

Eugenio Evans Espiñeira*

La Ley, su ejecución y la interpretación normativa por los órganos del Estado

Introducción

Comienzo esta ponencia citando una nota periodística ligada estrechamente al tema que me ocupa y al que he dedicado buena cantidad de horas de estudio y análisis. El 30 de julio del año 2001, se publicó en el vespertino *La Segunda*, la siguiente nota: *PERCEPCIONES: “En las negociaciones que Chile lleva adelante con Estados Unidos y la Unión Europea, resulta sintomático, a juicio de los negociadores chilenos, que nos estemos topando con una misma percepción en ambas. Tanto europeos como norteamericanos consideran que hay dos obstáculos serios que se interponen en acuerdos como los que se proyectan: 1) La amplitud de las facultades reguladoras de las distintas superintendencias chilenas; y 2) La lentitud de nuestra justicia en materias económicas...”*

Llama la atención que una realidad preferentemente ligada al conocimiento técnico de las normas que señalan atribuciones de las entidades fiscalizadoras y de apreciación más bien local, sea conocida por los negociadores de los bloques europeo y norteamericano, señalando reparos al respecto, siendo un motivo del inicial retraso en el éxito de las negociaciones para arribar a los tratados de libre comercio entre las partes.

Sin embargo, desde un tiempo venimos denunciando la técnica usualmente utilizada por el legislador para dotar a las autoridades administrativa –en concreto, a las diversas superintendencia–, de la facultad para interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias, dictar instrucciones generales, aplicar sanciones conforme a esa interpretación, ampliando el abanico de infracciones imputables a particulares no solo a las disposiciones legales sino que a las reglamentarias y, aun, a las instrucciones y órdenes que se impartan por esas entidades. En otros casos, de relevancia no menor, el legislador ha mandatado al reglamento de ejecución para que complemente las disposiciones legales, dando en casos importantes un resultado que asumimos inesperado dadas las críticas que muchos congresales suelen expresar respecto de la citada ejecución.

* Profesor de
Derecho
Constitucional,
Universidad
Católica de Chile.

A nuestro parecer, constituye un principio general del derecho y un severo respaldo a la certeza jurídica, la norma del artículo 3º del Código Civil conforme a la cual "solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". Tal principio ha ido cediendo en el tiempo y hoy se aprecia con cada vez mayor frecuencia el abandono que el legislador hace de esa facultad delegándola en los diversos servicios y superintendencias, suponiendo con ello un elevado riesgo respecto a la certidumbre que los particulares requieren para el desempeño de sus actividades.

Solo a vía ejemplar, basten sean citadas las leyes orgánicas de las superintendencias de Valores y Seguros, de Bancos e Instituciones Financieras, de Electricidad y Combustibles, de Instituciones de Salud Previsional, entre otras, para apreciar cómo es que a cada cual se transfiere la facultad interpretativa que el Código Civil reserva al legislador, reconociéndoseles la atribución de "aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento les corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización" (v.gr. art. 3º N° 34, Ley N° 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles).

En síntesis, el legislador conscientemente autoriza la existencia de una normatividad paralela surgida de la apreciación discrecional del titular de la función administrativo-fiscalizadora, que da como resultado un frondoso bosque de preceptos obligatorios para los agentes económicos, los que en el ejercicio de su actividad se someterán, por tanto, no solo a las normas legales que la regulen (art. 19 N° 21 de la Constitución), sino que además a las que emanen del ejercicio de las potestades interpretativo-normativas de las entidades fiscalizadoras.

Para el desarrollo de este trabajo, dividiremos el análisis en cuatro capítulos sucesivos. El primero revisará la protección constitucional de la actividad empresarial privada, en especial, la extensión de la sujeción a las normas legales que regulan el ejercicio de las mismas; el segundo, hará referencia a algunos de los cuerpos legales que confieren la atribución interpretativa citada; el tercero tratará de encasillar o ubicar dentro del orden jurídico, el rango normativo de las normas dictadas por las entidades fiscalizadoras y por último mostraremos el caso del exceso en que incurre la autoridad cuando la ley no precisa claramente las atribuciones y limitaciones para poner en ejecución sus preceptos.

I. Protección Constitucional de la Actividad Empresarial Privada

La Constitución de 1980 contempla una serie de preceptos protectores de la actividad empresarial de los particulares. Previo al recuento de aquellos artículos que consagran un orden económico definido, citaremos aquellos que robustecen el accionar de los grupos intermedios de la sociedad, la cual estructura dentro de la Constitución un Estado subsidiario, finalizado al objetivo de bien común y garante del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 1º, inciso 3, señala que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, es decir, el Estado, como sociedad superior, da cuenta de la existencia natural de grupos de personas que se unen en procura de un objetivo común, los protege en cuanto grupos organizados que derivan de la natural sociabilidad de las personas y además garantiza la autónoma decisión de los mismos para definir cómo se organizan, qué estructura jurídica se dan, los medios o recursos económicos y humanos que destinarán al fin u objetivo que se han propuesto, etc.

