

**Brigitte Leal Vásquez\***

**Abogada**

**Santiago, Chile**

*bleal@tcchile.cl.*

## Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora\*\*

*Planning, cooperation and self-control: new regulatory  
instruments for supervisory agencies*

### Resumen

El presente artículo aborda algunos de los instrumentos normativos más utilizados por la administración en la fiscalización de actividades realizadas por privados. Se analiza la planificación administrativa y su incidencia en las inspecciones, la colaboración de entidades privadas y el auge de los mecanismos de autocontrol como complementarios a esta actividad administrativa. Dichos instrumentos reflejan el carácter esencialmente preventivo de la fiscalización en su actual configuración normativa.

*\*Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogada asistente, Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico bleal@tcchile.cl. Agradezco gentilmente los comentarios de Claudio Tapia Alvial sobre la forma y fondo de este trabajo.*

### Palabras claves

Fiscalización – inspección administrativa – autocontrol

### Abstract

This article addresses some of the most important regulatory instruments used by supervisory agencies for monitoring private activities. It analyzes planning on administrative inspections, the cooperation of private entities with Public Administration and the rise of

*\*\* Artículo recibido el 30 de octubre de 2015 y aceptado con modificaciones para su publicación el 25 de enero de 2016.*

self-control mechanisms as a complementary technic for supervision. These instruments reflect the current preventive nature of inspections on their legal design.

## Keywords

### Supervisory agencies – Inspection – self-control

#### I. Introducción

Hoy en día, la fiscalización e inspección son actividades ampliamente desarrolladas por la administración. Ellas implican un importante despliegue de recursos materiales y personales. Así, dada la complejidad que en el mundo actual ha alcanzado el desarrollo de esta actividad administrativa, es posible constatar en ellas una serie de técnicas que facilitan su ejercicio, no sólo dentro del ámbito de la aplicación de sanciones administrativas – como tradicionalmente se le ha tratado hasta ahora – sino más bien como un auténtica técnica de intervención administrativa preventiva de la ocurrencia de ciertas indisciplinas normativas<sup>1</sup>.

Tradicionalmente, la actividad de fiscalización, que tiene como principal protagonista la realización de inspecciones, ha sido testigo de profundos cambios normativos, de la misma manera en que han mutado las otras actividades típicamente administrativas, como la actividad empresarial, la de servicio público y la de fomento. De esta manera, el Derecho Administrativo ha debido ir adecuando sus contornos, y sobre todo sus técnicas, para intervenir de manera efectiva en la realización ordenada de ciertas actividades privadas, especialmente de contenido económico y de relevancia para la sociedad. Como es posible observar, la fiscalización administrativa tiene presencia en los más diversos ámbitos (sanitario, ambiental, alimentario, minero, energético, etc.) y en todos ellos es posible observar la utilización de ciertas herramientas normativas, muchas veces desarrolladas en rangos infra-legales, para el desarrollo exitoso de la vigilancia sobre el cumplimiento de las normas o actos administrativos que regulan cada una de estas actividades.

Frente a este fenómeno de cambios y ajustes normativos, la administración inspectora ha ido desarrollando, de manera progresiva, algunas herramientas que le permiten cumplir de manera más eficiente y eficaz sus cometidos fiscalizadores. En el presente trabajo, se desarrollan tres de las cuales suelen darse con mayor frecuencia en los ordenamientos sectoriales. La primera el uso de la planificación administrativa como mecanismo de racionalización de los procedimientos de fiscalización. La segunda corresponde a la colaboración que los privados prestan a la administración fiscalizadora en ciertas tareas específicas. Finalmente, la tercera, se refiere al autocontrol de los particulares como mecanismo coadyuvante de la inspección.

