

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100209>

La Contraloría en el proceso regulatorio

*Guillermo Jiménez Salas**

RESUMEN

Este trabajo examina los canales de comunicación entre la Contraloría General de la República y las autoridades del gobierno central en el proceso de toma de razón de reglamentos. Haciendo uso de investigaciones comparadas acerca del impacto de la maquinaria de control jurídico, este estudio evalúa la influencia de esta institución en el comportamiento burocrático. Basado en entrevistas con actores clave en estos procesos, se discuten varias funciones que desempeña la Contraloría por medio de su poder de escrutinio jurídico ex ante, tales como la promoción de deliberación, la facilitación de coordinación dentro de la rama ejecutiva, y la prevención de litigios, entre otros.

Contraloría; toma de razón; reglamentos

The Comptroller-General in the regulatory process

ABSTRACT

This paper examines the channels of communication between the Comptroller-General and public officials in the central government in the ex-ante legality review of administrative rulemaking. In fact, drawing on studies about the impact of legal accountability machinery, this study assesses the influence of the institution on bureaucratic behaviour. Based on interviews with key actors in these processes, the paper discusses a number of functions that the Comptroller-General is performing through its power of ex-ante legal scrutiny, such as promoting deliberation, facilitating coordination within the executive branch, preventing litigiousness, among others.

Comptroller-General; legality review process; rulemaking

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, University College London, Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7275-8078>. Correo electrónico: guillermo.jimenez@uai.cl

Artículo recibido el 30.4.20 y aceptado para su publicación el 4.7.20.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo examina el rol de la Contraloría chilena en el control de la discrecionalidad administrativa en el proceso de toma de razón de reglamentos adoptando una aproximación enfocada en las prácticas informales. En el ámbito de la toma de razón, el rol de la Contraloría como un mecanismo de control interno aparece en su forma más destacada. Es distintivo de esta institución autónoma el hecho de que ella interviene en el proceso administrativo, revisando preventivamente la conformidad de una regulación administrativa con la legalidad¹. Es posible argumentar que esta característica hace a esta institución particularmente influyente dentro del proceso administrativo y un mecanismo excepcional entre los sistemas comparados².

Mediante la toma de razón, la institución examina miles de actos administrativos cada año, pero este trabajo se enfocará solo en las interacciones entre la Contraloría y el ejecutivo en relación con la potestad reglamentaria. Hasta cierto punto, la función de la Contraloría chilena en esta área se asemeja a las funciones que desempeñan ciertas instituciones estatales en otros sistemas. Por ejemplo, la toma de razón se parece al trabajo del *Conseil d'Etat* francés en su rol consultivo³. Insertándose al final del proceso administrativo, examina atentamente los borradores de regulaciones apuntando a los errores, ilegalidades, e inconsistencias. En contraste con su contraparte francesa, sin embargo, la institución chilena no solo aconseja y hace recomendaciones, sino que también puede impedir la dictación de una regulación si la considera antijurídica por medio de la denominada “representación”. Aunque raramente se ha ejercido en los tiempos actuales, este poder de veto tiene un enorme impacto ulterior en las interacciones entre la burocracia chilena y esta institución de control⁴. Asimismo, la naturaleza interna de la Contraloría y su función como un supervisor del proceso regulatorio puede atraer comparaciones con otros mecanismos no judiciales de revisión que han proliferado en otras partes en las últimas décadas a raíz de las reformas basadas en *New Public Management*⁵. Con todo, un par de elementos distinguen al caso chileno de la mayoría de aquellas formas de control, pues precede largamente a las políticas de NPM de las últimas décadas. Además, porque mientras que la mayoría de los llamados mecanismos de “metarregulación” se han enfocado en análisis de costo-beneficio y en la reducción de cargas regulatorias⁶, la Contraloría ha permanecido centrada en problemas de regularidad administrativa, legalidad, y eficacia⁷.

Este trabajo explicará que para revelar el verdadero rol de esta organización en el proceso reglamentario, es necesario mirar de cerca a aquellas interacciones cotidianas que

¹ SILVA, 1996, p. 202; CORDERO, 2007; GARCÉS y RAJEVIC, 2009.

² BRAIBANT *et al.*, 1973, pp. 224-234.

³ FREEDEMAN, 1968, cap. 5.

⁴ CEBALLOS, 1946; MACÍAS, 1946; ATRIA, 2012; FAÚNDEZ, 2011, cap. 5 y 9.

⁵ BREYER, 1993; HOOD *et al.*, 1999; MORGAN, 2003.

⁶ WIENER y ALEMANO, 2010; MORGAN, 2003; SUNSTEIN, 2013.

⁷ LETELIER, 2015.

tienen lugar en la sombra de su poder de veto o representación. La tarea de lidiar con estas historias que ocurren tras bambalinas será llevada a cabo mediante el análisis de docenas de entrevistas con funcionarios administrativos, autoridades de la Contraloría, y litigantes. Yendo más allá del derecho en los libros y prestando atención al derecho en acción, este estudio revela cómo se despliegan los encuentros regulatorios entre aquellos funcionarios, y cómo ellos pueden ser evaluados en términos de su contribución al resultado final de una acción administrativa razonada, responsable, y efectiva.

Una explicación completa de las funciones que puede cumplir este mecanismo requiere mirar las prácticas informales que han emergido tras las formalidades del proceso de toma de razón. De hecho, se han desarrollado reglas y procedimientos informales, llenando vacíos dejados por la regulación formal del proceso⁸. Los funcionarios del ejecutivo reportan que un rechazo por parte de la Contraloría les impone un alto costo. En particular, cuando la decisión bajo revisión es una regulación con efectos generales, un rechazo puede implicar un costo político porque los partidos de oposición, y las industrias reguladas, denunciarán que el gobierno está infringiendo el Estado de Derecho. Además, para los asesores jurídicos, un rechazo o representación impactará negativamente en su credibilidad frente a las autoridades políticas. Esto significa que ellos harán todo tipo de esfuerzos para evitar una respuesta negativa de la Contraloría. En estos casos, se desarrollará un diálogo informal entre esta organización y la administración activa. La institución de control puede, entonces, solicitar cambios a la regulación administrativa o incluso modificaciones de política. El mundo real de la toma de razón tiene lugar exactamente acá. Esta es un área casi inexplorada por los académicos, e incluso solo tenuemente comprendida para la mayoría de los funcionarios públicos.

Antes de comenzar, es necesario hacer un breve comentario acerca de la metodología. Este trabajo se basa en una investigación de naturaleza primariamente “cualitativa” al intentar entender el control preventivo de legalidad que realiza la Contraloría en la toma de razón en tanto fenómeno social relativo al funcionamiento de la burocracia pública bajo constreñimientos jurídicos. Como explica Webley, “la investigación cualitativa no depende de la cuantificación estadística sino que intenta capturar y categorizar fenómenos sociales y su significado”⁹. Respecto de la recopilación de información, empleé múltiples fuentes para asegurar triangulación y capturar un amplio rango de experiencias. Realicé trabajo de campo en Santiago entre octubre y noviembre de 2015, y luego entre abril y mayo de 2016. Además de trabajo de archivo, realicé 40 entrevistas semiestructuradas con actores clave que trabajan en la Contraloría o en instituciones vinculadas con ella, asegurando anonimato a todos los entrevistados. Utilicé la técnica de bola de nieve como método de selección de la muestra de entrevistados, la que incluyó: (i) Personas con experiencia como asesores jurídicos en ministerios que poseen interacción permanente

⁸ La mayoría de estos pueden ser vistos como “instituciones complementarias informales”, esto es, aquellas que “moldean la conducta de maneras que no vulneran las reglas formales globales ni producen resultados sustantivamente distintos. Frecuentemente, ellos son vistos para mejorar la eficiencia o eficacia de las instituciones formales” (HELMKE y LEVITSKY, 2006, pp. 13-14).

⁹ Webley, 2012, p. 928.

con la Contraloría, o como jueces en tribunales; (ii) personas con experiencia como funcionarios en la Contraloría; y (iii) personas con experiencia representando a organizaciones públicas o privadas (ONG y firmas de abogados) frente a la Contraloría.

