

Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES

Magister en Derecho,

UNIVERSIDAD DE CHILE

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y UNIVERSIDAD DE CHILE, IAP

Texto actual	Propuesta de cambio
<p>21°.- <i>El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.</i></p> <p><i>El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.</i></p>	<p>Agregar un nuevo inciso tercero y cuarto: “Las superintendencias son organismos autónomos que aplican las normas legales que regulan a quienes ejercen este derecho¹. Su dirección superior corresponderá a Consejos Directivos, los que ejercerán de forma exclusiva las atribuciones que les encomienden la Constitución y las leyes. Dichos Consejos estarán integrados por cinco consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Los Consejeros durarán diez años en sus cargos, no podrán ser designados para un nuevo período y se renovarán por parcialidades cada dos años.</p> <p>Los Consejeros solo podrán ser removidos por el Presidente de la República, por infracción grave a la Constitución o a las leyes, incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones”.</p>

Introducción

En el presente estudio se analiza a las superintendencias chilenas. Las superintendencias son titulares de relevantes potestades, las que aplican de modo constante. Sus atribuciones consisten en interpretar normas, fiscalizar el de-

¹ Se previene que el articulado sugerido no desarrolla las atribuciones de las superintendencias. En otras palabras, este artículo no evalúa la conveniencia de la mantención o supresión de las potestades normativas, sancionadoras, ni las propiamente administrativas.

sarrollo de ciertas actividades, y sancionar a los particulares que infrinjan la regulación. Los anunciados poderes se ejercen en diversas áreas, tales como en el sistema bancario, eléctrico, de salud, de seguridad social, de valores y seguros, y en el ambiental, entre otros.

A modo de contrapeso, la normativa que estructura a las superintendencias afirma que son autónomas respecto del Presidente de la República, y que solo están sometidas a la supervigilancia de éste.

¿Es lo anterior cierto? ¿Es una garantía la “*autonomía*” de las superintendencias respecto del Presidente de la República?

Para responder la pregunta formulada es indispensable identificar las atribuciones de estos servicios, y describir su régimen orgánico². Debemos aclarar que, en esta ocasión, no revisaremos las competencias de las superintendencias, tampoco precisaremos la fuente en que deben desarrollarse sus atribuciones, ni desarrollaremos los numerosos cambios legislativos que debieran efectuarse, en caso de acogerse la propuesta que se formula.

Así entonces nos enfocaremos en identificar las previsiones que el legislador ha contemplado para aislar la influencia del Poder Ejecutivo en el actuar del superintendente.

Estructuraremos nuestro estudio a través del siguiente esquema. En primer término, **(I)** revisaremos los límites competenciales y organizacionales de las superintendencias chilenas. A través de un análisis histórico, daremos cuenta de las poderosas atribuciones y del diseño orgánico que actualmente tienen los organismos señalados.

A continuación, **(II)** precisaremos qué se entiende, en la teoría y en la práctica, por “*autonomía*”, cuando hablamos de las superintendencias. Para ello describiremos y denunciaremos el problema que constituye el poder del Presidente de nombrar y remover a los superintendentes libremente.

Finalmente, una vez definido el problema, **(III)** revisaremos cómo ha sido resuelto en Estados Unidos, y entregaremos nuestra opinión, que comprende una adición al artículo 19 N° 21 constitucional.

² Este encuadre reduce nuestro análisis a once normas especiales, que regulan a las siguientes Superintendencias: Administradoras de Fondos de Pensión, de Bancos e Instituciones Financieras, de Casinos de Juego, de Educación, de Insolvencia y Reemprendimiento, de Salud, de Seguridad Social, de Servicios Sanitarios, de Valores y Seguros, y del Medio Ambiente. Es necesario reconocer los trabajos nacionales en la materia tales como los de ARÓSTICA (2009), GARCÍA (2009), DIAZ DE VALDÉS (2010), GARCÍA y VERDUGO (2010), y GARCÍA y CORDERO (2012).

I. De las superintendencias

La génesis de nuestras superintendencias está en el siglo XIX, en Chile. La primera superintendencia, fue la “*de Educación Pública*”, institución que –paradójicamente– estaba contenida en el artículo 154 de la Constitución de 1833, siendo la finalidad de este ente fiscalizador la de “*inspección de la enseñanza nacional*”³⁻⁴. Con posterioridad, en 1872, se creó la “*Superintendencia de Aduanas*” la que ejerció “*la dirección de todas las Aduanas de la República*” (artículo 128 de la Ordenanza de Aduanas, de 24.12.1872).

El origen histórico de las instituciones, sin duda, sirve para entender su estado actual. Por lo anterior, contrastaremos las superintendencias de ayer con las de hoy. Es del caso aclarar que las superintendencias de antaño poseen semejanzas y diferencias con las contemporáneas, esto se explica puesto que **(1)** los poderes de las presentes superintendencias se asemejan a aquellos detentados por las superintendencias del siglo XIX; y debido a que **(2)** las actuales, al contrario de las primeras, serían “*autónomas*”.

A continuación revisaremos tales similitudes y diferencias entre las derogadas superintendencias nacionales y sus vigentes sucesoras.

1. Al igual que sus pretéritas congéneres, las actuales superintendencias poseen, a modo de común denominador, potestades fiscalizadoras. Así, por ejemplo, la derogada Superintendencia de Aduanas poseía la competencia de “*mandar abrir i reconocer los bultos de mercadería cuando haya sospechas de fraude ya sea que estos estén en almacenes de Aduana o a bordo de los buques, o que se pidan para reembarcar de almacenes de particulares o cualquier otro destino*” (artículo 127 N° 10 de la Ordenanza de Aduanas). La doctrina dio cuenta de estas atribuciones, al señalar que las “*Direcciones o Superintendencias, como se les llama por las distintas leyes que las han establecido, podrá observarse que están organizadas de distintas maneras... salvo las atribuciones de inspección i vigilancia, las cuales deben conservar en todo caso...*”⁵.

³ En el Mensaje Presidencial, de autoría de la Presidenta Bachelet, se explicó este punto que “*En la educación chilena, la figura de una “Superintendencia” es de larga data; pero sólo en 1953 se llegaría a la creación concreta de un organismo específico para ejercer esta función. Sin embargo, aquella Superintendencia careció de capacidad ejecutiva, jurídica y material para fiscalizar*” Historia de la Ley N° 20.529, Mensaje Presidencial, p. 13.

⁴ A efectos de entender el sentido y alcance de la inspección en materia educacional, como el origen de la primera superintendencia chilena, véase el artículo de Brigitte Leal. Si bien la Superintendencia citada fue establecida en el texto constitucional solo en 1879, a través de la Ley de Instrucción Secundaria y Superior y específicamente mediante el Consejo de Instrucción Pública, fue que se radico la función de inspección entregada a la Superintendencia, LEAL (2014) pp. 94-95.

⁵ AMUNÁTEGUI (1907) p. 93.