<sup>1</sup> Sobre la inspección como técnica de intervención preventiva, véase GARCÍA (2006) p. 31

Estos instrumentos, asentados en la práctica diaria de la actividad de fiscalización, resultan de vital relevancia para comprender de manera más profunda la lógica propia con que funciona este tipo de potestad pública. Por mucho tiempo, como se señaló, la fiscalización (y la inspección, en particular) no fue estudiada sistemáticamente por la doctrina nacional y comparada. En general, sólo se trataba en aquellos ámbitos propios de la aplicación de sanciones administrativas y del ejercicio de las potestades administrativas que en ese contexto tenían lugar<sup>2</sup>. Hoy, presenciamos un escenario completamente distinto, puesto que el estudio de esta actividad, entendiéndola como una auténtica potestad administrativa autónoma, amplía sus posibilidades de aplicación, yendo más allá del clásico terreno de las sanciones administrativas<sup>3</sup>. La fiscalización, en la actualidad, además de ser una herramienta muchas veces eficaz para prevenir incumplimientos, también es un importante mecanismo de levantamiento de información, útil para determinar la aplicación, efectividad y resultados de diversas políticas públicas<sup>4</sup>.

A continuación, se revisarán tres de los instrumentos que actualmente utiliza la administración en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y que dan cuenta de los nuevos lineamientos que esta actividad posee en nuestros días. En cada caso, se hará referencia a ciertos sectores regulados donde ellos tienen aplicación.

## II. La planificación de las fiscalizaciones

En primer lugar, la planificación de las fiscalizaciones e inspecciones es uno de los instrumentos que, con mayor fuerza, reflejan el carácter preventivo que el ejercicio de esta potestad ha ido adquiriendo durante las últimas dos décadas. En cuanto tal, la planifica-

<sup>2</sup> En España, ordenamiento de referencia en la materia, comenzó a tratarse este tema recién hacia fines de la década de 1990, con el clásico artículo José Bermejo Vera, llamado "La Administración Inspectora", publicado en el número 147 de la Revista de Administración Pública (1998). Posteriormente, comenzaron a surgir trabajos de investigación dedicados complementemente al tema, como lo son la obra de Severiano Fernandez, llamada "La Actividad Administrativa de Inspección" (Granada, Comares, 2002) y la obra de Agustín García Ureta, titulada "La Potestad Inspectora de las Administraciones Públicas" (Barcelona, Marcial Pons, 2006). Recientemente, Luciano Parejo Alfonso ha revitalizado el estudio de este tema, en el libro "La Vigilancia y la Supervisión Administrativas" (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016). Por otra parte, en Chile, bajo la vigencia de la Constitución de 1980, tampoco se observan estudios o categorizaciones sistemáticas de la doctrina en torno a la actividad fiscalizadora de la administración. En particular, no se observan estudios alrededor del concepto de inspección o fiscalización en las obras de Eduardo Soto Kloss, Enrique Silva Cimma ni Rolando Pantoja Bauzá. Cabe destacar que, dentro del manual de Arturo Aylwin y Eduardo Azocar, es posible encontrar algunas referencias a la fiscalización a partir del análisis parcializado de ciertos órganos con potestades para investigar y sancionar (véase AYLWIN, Patricio; Azocar, Eduardo. Derecho Administrativo. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, pp. 347 y ss.). Finalmente, no podemos dejar de hacer mención a las obras de Gladys Camacho y Jorge Bermúdez, donde dentro del tratamiento de la actividad sustancial de la administración se aborda la policía administrativa y, con ello - en parte - el tratamiento de las fiscalizaciones (véase CAMACHO, Gladys. La actividad sustancial de la Administración del Estado. En: Pantoja, Rolando (coord.). Tratado de Derecho Administrativo, t. IV. Santiago, Editorial AbeledoPerrot, 2010, p. 106; BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Segunda Edición. Santiago, Editorial AbeledoPerrot, 2011, p. 269).

<sup>3</sup> Sobre la inspección como potestad administrativa autónoma e independiente de otras potestades, véase GARCÍA (2006) p. 36.

