, en *Humphrey Executor v. United States*<sup>91</sup>, la Corte relativizó su postura al conocer de un caso de remoción por un desacuerdo del Presidente Roosevelt con la política adoptada por la comisión. La Corte admitió la constitucionalidad del estatuto que determina que los miembros de la comisión sólo pueden ser removidos por el Presidente en caso de ineficiencia, incumplimiento de deberes o conducta ilícita en su función<sup>92</sup>, limitando sustancialmente el ámbito en que la decisión presidencial puede operar<sup>93</sup>.

Interesante fue el argumento de la Corte: la agencia ejerce atribuciones cuasijudiciales y cuasilegislativas y, por consiguiente, no es sólo un órgano estatal parte del Poder Ejecutivo. El Presidente sólo tiene competencia en materias propias de este último, y las agencias van más allá de dicho poder. Por consiguiente, las facultades del Presidente respecto de las agencias sólo pueden alcanzar la dimensión ejecutiva de su función, pero no la reguladora (legislativa) ni la judicial<sup>94</sup>.

Con este último fallo, al restringir la discrecionalidad de la facultad de remoción del Presidente, la Corte entregó un respaldo a la autonomía de las agencias<sup>95</sup>.

En los 80 surgieron nuevas dudas, cuestionándose a la jurisprudencia citada por constituir a las agencias en una suerte de "cuarto poder sin cabeza". Las agencias superaron los ataques doctrinarios y judiciales, de la mano de tres sentencias donde se afirmó la constitucionalidad de las agencias: *Bowsher v. Synar*<sup>96</sup>, *Morrison v. Olson*<sup>97-98</sup> y *Mistretta v. United States*<sup>99-100</sup>. En este último

<sup>90</sup> BREYER *et al.* (2002) pp. 89-90; CURRIE (2000) p. 44; MAGIDE (2000) p. 163; FROOMKIN (1987) p. 792.

<sup>91</sup> 295 U.S. 602 (1935)

<sup>92</sup> BREYER *et al.* (2002) pp. 90-92; CURRIE (2000) p. 44; MAGIDE (2000) p. 164; FROOMKIN (1987) pp. 793-796.

<sup>93</sup> Cabe hacer presente la crítica de Breyer *et al.* Para ellos, la Corte fue ingenua en este caso, porque no especificó el tipo de poderes del Presidente. BREYER *et al.* (2002) p. 96.

<sup>94</sup> Sin perjuicio de que el resultado del argumento ha sido aplaudido por parte de la doctrina, se critica que el mismo oscurece la (necesaria) distinción entre la función presidencial (reservada al Presidente) y la función ejecutiva (perteneciente a otras autoridades). Así, habría una identificación de la labor de las agencias con las funciones presidenciales, lo que no sería tolerable constitucionalmente. FROOMKIN (1987) pp. 793-794.

<sup>95</sup> Este argumento cobró fuerza con un caso posterior, *Wiener v. United States* -357 U.S. 349 (1958)- donde el Presidente había cesado a uno de los miembros de la *War Claims Commission*. La ley en cuestión no le establecía limitación alguna a la potestad del Presidente para remover y, sin embargo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del cese, debido a la naturaleza judicial de la comisión. MAGIDE (2000) pp. 165-166. Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 93-94.

<sup>96</sup> 478 U.S. 714 (1986). Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 107-109.

caso, la argumentación recayó en la separación de funciones no basada en una división tripartita, siendo los frenos y contrapesos el criterio relevante a considerar. En el caso particular, la agencia que se creaba, vinculada al Poder Judicial, rendía cuentas a los otros poderes del Estado.

Hoy, entonces, el Congreso puede establecer limitaciones al poder de remoción del Presidente. La existencia de un sistema de remoción limitado, basado en causas específicas, disminuye la discrecionalidad política del Presidente y entrega mayores garantías de libertad a los miembros de las agencias. Esta visión contrasta con los partidarios de la idea consistente en que el Poder Ejecutivo es uno sólo (y no puede dividirse), que parece estar presente en parte de la doctrina<sup>101</sup>. Esta idea se refuerza con los problemas prácticos que se derivan de la falta de coordinación entre las diferentes agencias y el Ejecutivo<sup>102</sup>.

### 2.2.2. *Acerca de si el Presidente puede o no enviar instrucciones a las agencias*

La facultad de enviar instrucciones obligatorias a las agencias por parte del Presidente se asocia con la facultad para remover los miembros de agencias, ya que (de aceptar la existencia y legitimidad de dicha facultad) si las agencias no las obedecen, entonces sus autoridades podrán ser removidas. En este sentido, en el mismo concepto de agencias independientes se ha dicho que sus autoridades “no están sujetas a la dirección del Presidente”<sup>103</sup>.

Se ha estimado que esta atribución de instrucción desnaturaliza el sentido de las agencias<sup>104</sup>, afirmación que compartimos. El carácter independiente de ellas tiene su fundamento justamente en que no deben seguir las instrucciones de la autoridad política. “La Constitución permite al Congreso crear agencias ejecutivas con autonomía sustancial (...) La autonomía es la protección de la presión política del Presidente”<sup>105</sup>.

Breyer *et al.* señalan que la creencia convencional es que el Presidente tiene poderes limitados de instrucción. Sin embargo, recuerdan, no existen deci-

<sup>97</sup> 487 U.S. 654 (1988)

<sup>98</sup> En este caso, sin embargo, la Corte modifica el criterio sostenido en *Humphrey y en Wiener*. Ya no será la existencia de poderes cuasi legislativos y cuasi judiciales los que salven a las agencias, sino el hecho de que éstas constituyen una limitación al Presidente que no le impide cuidar la fiel ejecución de las leyes y porque las funciones de las agencias no entorpecen indebidamente la autoridad del Ejecutivo.