Hoy en día, las potestades de inspección de las superintendencias pueden llegar al acceso y examen de una amplia gama de documentos –de propiedad de los indagados–⁶, hasta la citación de personas para conocer su declaración⁷.

Además, las superintendencias del siglo XIX poseían atribuciones sancionadoras y normativas. La ya citada Superintendencia de Aduanas detentaba atribuciones para castigar, debido a que tenía la potestad de *“absolver o decretar el pago, según los casos, de toda multa impuesta por la presente ordenanza, siempre que el monto de ella no exceda de cuarenta pesos”* (artículo 127 N° 5 de la Ordenanza de Aduanas); también poseía la facultad de interpretar de modo obligatorio su normativa, al poder *“remitir a las aduanas instrucciones impresas sobre los principales deberes que impone esta ordenanza a los capitanes de buques para que les sean repartidas por los gobernadores marítimos a su arribo a los puertos de la República”* (artículo 127 N° 14 de la Ordenanza de Aduanas).

Entonces, la génesis de las facultades sancionadoras e interpretativas, al igual que las competencias fiscalizadoras, está en las normas chilenas. Las contemporáneas atribuciones son análogas a las contenidas en los derogados cuerpos normativos, dado que recaen en la competencia para castigar a los particulares⁸, como para vincularlos con sus generales pareceres acerca de las normas que controlan⁹.

De lo anterior se deduce que, hoy al igual que ayer, las competencias son relevantes. Las potestades son, por cierto, poderosas e intrusivas, tanto más cuando quedan radicadas en manos de un solo órgano –persona–. Lo anterior se ve agravado por el anómalo ejercicio que, en algunos casos, se le ha dado a estas atribuciones¹⁰.

⁶ Esta atribución se refleja, a modo de ejemplo, en los siguientes preceptos: artículo 42, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra d), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49, letra e), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

⁷ Esta competencia, a modo indicativo, se contiene en las siguientes normas: artículo 42 N° 14, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra h), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letra f), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 18, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

⁸ Esta potestad aparece, entre otras en los siguientes preceptos: artículo 42 N° 11, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 10 letra f), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letras l), Ley N° 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 19, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

⁹ Esta competencia aparece, entre otras en los siguientes preceptos: artículo 42 N° 7, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 4 letra a), Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 49 letra m), Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, D.F.L N° 3 del año 1997, Ley General de Bancos.

¹⁰ Véase el estudio efectuado por José Manuel Díaz de Valdés, el autor analizó cuatro superintendencias y observó que algunas de las normas que ellas exceden el marco constitucional DIAZ DE VALDÉS (2010) pp. 249-281.

2. Por otra parte, las actuales superintendencias, al contrario de las pretéritas, declaran ser “*autónomas*” frente al poder político.

La Superintendencia de Aduanas era una dependencia del poder central, denominada “*oficina*” compuesta por “*un superintendente, un secretario i los demás empleados que el Presidente de la República juzgue necesario agregar*” (artículo 126 de la Ordenanza de Aduanas). La doctrina administrativista de la época señalaba que “*las oficinas aludidas son secciones de los Ministerios separadas entre ellos porque se han establecido sin base científica, tratándose de quitar, aparentemente, al Ejecutivo el poder de que no es posible despojarlo, dentro de la propia Administración Central*”¹¹.

Hoy en día, las superintendencias caben en la categoría de organismos administrativos descentralizados o aquellos que presentan algún grado de separación respecto del Presidente. Más precisamente los organismos descentralizados son aquellos que poseen personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que no hacen parte del Fisco, encabezado por el Presidente de la República.

Los organismos descentralizados, como las superintendencias, son personas “*autónomas*”¹², lo que connotaría su separación jerárquica y funcional frente al Jefe de Estado. Específicamente las superintendencias tienen la categoría de servicios descentralizados funcionalmente, pues poseen específicas finalidades que se atienden con “*autonomía*” de aquellas que lleva a cabo la Administración Central (tal como la Fiscalía Nacional Económica o el Servicio de Evaluación Ambiental¹³).

¿Es lo antes señalado efectivo? ¿Son las actuales superintendencias “*autónomas*” del Jefe de Estado?

II. Descripción de la falencia

Al día de hoy las superintendencias están sujetas a **(1)** los denominados poderes de “*supervigilancia*” que ejerce el Jefe de Estado. **(2)** Existe una concreta amenaza, cual es que el Presidente nombra y remueve libremente a los Superintendentes, cuestión que se revela como una realidad en Chile. **(3)** Esto constituye un problema del cual es necesario hacerse cargo.

¹¹ AMUNÁTEGUI (1907) p. 94.

¹² Las superintendencias son organismos autónomos, así lo declara la preceptiva contenida en sus leyes orgánicas, tal como el: artículo 35, inciso primero, Ley N° 19.995, de Casinos de Juego; artículo 1°, Decreto Ley N° 3.538, de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículo 47, Ley 20.529, de la Superintendencia de Educación; artículo 12, DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos.

¹³ Regulados en el artículo 33 del DFL N° 1 de 2005 de Economía, Fomento y Reconstrucción, como en el artículo primero, artículo 80 de la Ley N° 20.417.

1. Uno de los aspectos más cuestionables respecto de la organización de la Administración del Estado chileno es el presidencialismo exacerbado¹⁴. Intrínsecamente vinculado al poder del Presidente se manifiesta un asunto consecencial: la injerencia que éste tiene sobre las cabezas de los organismos descentralizados, los superintendentes.

En materia de organización de la Administración, el presidencialismo se manifiesta en que todos los servicios públicos nacionales tienen “algún grado de sujeción respecto del Jefe de Estado”¹⁵. Este nexo se aprecia, por una parte, en la estrecha relación entre el Presidente y la Administración Centralizada y, por otra, en el vínculo entre el Primer Mandatario y la Administración Descentralizada.

La Administración Centralizada es aquella a cuya cabeza está el Presidente de la República¹⁶. Lo anterior se connota en los poderes con que cuenta el Primer Mandatario, cuales son los de ordenar –emitir actos particulares que contengan mandatos determinados–, instruir –dictar actos generales que trasuntan directrices de comportamiento–, y controlar. De igual modo el Presidente representa extrajudicialmente a la Administración Centralizada¹⁷.

La influencia del Presidente no se agota en la Administración Centralizada, la Administración Descentralizada también está sujeta a éste. En lo que nos interesa, los organismos descentralizados funcionalmente –dentro de los que se encuentran las superintendencias– están sometidos al poder del Primer Mandatario.

El poder del Presidente se materializa en lo que la Ley N° 18.575 denomina como “*supervigilancia*”. La “*supervigilancia*” puede conceptualizarse como aquel conjunto de competencias –y como tales, vale remarcar, habrán de ser expresas– para nombrar a los órganos superiores¹⁸, aprobar su presupuesto y determinados actos de los organismos funcionalmente descentralizados¹⁹. Así

¹⁴ Respecto al origen del “presidencialismo reforzado o constitucionalmente hipertrofiado –con la formidable primacía legislativa del jefe de Estado–” véase a FERMANDOIS y GARCÍA (2009) p. 308.