El inciso citado, fundamental a la hora de interpretar los preceptos de la Constitución como asimismo la función del Estado en cuanto participante y regulador de las actividades económicas, podría haber sido suficiente reconocimiento del derecho de los individuos para crear los medios indispensables para su subsistencia y, aún más, para emprender y desenvolver las actividades empresariales que estimaren pertinentes. Pero la Carta Fundamental, extendiendo el campo protector de la iniciativa empresarial de las personas, sujetó al Estado y a sus organismos al explícito respeto de los preceptos de la Constitución y de las normas dictadas en su conformidad, como asimismo separó las funciones estatales impidiendo que unas se inmiscuyan en las atribuciones de las otras, consagrando, en definitiva, un poder judicial autónomo y con funciones de resguardo para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Además, el artículo 19 consagró como derechos humanos fundamentales, un conjunto sistemático de normas con clara vinculación con la iniciativa privada en materias económicas. Son aquellas que en su conjunto han permitido a la doctrina y a la jurisprudencia más autorizada afirmar la existencia de un orden público económico. Tales normas son, en apretada síntesis, las de los números 2, 15, 16, 21, 22, 23, 24 del artículo 19, todas las cuales se cautelan en la misma Constitución mediante la acción o Recurso de Protección, constituyendo esta última una eficaz herramienta de garantía para la salvaguarda del ejercicio pleno de esos derechos fundamentales. Igual sentido protector tiene el numeral 26 del mismo artículo 19, en tanto cuanto impide atentados normativos que afecten la esencia de los derechos impidiendo su libre ejercicio.

Aún más, la parte orgánica de la Constitución ha consignado disposiciones tendientes a estructurar el desenvolvimiento económico y financiero ordenado por parte del Estado y sus organismos, destacándose normas tan relevantes como las del artículo 60 Nº 7, la del inciso 4º del artículo 64 y los artículos 97 y 98 que estructuran al Banco Central como un órgano autónomo, conductor de una política monetaria independiente.

Nuestro objeto, sin embargo, dice relación con el ámbito de protección que ofrecen los Nºs 21 y 26 del artículo 19, respecto de los cuales, especialmente al tenor del primero, existe cierta discrepancia.

El N° 21 consagra *“el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen”* (inciso 1°).

Por su parte, el N° 26 establece *“la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

El llamamiento que hace la Carta Fundamental al legislador, sea en la reglamentación del ejercicio de las actividades económicas, como en la reserva a la regulación de las garantías constitucionales, se robustece en la indelegabilidad de facultades legislativas al Presidente de la República prevista por el inciso segundo del artículo 61, es decir, el ejercicio, desarrollo y actuación de los agentes económicos solo puede ser regulado por ley y solo ella podrá señalar requisitos, condiciones o tributos que, establecidos, no impidan el libre ejercicio de la actividad empresarial respectiva ni la afecte en su esencia.

El tema más difícil de definir es el alcance de la expresión “normas legales” que utiliza la Constitución, es decir, si es que ella excluye la intervención de la potestad reglamentaria en la regulación de las actividades económicas, o si por el contrario, prevé la posibilidad que el legislador describa el marco general para su desenvolvimiento, permitiendo al Presidente de la República normar, vía reglamento de ejecución, los aspectos más de detalle y propios de los caracteres individuales de cada actividad.

Por lo pronto, parece un terreno más pacífico excluir la posibilidad que cualquier manifestación de la potestad reglamentaria autónoma pretenda regular el desarrollo de actividades económicas lícitas. La exclusión se sustenta en la sustancia de la doctrina que emana del fallo del Tribunal Constitucional respecto del Decreto N° 357 de 1992 del Ministerio de Obras Públicas, Rol 146, de 21 de abril de 1992, que dispuso en lo pertinente:

9° Que, del tenor del artículo 19, N° 21, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: “Ajustado y conforme a reglas”. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad;

10° Que, el decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, prohíbe el desarrollo de la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos ya definidas, con lo que se ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia;

11° Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de “regular” puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece “Solo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.

La cuestión más compleja (“se está convirtiendo en el tópico de mayor tensión constitucional del nuevo siglo”, en opinión de Fernandois. *Derecho Constitucional Económico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001) es la pertinencia de la actuación del administrador, vía potestad reglamentaria de ejecución, en la regulación de las garantías constitucionales, en especial, la relacionada con las actividades empresariales.

La doctrina nacional divide sus inclinaciones por las siguientes alternativas. La primera, sostenida básicamente por E. Soto Kloss, ve un marco de reserva absoluto impidiendo toda y cualquier intervención de la administración en la regulación y complemento de las garantías constitucionales. (“Ley y Reglamento: Sus relaciones en el Derecho Chileno” en *Ius Publicum* N° 3/1999 y “La Actividad Económica en la Constitución” en *Ius Publicum* N° 2/1999). La segunda, por la que se inclina E. Silva Cimma, Pierry, Camacho y otros, expresa que la Constitución vigente amplió el ámbito de la actuación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República al establecer un dominio máximo de la ley, a diferencia de la Carta de 1925 que preveía un dominio mínimo legal, es decir, al limitar el campo de materias de imperativa regulación legal a las numeradas por el artículo 60, la Constitución de 1980 dejó un amplio margen normativo atribuido a la potestad reglamentaria. Fruto de ello es que la ley, tratándose de actividades económicas, puede fijar el marco general de su regulación, pudiendo legítimamente llamar al reglamento a complementar, completar y, aun, regular las situaciones no previstas expresamente por el legislador.

Una tercera aprecia en el N° 21 del artículo 19 una denominada “reserva legal poderosa” intermedia entre las dos anteriores, la cual no excluye al reglamento de ejecución, pero supeditado rigurosamente a las estipulaciones legales que rigen el desarrollo de la respectiva actividad económica. Fernandois, quien la enuncia basado en las opiniones del comisionado Bertelsen en la sesión N° 355 de la C.E.N.C. y en González Fernández, plantea su tesis en los términos siguientes: *“la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como ajustar a regla o someter a reglamentación, pero la esencia de la ejecución—que la separa de la regulación— consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley. He ahí la esencia de la potestad*

reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inicuo, ilegítimo e inconstitucional” (obra citada, pág. 133).