Este trabajo está dividido en seis secciones principales. Tras la sección II que explica brevemente la organización y procedimiento con el que opera la toma de razón, cada una de las siguientes secciones examina alguna de las potenciales funciones que legitiman el rol revisor de la Contraloría en el proceso administrativo: legalidad (III), deliberación (IV), coordinación (V), representación de intereses (VI) y prevención de litigios (VII). En la conclusión se resumen las principales lecciones del trabajo, y lo que ellas sugieren acerca de la reforma de la Contraloría en el contexto político latinoamericano.

II. DEPARTAMENTOS CLAVE Y LAS REUNIONES DE REVISIÓN

La Contraloría cubre una variedad de funciones tales como auditoría, investigaciones disciplinarias, y contabilidad, entre otras. Para llevar a cabo estas tareas, se organiza en varias Divisiones y Comités. Para ilustrar este punto me enfocaré en sus principales funciones regulatorias, que se concentran en dos unidades: la División Jurídica, particularmente su Comité IV, y la División de Infraestructura y Regulación (DIR). Su importancia deriva del hecho de que ellas desempeñan las funciones más relevantes en términos de interpretación jurídica. La mayoría de los comentarios que recibí durante las entrevistas realizadas para esta investigación se refirieron a experiencias con dichas oficinas. En las entrevistas se discutió repetidamente la dinámica de las reuniones entre revisores, asesores jurídicos de gobierno, y abogados. En lo que sigue, bosquejaré los rasgos orgánicos de estas entidades y las principales características de estas reuniones de revisión.

La unidad primaria a cargo de la toma de razón es la División Jurídica. Dos abogados sénior —el jefe y el subjefe— encabezan esta división. Ellos, a su vez, supervisan el trabajo de los comités especializados internos, cada uno de ellos posee su propio portafolio. Aparte de estos altos funcionarios, esta división se compone de aproximadamente 40 abogados asignados a siete comités, cada uno de estos posee responsabilidad por una o más áreas específicas de la administración pública. A diferencia de otras áreas dentro de la institución, no existen otros profesionales, como arquitectos, economistas, contadores, administradores públicos, o ingenieros civiles, trabajando en esta división. Ella está compuesta exclusivamente por abogados.

Entre los siete comités que componen a la División Jurídica, el Comité IV ha sido históricamente el más prestigioso. Tradicionalmente, esta oficina fue concebida como una especie de unidad de elite, donde los funcionarios con más experiencia llegaban hacia el final de una larga carrera, sirviendo en diferentes cargos dentro de la institución. Estos funcionarios por consiguiente tendrían una visión panorámica tanto de las operaciones de la Contraloría como del funcionamiento de la burocracia pública bajo su supervisión. En otras palabras, esta unidad representaba la cúspide de una carrera exitosa dentro de la Contraloría. Sin embargo, esa tradición en buena medida parece haber perdido su

vitalidad, y actualmente esta oficina combina abogados junior y sénior de una manera más equilibrada. Además, algunos de los miembros actuales de esta oficina han tenido experiencia fuera de la Contraloría como funcionarios de la administración activa en puestos ministeriales y en otros órganos administrativos. Los últimos cambios fueron generados por modificaciones introducidas por el Contralor Mendoza durante su mandato¹⁰.

Mientras que otros comités revisan decisiones administrativas rutinarias, como empleo y contratación pública, el Comité IV está primariamente a cargo de los casos más complejos. La dificultad de los casos asignados a este comité explica su liderazgo. Consistente con esto, estos abogados tienen una responsabilidad primaria respecto del escrutinio de las potestades regulatorias de la administración, y también respecto de la emisión de opiniones jurídicas a petición de otras divisiones y actores externos a la Contraloría. En consecuencia, los miembros de este comité ejercen simultáneamente tareas de toma de razón y otras relativas a la potestad dictaminante.

Otra división que se involucra de manera relevante con la toma de razón es la DIR. Esta es una división especializada, independiente de la División Jurídica, que también incluye varios comités internos. Una organización de naturaleza multidisciplinaria, esta entidad combina abogados y otros profesionales. La tarea primaria de esta oficina consiste en controlar una variedad de procesos regulatorios, así como procedimientos de fijación tarifaria en industrias reguladas y procesos de planificación urbana. Igual como el Comité IV, la DIR también es altamente apreciada como resultado de la competencia técnica de sus miembros y la complejidad de su portafolio.

Tras esta breve explicación de la organización, es conveniente esbozar los rasgos básicos del proceso de toma de razón, de la misma forma como opera en la práctica. Primero que todo, tras unos filtros preliminares básicos en donde jefes de división y jefes de comité asignan las tareas, un funcionario –usualmente llamado “abogado informante”– inicia el proceso dentro del respectivo departamento, DIR o Comité IV. Regularmente, este funcionario es un abogado joven que debe realizar una revisión jurídica directa de una regulación administrativa, redactar un informe, y proponer un resultado –aprobarla, representarla, o solicitar modificaciones–. El informante está frecuentemente especializado en ciertas áreas del derecho o en algunos regímenes regulatorios específicos. Tiene que reportar al jefe del comité, con quien usualmente puede discutir dudas y definir estrategias. El resultado de su trabajo es subsecuentemente supervisado por el jefe o subjefe de la división, y puede finalmente ser revisado por el Contralor General mismo, si la firma no está delegada en otro funcionario¹¹. Por tanto, la rutina de trabajo básica consiste en una cadena de revisiones compuestas de al menos dos niveles de debate interno. Estos circuitos provocan repetidas discusiones dentro de la organización.

El resultado preliminar más usual del proceso de revisión es la solicitud de modificaciones a la regulación. Lo más habitual es que el abogado informante sea quien

¹⁰ Entrevista con abogado de la Contraloría (19.11.2015).

¹¹ Dos importantes ejemplos de delegaciones de facultades del Contralor en sus subalternos son las resoluciones 104 y 105, ambas de 30 de diciembre de 2016 (D.O. 8 de enero de 2017) que delegan la firma en el Jefe de la División de Infraestructura y Regulación, y en el Jefe de la División Jurídica, respectivamente.

discuta esto directamente con la agencia administrativa que promueve la regulación. Tras alcanzar una decisión interna acerca de los méritos de la regla bajo examen, el informante llama a los reguladores e indica los defectos que detecta en la propuesta de regulación. Entonces, organiza un encuentro o reunión formal para discutir los términos de las modificaciones que se necesita que se introduzcan. Hasta este punto, la Contraloría no ha tomado ninguna decisión formal, esto es, no existe una decisión razonada que indique los errores o ilegalidades que presenta la regla hasta ese minuto.

Las reuniones en donde se discuten cuáles son los límites jurídicos de las potestades administrativas para dictar reglamentos son en cierta medida informales. Debido a que las reuniones tienen lugar en las instalaciones de la Contraloría, los abogados informantes son los anfitriones de estos encuentros. Estos consisten normalmente en reuniones bilaterales atendidas solo por uno o dos abogados informantes de la Contraloría, y los funcionarios que representan a los ministerios. Solo excepcionalmente estas reuniones adoptan un carácter multilateral, reuniendo representantes de diversas agencias administrativas simultáneamente. Lo más frecuente es que los abogados de la Contraloría se reúnan con ellos de manera separada. Las reuniones con representantes de intereses privados también tienen lugar de forma independiente.

Estos encuentros representan el núcleo del proceso de revisión que lleva a cabo la Contraloría. Los funcionarios del ejecutivo señalan a estas reuniones como el momento crítico en sus interacciones con esta institución de control. No es sorprendente que las regulaciones formales a nivel constitucional y legal no mencionen esta etapa del proceso. Puede sostenerse que estas discusiones y encuentros tienen lugar a la sombra del derecho. Sin embargo, puede que estas reuniones también encarnen la lógica última detrás de este arreglo institucional de control jurídico que denominamos toma de razón. Las regulaciones administrativas que han pasado con éxito por este proceso de revisión son estampados con un sello que contiene la expresión "tomado de razón". Pero tras este simple timbre usualmente se despliega un extenso proceso de discusión, explicación, entrega de razones, persuasión, e incluso compromiso.

