

## **Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia**

**Juan Carlos Ferrada Bórquez**  
Universidad Austral de Chile

### **Introducción**

Uno de las fórmulas organizativas que ha tenido un mayor desarrollo en el derecho comparado y nacional, de la mano del desarrollo y consolidación de economías de mercado, son los denominados órganos reguladores (Noll, 1985: 9 y Viscusi, K; Vernon, J. and Harrington, 2000:1-2). Sin embargo, al menos en el caso chileno, hasta ahora ha habido relativamente poca atención a las características principales de estas organizaciones en el ordenamiento jurídico, especialmente su naturaleza jurídica, posición institucional o potestades que ostentan en cada uno de los sectores que intervienen. Por el contrario, los autores se han concentrado en definir ampliamente las reglas del mercado en el que deben desenvolverse las empresas del sector, interpretando restrictivamente los poderes jurídicos estatales en el control y supervisión de sus actividades (Fernandois, 2001; Soto, 1999 y Valdés, 1992), pero sin poner éstos en conexión con las demás prerrogativas del poder público y con las garantías establecidas por el ciudadano para controlar el ejercicio de éstos.

Ahora bien, lo anterior es bastante curioso si se tiene en cuenta que precisamente estos órganos reguladores desarrollan amplias potestades de intervención en la actividad de los particulares y, además, a menudo están configurados como órganos autónomos o independientes, no subordinados a las autoridades democráticas del Estado, lo que pone en entredicho los mecanismos tradicionales de legitimación democrática de la organización administrativa que impone un Estado democrático contemporáneo (Schmidt-Assmann:2003, 100). Esto supone reconocer a estas organizaciones un amplio margen de acción, lo que debilita en cierta forma los mecanismos tradicionales de control y responsabilidad en el sistema político, lo que exige –en concordancia con la plena vigencia de un Estado democrático de derecho- un reforzamiento de los instrumentos de control ciudadano, ya sea por la vía de la participación en los procedimientos administrativos de decisión o los recursos administrativos o judiciales de impugnación de las decisiones administrativas. Para ello es fundamental, crear mecanismos que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrativa necesaria para revisar y controlar las decisiones administrativas, facilitando así el control ciudadano de estos órganos reguladores de actividades económicas relevantes.

En este contexto, este trabajo pretende ser un aporte en esta materia, definiendo algunas características básicas de aquellos órganos reguladores de las actividades económicas de mayor impacto, especialmente aquellas relacionadas con la prestación de servicios públicos de interés general y vincular su actividad con las normas de transparencia y publicidad que legitiman el ejercicio del poder público en una sociedad democrática.

A estos efectos, este trabajo abordará los siguientes puntos. En primer lugar, se hará mención a algunos conceptos básicos relativos a la regulación económica en el derecho chileno. En segundo término, se dará una visión panorámica de los principales órganos reguladores en nuestro derecho. En tercer lugar, se analizará la relación entre estos órganos reguladores y el complejo orgánico Gobierno-Administración del Estado, especialmente desde la perspectiva de la autonomía orgánica y funcional de aquellos. Finalmente se analizará brevemente el derecho de acceso a la información administrativa como mecanismo de control ciudadano de la actividad de estos órganos reguladores.

## 1. La regulación de la actividad económica en el ordenamiento jurídico chileno

La actividad regulatoria estatal es concebida mayoritariamente en nuestro país como un instrumento de ordenamiento del ejercicio del derecho a la libre iniciativa empresarial, el que no puede ser afectarlo en su esencia, por ley ni decisión administrativa, ni obstaculizar su ejercicio (Fermendois, 2001:125-126). Así, la regulación estatal en nuestro derecho tiene por objeto principal impedir conductas ilícitas o contrarias a los principios de libertad económica que establece la propia Carta Fundamental, sin que pueda esta regulación condicionarla de modo esencial, ni menos impedirla. Ello es consecuencia directa del principio de garantía de la esencialidad de los derechos fundamentales que establece el constituyente chileno (Art.19 N°26 CPR), y que impone una obligación genérica de respetar la misma, lo que también incluye, por cierto, a los derechos y libertades económicas que establece la Carta de 1980.

En este contexto autores como Bauer (1998:23-25) sostienen que la Constitución chilena al diseñar un marco para estimular una economía de libre mercado, con fuerte protección de los derechos y libertades económicas privadas, deja al poder regulatorio del Estado seriamente disminuido, entregándosele sólo algún poder concreto a los tribunales de justicia, pero sólo para resguardar las libertades y principios antes señalados. Así se estructura —parafreando a Hayek— una “Constitución de la libertad”, en el que las intervenciones del Estado son miradas como distorsiones a las reglas objetivas y neutrales que impone el mercado (Bauer, 1998:29-30).