En síntesis, el tema no es de fácil solución doctrinaria. La práctica, sin embargo, demuestra una cierta tolerancia jurisprudencial con los que, estimo, excesos normativos de la potestad reglamentaria, de la delegada y, aun, de la potestad normativa conferida por el ordenamiento jurídico a algunos órganos del Estado. Por lo pronto, y no obstante coincidir en que la Constitución amplió el ámbito de materias en que el Presidente de la República ejerce sus funciones normativas, también es cierto que en materia de garantías constitucionales la Carta Fundamental ha sido rigurosa en llamar a la ley para su regulación, en los casos que ello es admisible. Por lo pronto, el N° 26 no se inclina por citar a normas de inferior rango pues la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales es una materia de reserva legal; enseguida, el artículo 60 N° 2 exige sean materias de ley “las que la Constitución exige que sean reguladas por una ley”, lo que se complementa con la expresa prohibición al Congreso Nacional de delegar facultades legislativas en materia de garantías constitucionales.

No obstante lo anterior, observamos cómo meras ordenanzas municipales regulan el ejercicio de actividades económicas fijando tributos o condiciones especiales para su ejercicio, cómo reglamentos de ejecución dictados por el Presidente de la República superan por mucho el marco normativo de la ley que ejecutan (paradigmático es el caso de la actividad económica eléctrica), en fin, cómo es que importantes actividades empresariales son reguladas por decretos con fuerza de ley (v.gr. la actividad económica de las empresas sanitarias, de los agentes económicos eléctricos, entre otras).

II. Descripción de las atribuciones interpretativas de las autoridades administrativas y Jefes de Servicios

En el capítulo anterior, hemos intentado recoger las opiniones más autorizadas respecto de la amplitud de la reserva que la Constitución establece a propósito de la regulación de las garantías constitucionales. Por lo pronto, y valga reiterarlo, regular el ejercicio de los derechos fundamentales queda al margen de la actuación de la potestad reglamentaria autónoma como, asimismo, al margen de las atribuciones normativas conferidas a las municipalidades y otros órganos del Estado.

Igualmente, se trató de precisar en lo que respecta a la regulación de las actividades económicas, hasta dónde se extiende la potestad del Presidente de la República para complementar, vía reglamentos de ejecución, la regulación legislativa de las actividades empresariales lícitas.

A continuación, haremos referencia a algunos cuerpos legales, orgánicos de las entidades y servicios encargados de fiscalizar a los diversos agentes económicos que atribuyen a los respectivos jefes superiores, la facultad de interpretar administrativamente los preceptos legales cuyo cumplimiento les corresponde fiscalizar. Como se observa-

rá, por lo general, se trata de una atribución conferida en términos generales, complementada por la consecuente potestad normativa, es decir, de la interpretación surge la norma de aplicación general, imperativa para los actores económicos sujetos a la fiscalización de la respectiva entidad, de lo que resulta que aquellos deberán someterse no solo a la reglamentación legal que los regule sino que, además, a la eventual que deriva del reglamento que la ejecute y la que deviene de la atribución interpretativa-normativa objeto de este estudio.

a) Decreto Ley N° 3.538 “Crea la Superintendencia de Valores y Seguros”

Trátase de una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda. Los artículos 3° y 4° señalan su ámbito de fiscalización y atribuciones, interesándonos para este análisis la letra a) del artículo 4° conforme a la cual se le confiere la facultad de *“Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”*.

Los efectos de semejante atribución se aprecian dentro del mismo D.L. 3.538. Baste sea citado el artículo 27, ubicado en el título III –Apremios y Sanciones– conforme al cual *“Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones....”* Por su parte, el artículo 28 establece casi idéntica disposición cuando se trate de personas o entidades diversas a las referidas en el artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia.

Sin embargo, la interpretación administrativa y la potestad normativa que confieren los preceptos transcritos a la SVS, es susceptible de ser revisada en sede jurisdiccional. En efecto, conforme con el artículo 46 *“las personas que estimen que una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o una omisión de la Superintendencia es ilegal y les causa perjuicio, podrán reclamar de ella ante la Corte de Apelaciones de Santiago...”* Lamentablemente, la misma norma establece el requisito de señalar el motivo del perjuicio que al reclamante causa la norma, instrucción, en general el acto reclamado de ilegal, lo que desvirtúa los beneficios del control judicial de la función normativa atribuida a la SVS.

Lo que al menos el D.L. 3.538 hace es permitir discutir en sede judicial el mérito y juridicidad de la interpretación efectuada por la SVS, posibilidad que a los privados no aparece reconocida en los restantes textos normativos que se revisarán a continuación.

b) Título Primero Ley General de Bancos. Texto Refundido fijado por el D.F.L. N° 3 de 1997, publicado en el Diario Oficial del 19 de diciembre de 1997. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Se contempla a una institución autónoma, con personalidad jurídica propia y que se relaciona con el gobierno a través del Ministerio de Hacienda. Le corresponde la fiscalización de las empresas bancarias, cualquiera sea su naturaleza, y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución (arts. 1° y 2°).