<sup>99</sup> 488 U.S. 361 (1989). Véase BREYER *et al.* (2002) pp. 110-112.

<sup>100</sup> Sobre estos ataques, véase a MAGIDE (2000) pp. 166-172.

<sup>101</sup> MAGIDE (2000) pp. 175-176.

<sup>102</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 87. Agregan los autores el efecto perverso de la fragmentación del Ejecutivo en numerosos subpoderes. BREYER *et al.* (2002) p. 88 y p. 95.

<sup>103</sup> FROOMKIN (1987) p. 788.

<sup>104</sup> En este sentido, se manifiesta MAGIDE (2000) p. 162.

<sup>105</sup> FROOMKIN (1987) p. 789.

siones judiciales lo suficientemente sólidas como para respaldar lo anterior<sup>106</sup>. Luego Breyer *et al.* sugieren que, desde una perspectiva práctica, el Presidente goza de varios mecanismos para influir y controlar las agencias, tales como sus atribuciones de nombramiento cuando se producen vacantes, la intervención del Departamento de Justicia en los procesos de las agencias, el control de los presupuestos, sus facultades relacionadas con los poderes normativos y con la organización del Gobierno<sup>107</sup>.

Todos los elementos anteriores afectan la independencia de las agencias respecto del poder político, aunque no parecen ser suficientes como para sostener que las mismas carecen de autonomía.

### 2.3. Parámetros de control judicial de la acción de las agencias: “*hard look doctrine*”

Como ya hemos sostenido en un trabajo anterior<sup>108</sup>, la revisión judicial en EE.UU. de las actuaciones de las agencias se centra en aspectos orientados al: *control del procedimiento* seguido por la agencia (no un control de mérito), donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; *control del expediente*, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y, 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<sup>109</sup>.

### 2.4. Lecciones para el debate chileno

Los aspectos estudiados en materia de agencias reguladoras norteamericanas permiten extraer ciertas lecciones concretas:

En primer lugar, el debate de la no-delegación permite introducir elementos democráticos en el análisis nuestro. El enriquecimiento del debate con el principio de separación de funciones no puede desconocer la tensión que existe

<sup>106</sup> BREYER *et al.* (2002) p. 118.

<sup>107</sup> BREYER *et al.* (2002) pp. 119-120.

<sup>108</sup> Ver GARCÍA (2010)

<sup>109</sup> Como explica García de Enterría la doctrina del hard-look implica un test de dos pasos: “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 deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable”. GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

entre dicho principio y el sistema de frenos y contrapesos que se necesita. Ambos deben encontrar la manera de equilibrarse en el diseño institucional y, por consiguiente, ninguno puede ser demasiado absoluto. Lo anterior deja una lección bien muy concreta: se necesita flexibilidad. Además, la existencia de elementos propios del *accountability* para quienes establezcan y quienes ejecutan las regulaciones y políticas sectoriales fortalece el respeto por los derechos individuales de los regulados y promueve las instancias de participación y de revisión de las políticas respectivas.

En segundo lugar, y respecto de la relación entre el Presidente y las agencias, podemos entender que la declaración literal de la autonomía no es sinónimo de que ella sea efectiva. En efecto, una situación en que el Presidente de la República incide en los nombramientos y remociones sin contrapesos, en que él mismo puede realizar instrucciones obligatorias, en que pueda influir mediante el presupuesto, y otros elementos, son indicadores relevantes de que la agencia (o superintendencia, en nuestro caso) no goza de los adecuados niveles de autonomía.

Asimismo, la tesis de un Ejecutivo unitario centrado en el Presidente de la República resulta contradictoria con el modelo de autonomías reguladoras. Por eso, para aceptar la existencia de las agencias (o superintendencias), debe también flexibilizarse la división tripartita de los poderes del Estado o, a lo menos, realizar distinciones, como ocurre con la diferencia norteamericana entre Poder Presidencial y Poder Ejecutivo.

En tercer lugar, la experiencia norteamericana deja una lección muy importante en materia de revisión judicial. La existencia de un sistema de contrapesos exige la presencia de un Poder Judicial fuerte, que cuente con estándares de control objetivos, precisos y conocidos. Sin embargo, el fortalecimiento de las potestades judiciales de revisión debe considerar que la experiencia norteamericana sugiere una tendencia natural hacia la deferencia con el ente regulador.

### **III. De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile**

Ya examinada la discusión en EE.UU., revisaremos brevemente las anomalías que se observan en el diseño de las superintendencias. En este análisis intentaremos demostrar que hay problemas insalvables, los que requieren de una propuesta que avance en su solución. Haremos el intento de explicar algunos lineamientos de reformas que nos parece atractivo estudiar.

### 3.1. Autonomía de las superintendencias y dudas de constitucionalidad

Resumiremos este análisis en dos grupos de problemas: en primer lugar, la (falsa) autonomía de las superintendencias respecto del poder político y, en segundo lugar, las dudas de constitucionalidad que nacen de las normas que las regulan.

#### 3.1.1. El problema de la autonomía

A nuestro juicio, la crítica más importante que se ha formulado a las superintendencias es que, y sin perjuicio de lo que declaren formalmente las normas que las regulan, ellas tienen una escasa autonomía real.