Ahora bien, el desarrollo en Chile de un amplio proceso de privatización de las principales empresas de servicios públicos o de interés general en las últimas dos décadas, lo que además dio pie a una cada vez mayor concentración económica en la propiedad de estas empresas, unido al proceso de globalización de los mercados, ha dado lugar a conductas empresariales depredadoras y contrarias a la libre competencia al interior del propio mercado. Frente a esta realidad, los órganos administrativos del Estado no han podido reaccionar adecuadamente, ya que contrariamente a lo recomendado por los expertos (Fignon, 1998), la institucionalidad reguladora generada como consecuencia del proceso privatizador, es en extremo débil, contando así con ineficientes instrumentos jurídicos de control de la actividad empresarial de los agentes privados (Estévez, 2000: 97-103).

Lo anterior ha llevado actualmente a cuestionar la eficacia de este modelo estatal abstencionista y neutral propugnado por la Constitución Política de 1980, ya que ha quedado claramente demostrado a lo largo de estas dos décadas la incapacidad de autorregulación de los propios agentes del mercado y la insuficiente respuesta a los nuevos requerimientos que impone el propio modelo económico. Ello es especialmente relevante en el ámbito de las actividades económicas de servicio público, donde el impacto social de éstas suele coexistir con la presencia de mercados imperfectos o directamente monopólicos, lo que impide una autorregulación del mercado en los bienes o servicios entregados (Tabja, 1999: 24-28).

En este contexto y a partir, principalmente, de las cláusulas normativas con contenido jurídico indeterminado establecidas en la propia Constitución, como límite a la actividad económica privada, en particular, aquellas derivadas de los propios derechos fundamentales de contenido liberal, se hace un esfuerzo por reconfigurar las potestades regulatorias estatales en los diversos sectores. Así, las limitaciones genéricas de la moral, el orden público, la seguridad nacional y la ley para la libre iniciativa privada que contempla el Art.19 N°21 CPR para el desarrollo de las actividades económicas privadas, las regulaciones ambientales y de salubridad, la protección a la integridad física o psíquica de las personas, la vida privada o la libertad de conciencia que imponen otros derechos fundamentales (Art.19 N°s 8, 9, 2, 4 y 6 CPR, respectivamente), bajo el principio de reserva legal que establece el Art.19 N°s 21 y 26 CPR, se constituyen en una nueva fuente de habilitación para regular de mejor forma la actividad económica privada.

De ahí que en la última década, se le haya dado un nuevo desarrollo a estas habilitaciones genéricas hechas al legislador para establecer preceptos que regulen la actividad económica, dotando a

los órganos administrativos competentes de mayores atribuciones y potestades para dirigir, planificar, normar y ejecutar los actos destinados a una asignación eficiente de los bienes en la economía y la consecución de otros fines de interés general. Así, sin vulnerar los derechos fundamentales de contenido liberal que la propia Constitución establece en favor de los agentes del mercado, se ha ido desarrollando un cuerpo incipiente de normas que establece un marco regulatorio más efectivo de la actividad empresarial, incorporando progresivamente el interés general a los objetivos de la regulación económica (Breyer, 1990). Ejemplo de ello, han sido las reformas legislativas introducidas al sector eléctrico para fortalecer las atribuciones de los órganos administrativos reguladores, que permitan prever y enfrentar adecuadamente procesos de crisis energética como la vivida en 1999 (Ley N°19613/1999), o las atribuciones más amplias de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en materia de interconexión y defensa de los usuarios del servicio telefónico (Ley N°19302/1994).

## **2. Órganos administrativos reguladores**

La “regulación” en el ámbito económico supone un conjunto de potestades-actividades que desarrolla el Estado en la ordenación y disciplina de los diversos sectores de la economía, lo que excede con mucho el poder jurídico meramente reglamentario o normativo. En este sentido, la función reguladora del Estado en materia económica se expresa formalmente en la habilitación a los órganos de la Administración del Estado de un conjunto de potestades más o menos amplias de intervención y gestión de los diversos sectores, dentro de las que se destacan las directivas, resolutivas, fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas, en términos de mercado y velando por los intereses públicos comprometidos (Cruz, 1999:206).