Conforme con el artículo 12, al Superintendente corresponde *velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios. La facultad de fiscalizar comprende las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas* (incisos 1° y 2°).

Por su parte, el artículo 19 establece que *“las instituciones sometidas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en alguna infracción a la ley que las rige, a sus leyes orgánicas, a sus estatutos o a las órdenes legalmente impartidas por el Superintendente, que no tenga señalada una sanción especial, podrán ser amonestadas, censuradas o penadas con multa de hasta una cantidad equivalente a 5.000 unidades de fomento. En caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza podrá aplicarse una multa hasta de cinco veces el monto máximo antes expresado”*.

La ley no contempla la posibilidad de impugnar las órdenes o instrucciones que derivan de la potestad interpretativa de los preceptos legales cuyo cumplimiento le corresponde fiscalizar al Superintendente. Podría, sin embargo, objetarse la juridicidad de la interpretación si es de ella deriva una posterior sanción contra la cual se reclama ante la Corte de Apelaciones en los términos previstos por el artículo 21.

c) Ley 18.410 que “Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles” (SEC)

Es un servicio funcionalmente descentralizado, que se relaciona con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Su objeto es fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas (arts. 1° y 2°).

Conforme con el artículo 3° N° 34, le corresponde a la Superintendencia *“aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización”*.

El artículo 15 –primero del Título IV sobre Sanciones– establece que *“las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales”* (inc.1º). En términos similares, el artículo 6º del Decreto 119, de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprobó el Reglamento de Sanciones en materia de Electricidad y Combustibles señala: *“Las infracciones e incumplimientos a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas en materia de electricidad, gas y combustibles líquidos, como asimismo a las instrucciones y órdenes que imparta SEC, serán castigados con algunas de las sanciones mencionadas en el artículo 4º de este reglamento, sin perjuicio de otras contempladas en el ordenamiento jurídico que no son objeto de esta reglamentación”*.

Las atribuciones normativas de la SEC, como asimismo el artículo 15, cuyo primer inciso transcribiéramos, fueron incorporados por la Ley N° 19.613 de junio de 1999, dictada en pleno período de crisis de abastecimiento eléctrico. Las normas citadas confieren potestades normativas a la entidad fiscalizadora, las que se imponen como obligatorias para las empresas que explotan servicios eléctricos, de combustibles o gas, las que pueden ser objeto de sanción por las infracciones o incumplimientos a las instrucciones de la SEC.

d) Ley N° 18.933 que “Crea Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional”

Trátase de una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Salud. Le corresponde la supervigilancia y control de las Instituciones de Salud Previsional, siendo estas últimas las que otorgan las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o la superior que se convenga, a los trabajadores dependientes del sector público o del privado.

Esta entidad está habilitada para *“interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”* (art. 3 N°2). Igualmente, le corresponde *“velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen y con las instrucciones que la Superintendencia emita, sin perjuicio de las facultades que pudieran corresponder a otros organismos fiscalizadores”* (art.3 N° 4).

Hemos traído, a vía ejemplar, la regulación orgánica en lo que interesa a la materia en análisis, respecto de cuatro entidades fiscalizadoras. Existen otros servicios y órganos con atribuciones de dictar normas de carácter general, obligatorias para las personas o

instituciones fiscalizadas, como también para sectores completos de la comunidad. Ocurre en el caso del Servicio de Impuestos Internos (art. 7° DFL N° 7 de 1980), de las Municipalidades (art. 12 de la Ley N° 18.695), en fin, ejemplos de una profusa regulación cuya naturaleza jurídica trataremos de establecer más adelante.

Por ahora, llamamos la atención acerca de la obligatoriedad que suponen las reglas que emanan de la potestad interpretativa de las Superintendencias y servicios, la necesidad de someter el ejercicio de las actividades económicas respectivas a su regulación, dadas las sanciones a que están sujetos los incumplimientos. Importa destacar que las leyes citadas, por lo general, no permiten impugnar la juridicidad de la norma o instrucción que resulta de la interpretación administrativa y, lo más grave, la potestad sancionadora de que gozan las entidades fiscalizadoras se aplica por igual, sea que el incumplimiento o infracción ocurra respecto de un precepto legal, de un reglamento de ejecución o de una orden, instrucción o norma que provenga de estas facultades interpretativas.

III. Naturaleza Jurídica de la Potestad Normativa de las Instituciones Fiscalizadoras

1. En el orden jurídico de la Constitución

Quizá uno de los principios más claramente robustecidos en la Constitución de 1980 fue el de la efectiva vigencia del Estado de Derecho y de la supremacía jerárquica de las normas de la Carta Fundamental. La misma Constitución consagró instituciones destinadas a cautelar esos objetivos principales, entre los que vale destacar el juicio político (arts. 48 y 49), el control de juridicidad de los actos de la administración confiado a la Contraloría General de la República (arts. 87 y 88), las diversas acciones constitucionales de que conoce el Poder Judicial (arts. 12, 20, 21 y 80), en fin, las atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional en el ejercicio de la función preventiva de constitucionalidad de las leyes, tratados internacionales, decretos con fuerza de ley, decretos supremos, etc. (arts. 82 y 83).

En el texto de ley fundamental aparecen disposiciones claras, destinadas a preservar el principio de juridicidad en la actuación de los órganos estatales. Especial atención merecen aquellos que imponen a tales órganos someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, la obligatoriedad de sus preceptos, la clara precisión en el ordenamiento jurídico de las atribuciones de que gozan las potestades públicas y la sanción con nulidad de Derecho público de todo acto ejecutado en contravención a esas disposiciones (arts. 6 y 7).