Lo anterior se explica porque el jefe superior del servicio correspondiente (el Superintendente) es designado por el Ejecutivo. La existencia del mecanismo de Alta Dirección Pública para el procedimiento de designación de algunos de ellos no altera lo anterior, debido a que el mismo sólo asegura capacidad técnica, pero no independencia<sup>110</sup>.

Debe recordarse que la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública<sup>111</sup> incorpora a la mayoría de las superintendencias<sup>112</sup>, y exceptúa a tres: Bancos e Instituciones Financieras, Valores y Seguros y Seguridad Social (artículo 36 Ley 19.882).

Además, a pesar de que el sistema de Alta Dirección 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<sup>113</sup>, sigue siendo crítico el que, al final del día, este conserve el poder de nombrar y remover

<sup>110</sup> Ver GARCÍA (2009) y LIBERTAD Y DESARROLLO (2009). Un autor sostiene que los jefes de servicio tienen una "dependencia funcional" con el Presidente de la República. EVANS (2002) p. 681.

<sup>111</sup> El sistema de Alta Dirección Pública contempla procesos abiertos y transparentes para designar autoridades administrativas de relevancia. Dependiendo del cargo a completar, el Consejo de Alta Dirección o un Comité de Selección, designado por éste, selecciona por concurso público a los postulantes. Luego, ellos son propuestos a la autoridad facultada para el nombramiento (Presidente de la República, en nuestro caso). El proceso contempla la participación de una empresa especializada en selección de personal, revisiones de antecedentes y entrevistas. El Consejo o el Comité, en su caso, elige a los candidatos más calificados y elabora una nómina, que es propuesta a la autoridad competente para el nombramiento definitivo. Como puede verse, este proceso mejora el carácter técnico de la selección, pero no elimina la decisión final de la autoridad política correspondiente.

<sup>112</sup> 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).

<sup>113</sup> 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 puede verse en VALDÉS (2002).

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<sup>114</sup>.

El problema de la autonomía respecto del poder político es la diferencia más evidente entre las superintendencias y las agencias norteamericanas. En efecto, el hecho de que en nuestro sistema el Presidente de la República sea un fuerte Jefe de Estado, significa que, en general, todos los servicios públicos tienen alguna relación con él. Ello no está ausente en el caso de las superintendencias, ya que las mismas implican "organizaciones personalizadas (...) sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades"<sup>115</sup>.

A la relación de las superintendencias con el Jefe de Estado se suma la ausencia de contrapesos a que se debieran sujetar las superintendencias<sup>116-117</sup>. En otras palabras, si no hay un sistema de frenos y contrapesos, y las mismas dependen (en la práctica y en su diseño institucional) del Ejecutivo, entonces los poderes de las superintendencias se robustecen. La inexistencia de tribunales especializados y la histórica postergación de los tribunales contencioso-administrativos son una muestra de lo anterior. Los recursos administrativos disponibles<sup>118</sup>, el actuar de la Contraloría, el recurso de protección y la acción de nulidad de Derecho Público parecen ser mecanismos insuficientes de contrapeso.

Lo anterior resulta especialmente grave, ya que las superintendencias son instituciones enormemente poderosas, capaces de regular e interpretar, fiscalizar el cumplimiento de la regulación y sancionar las infracciones que detecten. A todo ello se suma el hecho de que los mercados dentro de los cuales actúan las superintendencias son especialmente complejos, y requieren de niveles importantes de especialización para poder entenderlos.

<sup>114</sup> CAMACHO (2005) p. 429.

<sup>115</sup> CAMACHO (2005) p. 429. Estas palabras se encuentran en un contexto comparativo, razón por la cual cobran especial importancia para nosotros.

<sup>116</sup> LIBERTAD Y DESARROLLO (2009). Cabe hacer presente que aun existiendo contrapesos, estos encontrarían el problema de que las normas emanadas de las Superintendencias tienen escasa publicidad. CAMACHO (2005) p. 432.

<sup>117</sup> Un contrapeso que la doctrina ha constatado es la atribución política de la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos de la Administración. CARMONA (1999) p. 8. Sin embargo, la escasa práctica de la misma sugiere que la herramienta política de fiscalización no es efectiva.

<sup>118</sup> Cabe hacer presente que una autora, de manera errada a nuestro juicio, ha promovido el carácter inimpugnable de las normas dictadas por las superintendencias. Fundamenta lo anterior en que las mismas no serían, en su opinión, actos administrativos coherentes con el concepto del art. 3° de la Ley N° 19.880. CAMACHO (2005) p. 432.

Es cierto que las agencias norteamericanas también tienen aspectos que las vuelven poderosas, pero, a diferencia de nuestras superintendencias, el poder de las agencias norteamericanas se enmarca en un esquema de mayor autonomía institucional y en un sistema de revisión judicial que fortalece el principio de frenos y contrapesos.

Otro contraste con las agencias dice relación con que el enorme poder de las superintendencias se agrava si se consideran las características de sus procedimientos decisorios. En efecto, cuando las superintendencias dictan una nueva regulación, lo realizan a través de mecanismos poco participativos y sin consultar a los sujetos regulados<sup>119</sup>. En contraste con lo anterior, la experiencia norteamericana conlleva una exigencia de participación en sus procedimientos, lo que entrega ciertos beneficios. Entre otros, se fortalece la legitimidad de la regulación y se enriquece la revisión judicial posterior a que puede someterse la norma resultante de dichos procedimientos. Lo anterior se logra vinculando los estándares de revisión con el expediente administrativo correspondiente.