III. EL CONTROL DE LEGALIDAD Y SUS COSTOS

La función primaria de la toma de razón es llevar a cabo un escrutinio jurídico respecto de las regulaciones propuestas por el gobierno. Cuando se mira este aspecto, la primera pregunta que surge es si este proceso de revisión de legalidad es una mera formalidad para la actuación del ejecutivo. Esto sería consistente con ideas bastante difundidas acerca de las extendidas formas caudillistas de gobierno, autoritarismo presidencial, y dominio del ejecutivo en Latinoamérica¹². Desde este punto de vista, la toma de razón no representaría una amenaza real a los poderes regulatorios del ejecutivo, ya que la Contraloría estaría inclinada a respaldar la mayoría de las acciones promovidas por el

¹² GARGARELLA, 2013; PRADO, 2011.

gobierno. Además, el escepticismo hacia la autoridad de este organismo podría basarse en la creencia de que su carácter administrativo hace más improbable que ella se aleje de concepciones de la legalidad propias del ejecutivo. A causa de que la ubicación institucional tiende a moldear las interpretaciones del derecho¹³, uno podría ser reacio a asignar a un órgano administrativo la tarea de asegurar de que el ejercicio de poder regulatorio opere dentro de los marcos del derecho. Dicho de manera levemente distinta, esta agencia de control bien podría actuar como una organización subordinada que desempeña funciones de colaboración con el ejecutivo –especialmente funciones consultivas o asesoras–, pero rara vez en contra de la voluntad política del Presidente.

Quizás sea sorprendente que esta no sea la visión prevalente en el contexto chileno. Al contrario, la toma de razón es usualmente vista como un examen para el ejercicio del poder administrativo que es extraordinariamente difícil de sobrepasar. La independencia constitucional de esta institución y su cultura interna de control pueden explicar su actitud bastante firme respecto del control de legalidad. Aunque los funcionarios de la Contraloría se perciben a sí mismos como parte de la maquinaria administrativa del Estado, más que personal judicial, ellos no necesariamente se alinean con las preferencias políticas de la presidencia. Además, los funcionarios del ejecutivo constantemente protestan que la Contraloría interfiere indebidamente en sus decisiones discrecionales.

En las entrevistas realizadas durante esta investigación un abogado de gobierno señaló que la Contraloría –infringiendo lo establecido en el artículo 21B de su ley orgánica– invade la esfera de discrecionalidad que legítimamente la ley le atribuye al ejecutivo¹⁴. En su opinión, esto es particularmente serio en el proceso regulatorio. La Contraloría reduce el margen de discrecionalidad del ejecutivo por la vía de imponer concepciones legalistas e incluso literalistas de sus potestades públicas. En algunos casos, las concepciones restrictivas de la legalidad denunciadas por este funcionario se basaban en los propios precedentes de la Contraloría. Otros funcionarios reportaron que en ocasiones el Contralor le exige prácticamente repetir literalmente la redacción de la legislación habilitante, limitando de esa manera el espacio para la innovación y la experimentación regulatoria¹⁵. De acuerdo con una funcionaria, lo que es especialmente amenazante es que esta actitud no se expresa necesariamente en decisiones adversas formales, sino que mediante intercambios informales con los funcionarios de la Contraloría¹⁶. Ella sostuvo que esto hace que las visiones de la Contraloría sean más extendidas y hostiles que las que se encarnan en sentencias judiciales, porque estas últimas son más esporádicas, fragmentadas, y públicas.

Los abogados de gobierno explican que este celo formalista también puede tener serias consecuencias para su trabajo, ya que la existencia de errores menores, incluso meramente formales, erosiona su credibilidad profesional a la vista de sus superiores

¹³ MORRISON, 2011, p. 1688; DAINITH y PAGE, 1999, cap. 1.

¹⁴ Entrevista con abogado de gobierno (22.09.2014).

¹⁵ Entrevista con asesor jurídico (19.11.2015).

¹⁶ Entrevista con abogado de gobierno (16.11.2015).

políticos¹⁷. Esto lleva a los funcionarios del ejecutivo a evitar contradecir las opiniones de la Contraloría y tratar de alcanzar un acuerdo en un contexto más privado y confidencial. Esto puede implicar que los objetivos iniciales sean abandonados y los reguladores finalmente solucionen el desencuentro mediante la adopción de instrumentos y objetivos regulatorios menos atractivos pero más aceptables para la institución de control.

El retraso y el efecto conservador de la toma de razón hacen eco de críticas expresadas en contra del “efecto petrificador” de otras formas de supervisión –especialmente la revisión judicial– en el proceso regulatorio en Estados Unidos¹⁸. La petrificación del proceso regulatorio se refiere al fenómeno de acentuada inercia en la creación de reglas por parte de agencias administrativas como consecuencia de obstáculos institucionales impuestos a los reguladores. La fuente de este letargo regulatorio puede estar ubicado en la rama judicial, en la legislativa, o incluso en la presidencia misma. Como posibles consecuencias de la petrificación regulatoria se han reportado la reticencia a embarcarse en proyectos regulatorios innovadores, a actualizar reglas obsoletas, y a diseñar regulaciones más flexibles en el futuro¹⁹.

En Chile, un caso de desacuerdo acerca de una regulación medioambiental puede ilustrar el riesgo de petrificación²⁰. La regulación bajo revisión tenía por intención modificar un reglamento, dictado por un gobierno previo, que implementaba un programa de descontaminación en un pequeño pueblo. Aunque no afectaba la sustancia de la regulación, el nuevo reglamento apuntaba a corregir varias deficiencias técnicas en el estatuto vigente. El cambio era, por tanto, bastante simple. Sin embargo, el revisor se opuso de manera empeñada al nuevo reglamento. Aparentemente, ya que había sido el responsable de revisar la regulación original, este funcionario no veía por qué eran necesarios los cambios. De acuerdo con el abogado de gobierno a cargo de la negociación, su posición fue sorprendente e incluso irracional, ya que no estaba basada en razones jurídicas. Al inicio, la posición negativa del revisor pudo haber impedido la introducción de cambios beneficiosos a la regla anterior que estaba siendo disfuncional. Acá la toma de razón habría operado como un obstáculo petrificante. No obstante, el abogado de gobierno admite que el revisor fue finalmente convencido –tras casi un año de discusión– de los beneficios que el cambio produciría, e incluso propuso algunos cambios al reglamento que lo hicieron más efectivo. Después de todo este proceso, sin embargo, la dictación del reglamento no fue totalmente paralizada, pero fue retrasada de forma considerada y su contenido fue modificado.

Un funcionario del ejecutivo con experiencia en regulación urbana también expresó una visión negativa de los efectos de la Contraloría en el proceso regulatorio²¹. Él apuntó al retraso y la petrificación como los problemas más serios de su departamento con la toma de razón. A pesar de que el plazo formal para la revisión de la Contraloría

¹⁷ Entrevista con abogado de gobierno (4.11.2015).

¹⁸ PIERCE, 1995.

¹⁹ MCGARITY, 1992, p. 1396.

²⁰ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

²¹ Entrevista con abogado de gobierno (16.11.2015).

es de quince días, cuando el proceso completo de revisión, encuentros, y correcciones se toma en cuenta, el proceso de toma de razón de algunos reglamentos puede tomar más de un año. Aunque el proceso se puede acelerar en algunas ocasiones, no es inusual que los retrasos regulatorios creen problemas para administraciones que gobernarán por solo cuatro años sin reelección. Por tanto, los asesores del ejecutivo protestan que se pierden oportunidades políticas cruciales para realizar reformas. Este funcionario reclamó que ha terminado discutiendo y negociando cada reglamento palabra por palabra. Durante extensas y extenuantes reuniones, los revisores piden una clara articulación de los objetivos de la regulación, continúan examinando su adecuación al propósito, y finalmente examinan en detalle cada precepto contenido en el reglamento bajo revisión. Ellos exigen que los abogados del ejecutivo exhiban respaldo legal específico para cada precepto del reglamento, y piden definiciones claras de los términos usados en él. Tras recibir comentarios en una de estas reuniones, se inicia un trabajoso proceso de comunicación por correo electrónico en donde se discuten numerosos borradores.