Pero, y además, la Constitución ha sido rigurosa al punto de establecer el marco normativo aplicable al legítimo ejercicio de las garantías y derechos constitucionales, de manera de limitar o restringir los posibles atentados de que puedan ser objeto. Así y

a vía ejemplar, reserva a la ley, y solo a ella, regular los modos de adquirir el dominio y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; solo la ley puede establecer limitaciones para la adquisición del dominio de alguna clase de bienes; a la ley se reserva la regulación de las actividades económicas lícitas; solo ella pueda establecer nuevos tributos, en fin, únicamente la ley puede restringir el ejercicio de algunos derechos para cautelar el medio ambiente. El fortalecimiento de la reserva a la ley en materia de los derechos fundamentales se aprecia con intensidad en el artículo 60 N° 2 que dispone “solo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”; en el artículo 61 que no permite al Congreso Nacional delegar facultades legislativas al Presidente de la República en las materias comprendidas en las garantías fundamentales. Pero, y aún más, con el objeto claro de regular la función sancionadora del Estado, el artículo 19 N° 3 reserva a la ley tipificar las conductas punibles, impidiendo la intromisión de la potestad reglamentaria para establecer nuevos tipos penales. Al respecto, por la pertinencia con el tema de este estudio, citamos el inciso final de este numeral el cual dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, en una norma que el Tribunal Constitucional ha hecho extensiva para cualquier manifestación de la potestad sancionadora del Estado, es decir, aplicable a los tipos penales propiamente tales como a los de índole administrativo (Sentencia Rol 244 del 26 de agosto de 1996).

Así establecido, no parece pertinente que el ejercicio de los derechos fundamentales sea regulado por normas de inferior jerarquía que la ley. Es admisible, con claras reservas, que el reglamento de ejecución complementa, sin modificar, el marco general de las leyes que se vinculen con las garantías constitucionales, pero en caso alguno es admisible que las normas dictadas por los órganos fiscalizadores creen situaciones jurídicas nuevas, impongan obligaciones no previstas en la legislación regular, señalen tipos penales administrativos y apliquen sanciones en caso de infracción a tales normas.

2. La Potestad Reglamentaria

Silva Bascuñán señala que “es la facultad otorgada al Presidente de la República para emitir toda especie de órdenes, encaminadas a satisfacer, en la amplitud de su proyección, la vastísima tarea que le entrega la Carta y que no tiene más limitaciones que la de someterse a la Constitución y a la leyes y la de no dictar normas que pertenezcan a la función legislativa (*Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Ed. Jurídica de Chile, pág. 126).

La Constitución vigente, al limitar el marco de actuación del legislador a las materias previstas por el artículo 60, amplió las facultades del Presidente de la República para normar todas aquellas que no se encontraran taxativamente numeradas por el citado precepto. El ejercicio de las atribuciones normativas del Presidente de la República se

ejerce por medio de la potestad reglamentaria, consagrada en el artículo 32 N° 8 que señala: “*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*”.

Distínguese en la disposición los tipos o clases de potestad reglamentaria; la autónoma, cuya finalidad es la de dictar disposiciones generales o especiales no reservadas al dominio de la ley. Se ejerce dictando diversa clase de decretos, a saber, reglamentarios cuando se refieren a regulaciones generales sobre alguna materia especial y simples decretos si tienen un fin u objeto particular. Se le ha dado el nombre de potestad reglamentaria ampliada pues es esta la que se ejerce en las materias que no son propias del dominio de la ley estando aquí la fuente residual del orden jurídico, es decir, salvo lo que se regla en la Constitución o se reserva a la ley, es regulado por medio de la potestad reglamentaria autónoma o ampliada mediante los reglamentos, decretos, instrucciones que el Presidente estime conveniente dictar, sea para la función de administrar o bien, en la de poner en ejecución las leyes.

Mediante la potestad reglamentaria de ejecución, el Presidente de la República lleva lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto de su obediencia y cumplimiento, es decir, traducir la ley en los actos, desenvolver, proyectándolos en los casos particulares, los propósitos y satisfacer en ellos los objetivos perseguidos por la Constitución o la ley. *Se manifiesta por medio de reglamentos que implementan los detalles que faciliten la aplicación y el cumplimiento de los derechos y cargas establecidos en la norma legal, a la cual debe su completo acatamiento, puesto que la ley es condición para la emisión del reglamento y, a la vez, es el marco dentro del cual debe operar.* (Hugo Caldera Delgado. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Ediciones Parlamento, pág. 243).

La doctrina se ha representado si es que las facultades normativas de las superintendencias y jefes de servicios se ubican dentro de las facultades que este numeral 8° del artículo 32 atribuye al Presidente de la República. Por una parte, Silva Cimma señala que “la ley entrega generalmente a los jefes de servicios de la Administración Pública la atribución de dictar decretos o resoluciones sobre las materias de su competencia o que digan relación con el personal de sus respectivos servicios. En estos casos, dichas atribuciones no son otra cosa que derivaciones de la facultad del Presidente de la República, que se entrega a sus subordinados a fin de hacer posible una administración pública activa y diligente. Es una especie de delegación de la facultad presidencial en sus subordinados directos en vías a una mejor administración” (Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, págs. 250 y 251).