### 3.1.2. Dudas de constitucionalidad

El poder normativo de las superintendencias arroja graves dudas de constitucionalidad, por diversas razones<sup>120</sup>:

En primer lugar, se ha sostenido que el mismo desconoce la reserva legal del art. 19 N° 21 de la CP, que exige que la actividad económica sólo pueda regularse mediante la ley<sup>121</sup>. Así, la regulación económica sólo le corresponde al Poder Legislativo, excluyendo la participación del órgano administrativo<sup>122</sup>. Para Evans, cuando la ley le entrega facultades normativas a las superintendencias, el legislador abandona la facultad de regular actividades económicas, “suponiendo con ello un elevado riesgo respecto a la certidumbre que los particulares requieren para el desempeño de sus actividades”<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> El poder normativo encuentra una “Ausencia de un procedimiento establecido (...) 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 previamente a la adopción del reglamento definitivo, sobre todo teniendo en cuenta que en determinados casos, estas normas pueden afectar derechos fundamentales garantizados por la Constitución”. CAMACHO (2005) p. 431.

<sup>120</sup> Sin perjuicio de ello, debe recordarse que existen dudas de constitucionalidad en otros ámbitos vinculados a las superintendencias diferentes a la potestad normativa. Véanse, entre otros, a EVANS (2002); ARÓSTICA (2009); GARCÍA (2009); LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); DÍAZ DE VALDÉS (2010).

<sup>121</sup> EVANS (2002) p. 680; LIBERTAD Y DESARROLLO (2009); GARCÍA (2009) pp. 341-346. Para una completa relativización de esta posición, que incorpora al concepto de *normas legales* algunas reglas de origen administrativo, véase CARMONA (1998) pp. 8-11.

<sup>122</sup> En palabras de Camacho, las normas dictadas por las Superintendencias “constituyen la traducción al máximo de la flexibilización del principio de legalidad en el ámbito de la regulación económica”. CAMACHO (2005) p. 431.

<sup>123</sup> EVANS (2002) p. 674.

Yendo un poco más allá, Díaz de Valdés ha dicho que aun frente a una norma legal expresa, los poderes normativos de las superintendencias serían inconstitucionales, ya que “se trataría de una suerte de delegación del legislador de parte de sus potestades legislativas en las superintendencias, en circunstancias que aquellas facultades le son indisponibles por expresa voluntad del constituyente”<sup>124</sup>. Este argumento se parece bastante al que expusimos cuando revisamos las razones favorables a la doctrina de la no-delegación.

En segundo lugar, se ha sostenido que si el legislador no está autorizado a delegar facultades legislativas al Presidente de la República en materia de garantías constitucionales (art. 64 de la CP), entonces menos sustento constitucional tendrán las facultades normativas de las superintendencias<sup>125</sup>. Si el legislador delega en un órgano que no es el Presidente de la República, entonces infringiría la prohibición constitucional<sup>126</sup>. Y si el legislador nada dice, y una superintendencia entra a regular, entonces quebranta el principio de juridicidad de sus actuaciones.

En tercer lugar, el propio Evans ha dicho que las superintendencias dictan normas al explicar o interpretar las leyes correspondientes. Lo anterior implicaría, para este autor, un desconocimiento del art. 3° del Código Civil, que reserva al legislador la facultad de interpretar o explicar las leyes de un modo generalmente obligatorio<sup>127</sup>. No obstante, la naturaleza simplemente legal de esta disposición le quita fuerza a este argumento, ya que otra ley perfectamente puede disponer lo contrario, como de hecho sucede.

Sin perjuicio de ello, resultan atractivos los esfuerzos de uno de los autores citados por fundamentar la idea de que la interpretación administrativa, a diferencia de la interpretación legislativa y la judicial, tiene mayores problemas de seguridad jurídica<sup>128</sup>. Esto es muy similar al problema del imperio del derecho expuesto por Sunstein, que relatamos cuando estudiamos la discusión norteamericana.

En cuarto lugar, las facultades normativas de las superintendencias nos llevan al problema de los entes autónomos que no están considerados en la CP<sup>129</sup>. Este

<sup>124</sup> Véase DÍAZ DE VALDÉS (2010). Cabe hacer presente que este autor relativizaría su posición, como se verá más adelante.

<sup>125</sup> EVANS (2002) p. 674.

<sup>126</sup> ARÓSTICA (2006) p. 154.

<sup>127</sup> EVANS (2002) p. 682. Una posición similar, aunque no desarrollada particularmente para el caso de las superintendencias, puede verse en ARÓSTICA (2006) pp. 149-150.

<sup>128</sup> EVANS (2002) p. 683.

<sup>129</sup> El mismo Carmona intenta demostrar que las superintendencias son entes autónomos de origen legal. CARMONA (1998) p. 1. Para este autor, la existencia de potestades normativas debe cumplir con dos rasgos centrales: una disposición clara de la ley que defina explícitamente las materias, y no puede enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República. CARMONA (1998) p. 3.

problema consiste en que la CP no les entrega facultades normativas a estos órganos, como sí lo hace respecto de otros (por ejemplo, el Banco Central y la Corte Suprema). Como existe una potestad normativa muy amplia tanto en el ámbito del legislador como en el ámbito residual de la potestad autónoma del Presidente de la República, entonces la existencia de otras facultades reguladores afectaría y restringiría a estas últimas, en circunstancias que la CP ha guardado silencio.