¹⁵ CALDERA (2001) p. 279.

¹⁶ En palabras de Enrique Silva Cimma “El Régimen de Centralización, entendido en su acepción gramatical, es la reunión de toda la autoridad en el gobierno supremo del Estado para satisfacer las necesidades públicas. Un órgano central único, bajo cuya dirección se enlazan los demás órganos del país, es el significado que se da a la centralización, pero hay otro más. Así se habla de centralización administrativa para indicar el orden y vinculación que tienen entre sí los diversos órganos que dependen de un mismo superior” SILVA CIMMA (1995) p. 92, nota 84. Según Eduardo Soto Kloss, “lo esencial de la centralización, en cuanto principio organizativo, es el hecho de configurar un solo centro máximo de decisión, el cual adopta todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos o fines que a dicha organización le han sido encargadas de obtener” SOTO KLOSS (2012) p. 210.

¹⁷ Al efecto véanse SILVA CIMMA (1995) pp. 102-107 y SOTO KLOSS (2012) pp. 189-209.

¹⁸ “El Jefe del Estado nombra no sólo al Director de la Institución, sino que también, cuando la ley contempla la existencia de un cuerpo colegiado, a la mayor parte de los miembros de su consejo directivo, algunos de los cuales lo representan personalmente a él” SILVA CIMMA (1995) p. 106.

¹⁹ “El jefe del Estado... debe aprobar su presupuesto anual y la planta de su personal, y debe, en fin, aprobar algunos actos de enajenación” SILVA CIMMA (1995) pp. 106.

entonces “la supervigilancia... se traduce en una precisa intervención del Poder Central en la marcha de estos órganos, cuya autonomía viene a ser solamente relativa”²⁰.

Entonces, si bien existe una administración llamada “descentralizada”, denominación que podría forzar a que la caracterizásemos como independiente o autárquica, la realidad legislativa chilena nos muestra algo diverso.

2. En suma, el Presidente de la República posee poderes sobre los organismos funcionalmente descentralizados. Una de aquellas potestades consiste en el nombramiento y remoción de los superintendentes.

Sabemos que las superintendencias están encabezadas por un órgano directivo unipersonal denominado Superintendente. Las normas especiales que regulan el procedimiento de nombramiento y el modo de remoción de estos órganos precisan que tienen el carácter de jefe de servicio, que son de exclusiva confianza del Presidente de la República en cuanto a su remoción²¹⁻²², y que la vía por la que opera su elección y exclusión se sujeta a lo prescrito por la Ley N° 19.882.

La Ley N° 19.882, que contiene el “Sistema de Alta Dirección Pública”, especifica el modo de designación y remoción de, entre otros, los superintendentes²³. El procedimiento se caracteriza por lo que sigue: los superintendentes se designan por el Presidente de la República de turno, de entre los candidatos que se encuentren en una lista propuesta por un órgano denominado “Consejo de Alta Dirección Pública”. De igual forma, el Presidente, en caso que no considere apto a ninguno de los aspirantes, podría declarar “desierto” el concurso (artículo quincuagésimo primero, Ley N° 19.882).

²⁰ SILVA CIMMA (1995) p. 165.

²¹ Así lo señala el Estatuto Administrativo, en su artículo 7° letra c), cuando menciona que “Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República... c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios...” (refundido en el DFL N° 29 de 2005, del Ministerio de Hacienda). De igual modo el carácter de exclusiva confianza se precisa en algunas leyes que regulan a las superintendencias, tales como en el caso del: artículo 40 de la Ley N° 19.995 (Superintendente de Casinos de Juego), artículo 4° de la Ley N° 18.410 (Superintendente de Electricidad y Combustibles), artículo 4° del DFL N° 101 de 1980, del Ministerio del Trabajo (Superintendente de Pensiones), artículo 7° del DL 3.538 (Superintendente de Valores y Seguros).

²² En cuanto al carácter de exclusiva confianza de un Superintendente, la Contraloría señaló que “En el artículo 44 se confiere al Superintendente de Educación la calidad de “funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República”, en circunstancias que en el artículo 1°, inciso segundo, se dispone que la Superintendencia “estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública”, lo que implica que dicha autoridad sólo poseerá la calidad de empleado de la exclusiva confianza en lo que respecta a su remoción, tal como lo precisara la Contraloría General a través de su dictamen N° 3.586, de 2006” Dictamen N° 39.736 de 3.9.2007.

²³ La norma señala que el Sistema de Alta Dirección Pública regula a los “servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575”, dentro de los cuales están los funcionalmente descentralizados (artículo Trigesimoséptimo de la Ley N° 19.882. Las excepciones que el mismo precepto establece son: la Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Asimismo los superintendentes pueden ser removidos sin causa, ya que la única condición en caso que sean expulsados antes del plazo de tres años desde su nombramiento, es una compensación económica²⁴ (artículo quincuagésimo octavo, Ley N° 19.882).

Entonces, las leyes permiten que, en caso que el Primer Mandatario no tenga o pierda la "esperanza firme" en que las actuaciones o comportamientos de algún candidato o superintendente en ejercicio se adecuen a lo que él estime procedente, no lo designe o bien lo remueva. Lo anterior se debe a que el Sistema de la Alta Dirección Pública, si bien tuvo por finalidad, a través del autodenominado "nuevo trato laboral", "fortalecer... el sistema de concursos asegurando la transparencia, objetividad, y ecuanimidad de los mismos mediante el perfeccionamiento del sistema vigente"²⁵, no garantizó la independencia de los superintendentes²⁶. Lo anterior se explica pues los superintendentes poseen el carácter de órganos de la "exclusiva confianza" del Primer Mandatario.

Creemos que la anunciada hipótesis no es especulativa, al contrario, tiene plena aplicación en Chile. La falta de independencia de los superintendentes, en cuanto a su nombramiento y remoción, se demuestra al revisar lo ocurrido en los años 2010 y 2014: la elección de un Presidente de la República de una coalición política diversa a la anterior, cuestión que produjo un masivo cambio de superintendentes.

Revisaremos los cambios de Superintendente en los organismos existentes antes de 2010, cuales son las Superintendencias de: Bancos e Instituciones Financieras, Casinos de Juego, Electricidad y Combustibles, Insolvencia y Re-empresamiento (antecedida por la de Quiebras), Pensiones, Salud, Seguridad Social, Servicios Sanitarios, y Valores y Seguros. Quedan excluidas del análisis las Superintendencias de Educación Escolar y de Medio Ambiente.

Resulta decidor que, del universo de nueve superintendencias, en siete de ellas se haya producido un cambio de su órgano directivo fruto de la modificación de la coalición gobernante, cuestión que se traduce en que en un 78% de los casos los Superintendentes no tuvieron estabilidad en sus cargos.