Esta variedad de poderes jurídicos, unido a la multiplicidad de sectores económicos en los que el Estado interviene como tutelador del interés general y a la dispersión normativa sectorial antes apuntada, traen como consecuencia una pluralidad y heterogeneidad de órganos administrativos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno, lo que hace difícil establecer parámetros claros de identificación que ayuden a constituir una tipología de los mismos. En efecto, si revisamos la normativa pertinente, tenemos que concurren en estas funciones reguladoras, en sentido amplio, departamentos ministeriales, subsecretarías, direcciones generales, órganos autónomos de rango constitucional, comisiones, consejos, superintendencias e, incluso, corporaciones de derecho privado, cada uno con potestades distintas y en muchos casos concurrentes.

Estos órganos además ostentan una posición institucional, tienen una naturaleza jurídica y una relación orgánica con el Gobierno y la Administración del Estado muy disímil, que van desde la absoluta dependencia jurídica y administrativa del Presidente de la República —como es propio de la relación entre los ministerios y las subsecretarías con el Jefe de Estado—, a fórmulas intermedias de descentralización administrativa con autonomía funcional, pero sometidas a tutela o supervigilancia del Jefe de Estado y de Gobierno (Ferrada, 1999) —servicios, comisiones y superintendencias (Soto, 1986)—, llegando al extremo, en el caso del Banco Central de Chile, hasta consagrar una amplia autonomía orgánica y funcional de rango constitucional (Ferrada, 2002). Lo anterior denota una falta de sistematicidad del legislador en la determinación de las figuras organizativas que desarrollará la función reguladora, lo que conspira contra una definición clara de la estructura del aparato público administrativo y de los principios y fines que lo deben inspirar.

Así, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, el legislador optó por asignar la labor regulatoria a un departamento ministerial, el Ministerio de Transporte y de Telecomunicaciones, cometido que cumple a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Art.1° DFL N° 537/1974 y 6° Ley N°18168/1982). De este modo, esta Subsecretaría, colabora con el Gobierno en la definición y aplicación de las políticas, planes y normas del sector, jugando un papel clave en la interpretación administrativa de las normas reglamentarias y técnicas, en la resolución de los concursos públicos convocados para conceder dichos servicios de telecomunicaciones, fija las tarifas del servicio de

telefonía local y de larga distancia nacional e internacional, cuando corresponda y resuelve los conflictos que se presenten entre los usuarios-clientes y las empresas concesionarias. Además fiscaliza el cumplimiento de las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y normas técnicas del sector. Así, en el sector de telecomunicaciones, un órgano de eminente naturaleza política, tiene asignadas las funciones de dirección, reglamentación, resolución y fiscalización administrativas propias de los órganos reguladores (Ley N°18168/1982 General de Telecomunicaciones, el DFL N°537/1974 que crea el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y DL N°1762/1977 relativo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones).

Por contraposición, en el ámbito de la energía eléctrica, el legislador asignó esta función reguladora a tres órganos distintos: el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. A cada uno de éstos le corresponde una función distinta —sin perjuicio de la participación conjunta en la resolución de algunas materias—, correspondiendo al Ministerio de Economía principalmente las funciones de dirección política, planificación, reglamentación y resolución de las materias atinentes al sector (DFL N°1/1982 Ley General de Servicios Eléctricos, especialmente, Art.10, 11, 32, 46, 81, 89, 92, 99 bis, 103, 113 y 145); a la Comisión Nacional de Energía la de estudios, análisis e informes técnicos (Art.2° y 4° DL N°2224/1978 y 81, 92, 99 bis, 101 y 102 DFL N°1/1982); y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles el control, fiscalización y sanción de los agentes que participan de la actividad (Art.2° y 3° Ley N°18410/1985 y 11, 46, 84, 88, 99 bis y 115 DFL N°1/1982). No obstante, en el caso de las empresas generadoras y distribuidoras de energía, la Comisión antes señalada y el Ministerio de Economía, tienen amplias potestades para controlar el funcionamiento eficiente de éstas (Art.99 bis DFL N°1/1982).