Este argumento ha llevado a Aldunate a defender la idea de que dichas potestades normativas de origen legal (no constitucional) son inconstitucionales<sup>130</sup>. Lo anterior se refuerza si se considera que, y como ha dicho Díaz de Valdés, “en nuestro sistema la única norma capaz de producir fuentes formales del Derecho es la Constitución, y el texto de aquella no reconoce una potestad normativa autónoma de las superintendencias”<sup>131</sup>.

Finalmente, haremos referencia a un problema muy difícil de zanjar, ya que las soluciones probables originan problemas. Una posición dice que de aceptarse la legitimidad constitucional de las facultades normativas de las superintendencias, consecuencialmente debería defenderse la idea de que las mismas son esencialmente reducidas<sup>132</sup>. Lo anterior se debe a que ellas tienen una doble subordinación normativa: la ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República<sup>133</sup>.

Sin embargo, esta visión es poco práctica, ya que la misma reduciría el poder regulador a niveles ridículos. Si la ley es amplia por el art. 63 N° 20 de la CP, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República es residual (art. 32 N° 8 de la CP), entonces no quedaría margen para la actividad reguladora de las superintendencias<sup>134</sup>. Como ha dicho Carmona, lo anterior se fortalece con las normas legales que disponen la facultad de las superintendencias de “solicitar al Ministerio con el que se relacionan, la dictación de ciertas normas que no pueden emitir directamente”<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> Cabe hacer presente que Aldunate no se refiere específicamente a las Superintendencias, sino que, en general, a todo órgano autónomo que tenga potestad normativa de origen legal. ALDUNATE (2009) p. 375.

<sup>131</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2010). Sin perjuicio de ello, y como se verá, este autor no participa de la idea de que dicha potestad es inconstitucional.

<sup>132</sup> Esto es lo que hacen, aunque de manera diferente, DÍAZ DE VALDÉS (2010) y CARMONA (1998).

<sup>133</sup> Apoyado en dictámenes de la Contraloría General de la República, un autor ha defendido la idea de que las facultades normativas de las Superintendencias no pueden significar la creación de obligaciones ni la creación de facultades. Esta es una idea, a nuestro juicio, muy interesante. DÍAZ DE VALDÉS (2010).

<sup>134</sup> Carmona, al aceptar que las potestades normativas no pueden enervar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, necesariamente compartiría esta posición. CARMONA (1998) p. 3.

<sup>135</sup> CARMONA (1999) p. 12.

La posición del párrafo anterior sólo podría ser refutada si se aceptara la idea de que la potestad normativa de las superintendencias ocupa ámbitos correspondientes a los poderes normativos del Presidente de la República. En este caso, y como ya adelantamos, se estaría diciendo que un poder de origen legal puede limitar facultades de origen constitucional sin autorización de la norma suprema. Lo anterior abre nuevas dudas de constitucionalidad<sup>136</sup>.

Como puede verse, cualquiera de los dos caminos que se elija arroja problemas.

En síntesis, tanto el grupo de problemas derivados de la autonomía, como el grupo de dudas constitucionales referidas a las potestades normativas de las superintendencias (a ellas podrían sumarse otros grupos de problemas a los que no nos hemos referido, como ocurre con las supuestas facultades jurisdiccionales de las mismas), demuestran la necesaria formulación de propuestas de reforma.

### 3.2. Lineamientos de reforma

Debe recordarse que la amplia bibliografía y experiencia sobre las agencias reguladoras nos muestra las características que, idealmente, han de reunir instituciones de características similares: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad)<sup>137</sup>. Para cumplir lo anterior, es fundamental que sus miembros sean seleccionados sobre la base de su preparación y capacidad, y no en atención a sus relaciones con las fuerzas políticas y a la mayor o menor confianza que puedan suscitar en los partidos políticos. Al mismo tiempo, el número de sus miembros y organismos de dirección debe ser tal que permita la operatividad en las decisiones colegiadas<sup>138</sup>.

Lo anterior, que parece de toda lógica en el modelo de agencias norteamericanas, no lo es en nuestro país, como ya hemos advertido.

Pensando en Chile, Galetovic y Sanhueza sostienen que si bien en principio el regulador debiera ser imparcial, en la práctica las decisiones regulatorias suelen tener consecuencias políticas:

<sup>136</sup> ALDUNATE (2009) p. 375.

<sup>137</sup> En efecto, el objetivo fundamental de estas comisiones es despolitizar y racionalizar el ejercicio de la regulación económica. Como sostiene ARIÑO (1999) pp. 592-93, en el nuevo modelo de regulación para la competencia es aún 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".

<sup>138</sup> ARIÑO (1999) p. 593.

“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”<sup>139</sup>.

Sobre la base de lo anterior, proponemos introducir las siguientes modificaciones al diseño institucional de las superintendencias. Hemos agrupado dichos lineamientos en tres categorías: a) diseño institucional (3.2.1); b) estatus constitucional (3.2.2); y c) fortalecimiento de la revisión judicial (3.2.3).

### **3.2.1. Diseño institucional: autonomía política**

En primer lugar, se propone promover la autonomía de las superintendencias respecto de la autoridad política y fortalecer su carácter técnico. En efecto, parece adecuado establecer un modelo de dirección en manos de un órgano superior colegiado, como ocurre con el Consejo del Banco Central<sup>140</sup>.

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate que ha planteado un ex Superintendente de Valores y Seguros sobre la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –similar a la SEC norteamericana–, la que en principio tendría una autonomía real (tipo Banco Central), integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> Esto ha sido propuesto anteriormente por LIBERTAD Y DESARROLLO (2009).