<sup>4</sup> Para ver las diferencias entre los mecanismos de información y la inspección como potestad pública, véase RIVERO (1999) pp. 68-70.

ción administrativa es un fenómeno que no es exclusivo de la fiscalización e inspección administrativa. Más bien, da cuenta de la necesidad que en general tiene la administración de coordinar eficaz y eficientemente sus esfuerzos para lograr los objetivos prefijados por la ley y por la autoridad en esta materia. Los principios de eficiencia y eficacia que subyacen a la fiscalización e inspección no sólo se observan en el mejoramiento de la técnica legislativa y reglamentaria sino que también en la dictación e implementación de ciertos actos administrativos que encauzan y otorgan dirección a esta actividad, como lo es la elaboración de planes de fiscalización<sup>5</sup>.

La actividad administrativa de planificación ha sido estudiada dentro del análisis de las técnicas de intervención administrativa en la economía. Sin embargo, sólo durante las últimas décadas, su estudio y aplicación práctica han suscitado un particular interés en la doctrina. El Estado liberal del siglo XIX, basado en el mantenimiento del orden mediante el empleo de las técnicas de policía, no demandaba de herramientas planificadoras para lograr los cometidos estatales, básicamente porque las dimensiones y el grado de complejidad de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos eran considerablemente menores. Se trataba de sociedades mucho más pequeñas, donde la administración podía desplegarse en plenitud, sin verse sobrepasada. En cambio, en el actual Estado de Derecho, cuyo telón de fondo ha sido modificado por el crecimiento de la economía, de la población mundial y de la administración en su dimensión reguladora, ha sido necesaria la implementación de modernas técnicas de planificación administrativa en diversos ámbitos de actividad<sup>6</sup>.

El incremento del tracto en la toma de decisiones públicas y la forma en que ellas son materializadas requieren de nuevos y mejores niveles de coordinación. A este respecto, la doctrina española ha destacado que, hoy por hoy, el trabajo del legislador y de la administración no se corresponde con el tradicional procedimiento convencional y bifásico de legislar y aplicar una norma, sino que entre ambos momentos debe tenerse en cuenta la previsibilidad de la acción administrativa, consideración que aumenta de manera significativa el grado de seguridad jurídica de esta última. Así, por ejemplo, Parejo Alfonso se refiere a los planes como un *nuevo escalón decisonal*, los cuales corresponden a la agrupación coherente de una pluralidad de decisiones administrativas para dar concreción a un determinado marco legal en relación a un problema específico y para un cierto lapso de tiempo, determinando con mayor exactitud el marco a seguir por la actividad administrativa<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sobre la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia a la inspección administrativa, véase LEAL (2015) p. 97.

<sup>6</sup> Maurer, en su Tratado de Derecho Administrativo señala que el *"volumen y la intensidad de la planificación dependen de la actividad de la acción estatal. En el Estado de Derecho liberal del siglo XX, que se comprendía primordialmente como un Estado de orden, dedicado a la prevención de riesgos, el plan quedó naturalmente en un segundo término; el Estado no desarrollaba ninguna iniciativa, sino que reaccionaba esencialmente sólo a las perturbaciones de la seguridad y el orden públicos. En el Estado social de Derecho de la actualidad, que – junto a la prevención de los riesgos – tiene asignadas funciones relacionadas con la actividad prestacional y de configuración social (...), el plan se convierte en un instrumento esencial de la acción estatal"*. MAURER (2011) p. 426.

<sup>7</sup> PAREJO (2003) p. 655.

En la doctrina española, es posible encontrar descripciones más o menos precisas en torno a las características y a los elementos esenciales que la planificación administrativa<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, Martín-Retortillo ha sostenido que ella responde a una racionalización o cálculo de los comportamientos, estableciendo puentes lógicos entre diversos medios de acción y determinados objetivos predefinidos<sup>9</sup>. Por su parte, dentro de la doctrina alemana, Maurer ha simplificado el concepto, señalando que ella consiste en una fijación anticipada y autónoma de medios y objetivos<sup>10</sup>.