²⁴ Cabe hacer notar que un reciente dictamen concluyó que los jefes de servicio, entre ellos los superintendentes, "al tener la calidad de exclusiva confianza para efectos de su remoción, les resulta aplicable lo prevenido en el citado artículo 148 de la ley N° 18.834 –cuerpo normativo que en virtud de lo dispuesto en el artículo trigésimo noveno de la ley N° 19.882, regula supletoriamente al sistema en comento–, aseveración que es concordante con el razonamiento manifestado en los dictámenes N°s 31.900, de 2010, y 36.575, de 2011, ambos de este origen, de modo que a éstos también puede pedírseles su renuncia y, de no presentarla, declarárseles vacante el cargo" Dictamen N° 11.201 de 13.2.2014.

²⁵ Historia de la Ley N° 19.882, Mensaje Presidencial, página 6.

²⁶ Se ha dicho que "el nombramiento de quienes las dirigen las vincula fuertemente al Gobierno de turno –el rol que en esta materia juega la Alta Dirección pública nos parece insuficiente–, lo que se suma a que carecen de los mecanismos internos necesarios para asegurar cánones razonables de independencia" GARCÍA (2009) pp. 331-332.

Los hechos reflejan que, con motivo del cambio de coalición política gobernante, en el año 2010, con la elección del Presidente Piñera, de un total de 9 superintendentes, 6 abandonaron su plaza dentro del primer año de su gobierno, siendo reemplazados por otros nombrados por el entonces Jefe de Estado. A modo de ejemplo, con fecha 10 de noviembre de 2008 se nombró, durante el gobierno de la "Concertación", a Álvaro Elizalde como Superintendente de Seguridad Social –Decreto N° 77 de fecha 1° de noviembre de 2008–; a continuación, se designó, en el periodo de la "Alianza por Chile", y a contar del 30 de abril de 2010, a María José Zaldívar como Superintendente de Seguridad Social –Decreto N° 13 fechado 15 de julio de 2010–.

De igual modo, el año 2014, con el arribo de la coalición llamada "Nueva Mayoría", de un total de 9 superintendentes, 5 dejaron su cargo dentro del primer año de su gobierno, siendo reemplazado por otros designados por la Presidenta Bachelet. Continuando con el ejemplo de la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendente Zaldívar, nombrada por la "Alianza por Chile", fue reemplazada, a contar de 1° de noviembre de 2014, por Claudio Reyes –Decreto N° 38, fechado 17 de febrero de 2015–.

Dado lo anterior, es evidente que la potestad del Presidente de nombrar y remover a los superintendentes no es solo una amenaza, el ejercicio de la atribución revela que efectivamente los superintendentes, al ser de la "exclusiva confianza" del Presidente, están indisolublemente unidos a éste.

3. De acuerdo a la teoría –y realidad– antes expuesta, podemos afirmar que existe un problema al cual hay que atender: las facultades de nombramiento y remoción del Presidente sobre los superintendentes hacen ilusoria la objetividad técnica de un organismo con importantes atribuciones.

¿Merece nuestra atención la falta de independencia en el nombramiento y remoción de los superintendentes? La respuesta no es unánime.

En el contexto español, el Gobierno tiene el poder de nombramiento y remoción de los directivos pertenecientes a la Administración²⁷. Para algunos, no existiría algún reparo en que el Ejecutivo posea esas facultades, cuestión que se fundamentaría en el sitio constitucional de las potestades de Dirección del Gobierno²⁸⁻²⁹, y en que la propia Carta Fundamental asegura que la Adminis-

²⁷ Vale hacer una nota acerca del régimen político y la Administración española. La realidad de España presenta esenciales diferencias a la chilena. Allí existe un régimen monárquico-parlamentario (artículo 1.3 Constitución española), y autonomías constitucionales territoriales denominadas Comunidades Autónomas, cuestiones ajenas a nuestro diseño institucional.

²⁸ BILBAO (1999) p. 167.

²⁹ El concepto Dirección Política ocasiona que la facultad del Ejecutivo de nombrar a los directivos sea una competencia propia a su función. En palabras de López Guerra "«dirección política» resulta impensable

tración ha de ser objetiva en la toma de decisiones –sus artículos 103.1 y 103.3 señalan que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia*”, y que “*La ley regulará... las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”³⁰.

Así, fruto de una razón de diseño constitucional de las instituciones políticas, y debido a que la Administración debe actuar de modo objetivo e imparcial, no sería una amenaza que el Ejecutivo designe a los órganos directivos de la Administración Estatal. En otras palabras: una Administración Política es la adecuada para administrar, cuestión que, sumada a las previsiones constitucionales que prescriben la rectitud en el actuar de la Administración, hacen razonable la sumisión de los órganos administrativos al Gobierno.

En España esta facultad del Gobierno ha sido eliminada por sucesivas normas en el caso de precisos servicios públicos³¹. La tendencia a establecer organismos administrativos en los que el Gobierno está vedado de nombrar a los órganos directivos ha sido objeto de una amplia discusión³², mientras unos señalan que es inconveniente –y hasta inconstitucional– fomentar la autonomía acérrima, otros sostienen que es indispensable para el cumplimiento de la eficiencia.

Si bien nuestra realidad político-administrativa dista de la ibérica, los argumentos y premisas que subyacen al debate son aplicables. Tal como allá se dice, en los regímenes presidenciales se observa con mayor fuerza el conflicto entre la dirección política del Presidente y sus problemas³³.

sin la potestad de seleccionar personas de confianza para ocupar determinadas posiciones claves, bien en forma incondicionada (esto es, sin que se requieran condiciones formales previas para la designación: caso de los cargos políticos de libre designación), bien entre los que ostenten determinadas cualidades administrativas (selección entre funcionarios con un amplio margen de discrecionalidad). Desde esta perspectiva, y aun sin atribución constitucional precisa, la capacidad de nombramiento o designación de los titulares de determinadas posiciones aparece como contenido implícito de la dirección de la Administración, puesto que ésta se configura (al menos parcialmente) dentro de la esfera general de dirección política. En consecuencia, y una vez admitida una esfera de libre designación, una norma o actuación de otro órgano que redujera esa esfera indebidamente, o bien que la suprimiera o incidiera en ella mediante actos singulares (esto es, nombramientos singulares, o remociones de titulares de altos cargos) invadirían el ámbito de reserva gubernamental. En otros términos, correspondería únicamente al Gobierno la designación de los titulares de puestos de dirección administrativa, cuando éstos comportasen también una dirección política” LOPEZ (1988) pp. 32-33.

³⁰ BILBAO (1999) p. 170.

³¹ En palabras de Juan María Bilbao, “se limita el poder absoluto de nombramiento y destitución por el Gobierno de los directivos del ente en cuestión. Mediante la previsión de la participación de otras instancias...” BILBAO (1999) p. 165.

³² Para una síntesis del conflicto véase a POMED (1993) pp. 162-169.