Un panorama similar se presenta en el sector de las aguas y las sanitarias, donde el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y el Ministerio de Obras Públicas (DFL N°382/1988 y DFL N°70/1988), comparten esta función regulatoria con la Dirección General de Aguas (DFL N°1122/1981, Código de Aguas), la Superintendencia de Servicios Sanitarios (Ley N°18902/1990) y la Comisión Nacional de Riego, aunque esta última básicamente sólo tiene el carácter de órgano consultivo y de estudios (DFL N°7/1983, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción). En este contexto, el MINECON ostenta la potestad resolutoria para fijar las tarifas del sector, a proposición de la Superintendencia del ramo (Art.2° DFL N°70/1988), correspondiéndole a esta última en forma preferente la función fiscalizadora, supervisora y sancionadora de los agentes que participan de la actividad (Art.2° y 4° Ley N°18902). Ello es sin perjuicio de las atribuciones de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público y de supervigilancia de las Juntas de Vigilancia de éstos que corresponde a la Dirección General de Aguas. En todo caso, a este último órgano el Código del ramo le asigna también atribuciones resolutorias en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En el plano de la actividad bancaria y financiera, existen dos órganos reguladores esenciales: el Banco Central de Chile y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Al primero de ellos, que está regulado en la CPR (Art.97 y 98) y en la Ley N°18840/1989 Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile (LOCBCCh), le corresponde la regulación de la cantidad de dinero y del crédito, para lo cual está dotado de una amplia potestad normativa en materias monetarias, crediticias, financieras y de cambios internacionales (Art.3°, 34, 35, 36 y 42 LOCBCCh), resolutoria y ejecutiva (Art. 35 y 45 LOCBCCh), y sancionadora (Art.58-65 LOCBCCh). No obstante, en materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito el Banco Central comparte la función reguladora con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Art.2° y 12 y ss DFL N°3/1997), correspondiendo al primero la potestad normativa y parcialmente la resolutoria (Art.35 LOCBCCh) y, a la segunda —la Superintendencia—, la fiscalizadora y supervisora de este mercado y la resolutoria, en diversas materias (Art.2°, 11 y 12 DFL N°3/1997).

En esta breve revisión, también es interesante destacar lo que ocurre en el sector forestal, donde

la regulación del sector está entregada al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Este último caso es el más llamativo, ya que sin ser parte de la Administración del Estado, sino una corporación de derecho privado creada por el Ministerio de Agricultura en 1970, ejerce potestades resolutorias y fiscalizadoras (DL N°701/1974 y Leyes N°s 18348 y 18362), lo que no parece concordante con lo establecido en el ordenamiento jurídico básico de la Administración del Estado (Art.6° LOCBGAE).

Ahora bien, existen algunos ámbitos en los que el ordenamiento ha establecido de forma más ordenada y sistemática esta regulación, dando lugar a un solo órgano administrativo regulatorio, con amplias potestades de control y fiscalización. Así, en sectores como los valores y seguros, los seguros privados de salud, los fondos de pensiones de vejez, la libre competencia o la importación y exportación de mercaderías se establecen superintendencias (Superintendencia de Valores y Seguros, DL N°3538/1980 y de Instituciones de Salud Previsional Ley N°18933/1987), comisión y fiscalía (Comisión Resolutiva y Fiscalía Nacional Económica, DL N° 211/1973, recientemente modificado por la Ley N° 19806/2002) y un servicio público administrativo (Servicio Nacional de Aduanas, Decreto N° 329/1979), como órganos competentes exclusivos en dichos sectores.

En suma, como se puede observar, en el sistema jurídico chileno la función reguladora de las actividades económicas más relevantes es ejercida por una pluralidad y diversidad de órganos administrativos, de distinta denominación y naturaleza, sin que —al menos a primera vista— se pueda establecer con claridad criterios de ordenación al respecto. Ello conspira con una adecuada sistematización de los mismos y de una categorización general que permita establecer su posición institucional en el ordenamiento jurídico chileno.

### **3. Posición institucional de los órganos reguladores en el poder público chileno**

La multiplicidad de órganos administrativos reguladores antes reseñada y la falta de criterios de sistematización de los mismos, hacen difícil establecer con carácter general la posición institucional de los mismos dentro del ordenamiento jurídico. La única característica común que parece se podría predicar de todos ellos, estaría dada por su pertenencia al complejo orgánico denominado “Administración del Estado” (Art.1° LOCBGAE), cualidad que deriva de su naturaleza jurídica, estructura organizativa, configuración funcional y finalidad de servicio público (Moreno, 1995 y Betancor, 1994), lo que en último término se confirma, utilizando los conceptos doctrinales descriptivo de la función administrativa (Cassese, 1994: 40-41) o negativo por exclusión de aquella (Parada, 1994: 15).