Desde la visión provista por los dos autores recién abordados, es posible sostener que un plan importa una relación dinámica entre medios y fines, la cual responde a un proceso de racionalización que traduce en un solo instrumento la fijación de objetivos, conductas a seguir y los medios para llevarlos a cabo, siendo su aplicación maleable, esto es, modificable en atención al concreto ámbito de aplicación.

En general, la actividad de planificación se observa en los más diversos ámbitos en que interviene la administración en la actualidad. Así, hoy se habla de planificación urbanística, planificación económica, planificación ambiental, planificación del transporte público, etc. Respecto de las dos primeras existe una amplia literatura<sup>11</sup>.

En nuestro país, la planificación en materia de fiscalización e inspección es un fenómeno incipiente. Este ha respondido, principalmente a consideraciones de eficiencia y eficacia: de eficiencia, por cuanto mediante ella se busca realizar el mayor número de fiscalizaciones con medios materiales escasos; de eficacia, por cuanto la elaboración, contenido y publicidad de la actividad de fiscalización busca reforzar el cumplimiento voluntario del ordenamiento jurídico y de los actos administrativos que ordenan el ejercicio de las actividades fiscalizadas por la autoridad.

Como ya sabemos, la ley atribuye potestades a la administración para vigilar el cumplimiento del ordenamiento jurídico. En general, muchas de ellas están construidas de manera genérica, utilizando para ello cláusulas tales como “vigilar”, “supervigilar”, “hacer cumplir”, “fiscalizar”, entre otras. Todas ellas, como tal, contienen un mandato, el cual es posible optimizar –dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico– por la

<sup>8</sup> A este respecto, el alemán Maurer señala que se “califica normalmente como plan todo aquello que el legislador designa o todo lo que se denomina a sí mismo como plan. Aparece de este modo un conglomerado de diferentes actos del poder público que, si bien tienen en común la denominación de plan, se diferencian en lo demás de forma considerable”. MAURER (2011) p. 423.

<sup>9</sup> Dicho autor se ha referido a la planificación como “un proceso de racionalización referible a cualquier tipo de comportamiento: el intento de lograr unos determinados objetivos lleva a relacionar y, también, a vincular actuaciones más o menos aisladas, cuya realización responde así a una línea de acción previamente establecida con el fin de alcanzar esos resultados”. MARTÍN-RETORTILLO (1991) p. 326.

<sup>10</sup> Maurer ha definido a esta actividad como la “fijación previsor de objetivos y anticipación intelectual de los comportamientos necesarios para su realización (...); la planificación presupone, por tanto, una cierta medida de autonomía, tanto en relación con la fijación de objetivos, como también en la elección de los medios”. MAURER (2011) p. 427.

<sup>11</sup> Respecto de la planificación urbanística, véase PAREJO, Luciano (1986): *Derecho Urbanístico*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 221 y siguientes; LÓPEZ, FERNANDO (1987): “Planificación territorial”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 114, pp. 127 – 177. En relación a la planificación económica, véase Martín-Retortillo, Sebastián (1988): “Reflexiones sobre la regulación constitucional de la planificación económica”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 117, pp. 23 – 28.

administración, para el ejercicio eficiente y eficaz de estas potestades, acorde a tiempos y circunstancias esencialmente variables y, por tanto, difíciles de predecir por parte del legislador. En nuestro país, la facultad para planificar el ejercicio de actividades fiscalizadoras recae mayoritariamente en los jefes superiores de servicio<sup>12</sup>.

Además, y considerando que la inspección suele ser un acto de trámite dentro del procedimiento de fiscalización, se han diseñado por la autoridad diversos planes de inspección. Por regla general, dichos planes están contenidos en actos administrativos que asumen la forma de resoluciones<sup>13</sup>. Lo anterior es relevante por cuanto son estos actos administrativos los que poseen, naturalmente, la flexibilidad necesaria para adaptarse a las especificidades que plantea la ejecución práctica de esta actividad administrativa.