Silva Bascuñán, discrepando de esa opinión, sostiene que “la potestad reglamentaria inherente a los cuerpos administrativos funcionalmente descentralizados tiene su fuente en la respectiva ley de creación de cada uno de ellos y no proviene, por lo tanto, de

delegación alguna del Presidente. El legislador, al crear dichos entes, no puede menos que darles facultad para adoptar las decisiones de carácter general o particular encaminadas a satisfacer sus respectivos objetivos, con prescindencia de la voluntad del Jefe del Estado, de quien no dependen, y ajenas, por lo tanto, a la potestad reglamentaria de éste” (obra citada supra. Pág. 174).

Por nuestra parte, coincidimos con la opinión del profesor Silva Bascuñán, aun cuando él la sostiene en la falta de dependencia del titular del órgano respectivo y se refiere concretamente a los cuerpos funcionalmente descentralizados. Por lo general, las superintendencias son órganos autónomos, a veces funcionalmente descentralizados, pero en todos los casos con potestades interpretativo-normativas establecidas en la respectiva ley de creación, por lo que la habilitación competencial para dictar normas obligatorias a los particulares y entes fiscalizados emana de esa fuente y no de una derivación de la facultad atribuida al Jefe de Estado para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Lo afirmado lo entendemos así no obstante la dependencia funcional de los jefes de servicios respecto del Presidente de la República.

3. Jerarquía normativa de las normas que emanan de la Potestad Interpretativa de los Servicios Públicos y entidades fiscalizadoras

Uno de los objetos de este trabajo es determinar la naturaleza de esta “legislación paralela” o “colegislación” que fluye de las potestades interpretativo-normativas de los servicios e instituciones fiscalizadoras.

En el acápite previo hemos sostenido, y coincidiendo con don Alejandro Silva Bascuñán, que la facultad de dictar normas de aplicación general reconocida a esas entidades no constituye una prolongación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Menos aun podrá dársele a tal atribución el alcance del artículo 3 del Código Civil. La interpretación legal, es decir, la que emana del propio legislador, en uso de su facultad de explicar y declarar el verdadero sentido de las normas que él mismo ha dictado, es la única que tiene fuerza obligatoria general según la disposición del precepto citado. Por ello, y como efecto propio de la interpretación legal, las leyes interpretativas se entienden incorporadas a las que interpretan.

Distinto debe ser el ámbito o efectos de las normas dictadas por los entes fiscalizadores y servicios, en ejercicio de la potestad interpretativa que les confieren sus estatutos orgánicos.

Por lo pronto, si se trata de ubicarlas dentro del orden jerárquico usualmente reconocido por la doctrina, necesariamente debieran ubicarse bajo las normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria presidencial y, por tanto, sometidas y sujetas al

marco definido por la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos y decretos supremos.

Pero, y además, en caso alguno podría esa potestad normativa regular, interpretando las disposiciones legales y reglamentos cuyo cumplimiento les corresponde fiscalizar, el ejercicio de los derechos fundamentales, ni menos tipificar conductas susceptibles de ser sancionadas en cualquier forma.

Ahora bien, aun cuando variadas leyes orgánicas de las Superintendencias y servicios silencian la posibilidad de reclamar ante los Tribunales de Justicia la juridicidad de las normas dictadas en ésta clase de interpretación administrativa, los mismos Tribunales se han encargado de atestiguar la procedencia de esos reclamos.

En efecto, se ha resuelto que:

1. "La interpretación administrativa efectuada por el Servicio de Impuestos Internos (conforme a la autorización que le confiere el N° 1 del art. 6° del C. Tributario), en nada compromete la facultad soberana que tienen los Tribunales de Justicia para juzgar los casos sometidos a su conocimiento. A ellos toca realizar libremente la interpretación de las leyes que estimen más adecuadas según su criterio y las normas de hermenéutica establecidas en el Código Civil". (C. Suprema, 3 enero 1979. F. del M. N° 242, sent. 2ª, p. 415 (C. 13, p. 418); C. Suprema, 6 julio 1979. F. del M. N° 248, sent. 1ª, p. 173 (C. 8ª, p. 174); C. Suprema, 5 agosto 1980. R. t.77, sec. 1ª, p. 62 (C. 11, p. 64).
2. "Las facultades conferidas por la ley a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para aplicar e interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las empresas vigiladas (Decreto Ley N° 1.097, de 1975, art. 12), son de carácter administrativo y obligan a los bancos e instituciones financieras en sus relaciones con dicha Superintendencia y los particulares; pero no pueden imponerse a los Tribunales de Justicia en las causas particulares que conozcan, ya que, de acuerdo con el mandato de la ley (Constitución Política, art. 73, y C. Orgánico de Tribunales, art. 1°), es atribución soberana de ellos conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En el juzgamiento se comprende la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, y tal interpretación no está sometida sino al criterio de los tribunales y al de la ley misma; a ninguno más". (C. Santiago, 27 enero 1981, R.t. 78, sec. 2°, p. 21 (C. 14, p. 29).
3. "Conforme a la Ley N° 16.395 corresponde a la Superintendencia de Seguridad Social fijar la interpretación de las leyes de previsión social; pero es obvio que tal interpretación puede impugnarse por los afectados cuando la estimen contraria a Derecho, y entonces incumbe a los Tribunales ordinarios de Justicia la determinación de su verdadero sentido y alcance, pues de lo contrario aquellos no podrán hacer valer sus derechos aun cuando la interpretación administrativa fuera errónea o arbitraria". (C. Santiago, 1° abril 1986. R.t. 83, sec. 2ª, p. 7 (C. 5°, p. 8).