³³ Así lo asegura la doctrina española, la que señala “correspondería únicamente al Gobierno la designación de los titulares de puestos de dirección administrativa, cuando éstos comportasen también una dirección política. Ciertamente, este tipo de problemas aparece como más probable en regímenes con separación rígida de poderes, en que, al lado de la Administración dependiente del Poder Ejecutivo, puede tenderse a crear un conjunto de órganos de tipo administrativo dependientes de las Asambleas legislativas” LÓPEZ (1988) p. 33.

III. Solución

(1) Creemos del caso, antes de aventurarnos con una definición, analizar cuál es el modo en que se ha abordado este asunto en la experiencia comparada, específicamente en Estados Unidos. (2) Por último sugeriremos una medida para solucionar el problema planteado, de acuerdo a nuestra realidad institucional.

1. En Estados Unidos, la dependencia de los órganos directivos unipersonales al Poder Ejecutivo es un asunto que constituye un problema. En Norteamérica la relación entre el Presidente y el Congreso es similar a la del sistema chileno, pues allá existe un Presidente que posee múltiples y poderosas atribuciones, las cuales se manifiestan en la dirección de la organización administrativa, a través del nombramiento y remoción de los órganos superiores.

Otro aspecto similar es que en los dos países existe una vía constitucional de creación y supresión de los organismos administrativos, en Chile la respuesta está entregada en el artículo 65 de la Constitución, entregándole al Presidente la iniciativa exclusiva para tal efecto. En Norteamérica el artículo II, sección 2ª, párrafo 2º de la Constitución, señala que una ley establecerá cuáles son los órganos administrativos³⁴.

Ahora bien, en Estados Unidos no existe una norma constitucional que delegue en el Legislador u otro Poder del Estado la elaboración de reglas para estructurar a la Administración del Estado. Ante la descrita ausencia, es el legislador quien diseña casuísticamente a los organismos existentes; al contrario, en Chile la precisión de la "organización básica" de la Administración del Estado, está derivada desde el artículo 38, inciso primero, constitucional, hacia el legislador orgánico constitucional³⁵⁻³⁶.

En vista de lo descrito, estimamos que resulta pertinente extraer algunos elementos de juicio allá prescritos, para intentar dar una solución al problema descrito en el anterior Capítulo.

³⁴ "Él [el Presidente] tendrá la potestad a través y con el consejo y consentimiento del Senado... proveída por dos tercios de los Senadores..., y él deberá nominar, con el consejo y consentimiento del Senado... todo otro órgano administrativo de los Estados Unidos, cuyo nombramiento no haya sido aquí proveído de otro modo, y los cuales deberán ser establecidos por la Ley".

³⁵ En este punto es necesario obviar las vaguedades terminológicas. Lo anterior se explica pues hemos anotado conceptos que en sí son indeterminados, lo que se suma a que ellos no son necesariamente aplicables en la realidad norteamericana. Por ejemplo el concepto de servicio público en Chile es amplísimo, en este artículo le fijamos una acepción eminentemente orgánica, como función de satisfacción de necesidades de la sociedad por un ente estatal (véase a SILVA CIMMA (1995) pp. 47-52); de igual modo no es enteramente cierto que el concepto de servicio público pueda ser superpuesto en la realidad Estadounidense.

³⁶ En Estados Unidos existe el federalismo, inaplicable en nuestra Nación, de igual modo allá no existen leyes estatutarias comunes a los "funcionarios públicos", tal como lo son nuestras Leyes N° 18.883 (estatuto de funcionarios municipales) y 18.884 (estatuto de funcionarios públicos). Si bien estas distinciones son relevantes, estimamos que no alteran la aplicabilidad del caso norteamericano al problema presentado en el Capítulo II, en vista de los elementos comunes entre ambos países.

En Estados Unidos la doctrina reconoce a dos clases de organismos administrativos o *agencias*: los organismos independientes o *independent agencies*, y los organismos dependientes o *executive agencies*.

Al igual como sucede en Chile con las superintendencias, las *independent agencies* poseen potestades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras³⁷, existen en el área bancaria y de mercados financieros³⁸, y la razón de su establecimiento obedece a la práctica, sin que existan indicios claros del porqué de su implementación en las leyes administrativas norteamericanas³⁹.

¿Cuál es el modo en que se relaciona el Presidente con las *independent agencies*? ¿Es igual la relación de “*supervigilancia*” –artículo 29, inciso tercero, Ley N° 18.575–, existente entre el Primer Mandatario y las superintendencias chilenas, a la relación entre el Presidente y los organismos independientes norteamericanos?

Para responder a lo anterior es necesario recordar que la “*autonomía*” de las superintendencias chilenas es esencialmente limitada, pues el Presidente conserva múltiples poderes sobre estos organismos, siendo uno de ellos el de nombrar y remover libremente a los superintendentes.

En Estados Unidos podemos comprender el alcance del término, a través de un ejemplo, el de la CIC (Comisión Interestatal de Comercio), creada el año 1887⁴⁰. La pertinencia del ejemplo se explica pues el prototipo de la CIC es replicado en otros organismos, tales como la Comisión de la Reserva Federal (1913), la Comisión Federal de Comercio (1914), o la Comisión Federal de Energía (1930)⁴¹.

La CIC fue un organismo que poseía –hasta su derogación en 1995–, en lo que nos interesa, facultades normativas (rule-making), y judiciales (adjudication),

³⁷ Podemos analogar las competencias de las superintendencias a las *independent agencies*, teniendo en cuenta que cada ley norteamericana difiere en algunos aspectos. Se ha dicho que “en todas ellas se involucra la entrega de tareas que el Congreso ha estimado que se relacionan con deberes de las Cortes, o que están relacionadas al mismo Congreso”, más adelante afirma el autor que “estas competencias existen además de las potestades administrativas normales de investigación y de enjuiciamiento, y ellas son competencias asignadas de modo característico a las agencias que tienen una estructura colegiada” COLE (1942) p. 72.

³⁸ VERKUIL (1988) pp. 262 y 263.

³⁹ Se ha dicho que “la estructura de las agencias, sus procedimientos y prácticas han crecido de modo pragmático más que teórico” BREDGER y EDLES (2000) p. 1117. En este sentido véase también a VERKUIL (1988) p. 258.

⁴⁰ En propiedad, tal como corrige un autor, la CIC fue creada en 1889 cuando fue extraída del Departamento de Interior de los Estados Unidos, y se le concedió facultades de fijar su propio patrimonio, personal, y manejo interno VERKUIL (1988) p. 272, nota 69.

⁴¹ A fin de entender las características del sistema administrativo norteamericano, en especial en cuanto a los organismos independientes, se recomienda el reciente artículo de Kirti Dartla y Richard Revesz DATLA y REVESZ (2013), el cual analiza de modo histórico –pp. 775 a 784–, orgánico –pp. 784 a 812–, y funcional –pp. 812 a 824– a las agencias. En lo relevante los autores cuestionan la existencia de una división entre agencias independientes y dependientes, pues los matices de cada Ley, y la inexistencia de una norma expresa al efecto, ocasiona que la separación sea arbitraria. De igual modo se recomienda el artículo de Marsha Breger y Gary Edles acerca del asunto BREGER y EDLES (2015).

entre otras. Se decía que esta *independent agency* tenía facultades cuasilegislativas y cuasijudiciales⁴².