De acuerdo al artículo 3º de la Ley N° 19.880, las resoluciones constituyen *actos decisorios de la autoridad*. No obstante la estrechez de tal definición, las resoluciones pueden estar al servicio de las más diversas situaciones. En general, se trata de la forma jurídica mediante la cual la administración, ordinariamente, ejerce sus potestades de vigilancia. Por ello, los planes que contienen programaciones de visitas inspectivas se contienen, por regla general, en resoluciones administrativas<sup>14</sup>.

En cuanto a la elaboración de estos planes, se debe atender tanto a la realidad que corresponde fiscalizar como a las propias capacidades materiales del órgano<sup>15</sup>. En algunos casos, se otorga participación a diversos órganos administrativos para que la entidad fiscalizadora logre establecer órdenes de priorización en la realización de inspecciones<sup>16</sup>.

La elaboración de los planes de fiscalización e inspección es un trabajo complejo que exige tanto una mirada prospectiva como retrospectiva de este tipo de actividad administrativa. La mirada prospectiva se aplicará cuando se trate de un sector donde no han existido

<sup>12</sup> Algunos órganos que ostentan atribuciones legales para planificar son: el Servicio de Impuestos Internos, la Dirección del Trabajo, la Superintendencia de Educación Escolar y la Superintendencia del Medio Ambiente. En el caso del sector sanitario, sólo en la Ley Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero es posible apreciar la atribución de esta facultad. Creemos que, debido a la relativa antigüedad de la regulación de este sector, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud no ostentan dicha atribución en sus respectivas leyes. No se observa, tampoco, en el caso de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Sin embargo, en la actualidad, es posible encontrar diversos mecanismos de optimización de la labor fiscalizadora en estos sectores, los cuales dicen relación con el uso de circulares e instructivos internos.

<sup>13</sup> En general, se trata de resoluciones exentas del trámite de la toma de razón, en virtud de lo dispuesto en la Resolución N° 1600, de la Contraloría General de la República, de 30 de octubre de 2008.

<sup>14</sup> En el caso de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental, ellos tienen una eficacia temporal que coincide con el año presupuestario, que en nuestro país va desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del año respectivo.

<sup>15</sup> El conocimiento del objeto fiscalizado es fundamental para la planificación. Para lograr este objetivo, existen dos formas. La primera forma consiste en atribuir directamente la facultad de planificar a los directores regionales de los servicios, quienes están en contacto directo con la realidad local. Este es el caso del Servicio Agrícola y Ganadero, ya que la facultad para elaborar planes y programas de fiscalización y control de las normas legales y reglamentarias recae en los directores regionales, según lo prescrito en el artículo 8º de su ley orgánica. La segunda forma consiste en imponer al órgano la creación de planes diferenciados de acuerdo a la región de que se trate. Este es el caso de la fiscalización ambiental, dado que el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente impone a la dicha superintendencia, en ciertos casos, elaborar programas y subprogramas de fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental para cada región del país en específico.

<sup>16</sup> Una de las particularidades de la fiscalización ambiental es la existencia de programas y subprogramas de fiscalización que deben sujetarse a un procedimiento participativo de elaboración, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente.

previamente este tipo de planes. En cambio, el enfoque retrospectivo primará en aquellos sectores que han estado sujetos, previamente, a planes de fiscalización e inspección. En estos casos, para la elaboración de los mismos se debe partir de la evaluación de las fallas y las fortalezas constatadas en la ejecución de los planes implementados en años anteriores. A lo anterior se suma el análisis de estudios estadísticos sobre la materia y ciertos datos que sean de utilidad para establecer las líneas de acción que guiarán a la administración en el ejercicio de esta potestad<sup>17</sup>.

En cuanto al contenido de los referidos planes, éste no suele estar predeterminado en su totalidad por la ley. Sin embargo, en ella deben constar ciertas determinaciones mínimas, sobre todo en relación a los objetivos generales asociados al plan. El contenido mínimo de los planes de fiscalización e inspección incluye una priorización de las actividades o productos que deben ser fiscalizados y la determinación de la periodicidad o frecuencia con que estas actividades deben realizarse.