Un asesor jurídico del ejecutivo indica que un problema serio es que la legislación es bastante defectuosa, y los reglamentos ofrecen una oportunidad para remediar este problema²². En otras palabras, los reglamentos podrían compensar las deficiencias de un proceso legislativo cuyos resultados son propensos a la ambigüedad y a los compromisos carentes de principios²³. Pero los requerimientos regulatorios impuestos por la Contraloría son tan altos y estrictos que se pierden las oportunidades para encontrar soluciones a estas imperfecciones. Otra consecuencia de lo que es percibido como un proceso de revisión obstructivo es el uso del equivalente a las llamadas *non rules* en el contexto de Estados Unidos²⁴. En otras palabras, los órganos del ejecutivo usan instrumentos que no están sometidos a la revisión de legalidad para regular sus sectores respectivos. Esta ruta efectivamente esquiva la interferencia de la Contraloría, pero también elimina completamente la contribución positiva que puede realizar la toma de razón al proceso reglamentario. Sin embargo, el uso de instrumentos menos formalizados no es siempre posible. A veces es una ley la que exige que una norma se someta a la toma de razón. Si el escalamiento de la disputa política con la Contraloría es también imposible, la agencia administrativa probablemente abandonará la política o buscará autorización legislativa expresa. En este último caso, el escenario más probable será que el ejecutivo buscará esta habilitación mediante glosas presupuestarias en la Ley Anual de Presupuestos. Esta alternativa es notoriamente inferior a la legislación ordinaria por su menor espacio para la deliberación, breves plazos, y opacidad.

²² Entrevista con asesor jurídico (19.11.2015).

²³ MASHAW, 1999, cap. 6.

²⁴ PIERCE, 1995, p. 62.

IV. LA TOMA DE DECISIONES RAZONADA

Otra tarea de la toma de razón puede ser asociada con una importante finalidad del derecho administrativo: el ideal de administración razonada²⁵. En la sección anterior discutí la idea de legalidad en el acotado sentido de la verificación de la existencia de una autorización legislativa previa a la realización de una actuación administrativa. Sin embargo, una noción más ambiciosa de legalidad administrativa exige no solo un permiso previo de la legislatura, sino también la satisfacción de requerimientos más demandantes de racionalidad y justicia. De hecho, en un grado importante, una de las premisas de la burocracia como un ideal político es la administración racional. En este sentido, la actividad administrativa puede ser asociada a ciencia y experticia, y con decisiones respaldadas por la evidencia y justificaciones²⁶. Esto es consistente con la creencia de que la acción administrativa no debería ser meramente una ciega implementación de la voluntad de las ramas electas del gobierno, ya sea el ejecutivo o la legislatura. Al contrario, los órganos administrativos deberían ser capaces de hacer una contribución independiente al gobierno de la comunidad en términos de lo que podría ser llamado “justicia burocrática”²⁷.

Una manera de asegurar este elemento de justicia en la elaboración de reglas administrativas es promover procedimientos deliberativos en los que se piden explicaciones y se dan razones. Desde esta perspectiva, la meta última sería cerciorarse de que las autoridades públicas toman decisiones justificadas racionalmente. Estableciendo instancias de cuestionamiento y discusión dentro del gobierno podría ayudar a producir decisiones administrativas mejor justificadas en primer lugar, sin necesidad de una corrección en una instancia judicial posterior. Reflexionando acerca de la operación del *Conseil d'Etat* dentro de los procesos administrativos franceses, Hamson destaca algo de esto. Él afirma que “el valor de estas decisiones preliminares e informales, o de la ayuda que brinda al poner en el foco los elementos reales del problema e iluminar la solución” es de la mayor importancia en la acción de esta institución²⁸. Aunque esto se refiere a la deliberación interna del *Conseil*, un fenómeno similar tiene lugar en los intercambios “internos” entre los funcionarios revisores y los sometidos a revisión en el marco de la toma de razón. Por eso vale la pena preguntarse ¿Tiene el proceso de toma de razón alguna conexión con este ideal dialógico?

Existen algunos indicios de este tipo de contribución en la acción de la Contraloría. Una abogada de gobierno, por ejemplo, entrega una descripción detallada de las reuniones durante el proceso de revisión de reglamentos retratándolos con un tono bastante dialógico²⁹. Ella los describe como talleres en donde se discuten borradores. En estas reuniones, un grupo de abogados que representan distintas visiones respecto del asunto

²⁵ MASHAW, 2001; MASHAW, 2016.

²⁶ EDLEY, 1992.

²⁷ MASHAW, 1983.

²⁸ HAMSON, 1954, p. 62.

²⁹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

comparten sus opiniones sobre distintas maneras en que se podría mejorar la regulación. Los abogados de la Contraloría se enfocan en preceptos ambiguos y preguntan por explicaciones de la intención tras el reglamento y las reglas que lo componen. Como hemos visto, aunque en términos menos positivos, otros asesores de gobierno también han destacado la necesidad de explicar a la Contraloría los propósitos que se persiguen con el reglamento que se propone y la manera en que ellos se adecuan al marco jurídico del sector respectivo.

La discusión se desarrolla en términos informales sin que circulen opiniones escritas. Esto frecuentemente implica que los funcionarios de gobierno tienen que tomar sus propias notas acerca de las observaciones y comentarios de sus contrapartes revisoras. Uno de los funcionarios entrevistados indica que las observaciones no son simplemente formalistas³⁰. Cuando las explicaciones que da el ejecutivo satisfacen a los revisores, las discusiones se terminan en esa misma reunión. Pero frecuentemente, la discusión genera cambios en los borradores. El tono de la conversación es profesional y hay consenso entre los entrevistados de que el nivel técnico de los revisores es alto. De hecho, uno de los asesores de gobierno describe las reuniones como discusiones entre expertos, e incluso afirma que siempre es posible persuadir a la contraparte si se articula un argumento jurídico bien fundado³¹.

Al final de la reunión, los funcionarios de gobierno son invitados a retirar el reglamento para introducir las modificaciones solicitadas. Sin embargo, los abogados de gobierno y los de la Contraloría pueden acordar que ciertos asuntos especialmente controvertidos no sean discutidos en la reunión. Cuando los asuntos son políticamente sensibles, los desacuerdos pueden ser elevados al ministro respectivo y las autoridades superiores de la Contraloría, pudiendo alcanzar al Contralor General mismo. Sin embargo, este “escalamiento” es una práctica excepcional porque puede implicar un alto costo para el gobierno o un daño reputacional a los funcionarios de gobierno.

Otro abogado de gobierno sénior afirma que ella personalmente ha obtenido lecciones positivas del proceso de toma de razón³². Lo percibe como un proceso de razonamiento y destaca sus beneficios instrumentales. De acuerdo con ella, el examen en la toma de razón ayuda a la administración activa al forzarla a ejercitar autodisciplina y clarificar sus ideas acerca del propósito de la regulación que se propone y las justificaciones que posee. Acá pareciera que estaría operando lo que la literatura denomina efecto centinela o reacción anticipatoria: anticipando la revisión, la tomadora de decisión es más diligente de lo que ella de otra manera sería³³. Este abogado de gobierno no cree que sea el revisor quien directamente entrega opiniones iluminadoras, sino que es más bien el proceso mismo el que crea oportunidades para mejorar la calidad jurídica de las reglas dictadas por el gobierno. Todo esto indudablemente puede ayudar a robustecer las regulaciones.

³⁰ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

³¹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

³² Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.05.2016).

³³ VERMEULE, 2011, pp. 1464-5; STONE, 1992, p. 238; RUSSELL y COWLEY, 2016, p. 123.

Otra abogada de gobierno con experiencia en protección ambiental también destaca los beneficios deliberativos de la revisión³⁴. Reflexionando acerca de su propia experiencia, admite que el proceso fue prolongado y que la institución revisora se tomó un largo tiempo en analizar la regulación. Pero, en su opinión, esto parecía razonablemente explicado por la complejidad del asunto bajo examen. Este caso trataba de la revisión de un plan de descontaminación y como la regulación involucraba una variedad de sectores –transporte, economía, y salud, entre otros–, los revisores necesitaban tiempo para entender la regulación y sus efectos. En su experiencia, el proceso completo tomó seis meses, durante los que se formularon preguntas, se dieron respuestas, y se efectuaron las respectivas correcciones. Aunque el proceso se concentró en los abogados, en ocasiones se necesitó asistencia técnica para clarificar los aspectos científicos de los preceptos reglamentarios. Funcionarios de carrera dentro de la Contraloría y el respectivo ministerio llevaron a cabo la mayoría de las discusiones sin intervención de las autoridades políticas. En general, la experiencia de esta funcionaria fue positiva y ella incluso describe la toma de razón como un proceso de aprendizaje gratificante.