A la vez, la estructura orgánica de la CIC se puede resumir de acuerdo al siguiente esquema⁴³: Estaba liderada por un número impar de comisionados (cinco), designados en periodos escalonados, y el lapso de ejercicio del cargo se extendía más allá del plazo de duración de periodo presidencial (seis años). Los comisionados solo podían ser removidos por el Presidente por “falta de eficiencia, negligencia en el ejercicio del cargo, o crimen durante el ejercicio del cargo”. Por último, los individuos designados para llenar una plaza solo podían completar el periodo no cumplido, no existiendo prohibición para su reelección.

En suma la estructura orgánica poseía, entre otras, las siguientes características: Existía un órgano directivo colegiado, cuyos miembros permanecían en el cargo por un amplio periodo, y tenían permanencia en el ejercicio del cargo salvo tasadas hipótesis.

En suma, la entrega de poderosas atribuciones en un contexto económico sensible se equilibra con múltiples características, que connotan la independencia o real autonomía con que cuentan los órganos directivos de algunos servicios públicos norteamericanos⁴⁴.

Los argumentos que allá se entregan para explicar la independencia de las agencias se pueden recoger a partir de la justificación de las precopiadas características. Así, por una parte, se dice que el carácter de colegiado –opuesto al unipersonal–, se explica ya que a partir del primero se “puede adoptar una estructura más deliberativa, un alto nivel de pericia y continuidad de las políticas”⁴⁵. De hecho en diciembre de 2011 el Senado norteamericano votó en contra de la nominación del Director de una *agency*, dado que, según se dijo por los opositores republicanos, existían “serias preocupaciones acerca de la falta de supervigilancia del Congreso de la agencia y la falta de los normales y democráticos controles sobre su único director, quien casi tendrá poderes sin precedentes”⁴⁶.

De igual modo, se alienta la estabilidad en el cargo debido a que, sumada esta característica al carácter colegiado, permite la existencia de “memoria

⁴² COLE (1942) p. 72 y HOTCHKISS (1931) p. 22.

⁴³ Existen algunos aspectos que se contenían en la redacción original de los estatutos de la CIC que no abordaremos, tales como la imposibilidad de que los miembros no pudiesen tener interés financiero en el sector regulado, o bien que no más de una mayoría simple de los Comisionados puede provenir del mismo partido político.

⁴⁴ En contra véase el trabajo de la actual Jueza Asociada de la Corte Suprema de Estados Unidos, Elena Kagan, quien afirma que –no obstante las limitaciones del Presidente en cuanto al nombramiento y remoción de los comisionados de las *independent agencies*– se ha consolidado el poder del Presidente en Estados Unidos en la dirección de la Administración del Estado a través de otros medios KAGAN (2001).

⁴⁵ DATLA y REVESZ (2013) p. 794.

⁴⁶ Carta del líder de los republicanos, Mitch McConnell, al Presidente Obama (2011).

institucional". Esto se explica puesto que la expiración escalonada da pie para que los miembros más antiguos transfieran conocimiento a los más nuevos. La estabilidad en el cargo, además, permite que el Presidente de turno no tenga influencia en ellos, pues, asumiendo que cumplan todo su período, algunos comisionados existentes no serán nombrados por un determinado Jefe de Estado⁴⁷. Caen en esta categoría, entre muchos otros casos, la Comisión de Seguridad de Productos del Consumidor (siete años), Comisión Reguladora de la Energía Nuclear (cinco años), Comisión Federal de Comercio (siete años).

2. En Chile, tal como revisamos en el Capítulo II, la Administración Descentralizada, y en específico las superintendencias, no poseen contrapesos institucionales a las competencias que detentan. De hecho, las superintendencias chilenas creadas en la década de los 20, no siguieron el modelo de las *independent agencies*⁴⁸.

Esto se comprueba al revisar los estatutos de las superintendencias, los que no contenían ninguna protección como las ideadas en Estados Unidos. Así se revela al observar el articulado de la Superintendencia de Empresas Bancarias, de 1925, donde se indicaba que ésta se ubicaba en el Ministerio de Hacienda, siendo el Superintendente nombrado por el Presidente por un periodo de seis años (Decreto Ley N° 559 de 29.9.1925). Se configuraba de similar forma la Superintendencia de las Compañías de Seguros (Ley N° 4.228 de 21.12.1927).

La pretérita realidad chilena evolucionó, pero jamás al ritmo de la norteamericana. Estimamos necesario, dado el problema presentado, introducir un cambio radical en la estructura de los organismos nacionales. Esto implicará reformular su diseño en aspectos **(2.1)** sustanciales y **(2.2)** otros formales.

2.1 Los aspectos sustanciales dicen relación con la modificación esencial del diseño institucional, los que debiesen comprender: colegiar al órgano directivo, fijar a los miembros un plazo de duración en el ejercicio de sus cargos y elevar las condiciones de nombramiento y de remoción de los Consejeros⁴⁹. Las descritas modificaciones contribuirán a la neutralidad política, especialización técnica, y eficacia de estos organismos⁵⁰.

Algunos de estos cambios ya han sido propuestos en Chile. Se ha señalado que es forzoso modificar el sistema actual de superintendencias pues su ineficiente

⁴⁷ DATLA y REVESZ (2013) pp. 794-795.

⁴⁸ Para observar una perspectiva del crecimiento del Estado en este período véase a ARÓSTICA (2001) pp. 16-30.

⁴⁹ Ahora bien, una parte de la doctrina, según dan cuenta Stephen Breyer y otros, ha señalado que los organismos independientes de los Estados Unidos han generado resistencia, la cual ha impulsado un mayor poder del Presidente sobre las agencias independientes. Esto se explicaría dado que "el Presidente ha sido incapaz de coordinar las políticas del Poder Ejecutivo y los organismos independientes" BREYER ET ALL (2011) p. 230.

⁵⁰ GARCÍA y VERDUGO (2010), y particularmente en GARCÍA y CORDERO (2012) p. 421.

estructura estaría relacionada con episodios de desaceleración de la productividad⁵¹, o no se ha adecuado a los cambios en el mercado y sus consecuentes riesgos⁵², entre otras razones.

Lo anterior ha motivado tanto al Poder Ejecutivo, mediante la creación de una Comisión que se encargó de proponer un nuevo sistema en materia de “institucionalidad de supervisión financiera”, como a la doctrina, a través de múltiples artículos, a proponer la modificación de la estructura de las superintendencias. Las fórmulas son muchas y disímiles. Las soluciones se encaminan a sugerir la creación de organismos reguladores colegiados, cuyos miembros no sea designados ni removidos por la sola voluntad del Presidente de la República, y que su nombramiento sea por un periodo de tiempo superior al de duración del cargo del Presidente de la República⁵³.