4. *La Interpretación Administrativa y la Certeza Jurídica*

Toda interpretación jurídica, sea legal, judicial o bien administrativa, supone cierto grado de discrecionalidad de parte del intérprete.

En efecto, y respecto a la función de establecer el sentido y alcance de un precepto jurídico cualquiera, los resultados son variados en razón de quién, por disposición de la ley, elección, designación o nombramiento, realice la labor de interpretación de ese precepto.

Naturalmente, mayor estabilidad y confianza generan las interpretaciones hechas por el legislador o los Tribunales de Justicia. El primero por cuanto su acto interpretativo se manifiesta por medio de una ley que se incorpora a la ley interpretada (art. 9, inc. 2º C. Civil), en tanto que la judicial es realizada por funcionarios que gozan de atributos que dan garantías de imparcialidad, a saber, independencia, inamovilidad y responsabilidad, entre otras.

Tales caracteres no se reúnen en el caso de la interpretación confiada y delegada a los Jefes de Servicios y entidades fiscalizadoras.

En efecto, se trata de funcionarios y órganos cuyos jefes superiores, por lo general, dependen de la confianza del superior jerárquico, (casi siempre el Presidente de la República), por tanto, removibles de sus cargos y supeditados al programa político del gobernante.

Consecuencialmente, la interpretación administrativa y con ella la normatividad resultante, variará conforme quién ejerza la función respectiva o más grave aun, cambiará radicalmente en la medida que asuma el gobierno un representante de otra visión de la sociedad y de los medios para alcanzar el bien común.

En esos términos, la certeza jurídica, la estabilidad de las reglas del juego cede tratándose de ésta clase de normas administrativas pues están, por lo visto, expuestas en permanentes cambios.

La ausencia de esa certeza, indispensable en el ámbito de las actividades económicas, es una de las consecuencias lamentables de la recurrente técnica del legislador para delegar funciones interpretativo-normativas en los jefes de servicios y superintendencias.

Más grave aun y manifiestamente inconstitucional, es que en algunos casos el legislador permite a esas entidades aplicar sanciones por infracciones a órdenes, instrucciones, circulares (o como sea la denominación que derive de su potestad normativa) por ellas dictadas. En tales casos no es solo la ausencia de certeza jurídica el defecto que apreciamos sino que una directa contravención al inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

En efecto, y como bien lo ha resuelto el Tribunal Constitucional, para sancionar a una persona en cualquier forma, la Carta Fundamental exige que sea la ley y sólo ella la que establezca al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia

que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que ni siquiera procede a su respecto la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República. (Sentencia Rol N° 244, Consid. 12°).

IV. La publicidad de los actos de la Administración. Vigencia del artículo 11 bis de la Ley N° 18.575 y su aplicación por la autoridad administrativa

Es a lo menos curioso observar cómo es que los legisladores expresan públicamente su molestia frente a decisiones de la autoridad administrativa cuando esta da ejecución concreta a las leyes. La molestia deriva, en el caso concreto así acontece, de la práctica aplicación que la autoridad ha dado a preceptos que se han formulado con una precisa finalidad, la cual en ocasiones se desvanece perdiendo sus efectos al ser objeto de esa aplicación.

El artículo 11 bis de la Ley 18.575 (orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado) es, a mi parecer, un caso ejemplar de lo señalado. En efecto, el citado precepto fue fruto de la Ley N° 19.653 de 1999, que introdujo una serie de reformas a esa ley orgánica y a otros cuerpos legales, con la finalidad de robustecer el principio de probidad y transparencia en los actos de las autoridades públicas. Así por lo demás rezaba el título o nombre con que se publicó en el Diario Oficial; “Sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado”, por sí mismo indicativo de su objetivo.

Prescribe el artículo 11 bis, en lo que interesa, lo siguiente: *“Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.*

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial (incisos 1°, 2° y 3°).

En caso de que la información referida en los incisos anteriores no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo (inc. 5°).

El jefe superior del órgano requerido deberá pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas desde la formulación del requerimiento, o desde (...) (inc. 9°).

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de

las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado” (incisos 11° y final).

En un primer análisis, resulta de la norma que la regla general la constituye la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Tal disposición fortalece uno de los pilares en los que se sostiene el estado de Derecho y dentro de él, la supremacía jerárquica de las normas de la Constitución, al transparentar para las personas y la opinión pública, los resultados de los actos de las potestades públicas y los fundamentos que les sirven de sustento.

En ese entendido, la fiscalización de la comunidad, los grupos y entidades interesados o afectados por los actos de las autoridades estatales, se perfila como una realidad efectiva, la que sin embargo, decrece en intensidad si es que se permite echar mano a herramientas normativas inferiores o a conceptos jurídicos amplios o de compleja definición, como los que se señalarán a continuación.

En efecto, la finalidad del precepto se desvanece en buena medida si es que al jefe superior del órgano requerido se le habilita denegar la entrega de documentos en función de la reserva o secreto establecidos en disposiciones reglamentarias o en caso que estime afectada la seguridad de la nación o el interés nacional.

Aún más, el mismo artículo delega en los reglamentos establecer los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la administración del Estado.

Esa técnica legislativa expresada en un amplísimo marco de excepciones al principio general que consagra, hace volcar radicando en la apreciación discrecional de la autoridad, qué o cuáles actos y, en especial, qué documentos podrán ser públicos.