Asimismo, parece necesario avanzar en el sistema de nombramiento de los superintendentes. Como hemos dicho anteriormente, la intervención de la Alta Dirección Pública es un avance insuficiente. Una solución posible, ya 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”<sup>141</sup>.

En un sentido similar se pronuncian Sánchez y Sanhueza pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios<sup>142</sup>.

Esto último no sólo fortalece la autonomía institucional de las superintendencias, sino que además promueve un sistema de contrapesos de poder en la generación de los consejeros o directores.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado al problema de la autonomía de las superintendencias respecto del poder político, proponemos separar en órganos diversos la atribución de regular un sector de la economía y la facultad para ejecutar las políticas sectoriales definidas en la regulación. Ambas atribuciones deben recaer en autoridades diferentes e independientes entre sí. Lo anterior es fundamental para acotar los márgenes de discrecionalidad regulatoria.

Ello tiene un particular 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 Subsecretaría de Telecomunicaciones, que depende directamente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Este último caso confunde los roles de regulación y de ejecución de la política sectorial, aumentando las posibilidades de que el proceso de fijación de tarifas se politice<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> BUCHHEISTER (2008).

<sup>142</sup> SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 178.

<sup>143</sup> 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

Esta dualidad de objetivos también hace mucho más difícil evaluar el desempeño del regulador<sup>144</sup>.

Finalmente, entre otras materias que deberían estudiarse, está la relacionada con la autonomía financiera de las superintendencias, cuestión que no abordamos en este trabajo, pero que, estimamos, resulta de especial trascendencia en cualquier diseño institucional que pretenda fortalecer la independencia de la autoridad respectiva.

### 3.2.2. *Estatus constitucional*

Buena parte de las discusiones constitucionales en torno a las características más relevantes del “modelo” Banco Central, tanto desde la perspectiva del constituyente de 1980<sup>145</sup>, como de autores influyentes de la época<sup>146</sup> u otros comentaristas posteriores<sup>147</sup>, resaltan la necesidad que se tuvo en la época de acorazar la autonomía y el carácter técnico de la institución a través de su elevación como órgano de rango constitucional.

Si bien el debate está pensado desde la perspectiva de potenciar una política monetaria saludable, a cargo de técnicos y evitando las tentaciones –sufridas en el pasado– de que el Gobierno pudiera ser “financiado” desde dicho órgano, todo ello se enmarcó en un diseño institucional que garantizara dichos objetivos a través de garantías “estructurales”. De nada habrían servido declaraciones líricas en torno a la autonomía y el carácter técnico si no se hubiera establecido en la Constitución y su ley orgánica respectiva la dirección de dicho órgano a cargo de un Consejo; un mecanismo de designación que obliga al Presidente de la República a negociar con el Senado; una duración en el cargo de los Consejeros por un período extenso que rompe los ciclos electorales<sup>148</sup>; un nivel de remuneraciones acorde a la importancia del órgano; el esquema de control sobre los Consejeros (acusaciones y causales de destitución); exclusión institucional de la denominada “Administración Pública” (centralizada y des-

---

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 que técnica por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia”. SÁNCHEZ y SANHUEZA (2000) p. 169.

<sup>144</sup> GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 125.

<sup>145</sup> Ver sesiones de la CENC N°s 384, 388, 389, 393, 399, 400 y 409; como asimismo del Consejo de Estado, sesiones N°s 91 y 95.

<sup>146</sup> Ver por ejemplo GUERRERO (1979).

<sup>147</sup> Ver por ejemplo YRARRÁZVAL (1987) o CEA (2000).

<sup>148</sup> Un número de años alto e inamovilidad (salvo por causa de responsabilidad, por supuesto), es una buena medida para promover la autonomía de la autoridad.

centralizada), quedando al margen de las funciones encargadas al Presidente y al Gobierno; entre otros.

Y es que la centralidad del Banco Central en el nuevo Orden Público Económico o Constitución Económica en un sentido moderno<sup>149</sup> ameritaba la rearticulación radical de su estatus al interior de nuestro sistema jurídico. La nueva mentalidad económica post Constitución de 1980 busca reforzar el que las regulaciones económicas –y los órganos de las cuales emanen– ajusten su accionar y estén al servicio de las garantías constitucionales económicas de los individuos y no lo contrario, esto es, que el orden público económico se constituya en fundamento que entregue “carta blanca” al regulador para establecer las más diversas normas en los más diversos mercados.

Dado lo anterior, y asumiendo que el accionar de las superintendencias tiene en la práctica un poder mayor de lesionar los derechos y libertades económicas –no por la magnitud, dado que una mala decisión del Banco Central tiene efectos sobre toda la población, sino por la cotidianidad del accionar de la superintendencia–, es que lo que se ha predicado respecto del Banco Central tiene igual o mayor sentido al momento de hablar de las superintendencias.

Por ello, no es descabellado pensar que se debiera establecer un capítulo especial en la Constitución estableciendo una tipología de superintendencia, la que posteriormente podría permitir al legislador orgánico adecuarla a las diversas realidades y marcos regulatorios específicos sectoriales. Pero existiría un modelo general que compartiría, en el grueso, las mismas garantías estructurales que las establecidas respecto del Banco Central.

Más aún, y también pensando en el modelo del Banco Central, parte de un nuevo diseño implica otorgarle cierta autonomía normativa (i.e., dictación de normas de carácter general y obligatorio). Si de facto la ostenta, como hemos sostenido y criticado en este trabajo, lo hace de una manera del todo irregular, de una forma no tolerada por la Carta Fundamental.