No obstante, existe un importante sector doctrinal que discute la pertenencia de alguno de ellos a este complejo orgánico, en atención a la naturaleza autónoma o independiente que les otorgan sus estatutos orgánicos. Esto es especialmente relevante en el caso del Banco Central de Chile, donde su reconocimiento constitucional (Art.97 y 98 CPR), la exención general de la aplicación de las normas comunes aplicables al sector público y de la LOCBGAE en particular (Art.2° y 90 Ley N°18840/1989), unida a la amplia autonomía funcional y económico-financiera, llevan a postular a algunos —a mi entender equivocadamente— una independencia total y absoluta del Banco, respecto del Gobierno y la Administración estatal (Cea, 1996). Situación absolutamente distinta es la que se presenta con la Comisión Resolutiva Antimonopolios y la Corporación Nacional Forestal: la primera, porque no está constituida como un órgano administrativo ordinario, sino como una comisión de integración mixta —con representación del ámbito judicial, administrativo y académico) y con potestades resolutorias especiales (Art.17 DL N°211/1973); la segunda —CONAF— porque en realidad esta es una corporación de derecho privado ajena efectivamente a la estructura orgánica de la Administración del Estado, pero conformada por órganos de la misma y que —inapropiadamente, como ya se señaló— ejerce potestades públicas.

Sin perjuicio de esta última objeción, podemos apreciar que dentro de esta categoría general de

órganos administrativos reguladores existen —al igual que los demás órganos de la Administración del Estado— dos tipos de estructuras jurídicas básicas: los órganos centralizados y los descentralizados (Art.29 LOCBGAE). La diferencia básica entre ellos radica en la existencia o no de una personalidad jurídica propia e independiente de la atribuida a la Administración central (capacidad de imputación jurídica de sus actos), más que con un diseño institucional de la organización misma o las potestades específicas que se le atribuyen en el sector material de su competencia (Ferrada, 1999), definición que corresponde en el ordenamiento chileno al legislador (Art.3° y 62 CPR). No obstante, dicha distinción permite extraer algunas consecuencias jurídicas preliminares que pueden ser relevantes.

En el caso de los órganos centralizados (ministerios, subsecretarías, direcciones generales, servicios públicos centralizados), se aprecia una relación jerárquica directa de estos órganos con el Gobierno y la Administración del Estado, lo que se expresa en la dependencia directa de las autoridades superiores de estos órganos respecto del Presidente de la República —funcionarios de la exclusiva confianza (Art.7° Ley N°18834/1989)—, en la conducción política directa de estos órganos reguladores (Art.24 CPR y 1°, 21, 22 y 23 LOCBGAE) y en el control jerárquico permanente de sus decisiones (Art.11 LOCBGAE). A ello se añade, la absoluta dependencia económica y presupuestaria de estos órganos de las asignaciones anuales de la Ley de Presupuestos para la Administración Pública (Art.64 CPR y DL N°1263/1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado), sin que cuenten con partidas fijas del mismo, ni otras vías de financiamiento de sus actividades.

A diferencia de lo anterior, la mayoría de los órganos descentralizados —que es precisamente la regla general en el caso de los órganos reguladores (Soto, 1986; 16)—, sean éstos comisiones, consejos, superintendencias, servicios públicos administrativos o fiscalías (Art.1° y 2° DL 3551/1980), son concebidos por el legislador —tanto en el Art.2° DL N°3551/1980 como en sus leyes orgánicas específicas— como “instituciones autónomas”, especialmente en el plano funcional, lo que se expresa —siguiendo las categorías de garantías de la autonomías de Betancor para el derecho español (Betancor, 1995)— en el impedimento legal de que sus decisiones sean revisadas por la vía jerárquica por otro órgano —ya que no hay superior jerárquico en la organización—, sin perjuicio de la operatividad de los mecanismos de tutela o supervigilancia indirecto que contempla el ordenamiento (Art.29 LOCBGAE). Esta tutela se expresa en que, por un lado —siguiendo la regla general prevista para la Administración estatal (Art.31 LOCBGAE)— en la mayoría de estos órganos descentralizados el jefe superior de la entidad es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, el que se relaciona indirectamente con él, a través del Ministro sectorial correspondiente (Art.29 y 31 LOCBGAE y 3° DL N°3551/1980). Probablemente las únicas excepciones son la Comisión Resolutiva Antimonopolios y el Banco Central de Chile, órganos administrativos descentralizados de composición plural y mixta, en cuya designación intervienen otros poderes y autoridades del Estado, gozando, en algunos casos, de una inamovilidad relativa en el cargo (Art.7°, 15,16 y 17 Ley N°18840/1989).