Sin embargo, también existen visiones más escépticas de las virtudes deliberativas de la toma de razón. Un abogado de gobierno sénior, por ejemplo, reclamó que la Contraloría no entrega razones de sus decisiones³⁵. Él sostiene que la institución no se compromete en un diálogo real; más bien, impone su opinión de una manera completamente autoritaria. Otros abogados de la administración activa comparten esta visión negativa. Una expresó su frustración con las opiniones poco constructivas de la institución³⁶, explicando que había dado razones y argumentos, escrito memorándums explicando su posición, y había tenido largas y extenuantes reuniones con los revisores, pero que nada de esto hacía que Contraloría cambiara de posición. De forma similar, el abogado mencionado al inicio protestó que la Contraloría prácticamente tiene una ilimitada discreción y que adopta una actitud arrogante³⁷. En su opinión, la mejora regulatoria tras el proceso de toma de razón es inexistente. Finalmente, como una reacción a actitudes negativas en las reuniones, algunos abogados del ejecutivo han optado por obtener un rechazo formal para poder entender qué es lo que realmente sustenta la posición de la Contraloría³⁸. Sin embargo, han terminado desilusionados por la ausencia de razones tras las decisiones tomadas por la institución, ya que ella expresa sus opiniones de manera oscura, breve y a veces incluso enigmática.

Los abogados de la administración activa sugieren que la exigente examinación de los reglamentos se basa en ocasiones en un sentido de superioridad profesional respecto de los abogados de gobierno³⁹. Los revisores de la Contraloría se verían a sí mismos como técnicamente superiores en asuntos de derecho administrativo respecto de los

³⁴ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.05.2016).

³⁵ Entrevista con abogado sénior de gobierno (11.09.2014).

³⁶ Entrevista con abogado sénior de gobierno (16.11.2015).

³⁷ Entrevista con abogado sénior de gobierno (11.09.014).

³⁸ Entrevista con abogado sénior de gobierno (16.11.2015).

³⁹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

asesores jurídicos dentro de la rama ejecutiva del gobierno. Sin embargo, y quizás más importante aún, ellos se perciben de alguna manera como exhibiendo una integridad profesional superior. Podemos ilustrar esto con la distinción que en Estados Unidos ha efectuado David Fontana entre abogados de gobierno y abogados del servicio civil⁴⁰. Siguiendo esta perspectiva, mientras los abogados de la Contraloría constituirían una forma de abogados del servicio civil caracterizados por un compromiso con ideales permanentes de legalidad administrativa, sus contrapartes en el gobierno serían vistos como abogados políticos que serían proclives a adoptar concepciones de los requerimientos de la legalidad más partisanos y miopes. Como resultado, los abogados de la Contraloría podrían tender a adoptar una actitud arrogante, y serían reacios a comprometerse en un proceso de deliberación y discusión genuino.

V. LA COORDINACIÓN DEL EJECUTIVO

Una instancia de revisión centralizada como la toma de razón también puede desempeñar funciones de coordinación dentro del gobierno⁴¹. Aprovechando su naturaleza centralizada y su competencia multisectorial, la resolución de problemas de coordinación dentro del ejecutivo podría ser uno de los roles de la Contraloría. Enfrentando a una burocracia fragmentada, heterogénea, y con frecuencia insuficientemente profesionalizada, un supervisor centralizado como el Contralor General podría facilitar la coordinación y la comunicación entre los órganos administrativos. Además, explotando su posición institucional estratégica, puede agregar perspectivas e información desde una amplia gama de actores dentro de la burocracia. Al mismo tiempo, debido a su posición, la Contraloría podría facilitar la rendición de cuentas desde la burocracia hacia la cabeza del ejecutivo y, como consecuencia, mejorar la rendición de cuentas políticas desde el ejecutivo hacia el pueblo⁴². En un régimen presidencial como el chileno, la institución políticamente responsable hacia el pueblo es la presidencial, y deben existir canales para monitorear que el aparato burocrático subordinado está implementando sus preferencias políticas.

La visión de la Contraloría chilena como un notable instrumento de centralización no es completamente nueva. En un trabajo clásico, Arturo Valenzuela sugirió que la institución poseía una fuerza centralizadora que afectaba a las municipalidades de manera relevante, a pesar de ser indirecta y simbólica⁴³. Además, se ha retratado a la Contraloría como una influencia poderosa en las fuerzas centralizadoras que operan en el país, ofreciendo un marcado contraste con los países vecinos⁴⁴. Sin embargo, la función de la Contraloría como un mecanismo coordinador también puede ser detectada más allá de las interacciones entre el gobierno central y los gobiernos locales. Es también

⁴⁰ FONTANA, 2012, p. 28.

⁴¹ SUNSTEIN, 2013; VERMEULE, 2015; BREYER, 1993.

⁴² KAGAN 2000.

⁴³ VALENZUELA, 1977, cap. 2.

⁴⁴ ANGELL *et al.*, 2001, pp. 80-81.

evidente dentro del gobierno central mismo. La contribución de esta organización a nivel de elaboración de reglamentos opera de dos formas. Por un lado, el proceso de toma de razón pareciera facilitar monitoreo presidencial sobre los ministerios. En este sentido, la institución puede prevenir que ministerios y otros organismos administrativos dicten reglamentos relevantes sin el conocimiento previo de la presidencia. Por el otro, la Contraloría puede fortalecer la coordinación entre órganos administrativos, evitando que perspectivas potencialmente miopes prevalezcan dentro del proceso regulatorio.

En relación con la primera perspectiva, un abogado de gobierno explicó el rol de la Contraloría como una especie de “detector de humo” de insubordinación ministerial⁴⁵. Este funcionario indica que su oficina detectó que otros ministerios estaban evadiendo el control presidencial respecto de la elaboración de reglamentos mediante el envío directo de regulaciones a la toma de razón sin el debido respeto por los procedimientos de autorización internos a nivel de la oficina presidencial. La razón para esto es que la oficina presidencial dedicaba la mayoría de sus capacidades al proceso legislativo, y por tanto era incapaz de monitorear todas las reglas elaboradas por el resto de la rama ejecutiva. Solo las más importantes eran rutinariamente monitoreadas. A causa de que esto amenazaba la consistencia de la política regulatoria del ejecutivo, la reacción fue usar a la Contraloría como un “detector de humo” de potenciales actos de insubordinación ministerial. De esta manera, la oficina de la presidencia fortaleció sus vínculos con la Contraloría para minimizar nocivos contactos directos entre los órganos sectoriales y la institución de control. En otras palabras, sin la etapa de control en la Contraloría, ministerios y órganos administrativos podrían más libremente dictar reglamentos con casi nulo involucramiento presidencial. La existencia de la institución por tanto le da al gobierno una oportunidad para detectar intentos de dictación inesperada de reglamentos y la provee de una instancia para controlar el proceso reglamentario.

En forma habitual, el rol de la Contraloría es simplemente actuar como un anfitrión y coordinador, resolviendo disputas entre ministerios sectoriales. Un caso en que se ejerció esta función tuvo lugar en relación con una regulación acerca del etiquetado de alimentos que originó una agria controversia entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Relaciones Exteriores. El Ministerio de Salud estaba proponiendo una agresiva política de etiquetado para alertar a los consumidores de los componentes contenidos en alimentos poco saludables, mientras que el Ministerio de Relaciones Exteriores temía que esta política dañara la imagen internacional del país o, incluso peor, causar litigación con multinacionales en tribunales de comercio internacional. Sin embargo, la discusión fue finalmente mediada con éxito en la Contraloría durante el proceso de toma de razón⁴⁶. Otro caso que ilustra esta función se relaciona con un reglamento del Ministerio de Salud relativo a las condiciones de seguridad en el trabajo⁴⁷. Solo tras el envío del reglamento a la toma de razón los funcionarios del ministerio se dieron cuenta que el Ministerio del

⁴⁵ Entrevista con abogado sénior de gobierno (6.04.2016).

⁴⁶ Entrevista con abogado sénior de gobierno (15.05. 2016).

⁴⁷ Entrevista con abogado sénior de gobierno (15.05.2016).

Trabajo estaba proponiendo reglas que perseguían un objetivo similar. La Contraloría entonces citó a reuniones entre las respectivas secretarías para acordar una regulación unificada y consistente de esta materia. El abogado de gobierno entrevistado indicó que, en este tipo de caso, la Contraloría desempeña una benéfica función de coordinación, facilitando acción conjunta entre diferentes órganos administrativos.