Es irrefutable, en base a la experiencia Norteamericana y al fenómeno de propagación mundial de las denominadas *independent agencies*, que existe una tendencia de la cual es necesario hacerse cargo. Los lugares donde han llegado las descritas instituciones comprenden a Europa Occidental y en especial a los países de la OCDE⁵⁴⁻⁵⁵. Puede verificarse que en la realidad internacional se

⁵¹ Señalan Guillermo y Matías Larraín que “La razón por la cual esto ocurre, se debe a un mal equilibrio generado por la mala estructura de gobierno de las superintendencia. Al estar el poder concentrado en una persona de confianza del presidente de la república, el Superintendente, esa persona no puede garantizar que no habrá cambios a la regulación en períodos posteriores. Por tanto, el Ministerio de hacienda que tiene la iniciativa legislativa, los miembros del Congreso y las propias industrias prefieren acotar el ejercicio discrecional de las facultades del Superintendente por la vía legal. Esto es ineficiente. Desde esta perspectiva la reforma a la regulación requiere de una nueva estructura de gobierno de los órganos reguladores” LARRAIN y LARRAIN (2010) p. 22.

⁵² Informe de la Comisión de Supervisión Financiera (2011) p. 17.

⁵³ Por una parte, el Informe de la Comisión de Supervisión Financiera contiene todos los precitados elementos (2011) pp. 77 a 81. Los aspectos precitados fueron incorporados en el Informe de la Comisión a objeto de postular su propia solución: estimó conveniente, en cuanto a la estructura orgánica, la creación de “un Consejo de Estabilidad Financiera (“CEF”) cuyos miembros serían el Ministro de Hacienda (quien lo presidiría), el Presidente del Banco Central de Chile (“BCCCh”) y los Presidentes de tres nuevas Comisiones: de Solvencia Resumen Ejecutivo (“CS”), de Conducta de Mercado y Protección al Consumidor (“CCM”) y de Pensiones (“CP”). 4. El CEF tendría como misión velar por la integridad y solidez del sistema financiero”. También los autores Guillermo y Matías Larraín proponen que “la figura del superintendente debe ser remplazada por un cuerpo colegiado de gobierno del órgano regulador, un directorio” LARRAIN y LARRAIN (2010) p. 23.

⁵⁴ Fabrizio Gilardi estudió la aparición de los organismos con las características de las *independent agencies* en Europa Occidental, y concluyó que desde 1980 han aparecido en la mayoría de los países. Afirma que en las áreas en que prioritariamente se enfocan son en “los mercados financieros, libre competencia, seguridad alimentaria, farmacéutico, y de protección ambiental” GILARDI (2005) p. 85. Véase además la reunión de opiniones de expertos editada por la OCDE, la que concluyó que “desde un punto de vista de la gobernanza pública, se le confiere a las autoridades regulatorias relevantes poderes, con un cierto nivel de independencia en cuanto a la toma de decisiones. Los reguladores independientes están siendo establecidos en diversas culturas administrativas, bajo diversas limitaciones constitucionales, con distintas vías de delegación de atribuciones regulatorias en igualdad de condiciones con el gobierno” Informe de la Reunión de Expertos (2005) p. 4.

⁵⁵ Especialmente ilustrativo resulta el artículo de Stéphane Jacobzone, quien revisa la tipología de los organismos reguladores en países de la OCDE (entre 97 agencias), en materias de telecomunicaciones, energía y el área financiera. Su conclusión es que 66 agencias son autoridades regulatorias independientes, esto es “son organismos públicos encargados de regular específicos aspectos de una industria. Son típicamente autónomos

propende a la existencia de órganos reguladores colegiados y no unipersonales, con periodos de duración extendidos y reglas de nombramiento y remoción que incentivan la elección de miembros independientes⁵⁶.

2.2 El aspecto formal se vincula con la fuente en la que se propone que se contenga el cambio: una modificación al actual contenido del artículo 19 N° 21 a través de la cual se otorgue autonomía constitucional a las superintendencias⁵⁷.

¿Por qué se requiere modificar la Constitución para este efecto? Existen cuatro razones.

En primer lugar, a través del cambio al artículo 19 N° 21 constitucional se logrará dar cuenta de la realidad, la cual se corresponde con la existencia de un derecho, en el que gravitan organismos administrativos quienes aplican las normas legales que lo regulan. La constatación del derecho y del organismo sectorial no es desconocida en la Constitución, pues el artículo 19 N° 12 de la Constitución, que describe la libertad de emitir opinión e informar, señala que el Consejo Nacional de Televisión velará por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.

En segundo lugar, los organismos constitucionales, por la naturaleza de la fuente jurídica en la que se contienen, son más estables que los organismos contemplados –únicamente– en una ley. Esto se desprende de la circunstancia que la ley que desarrolla a las superintendencias podría sufrir cambios, pero una modificación constitucional que cambia el modo de nombramiento debe contar con un alto cuórum –en el caso de las superintendencias se requeriría la aprobación de las 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio–.

En tercer lugar, la consagración constitucional de las superintendencias las extrae de la órbita de atribuciones de otro órgano constitucional, el Jefe de Estado. Consecuencia de lo anterior es que se sustraen de la lógica de la “*supervigilancia*” que el Presidente posee sobre los organismos descentralizados⁵⁸⁻⁵⁹.

en su manejo, y su presupuesto puede estar bajo un Ministerio. Sin embargo no existe alcance para la intervención política o ministerial... estos cuerpos tienen un rango variable de poderes” JACOBZONE (2005) p. 82.

⁵⁶ JACOBZONE (2005) pp. 84-86.

⁵⁷ En similar sentido se plantea esta modificación en GARCÍA y VERDUGO (2010) pp. 299-301.

⁵⁸ En este sentido, una de las razones que justificó el envío del proyecto de reforma constitucional que establece la autonomía del Servicio Electoral, hoy aprobado, es lo que sigue, “Lo que caracteriza a estas autonomías es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ellas contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan, funcional y administrativamente. Ejemplos de este tipo de entidades en nuestro derecho son la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público y las Municipalidades. Al mismo rango, entonces, elevaríamos al Servicio Electoral” Historia de la Ley N° 20.860, Mensaje Presidencial, p. 4.

⁵⁹ En este sentido, Enrique Silva Cimma señala que los organismos orgánicos constitucionales “Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna

Esto se explica ya que el trasfondo del cambio, cual es la eliminación de las superintendencias del carácter de organismos descentralizados, solo se puede lograr a través de su elevación a rango constitucional⁶⁰, no únicamente a través de cambios legislativos⁶¹.

Una última razón es de orden práctico y dice relación con la existencia de múltiples autonomías constitucionales en la actual Constitución. El caso del Banco Central, la Contraloría General de la República o el Ministerio Público ratifican la viabilidad de concretar la propuesta. Es más, recientemente se aprobó la consagración constitucional del Servicio Electoral, a través de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.860, cuyo contenido, en lo pertinente, es similar al que se propone.