Pensar en la consagración constitucional de una potestad reglamentaria especial no tan sólo es coherente con el respeto a diversos principios constitucionales tales como la separación de funciones o el de reserva legal, si no que, bien diseñado, ayuda a materializar el adecuado balance técnico-constitucional al que hicimos referencia en la introducción de este trabajo. En efecto, una autonomía normativa bien entendida permite tanto respetar la supremacía constitucional y el sentido más profundo del *accountability* y pedigrí democrático al que se deben sujetar las regulaciones económicas, como permitir un actuar eficaz y eficiente por parte de las agencias administrativas.

<sup>149</sup> Ver este debate en GARCÍA (2010).

Para algunos, los lineamientos anteriores pudieran parecer radicales, y como todo proceso de reforma constitucional, implica altos costos de transacción políticos que hacen inviable un proyecto de esta naturaleza.

Dado lo anterior, una propuesta alternativa consiste en estudiar una reforma constitucional que autorice expresamente al legislador a establecer el ejercicio de facultades normativas para ciertas actividades económicas, con el objeto de salvar los problemas de reserva legal en la materia. Sin embargo, debe cuidarse que una propuesta como esta no se convierta en un "cheque en blanco".

Así, creemos que esta reforma autorizaría al legislador a delegar sus facultades normativas con la condición de que lo realice de manera siempre expresa, considerando ciertas características y limitaciones que deberán observarse, tales como las siguientes: la regulación es para actividades específicas y determinadas; la restricción al ejercicio de derechos debe cumplir, en la ley, con estándares de determinación y especificidad, y estará vedado a la institución delegada regular lo anterior; la delegación exige fortalecer las facultades de revisión judicial con estándares especializados, claros y precisos, cumpliendo con ciertas reglas comunes; la delegación debe recaer en órganos (superintendencias) que cumplan ciertos estándares de autonomía, *accountability*, contrapesos, procedimientos transparentes y participativos, entre otros.

El estudio de propuestas como estas, creemos, permitiría salvar las dudas existentes en cuanto a la legitimidad constitucional de los poderes normativos de las superintendencias y, al mismo tiempo, delimitar el eventual exceso de poder de los reguladores garantizando adecuadamente las defensas de los regulados.

### **3.2.3. Fortalecer la revisión judicial**

Se propone un fortalecimiento del control judicial de sus decisiones, lo que implica la construcción de estándares sofisticados de revisión. Con lo anterior, se establece un sistema de contrapesos al enorme poder que tiene una institución que regula, fiscaliza, y sanciona. Es fundamental contar con una revisión judicial que se base en estándares claros, precisos y conocidos<sup>150</sup>.

La tensión en esta materia ha sido percibida con claridad en el debate reciente en torno a la creación del Ministerio del Medio Ambiente y la superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales, llevó al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> Esta materia ya la tratamos en GARCÍA (2010).

<sup>151</sup> Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009.

En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión<sup>152</sup>. El proyecto consagra estándares de revisión judicial sobre los actos administrativos ambientales, para ser considerados por los jueces al momento de resolver sus asuntos.

Nótese que, adicionalmente, el reconocimiento legislativo de la necesidad de fortalecer el control judicial de la regulación administrativa ambiental a través de un tribunal ad hoc echa por tierra las pretensiones de algunos autores de permitir que las superintendencias tuvieran potestades de carácter jurisdiccional<sup>153</sup>.

#### IV. Conclusiones

1. El debate relativo a las agencias reguladoras independientes es muy ilustrativo para nosotros. En efecto, la introducción de argumentos derivados del constitucionalismo permite iluminar el debate nacional con aspectos muy relevantes, como el *accountability*. Hay muchas lecciones que se pueden sacar de la experiencia norteamericana, relacionadas con la revisión judicial y los aspectos elementales de la autonomía institucional, entre otros.

2. En el caso chileno, las superintendencias han sido fuertemente criticadas por adolecer de anomalías relacionadas con su diseño, como ocurre con la ausencia de autonomía real, y con aquellas vinculadas con su constitucionalidad, como el problema del desconocimiento de la reserva legal.

3. El debate nacional puede robustecerse si incorpora los elementos derivados de la experiencia norteamericana. Asimismo, no puede desconocerse que hay experiencias nacionales exitosas en diseños institucionales similares, como ocurre con el modelo del Banco Central y con el proyecto de ley que crea los tribunales ambientales.

4. De todas las consideraciones realizadas en este trabajo, se ha intentado hacer un esfuerzo por proponer, a modo de propuesta inicial y con el objeto de ponerlas sobre la mesa, ciertas reformas institucionales que, creemos, podrían colaborar con la solución de los problemas derivados de las anomalías que detectamos. Ellas se basan, en lo sustancial, en una ineludible reforma constitucional que considere una autoridad regulatoria que cumpla con estándares similares a los del Banco Central. También, y de manera alternativa, se propone revisar el sistema de competencias regulatorias para permitir de manera acotada y respetuosa con la Constitución el accionar administrativo. Todo lo

<sup>152</sup> Ver Boletín N° 6747-12, p. 8.

<sup>153</sup> Ver por ejemplo el debate entre los profesores Arturo Fermandois y Luis Cordero analizado en GARCÍA (2009). Ver también DÍAZ DE VALDÉS (2010).

anterior exige la presencia de un sistema de frenos y contrapesos adecuado, comenzando con una revisión judicial eficaz de las normas que se dicten

## Bibliografía

ACKERMAN, Bruce (1984): "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 93: pp. 1013-1069.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): "La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, auto acordados y facultades del Fiscal Nacional", *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso), vol. 33: pp. 371-390.