Un alto funcionario de la Contraloría entrevistado para esta investigación enfatizó este aspecto del trabajo de la institución⁴⁸. Él indicó que, en su opinión, la institución no es una especie de tribunal administrativo. En vez de eso, estableciendo un paralelo con las agencias regulatorias que supervisan industrias reguladas, la Contraloría sería un “regulador de la administración pública”. Hablando específicamente acerca del proceso de toma de razón, él dijo que las intervenciones de la Contraloría apuntaban a mejorar la calidad jurídica de los reglamentos para remediar “deficiencias sistémicas”. Con el uso de esta expresión él estaba sugiriendo que la función de la Contraloría era introducir una perspectiva panorámica, centralizada, respecto de las reglamentaciones sectoriales. En sus palabras, esto es una tarea de “coordinación de la calidad jurídica”.

VI. REPRESENTACIÓN DE GRUPOS DE INTERÉS

Uno de los propósitos más valiosos del derecho administrativo moderno es dar voz a los grupos excluidos. Desde al menos la década de 1970 en el mundo angloamericano, se han propuesto modelos de derecho administrativo entendido como un sistema para la representación de intereses en los procesos de gobierno⁴⁹. La representación de grupos de interés en el proceso de elaboración de políticas puede tomar múltiples formas institucionales, así como la consulta o el reconocimiento de derechos de participación a nivel administrativo, nombramientos en entes administrativos, o el amplio reconocimiento de legitimación activa para impugnar decisiones en procesos de revisión judicial. En todos estos casos, el fin último sería facilitar que perspectivas externas tengan un impacto en las decisiones administrativas, junto con mejorar y legitimar la acción administrativa.

En general, no existen derechos generales de participación en el procedimiento reglamentario en Chile. Tampoco existen reglas de legitimación activa amplias para ya sea participar en el procedimiento administrativo o para impugnar actos administrativos ante los tribunales⁵⁰. La pregunta que surge entonces es si la Contraloría podría satisfacer la necesidad por representación de intereses en el proceso reglamentario chileno.

El proceso de toma de razón no parece promover la representación de intereses al nivel de la administración activa. De hecho, algunos reguladores reclaman que la toma de razón no provee ningún incentivo para aumentar la participación de grupos externos en el proceso administrativo. Ellos indican que debido a la indiferencia de la

⁴⁸ Entrevista con exfuncionario de Contraloría (20.11.2015).

⁴⁹ STEWART, 1975.

⁵⁰ JARA, 2004, pp. 219-225; CORDERO, 2005.

institución a las prácticas de consulta que tienen lugar antes de la toma de razón, ella no promueve el uso de mecanismos de participación en las etapas tempranas de la elaboración de reglamentos. Un abogado de gobierno en el sector urbanístico expresa su frustración por el nulo impacto que los procesos participativos han tenido en el nivel de escrutinio realizado por la Contraloría⁵¹. Él explica que mientras el Ministerio de Vivienda y Urbanismo había gastado meses en establecer un proceso moderno de consulta pública antes de dictar una regulación, todo esto fue totalmente desestimado por la Contraloría. De hecho, la institución hizo exactamente lo mismo que lo que habría hecho si no hubiera existido tal proceso de consulta. En consecuencia, este abogado sugiere que es infértil involucrarse en esta clase de iniciativas, ya que ellas solo agregan una capa adicional de retraso. Otro abogado de gobierno, que también se ha involucrado en innovadores procesos de consulta, dijo que le sorprendió que los revisores de la Contraloría le pidieran el expediente completo antes de efectuar la toma de razón del reglamento respectivo⁵². Pero fue desilusionante cuando más tarde se dio cuenta que esto fue una mera formalidad, ya que los revisores no prestaron atención a las opiniones de los interesados. Pareciera, por tanto, que la Contraloría no se ha adaptado al uso de estos mecanismos de participación y consulta en la elaboración de normas administrativas.

Una posible explicación del desinterés de la Contraloría en la representación de intereses en la administración activa puede ser que ella prefiere concentrar esta función en sus propias instalaciones. Un antiguo alto funcionario de la Contraloría reporta que la participación de las industrias reguladas en la toma de razón es un factor clave para la institución⁵³. En su visión, ellos llevan información a la organización, ayudando a detectar discrepancias y desacuerdos. Él mencionó tres casos como ejemplos de alta participación de las compañías en el proceso: un caso acerca del reglamento respecto de televisión digital, el caso de etiquetado de alimentos recién mencionado, y en general los procesos de fijación tarifaria en sectores como telecomunicaciones y energía. La ampliación del acceso en años recientes, habría sido crucial para detectar y remediar abuso administrativo. En todo caso, vale la pena notar que todos estos casos involucraban reglamentos afectando intereses corporativos bien organizados.

Una alta funcionaria de la Contraloría admite que la intervención privada ha aumentado en los últimos diez o quince años, lo que coincide con un giro desde la provisión estatal hacia la supervisión en las industrias de servicio público⁵⁴. Ella afirma que este incremento en la participación privada es un reflejo del legítimo interés de la industria de usar la mayor cantidad de foros posibles para avanzar y proteger sus intereses. De la misma manera, otro funcionario de la Contraloría afirma que algunos de los grupos de interés tienen equipos permanentes monitoreando los asuntos que están siendo examinados por la institución. Por ejemplo, él destaca la permanente participación de la

⁵¹ Entrevista con ex abogado sénior de gobierno (19.11.2015).

⁵² Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2016).

⁵³ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (20.11.2015).

⁵⁴ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (26.05. 2016).

industria farmacéutica y de las industrias afectadas por regulaciones ambientales. Otro funcionario de la Contraloría argumenta que a veces la institución es llevada a oír a las industrias reguladas como resultado de requerimientos de justicia procedimental o debido proceso⁵⁵. Él explica que la institución frecuentemente no solo escucha a los funcionarios de gobierno sino también las visiones de legisladores que defienden regulaciones administrativas que pueden tener un importante impacto económico en las respectivas industrias. Estos parlamentarios proveen apoyo adicional para una ágil aprobación de los reglamentos propuestos por los ministros. De acuerdo con este funcionario, esto lleva a que el Contralor deba oír a los privados afectados también. La institución necesita conocer las razones que ellos tienen para oponerse a las regulaciones que los afectan. Él indica que, debido a que las reuniones con los representantes de las industrias son publicadas inmediatamente en internet, no hay razones para sospechar de una posible captura por parte de la industria. Además, sugiere que la información reunida de esta manera puede mejorar la capacidad de la Contraloría para tomar mejores decisiones.

La discusión anterior por sí misma revela las limitaciones de la Contraloría como mecanismo de representación de intereses. En primer lugar, la representación de intereses es usada esencialmente de una manera instrumental para reunir más y mejor información relativa al reglamento que está siendo examinado. El alcance de la participación se extiende solo a cuanto es necesario para que la institución desempeñe sus propias funciones. Como explica un funcionario, los grupos de interés frecuentemente hacen que su voz sea escuchada, pero ellos carecen de derechos de participación formal en el proceso⁵⁶. Enfatiza que, aunque sus posturas son tomadas en cuenta en la toma de razón, la institución carece de capacidades para dar una respuesta razonada a cada una de estas intervenciones. En segundo lugar, la naturaleza del mecanismo fuerza a que la representación de intereses sea excesivamente legalista, esto es, las voces de los grupos afectados son expresadas en términos de reglas y leyes, careciendo de los matices de los discursos políticos más amplios y de las perspectivas técnicas. Un abogado que asesora industrias reguladas explica que el impacto de la toma de razón es enorme pero no siempre es positivo⁵⁷. Él lamenta que las decisiones de la Contraloría en este nivel sean excesivamente legalistas; ellas carecen de experticia técnica y no siguen una clara línea de principio. Como resultado, la toma de razón está expuesta a ser explotada de manera oportunista por las industrias reguladas. En tercer lugar, muchas regulaciones administrativas de carácter general eluden la toma de razón y, por tanto, en estos casos la Contraloría no puede ser usada como un foro de representación de intereses. De hecho, varios abogados practicantes entrevistados para esta investigación indicaron que la toma de razón no era su ruta favorita para expresar sus visiones o impugnar actuaciones administrativas. Admitiendo que ella ha usado este mecanismo, una abogada afirmó que la mayoría de las regulaciones que afectan a sus clientes —esto es, compañías operando en los mercados más

⁵⁵ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (2.11.2015).

⁵⁶ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (19.11.2015).