Por lo tanto, si la ley consagra el principio de publicidad de los actos administrativos y sus instrumentos fundantes, no debiera permitir se deniegue su conocimiento fruto de la reserva o secreto previstos por preceptos de inferior rango normativo. Enseguida, siempre que se recurre a conceptos genéricos como la seguridad o el interés nacional, la ley expone su cumplimiento efectivo a la calificación que, de los mismos, haga la autoridad requerida.

Ejemplo de los señalado es el “Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado” (Diario Oficial del 7 de mayo de 2001-SEGPRES) que creó nuevas causales de reserva o secreto, a saber, las relativas a la afectación del interés público o privado, todo ello conformándose a los criterios previstos en las letras a) y b) del artículo 8° del mismo reglamento.

Pero la autoridad administrativa no se detiene allí, pues mediante Resoluciones Exentas continúa ejecutando la materia. En el Diario Oficial del 13 de agosto de 2002, se publicó la Resolución 292 de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción que establece:

Artículo 1°: Tendrán el carácter de secretos o reservados los siguientes actos y documentos de esta Subsecretaría, atención a que su conocimiento o difusión podrán afectar el interés público:

- 1) Todos los actos y documentos relativos a la negociación de acuerdos internacionales;
- 2) Los actos y documentos que sirvan de base para la determinación de las políticas ministeriales, salvo que se declare expresamente que ellos no pueden perjudicar la moneda o el crédito público;
- 3) Los antecedentes que sirvan de base a los procedimientos de fijación tarifaria que se encuentren en tramitación;
- 4) Antecedentes que sirvan de base a la declaración de las empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 384 del Código del Trabajo;
- 5) Denuncias presentadas ante los Tribunales de Justicia, y los documentos que sirvan de sustentación o respaldo a las mismas;
- 6) Informes evacuados por las unidades de Auditoría y Contraloría Interna Ministerial;
- 7) La correspondencia oficial debidamente calificada por la autoridad responsable, de conformidad con lo dispuesto en el decreto supremo N° 291, de 1974, del Ministerio del Interior;
- 8) Informes y estudios técnicos especiales, como también informes en Derecho, respecto de materias en que esté actualmente comprometido el interés de la subsecretaría.

Artículo 2°: Tendrán el carácter de secretos o reservados los siguientes actos y documentos de esta Subsecretaría en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés privado de los administrados:

- 1) Denuncias o reclamos presentados relativos al funcionamiento de cooperativas o asociaciones gremiales, siempre que se estime que su difusión les pueda causar perjuicios a las personas que los hayan presentado, a los miembros de dichas entidades o a terceros. Sin embargo, las denuncias o reclamos que sean injustificados o temerarios podrán ser puestos en conocimiento de los afectados.

- 2) Los antecedentes que sirvan de base a la aplicación de sanciones por aplicación del artículo 67 de la Ley General de Cooperativas y del artículo 22 de la ley sobre Asociaciones Gremiales.
- 3) Las investigaciones sumarias y los sumarios administrativos sea que se encuentren en trámite o que su tramitación haya concluido, salvo respecto de los inculpados, después de la formulación de cargos.
- 4) Antecedentes vinculados con las solicitudes de otorgamientos de concesiones en materia de gas y electricidad que se encuentren en tramitación.
- 5) Documentos respaldatorios de las ofertas presentadas en procesos de licitación o contratación, en tanto se encuentre pendiente su adjudicación, salvo las propuestas económicas, de las licitaciones con selección por calidad o precio fijo, que, de conformidad a las Bases Administrativas de la respectiva licitación, no deben ser abiertas por no haberse seleccionado la correspondiente propuesta técnica, las que tendrán siempre el carácter de secretas.
- 6) Actas de comisiones evaluadoras en propuestas o licitaciones, en tanto se encuentre pendiente la respectiva adjudicación.

Independiente que para algunos casos es plenamente pertinente y justificada la reserva y, aun el secreto, (en especial los documentos que pueden afectar la privacidad de las personas) podrá sostenerse que en esta resolución ha habido un exceso normativo que socava las aspiraciones que el legislador tuvo en vista al consagrar la publicidad como principio ligado a la probidad y transparencia del actuar de los órganos de la administración estatal.

Especial mención merece el secreto o reserva respecto de los “antecedentes que sirvan de base a los procedimientos de fijación tarifaria”. Inicialmente, han sido algunas autoridades administrativas las que han manifestado sus reparos a esa reserva y luego, legisladores han presentado acciones judiciales tendientes a dejarlas sin efecto.

Cualquiera sean sus respectivas razones, objetivamente la formulación en la ley de las excepciones a la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que los respaldan adolece de los defectos que generan las consecuencias anotadas y, los que estimo, excesos en su aplicación. En efecto, por nuestra parte no divisamos los motivos que justifican la reserva o secreto de los antecedentes base de los procesos tarifarios, en especial, si se extiende a los interesados (v.gr. empresas concesionarias de servicios o asociaciones de usuarios), pues precisamente son tales documentos los respaldos necesarios de los respectivos actos terminales (decretos supremos de tarifas) y cuyo conocimiento oportuno permite instar por el reparo, durante el procedimiento, los vicios que aparezca. Tal posibilidad disminuye ostensiblemente una vez finalizado el trámite administrativo y solo le quedará al administrado instar por hacer efectivas eventuales responsabilidades funcionarias y aun del Estado, en caso que el posterior conocimiento de los antecedentes permita concluir que ha faltado un trámite indispensable, que hubo una errada estimación de algún antecedente, etc.