Conclusión

En el presente estudio describimos a las superintendencias. Señalamos, por una parte, que son organismos que detentan importantes atribuciones, las cuales son contrapesadas a través de lo que la legislación denomina como “*autonomía*” respecto del Presidente de la República.

Empero, luego de precisar el concepto de “*autonomía*”, el ordenamiento chileno evade un aspecto que es esencial para que exista real independencia, pues no impide que el Jefe de Estado nombre y remueva libremente a los superintendentes. Además apreciamos que la diagnosticada falencia se materializa en la realidad.

Por lo anterior entregamos una solución a partir de la experiencia norteamericana, en la cual se han creado *independent agencies*, las que se estructuran mediante una Comisión como órgano directivo, cuyos miembros poseen periodos en los que ejercen sus funciones, sin que su nombramiento o remoción se dejen a la excluyente voluntad del Presidente. Esta solución debiese ser incorporada a modo de una reforma constitucional.

de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación...” SILVA CIMMA (1995) p. 170.

⁶⁰ En Norteamérica, al no existir consagración constitucional de la Administración del Estado, se ha debatido la extensión de las potestades del Presidente en las agencias. Se ha dicho que los organismos administrativos “podrían ser controlados por (1) el Presidente (2) el Congreso, (3) ni el Presidente ni el Congreso, o (4) tanto por el presidente y el Congreso” MILLER (1988) p. 216.

⁶¹ Podría estimarse que una solución es, únicamente, una modificación legislativa. Así, podríamos intentar remediar la falta de independencia a través de la modificación del sistema de nombramiento igualándolo al del Consejo para la Transparencia. Estimamos que esta solución, aunque iría en el sentido correcto, sería insuficiente, pues seguiría estando sometido al poder de dirección del gobierno, al igual que como, hoy en día, está el aludido organismo descentralizado, en cuanto a este punto se ha dicho que “la ligazón no desaparece” RAJEVIC (2010) pp. 244-245.

Bibliografía

AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo (1907): *Derecho Administrativo* (Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Santiago) 469 p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Universidad Santo Tomás, Santiago) 181 p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2009): "Dónde van superintendencias y fiscalías: Un pronóstico de futuros", en *Actualidad Jurídica* N° 20, Tomo II: pp. 569-574.

BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): "Las agencias independientes: Un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios)*, N° 3: pp. 163-184.

BREGER, Marshall y EDLES, Gary (2015): *Independent Agencies in the United States* (Oxford University Press, Nueva York NY) 562 pp.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; Sunstein, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael (2011): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems, text, and cases* (Wolters Kluwer, Fredrick MD, 7a edición) 1075 pp.

CALDERA DELGADO, Hugo (2001): *Tratado de Derecho Administrativo* (Ediciones Parlamento Ltda, Santiago) Tomo II.

COLE, Kenneth (1942): "Presidential influence on independent agencies", en *The Annals of the American Academy of political and Social Science*, Vol 221, pp. 72-77.

DATLA, Kirti; REVESZ, Richard (2013): "Deconstructing independent Agencies (and Executive Agencies)", en *Cornell Law Review*, Vol 98: pp. 769-844.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2010): "Anomalías constitucionales de las Superintendencias: Un diagnóstico", en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1: pp. 249-282.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2: pp. 281-311.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y CORDERO VEGA, Luis (2012): "Elementos de discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 415-435.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2010): "De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio", en *Actualidad Jurídica* N° 22, pp. 263-305.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio" en *Actualidad Jurídica* N° 19, Tomo I: pp. 327-371.

GALARDI, Fabrizio (2005): "The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe", en *The Annals of the*

American Academy of Political and Social Science, The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order, Vol. 598: pp. 84-101.

HOTCHKISS, E. W. (1931): "The Interstate Commerce Commission and its work", en *Detroit Law Review*, Vol II N° 1: pp. 1-22.

Informe de la reunión de expertos (2005): "Diseñando autoridades regulatorias independientes y responsables para una regulación de mejor calidad", en *Actas de la reunión de Expertos en Londres, Reino Unido, de 10-11 de enero de 2005 (OCDE)* disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf>

JACOBZONE, Stéphane (2005): "Independent Regulatory Authorities in OECD countries: an overview", en *Informe de la reunión de expertos: "Diseñando autoridades regulatorias independientes y responsables para una regulación de mejor calidad"*, en *Actas de la reunión de Expertos en Londres, Reino Unido, de 10-11 de enero de 2005 (OCDE)* disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35028836.pdf> pp. 72-88.

KAGAN, Elena (2001): "Presidential Administration", en *Harvard Law Review*, Vol. 114, Issue 8: pp. 2245-2385.

LARRAÍN, Guillermo y LARRAÍN, Matías (2010): *Hacia una reforma de la institucionalidad financiera en Chile*, disponible en <http://gobierno.udd.cl/files/2014/07/Institucionalidad-Financiera-en-Chile-Larrain.pdf>

LEAL VÁSQUEZ, Brigitte (2014): "Una mirada sobre la evolución histórica de la inspección escolar en Chile", en *Derecho Público Iberoamericano*, Año III, N° 5, pp. 87-110.

MILLER, Geoffrey (1988): "Introduction: the debate over independent agencies in light of empirical evidence", en *Duke Law Journal*, Ns 2 & 3: pp. 215-222.

LÓPEZ GUERRA, Luis (1988): "Funciones del gobierno y dirección política", en *Revista De Documentación Administrativa (1958-2005)*, N° 215, pp. 15-40.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto (1993): "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes", en *Revista de Administración Pública* N° 132: pp. 117-169.

RAJEVIC MOSLER, Enrique (2010): "El Consejo para la Transparencia como "Administración Independiente"", en *Transparencia en la Administración Pública* (LegalPublishing, Santiago): pp. 231-247.

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago) 323 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (LegalPublishing, Santiago) 966 pp.

Otras fuentes

Carta del líder de los republicanos, Mitch McConnell al Presidente Obama (2011) disponible en <https://www.cfpbmonitor.com/wp-content/uploads/sites/5/2013/02/Senate-Republican-Leader-McConnell-42-Senators-Demand-Accountability-and-Transparency-at-the-Consumer-Financial-Protection-Bureau-Full-Text-of-February-2013-and-May-2011-Letters-to-President-Obama.pdf>

Dictamen N° 11.201 de 13.2.2014

Dictamen N° 39.736 de 3.9.2007

Informe de la Comisión de Supervisión Financiera (2011): "Informe Final Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera" disponible en <http://www.hacienda.gov.cl/mercado-de-capitales/mercado-de-capitales-bicentenario/comision-de-supervision-financiera.html>

Historia de la Ley N° 20.529 de 27.8.2011, "Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización" disponible en <http://s.bcn.cl/1t8yu>

Historia de la Ley N° 19.882 de 23.6.2003, "Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica" disponible en <http://s.bcn.cl/1t8ys>

Historia de la Ley N° 20.860 de 20.10.2015, "Reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al servicio electoral" disponible en <http://s.bcn.cl/1svvl>