⁵⁷ Entrevista con abogado litigante (9.11.2015).

dinámicos— en la práctica están exentas de toma de razón⁵⁸. En cuarto lugar, pareciera que existe un desbalance entre los intereses escuchados por la Contraloría. Mientras que los representantes de la industria pueden usar este foro cuando ello sea conveniente para la defensa de sus intereses, los asesores jurídicos de grupos menos aventajados están escasamente al tanto de incluso la existencia de la toma de razón. Existe acuerdo entre los entrevistados de que la Contraloría es bastante imparcial, pero esta prevalencia de algunos intereses sobre otros puede al menos alertar del riesgo de “captura epistémica”, en el sentido de que “las perspectivas [de la institución] bien pueden ser moldeadas por una clase limitada de personas a quienes [ella] está escuchando”⁵⁹.

Finalmente, este procedimiento sufre de opacidad y falta de adecuados requerimientos de transparencia. Esto inhibe la participación de los grupos excluidos y crea espacios para captura institucional por parte de los “jugadores frecuentes” (Galanter 1974: 97-98). Aunque las reuniones de funcionarios con los grupos de interés sean regularmente publicados *online* —como es requerido por las regulaciones acerca de *lobby*— los intercambios de documentos y las interacciones en los niveles inferiores no es oficialmente reportada. Los actores con más experiencias usan el mecanismo de acceso a la información pública para acceder a los documentos provistos por las contrapartes, pero esta ruta pareciera excesivamente engorrosa y pareciera poseer un sesgo en favor de los grupos mejor organizados. Pareciera que una reforma profunda es necesaria en esta área. Algunos modelos pueden encontrarse en las reformas introducidas a las OIRA en la década de 1990 que generaron la formalización de los procedimientos, un aumento de los deberes de transparencia, y el establecimiento de restricciones a las comunicaciones cerradas con las partes interesadas⁶⁰.

VII. PREVENCIÓN DE LITIGACIÓN EXCESIVA

Posiblemente, la existencia de mecanismos de control *ex ante* pueda ayudar a blindar a los actos administrativos en contra de futuras impugnaciones en sede judicial. Esta es precisamente una de las justificaciones para tener un sistema de revisión preventiva en el Consejo de Estado francés, por ejemplo⁶¹. En el contexto francés este sistema de control interno se desarrolló en buena medida porque una legislatura cada vez más disfuncional delegaba poder para crear normas al Poder Ejecutivo. Así, junto con sus funciones judiciales, el Consejo de Estado maduró como un consejero técnico del gobierno. La naturaleza dual del Consejo —como un ente consultivo y como un tribunal⁶²— parece haber sido particularmente útil para entregar conocimiento jurídico en la etapa de decisión en la administración activa. Así, como sugiere la antigua consejera Nicole Questiaux,

⁵⁸ Entrevista con abogado litigante (20.10.2015).

⁵⁹ SUNSTEIN, 2013, p. 1860.

⁶⁰ SUNSTEIN y STRAUSS, 1986, pp. 192-3; KAGAN, 2000, pp. 2286-87, 2358.

⁶¹ QUESTIAUX, 1995; FREEDEMAN, 1968, cap. 5; BELL, 2001, cap. 5.

⁶² HAMSON, 1954, pp. 45-6.

esta institución “es capaz de anticipar los problemas que pueden surgir en la litigación mientras lidia con textos que todavía no han sido impugnados”⁶³.

La Contraloría también desempeña una doble función. La institución interviene antes de la dictación de regulaciones administrativas, pero también puede pronunciarse por la ilegalidad de decisiones administrativas que ya han entrado en vigencia, mediante su poder dictaminante⁶⁴. En este sentido, puede existir algún espacio para transferir su experticia desde su función de adjudicación “cuasijudicial” a su rol consultivo durante el proceso de toma de razón. Además, en esta institución no existe separación entre el personal y las oficinas responsables de estas diferentes tareas. En este caso, sin embargo, la tensión entre la función consultiva y la supervisión parece estar en alguna medida inclinada hacia el último aspecto de la interpretación de la legalidad que efectúa la Contraloría.

La Contraloría, sin embargo, no monopoliza los poderes de adjudicación jurídica en relación con disputas administrativas, pues el Poder Judicial posee poderes de control jurídico explícitos respecto del Poder Ejecutivo⁶⁵. Además, los mismos dictámenes de la Contraloría pueden ser impugnados ante los tribunales. Por tanto, en la medida en que la Contraloría no posee la última palabra en materias de derecho, puede ser poco claro hasta qué punto sus poderes de control *ex ante* contribuyen a evitar la litigiosidad.

La percepción de los actores operando en este contexto, sin embargo, es que la toma de razón en la Contraloría sí disuade a litigantes temerarios. Por ejemplo, un exministro de un tribunal superior de justicia con extensa experiencia en disputas administrativas dijo que en su experiencia los jueces sí muestran deferencia hacia las determinaciones jurídicas del Contralor⁶⁶. Ellos “respetan la opinión técnica” de la institución y “presumen la corrección de lo que él dice” —él explicó—. Asimismo, señaló que la Contraloría ayuda a reducir la litigiosidad en contra de la actuación administrativa. Otro exministro de Corte, que posee una experiencia similar, enfatizando la singularidad de este mecanismo, dijo que “la existencia de la toma de razón, a pesar de su alcance limitado, en alguna medida ha prevenido el aumento de los reclamos judiciales respecto de los actos administrativos”⁶⁷. Explicando el efecto disuasorio de este mecanismo de control, indicó: “Si uno sabe que la Contraloría —un organismo autónomo, que posee buenos abogados— examinó la legalidad [de los actos administrativos], entonces uno no pierde el tiempo demandando al Estado afirmando que el decreto está mal. Uno solo lo haría cuando [haya una infracción jurídica relevante]”. Concluye, por tanto, que “de alguna manera la toma de razón impide que impugnar decretos ante los tribunales se haya convertido en una rutina”.

⁶³ QUESTIAUX, 1995, p. 255.

⁶⁴ LETELIER, 2015.

⁶⁵ AYLWIN, 1990.

⁶⁶ Entrevista con exministro de Corte (18.04.2016).

⁶⁷ Entrevista con exministro de Corte (18.11.2015).

Un abogado sénior de gobierno entrega un ejemplo concreto⁶⁸. Él menciona una ambiciosa regulación concerniente a derechos de los animales que fue una promesa de la campaña presidencial hacia los grupos de protección animal. El decreto fue repetidamente rechazado por la Contraloría por cuestiones de legalidad. El abogado de gobierno admitió que la legislación habilitante en este caso podía ser correctamente considerada como insuficiente, pero él también admitió que la presión política era difícil de resistir. Sea como fuera, tal vez irónicamente él terminó satisfecho con el resultado negativo obtenido en la toma de razón porque si se hubiera dictado el reglamento, el decreto habría abierto enormes espacios para demandas contra el Estado. Él afirmó que “los grupos de protección animal habrían demandado a las municipalidades por omisión ilegal ya que el decreto establecía deberes demasiado ambiciosos sin suficiente respaldo financiero”. En otras palabras, sin el control previo de la Contraloría, el decreto podría haber generado disputas judiciales con resultados poco promisorios para la administración.

Un abogado y exfuncionario de la Contraloría comparte esta opinión. Él dice que “la litigiosidad contra los reglamentos en Chile es rara y esto se debe en parte a la toma de razón”⁶⁹. Con un tono crítico, un abogado de la Contraloría expresa una idea similar⁷⁰. Él sostuvo que a pesar de los retrasos provocados por la toma de razón, en realidad ella efectúa una contribución positiva porque minimiza el derroche de los recursos. Afirmó que si bien sin toma de razón las decisiones podrían ser más expeditas, la reducción de los tiempos se haría al inmenso costo de aumentar el número de impugnaciones judiciales. Así, excluir la toma de razón incrementaría la litigiosidad, ya que la calidad del trabajo de los abogados de la administración activa tendería a ser baja. En su opinión, los abogados de gobierno toman de manera frívola las infracciones a la Constitución y a la legalidad, pero afortunadamente el proceso de toma de razón previene los errores que pueden permanecer en los reglamentos enviados por los ministerios.

VIII. CONCLUSIONES

Este trabajo ha explorado el rol de la Contraloría General de la República en la elaboración de los reglamentos por parte del Ejecutivo. Ha prestado atención a las prácticas de deliberación, entrega de razones, y veto que ocurren en las sombras de la normativa legal formal. Esta especie de perspectiva de “derecho-en-contexto” resulta particularmente apropiada para investigar un ambiente regulatorio en el que las interacciones toman lugar con un alto grado de informalidad. Además, este punto de vista puede ayudar a remediar las aproximaciones excesivamente legalistas y formalistas que usualmente son adoptadas en relación con el derecho público en Latinoamérica.