A lo anterior debe añadirse —y esta es la segunda forma de expresión de la tutela de los órganos descentralizados, aunque también afecta a los centralizados—, las políticas, planes y programas del sector que, precisamente definen el marco para el desempeño de las potestades de la organización, son definidos por el Gobierno, como responsable político de la gestión administrativa general (Parejo, 1991: 97-98) y, por tanto, en estos casos específicos, titular de la potestad directiva y normativa de los distintos sectores (Art.21, 22 y 23 LOCBGAE). Esto condiciona decisivamente la actividad reguladora de los órganos descentralizados, de modo que aún cuando el ejercicio de sus potestades en los casos específicos no depende del Gobierno, si sus políticas globales y programas de trabajo. Nuevamente, hacen excepción a este mecanismo la ya citada Comisión Resolutiva Antimonopolios por las potestades resolutorias que desempeña y, en mucho menor medida, el Banco Central de Chile, excepción ésta que debe interpretarse —a mi juicio— en forma muy restrictiva, sin perjuicio de reconocer sus amplias potestades en la definición y ejecución de la política monetaria y cambiaria (Art.3° Ley N°18840/1989).

Por último, y no menos importante, en el plano económico-financiero los órganos reguladores descentralizados presentan algunas peculiaridades en relación con los centralizados. Por lo pronto, en la

misma Ley Anual de Presupuestos se le asignan partidas o ítem presupuestarios específicos, distintos a los Ministerios y demás servicios públicos centralizados. Además, algunos de los estatutos orgánicos de estos entes descentralizados, en particular de las instituciones fiscalizadoras, contemplan mecanismos de financiamiento directo por parte de los agentes fiscalizados —como es el caso de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Art.4° DFL N°371997)— o de los propios servicios que presta —Superintendencia de Valores y Seguros (Art.1° DL N°3538/1980). Ello le permitiría, en principio, una mayor autonomía operativa a estos órganos en relación al Gobierno, pero al mismo tiempo genera un incentivo a la “captura del regulador” del sector.

De lo expuesto, queda en evidencia que los órganos reguladores en el ordenamiento chileno no tienen una posición institucional uniforme, aunque de sus características generales se pueden establecer algunos parámetros comunes:

- a) Los órganos reguladores, por regla general, integran la Administración del Estado y, como tales, comparten los principios y reglas comunes para los órganos que forman parte de ésta, en conformidad con la LOCBGAE.
- b) Como órganos administrativos que son, las potestades reconocidas a los órganos reguladores son en general de ejecución, reservando la decisión política y programática de dichos sectores a los órganos de Gobierno (Ministerios y Subsecretarías). Esto es sin perjuicio de que algunos de éstos asuman también el carácter de órganos reguladores de ciertos sectores.
- c) Los órganos reguladores que han sido definidos por el legislador como autónomos y descentralizados, gozan de una autonomía orgánica y funcional muy limitada, manteniendo el Gobierno la conducción y la responsabilidad política del desarrollo de la actividad económica.

#### **4. La transparencia y el acceso a la documentación administrativa como mecanismo de control ciudadano de los órganos reguladores**

Como ya lo señalamos, estas amplias potestades que tienen estos órganos reguladores, unido a la autonomía organizacional y funcional de que están dotados en muchos de los casos, impide un control administrativo directo de las autoridades políticas en su gestión ordinaria, lo que hace más necesario un acceso directo de los ciudadanos a las decisiones administrativas que adoptan, así como a la documentación que le sirve o soporta o justificación de las mismas. En este sentido, el efectivo control de estos órganos de la Administración del Estado por parte de los ciudadanos, requiere necesariamente contar con la información necesaria para su desarrollo, permitiendo contrastar la decisión misma, con los antecedentes técnicos que tuvo en consideración la Administración para adoptar ésta.

Así, el acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa se transforma en una vía de participación directa de los ciudadanos en el control de la gestión administrativa, que se hace más necesario aún en el caso de estos órganos dotados de autonomía para la gestión de relevantes intereses públicos, ya que carecen de mecanismos de responsabilidad política directa de sus autoridades superiores. De este modo, habilitar a los ciudadanos de prerrogativas para acceder sin restricciones a la información administrativa que respalda la actuación de los órganos reguladores, constituye una expresión consistente con el Estado democrático de Derecho consagrado en nuestro ordenamiento, cautelando la legitimidad de la actuación administrativa (Schmidt-Assman, 2003:123), así como su probidad en la gestión de los intereses públicos (Fernández, 2000).

En este contexto, la LOCBGAE ha reconocido a los ciudadanos un derecho general de acceso a la documentación administrativa establecida (Art.13 y 14 LOCBGAE), en virtud del cual pueden conocer ampliamente los documentos administrativos emanados de los órganos administrativos reguladores, así como a los que le sirvieron de sustento o complemento directo. Este derecho se extiende a casi la totalidad de los órganos reguladores presentes en el ordenamiento jurídico chileno, en la medida que éstos forman parte de la Administración del Estado (Art.1° LOCBGAE). Este derecho se extiende incluso frente a las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas

del Estado o con participación estatal (sociedades anónimas), en lo relativo a los informes o antecedentes que deben entregar éstas a los órganos reguladores sectoriales.