ARANSON, Peter H.; GELLHORN, Ernest, y ROBINSON, Glen O. (1982): "A Theory of Legislative Delegation", *Cornell Law Review*, vol. 68: pp. 1-56.

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

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006): "Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa", *Actualidad Jurídica*, N° 14: pp. 149-160.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2009): "Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros", *Actualidad Jurídica*, N° 20: pp. 569-575.

BICKEL, Alexander (1986): *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics* (2ª edición, New Haven, Yale University Press) 306 pp.

BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R., y SPITZER, Matthew L. (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases* (2ª edición, Nueva York, Aspen) 1224 pp.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* 25-27 de noviembre de 2004 (LexisNexis): pp. 423-432.

CEA EGAÑA, José Luis (2000): "Autonomía del Banco Central", *Revista de Derecho Público*, vol. 62: pp. 66-79.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, t. II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 733 pp.

COMELLA DORDA, Rosa (1997): *Límites del Poder Reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos* (Cedecs).

CURRIE, David P. (2000): *The Constitution of the United States: a primer for the people* (Chicago, The University of Chicago Press) 165 pp.

DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel (2010): "Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico", *Centro de Estudios Constitucionales*, N° 10: en prensa.

ELY, John Hart (1997): *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional* (Traducc. Magdalena HOLGUÍN, Bogotá, Siglo del Hombre) 290 pp.

EPSTEIN, Richard (1989): "El interés propio y la Constitución", *Centro de Estudios Públicos*, N° 35: pp. 5-13.

EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio (2002): "Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y fiscalización del Estado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 N° 3: pp.673-683.

EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio (2006): "Control de constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 16: pp. 111-128.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1990): "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Gaceta Jurídica*, N° 123, pp. 7-12.

FROOMKIN, Michael (1987): "In defense of Administrative Agency Autonomy", *The Yale Law Journal*, Vol. 96, pp. 787-814.

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](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995): *Jueces y Control de la Administración* (Editorial Civitas).

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2010): "Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile", *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo), vol. 21: pp. 255-315.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias: Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo), vol. 19 Tomo I: pp. 327-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y SOTO VELASCO, Sebastián (2009): "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", *Ius et Praxis* (U. de Talca), vol. 15, N° 2: pp. 353-372.

GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1979): "La Constitución Económica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, N° 1-4: pp. 79-94.

HALL, Kermit L. (1992): *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States* (Oxford, Oxford University Press) 1032 pp.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James, y JAY, John (2001): *El Federalista* (Traducc. Gustavo R. VELASCO, México D.F., Fondo de Cultura Económica) 430 pp.

LOCKE, John (2002): *Segundo Tratado del Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (Traducc. Carlos MELLIZO, Madrid, Alianza Editorial) 238 pp.

MAGIDE HERRERO, Mariano (2000): *Límites constitucionales de las administraciones independientes* (Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas) 561 pp.

MASHAW, Jerry L. (1997): *Greed, Chaos, & Governance. Using public choice to improve public law* (New Haven, Yale University Press) 231 pp.

MCNOLLGAST (1999): "The Political Origins of the Administrative Procedure Act", *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15 N° 1: pp. 81-100.

MOE, Terry M., y HOWELL, William G. (1999): "The Presidential Power of Unilateral Action", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 15 N° 1, pp: 132-179.

POSNER, Eric A., y VERMEULE, Adrian (2002): "Interring the Nondelegation Doctrine", *The University of Chicago Law Review*, vol. 69: pp. 1721-1762.

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](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1511_833/rev77_sanchez_sanhu.pdf)

SCHOENBROD, David (1999): "Delegation and Democracy: A reply to my critics", *Cardozo Law Review*, vol. 20: pp. 731-766.

SCHOENBROD, David (2003): "Politics and the principle that elected legislators should make the laws", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26: pp. 239-280.

SUNSTEIN, Cass R. (1999): "Nondelegation canons", *John M. Olin Law and Economics Working*, paper N° 82. Disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html> [fecha de consulta: 19 de octubre de 2009].

WALD, Patricia (1984): "Judicial Review of Economic Analyses", *Yale Journal on Regulation*, vol. 1: pp. 43-62.

YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo (1987): "Principios económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14: pp. 97-112.

## OTROS

BLACK'S LAW DICTIONARY (2001): (Minnesota, West Group) 796 pp.

BUCCHEISTER, Axel (2008): 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](http://blog.latercera.com/blog/abuchheister/entry/nueva_comisi%C3%B3n_de_valores_y_seguros).

CARMONA SANTANDER, Carlos (1998): *La potestad normativa de los entes autónomos* (apuntes de clase): 14 pp.

CARMONA SANTANDER, Carlos (1999): *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho* (apuntes de clase): 47 pp.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2009): "Superintendencias en Tiempos de Cambio", *Temas Públicos*. Disponible en: [http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo\\_ch3757/deploy/tp948redisenodesuper.pdf](http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch3757/deploy/tp948redisenodesuper.pdf) [fecha de consulta: 28 de enero de 2010]

LIBERTAD Y DESARROLLO (2003): "Las Nuevas SUPER Intendencias", *Temas Públicos*. Disponible en: [http://www.lyd.com/lyd/centro\\_doc/documents/tp-637-las%20nuevas%20super%20intendencias-01-08-2003.pdf](http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/tp-637-las%20nuevas%20super%20intendencias-01-08-2003.pdf) [fecha de consulta: 17 de marzo de 2010]