⁶⁸ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

⁶⁹ Entrevista con abogado de Contraloría (19.11.2015).

⁷⁰ Entrevista con abogado de Contraloría (7.04.2016).

El proceso de revisión examinado en este trabajo puede ser contrastado con otras instituciones comparadas bien conocidas. Así como algunas de sus contrapartes en sistemas legales más desarrollados, la Contraloría de alguna manera contribuye a las siguientes dimensiones de la legalidad administrativa: (i) aumentar del respeto a la legalidad; (ii) promover deliberación; (iii) mejorar la coordinación dentro del gobierno; (iv) facilitar la representación de intereses; y (v) prevenir litigiosidad excesiva. Sin embargo, este parecido de familia con instituciones exitosas no puede explicar completamente la resiliencia de la Contraloría frente a las permanentes peticiones de reforma e incluso abolición. De hecho, como se ha mostrado en este trabajo, la institución desempeña las funciones recién mencionadas solo con un limitado éxito.

Pero puede existir algo más distintivamente latinoamericano que podría explicar la persistencia de este mecanismo. Al menos dos factores parecieran emerger como adecuados candidatos. Por un lado, especialmente mediante la toma de razón, la Contraloría ha ofrecido un poder de contrapeso al potencial dominio presidencial en un contexto institucional caracterizado por una supervisión débil de los tribunales e incluso más débil por parte del Congreso. Así, su control preventivo compensa la amenaza de autoritarismo del ejecutivo y la disfuncionalidad de las otras ramas del Estado para reaccionar ante este riesgo. Por el otro lado, la toma de razón también pareciera desempeñar una función de compensación en relación con la burocracia. En un contexto de un aparato poco profesionalizado y altamente balcanizado, la Contraloría ha encarnado simbólicamente los valores de la integridad y legalidad administrativa. Simultáneamente, ella ha operado como un efectivo repositorio de memoria institucional y experticia administrativa. Este último aspecto de la institución ha legitimado y fortalecido la acción administrativa. Aunque es probable que este arreglo de justicia administrativa no logre la combinación correcta de reglas, discreción, y legalidad, los factores recién bosquejados pueden ayudar a explicar un razonable temor a reformar la Contraloría y su toma de razón, especialmente cuando es vista en el trasfondo de la fragilidad institucional que lamentablemente parece caracterizar a los Estados latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELL, A., Lowden P., y Thorp R., 2001: *Decentralizing Development: The Political Economy of Institutional Change in Colombia and Chile*, Oxford, Oxford University Press.
- ATRIA, Fernando, 2012: "Legalismo y reflexividad: La contraloría como modelo". *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de Vida Institucional 1927-2002*, Santiago, Contraloría General de la República, pp. 317-344.
- AYLWIN, Arturo, 1990: "Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo", *La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, pp. 45-50.
- BELL, John, 2001: *French Legal Cultures*, London, Butterworths.
- BRAIBANT, G., Questiaux, N., y Wiener, C., 1973 : *Le Contrôle de l'administration et La Protection Des Citoyens. Étude Comparative*, Paris, Cujas.
- BREYER, Stephen, 1993: *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press.

- CEBALLOS, Hidalgo, 1946: *Estudio histórico y positivo de los decretos de insistencia*, Santiago, Imprenta Roland.
- CORDERO, Eduardo, 2005: "La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo", en Juan Carlos Ferrada (ed), *La justicia administrativa*, Santiago, Lexis Nexis.
- CORDERO, Luis, 2007: "La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias", *Revista de Derecho Público*, volumen 69.
- CORDERO, Luis, 2010: "La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista", *Anuario de Derecho Público UDP*.
- DAINTITH, Terence y Page, Alan, 1999: *The Executive in the Constitution: Structure, Autonomy, and Internal Control*, Oxford, Oxford University Press.
- EDLEY, Christopher, 1992: *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, New Haven, Yale University Press.
- FAÚNDEZ, Julio, 2011: *Democratización, desarrollo y legalidad: Chile 1831-1973*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- FONTANA, David, 2012: "Executive Branch Legalisms", *Harvard Law Review Forum*, volume 124.
- FREEDEMAN, Charles, 1968: *The Conseil d'Etat in Modern France*, New York, AMS Press.
- GALANTER, Marc, 1974: "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, volumen 9.
- GARCÉS, María y Rajevic, Enrique, 2009: "Control de legalidad y procedimiento de toma de razón", en Visnja Tomovic y Cristian García (editores), *Un Mejor Estado para Chile: Propuestas de Modernización y Reforma*, Santiago, Consorcio para la Reforma del Estado, pp. 613-646.
- GARGARELLA, Roberto, 2013: *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- HAMSON, Charles, 1954: *Executive Discretion and Judicial Control: An Aspect of the French Conseil D'etat*, London: Stevens.
- HELMKE, Gretchen y Levitsky, Steven (editores), 2006: *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- HOOD, C., Scott C., Jones G., James O., y Travers T., 1999: *Regulation inside Government: Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-Busters*, Oxford, Oxford University Press.
- JARA, Jaime, 2004: *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Santiago, Libromar.
- KAGAN, Elena, 2000: "Presidential Administration", *Harvard Law Review*, volumen 114.
- LETELIER, Raúl, 2015: "La Contraloría General de la República", en Christian Viera, Jaime Bassa y Juan Carlos Ferrada (editores), *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM, pp. 285-314.
- MACÍAS, Leopoldo, 1946: *Los decretos de insistencia*, Santiago, Talleres Gráficos Simiente.
- MASHAW, Jerry, 1983: *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*. New Haven: Yale University Press.
- MASHAW, Jerry, 1999: *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven, Yale University Press.
- MASHAW, Jerry, 2001: "Small Things like Reasons Are Put in a Jar: Reasons and Legitimacy in the Administrative State", *Fordham Law Review*, volumen 70.
- MASHAW, Jerry, 2016: "Public Reason and Administrative Legitimacy", en John Bell, Mark Elliot, Jason Varuhas y Philip Murray (editores), *Public law adjudication in common law systems: process and substance*, Oxford, Hart Publishing.
- MCGARITY, Thomas, 1992: "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process", *Duke Law Journal*, volumen 41.
- MORGAN, Bronwen, 2003: "The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality", *Social & Legal Studies*, volumen 12.

- MORRISON, Trevor, 2011: "Constitutional Alarmism", *Harvard Law Review* volumen 124.
- PRADO, Mariana, 2011: "Presidential Dominance from a Comparative Perspective: The Relationship between the Executive Branch and Regulatory Agencies in Brazil", en Susan Rose-Ackerman y Peter Lindseth (editores), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 225-245.
- PIERCE, Richard, 1995: "Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking", *Administrative Law Review*, volumen 47.
- QUESTIAUX, Nicole, 1995: "Administration and the Rule of Law: The Preventive Role of the French Conseil d'Etat", *Public Law*.
- RUSSELL, Meg y Cowley, Philip, 2016: "The Policy Power of the Westminster Parliament: The 'Parliamentary State' and the Empirical Evidence", *Governance*, volumen 29.
- SILVA, Enrique, 1996: *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- STEWART, Richard, 1975: "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, volumen 88.
- STONE, Alec, 1992: *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass y Strauss, Peter, 1986: "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review*, volumen 38.
- SUNSTEIN, Cass, 2013: "The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities", *Harvard Law Review*, volumen 126.
- VALENZUELA, Arturo, 1977: *Political Brokers in Chile: Local Government in a Centralized Polity*, Durham, Duke University Press.
- VERMEULE, Adrian, 2011: "Second Opinions and Institutional Design", *Virginia Law Review*, volumen 97.
- VERMEULE, Adrian, 2015: "Local and Global Knowledge in the Administrative State", en David Dyzenhaus y Thomas Poole (editores), *Law, Liberty and State. Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 295-327.
- WEBLEY, Lisa, 2012: "Qualitative Approaches to Empirical Legal Research", en Peter Cane y Herbert Kritzer (editores), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, pp. 927-948.
- WIENER, Jonathan y Alemanno, Alberto, 2010: "Comparing Regulatory Oversight Bodies across the Atlantic: The Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU", en Susan Rose-Ackerman y Peter Lindseth (editores), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 309-335.