Ahora bien, este derecho cede ante ciertas restricciones legales o reglamentarias consagradas sólo por excepción en esta misma ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias, las que se establecen para cautelar derechos o intereses de especial protección, lo que debe interpretarse en forma estricta, sino se quiere hacer ilusorio el principio general de transparencia y publicidad establecido en la misma ley (Art.3° LOCBGAE). Sin embargo, la situación se presenta algo distinta en la práctica administrativa.

Por un lado, tal como se señaló anteriormente, existen algunos órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno, cuya pertenencia al complejo orgánico de la Administración del Estado es claramente cuestionado por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia. Así el Banco Central de Chile y la Corporación Nacional Forestal (CONAF). En el primer caso, la interpretación extensiva de la cláusula de exclusión normativa de su propia Ley Orgánica Constitucional (Art.90 Ley N°18840) y la aplicación estricta de la obligación de reserva de sus operaciones establecidas en la misma ley (Art.66), ha llevado a los tribunales de justicia (caso “Claude con Banco Central de Chile, rol N°6016-2003, I. Corte de Apelaciones de Santiago) a impedir el acceso de los ciudadanos a la documentación pública, lo que supone un grave retroceso en la afirmación del principio de transparencia, debilitándose así el control ciudadano sobre las autoridades públicas. En el segundo caso, la situación es distinta: pese a que esta organización está configurada como una corporación de derecho privado, aunque curiosamente con potestades regulatorias directas, los tribunales (caso “Claude con Director Ejecutivo de CONAF”, rol 5226-2002, I. Corte de Apelaciones de Santiago) dieron lugar al acceso a la documentación administrativo afirmando el carácter de agente del Estado de ésta, conclusión muy discutible y que una vez más pone en el tapete la extraña posición institucional de este órgano fiscalizador.

Por otro lado, los jefes superiores de servicio de los órganos reguladores centralizados o descentralizados han dictado una serie de resoluciones administrativas declarando secretos o reservados ciertos documentos, lo que limita considerablemente el acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa. En efecto, si bien el Art.13 inciso 11 LOCBGAE establece de forma perentoria las causales de excepción que permiten restringir el acceso a la documentación administrativa, una de ellas se refiere genéricamente a las restricciones a la publicidad establecidas en normas reglamentarias, habilitando a la potestad reglamentaria para establecer los casos de secreto o reserva de documentos, habilitación que el propio reglamento se encarga de extender a las facultades resolutorias de los Jefes Superiores de Servicio (Art.9° del DS 26/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

Esta extensión de una potestad de excepción al principio general de publicidad y transparencia administrativa –por cierto, de dudosa legalidad-, ha permitido una ampliación considerable de los casos de reserva o secreto de documento (Allesch y Obando: 2004, pp.36 y ss), lo que también ha sido aprovechado por los órganos reguladores de sectores económicos estratégicos. Así, órganos reguladores como el Servicio Nacional de Aduanas (resolución 2305/2002), el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Resolución 292/2002), el Servicio Nacional del Consumidor (Resolución 855/2002), el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Resolución 1340/2003), el Instituto de Desarrollo Agropecuario (Resolución 7/2003), la Comisión Nacional de Energía (Resolución 562/2003), el Consejo Nacional de Televisión (Resolución 6/2003), el Servicio Nacional de Pesca (Resolución 133/2003), la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Resolución 388/2003) y el Consejo Superior de Educación (Resolución 145/2003), entre otros, han dictado resoluciones administrativas declarando secretos o reservados ciertos documentos, lo que hace inviable la regla-principio de la publicidad y transparencia administrativa e impide el control ciudadano de la actividad administrativo.

Todo lo anterior probablemente ha influido en la reforma constitucional promovida recientemente en esta materia (nuevo Art.8° CPR), en que junto con proclamar en términos más

enfáticos este principio, restringiendo al sólo legislador calificado (ley de quórum calificado) el establecimiento de excepciones a este principio, lo amplía a toda la organización estatal, excediendo así el marco de la mera Administración del Estado. Cuestión aparte será determinar los efectos que tendrá dicha disposición constitucional en las leyes, reglamentos y resoluciones administrativas vigentes en esta materia.

## Conclusiones

En consideración a lo señalado hasta aquí, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1. La regulación económica en el ordenamiento jurídico chileno es concebida como un instrumento de incentivo a la competencia y el libre mercado entre los agentes privados, con un desarrollo muy incipiente en la protección de los intereses generales comprometidos por parte de los órganos del Estado.
2. En el sistema chileno existe una gran variedad y heterogeneidad de normas relativas a la regulación económica, la que muestra una falta de sistematicidad y armonía. Sin embargo, éstas tienen en común una coherencia con el modelo neoliberal definido por el constituyente, ya que cautelan rigurosamente la competencia entre los agentes del mercado y la neutralidad técnica de los órganos administrativos reguladores.
3. Esta pluralidad de organizaciones pareciera igualmente afectar el acceso a la documentación administrativa por parte de los ciudadanos, ya que su configuración institucional determina el ámbito de aplicación de la normativa legal vigente o, en su caso, permite mayor discrecionalidad en la definición de ámbitos exentos del control ciudadano directo.
4. La reforma constitucional en marcha establecerá de una forma más categórica el principio general de publicidad y transparencia de la documentación y actividad pública, reforma que tiene la virtud de junto con restringir los casos de reserva o secreto, va a tener un mayor ámbito de acción en la medida que afecta a todos los órganos del Estado.

## Bibliografía

Allesch, J. y Obando, I. (2004), “Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa”, en *Ius et Praxis*, año 10, N°2.

Allesch J. y Obando, I. (2004), “Algunas reflexiones sobre los principios de transparencia y publicidad administrativa: recepción, fisonomía y legitimación del derecho de acceso a los actos e información de la Administración del Estado”, en *Revista Chilena de Derecho*, XXXV Jornadas de Derecho Público (en prensa).

Bauer, C. (1998), “Derecho y economía en la Constitución de 1980”, en *Perspectivas*, N°1, vol.2.

Betancor, A. (1994), *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid.

Betancor, A. (1995), “La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El federalismo horizontal en el manejo de la moneda”, *Revista de Estudios Políticos*, N°90, pp.267-297.

Breyer, S. (1990), “Regulation and desregulation in the United States: Airlines, Telecommunications and Antitrust”, *Desregulation or Re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*.

Breyer, S.; Stewart, R; Sunstein, C. y Siptzer, M. (1998) *Administrative Law and Regulatory Policy*, Aspen Law & Business, New York.

Cases, L. (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid.

Cassese, S. (1994), *Las bases del Derecho Administrativo*, Ministerio de Administraciones

Públicas, Madrid.

Cea Sánchez, J.L. (1996), “La autonomía del Banco Central de Chile”, memoria de prueba, Magíster en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile, Santiago.

Cruz, J. (1999), *Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelo y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid.

Estévez, J. (2000), “Visión sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Público*, vol.62.

Fernandois, A. (2001), *Derecho Constitucional Económico*, tomo I, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Fernández, M.A. (2000), “El principio de publicidad administrativa”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Editorial Conosur, Santiago.

Ferrada, J. (1998), “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, número especial.

Ferrada, J.C. (1999), “El Estado Administrador en Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen X.

Ferrada, J.C. (2002), “La autonomía del Banco Central de Chile: algunas reflexiones preliminares acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria estatal”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, ITAM, N°4.

Fignon, D. (1998), “Why diversity will persist in the European Electricity System?”, II Conferencia Internacional de Organización Industrial: La liberalización del sector eléctrico, Universidad Carlos III.

Moreno, A. (1995), *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Noll, R. (1985), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press.

Parada, R. (1994), *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, vol.I.

Parejo, L. (1991), *Crisis y renovación en el derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Schmidt-Assmann, E. (2003), *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid.

Soto, E. (1986), “La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas”, *Gaceta Jurídica*, N°73.

Soto, E. (1999), “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, *Ius Publicum*, N°2.

Tabja, R. (1999), “Perfeccionamiento de la gestión regulatoria. Lecciones de la experiencia chilena”, en *Cuadernos del Ilpes*, N°44.

Valdés, D. (1992), *La discriminación arbitraria en el derecho económico*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.

Viscusi, K; Vernon, J. and Harrington, J. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

## Biografía del autor

El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha publicado cerca de medio centenar de artículos en distintas revistas jurídicas especializadas chilenas y extranjeras y participado en tres libros en áreas relacionadas con la regulación económica, la descentralización administrativa y la justicia administrativa. Ha obtenido dos proyectos de investigación FONDECYT, en calidad de investigador principal, en los

años 2003 y 2005, el último de los cuales consiste en un esfuerzo teórico de reformulación dogmática del Derecho Administrativo chileno. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Austral de Chile, profesor invitado en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, del Magíster en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y del Diplomado en Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica de Chile.