La publicidad de los planes de fiscalización ha sido otro punto que ha suscitado variadas posiciones al respecto<sup>18</sup>, puesto que en torno a las visitas inspectivas suelen colisionar dos principios –aparentemente contrapuestos– de relevancia para la gestión administrativa: la publicidad y la eficacia<sup>19</sup>. En nuestro país, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 letra a) de la Ley N° 19.880, deben publicarse en el Diario Oficial los actos administrativos que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general. Pues bien, al contener los planes de fiscalización normas que deben aplicarse a la generalidad de los

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 333.

<sup>18</sup> El plan, en cuanto a su forma jurídica, puede aparecer como una norma jurídica general y abstracta o bien como un acto administrativo concreto y particular. Existen planes que sí tienen valor normativo e, incluso, algunos pueden tener rango de ley. Existen otros casos, más frecuentes, en que los planes desarrollan una norma legal, caso en el cual pueden tener vigencia a nivel nacional, regional o local. Existen, por otra parte, planes que no tienen naturaleza normativa y que solamente poseen el carácter de directriz o fijación de estándares no vinculantes para un determinado sector. Véase GARCÍA (2006) p. 93.

Respecto al carácter vinculante de los planes, Maurer ha distinguido entre: i) los planes indicativos: son aquellos que contienen datos y proyecciones y que, por lo tanto, no son vinculantes para ningún sujeto; ii) los planes imperativos: son aquellos planes vinculantes para sus destinatarios, sean estos miembros de la administración o particulares y, iii) los planes orientativos: son aquellos que ostentan características de los dos planes anteriores, dado que instan a la ejecución de una determinada conducta - la cual va en consonancia con los objetivos predefinidos por el propio plan - pero sin hacer uso de la coacción, sino más bien utilizando incentivos o desincentivos asociados a sus comportamientos. Respecto de este especial tipo de plan, se ha dicho que “es el medio de configuración adecuado al Estado social: no obliga, pero tampoco renuncia a influir en el diseño social, sino que intenta activar la iniciativa y responsabilidad de los sujetos privados con la ayuda de la dirección global”. Véase MAURER (2011) p. 429.

Por regla general, la actividad de planificación produce efectos vinculantes ad intra o sólo para la administración, como ocurre con la planificación económica. Así “dado que la finalidad de estos planes es exclusivamente programar la actuación de los servicios internos de la Administración, como directos destinatarios de los mismos, parece evidente que estos planes carecen de eficacia normativa, de modo que su naturaleza se aproxima a la de las instrucciones internas de la Administración, con las consecuencias que ello comporta, lo cual explica su empleo aun sin la existencia de normal legal que lo imponga”. FERNÁNDEZ (2002) p. 335. Sin embargo, también existen planes diseñados para que su fuerza vinculante alcance, incluso, a los particulares. Ello ocurre, típicamente, con los planes de fiscalización.

<sup>19</sup> Se considera que son principios contrapuestos ya que a mayor publicidad, también es mayor la posibilidad de que los particulares “preparen” o simulen un comportamiento ajustado a las normas sólo cuando saben – producto de haberse establecido un plan – cuándo serán inspeccionados y cuándo no, perdiendo eficacia la técnica de visita como mecanismo de comprobación fidedigno. Véase FERNÁNDEZ (2002) p. 339.

sujetos que se encuentren en la situación subjetiva prevista por las normas y actos administrativos a los cuales debe sujetarse la actividad inspeccionada, ellos deben publicarse<sup>20</sup>.

El fundamento existente tras la publicación de los planes de fiscalización radica en el mayor grado de seguridad jurídica que para los ciudadanos significa conocer *ex ante* la forma en que se realizarán las inspecciones. Además, la existencia de planes de fiscalización redundante en una mayor protección al principio de igualdad y de prohibición de la arbitrariedad<sup>21</sup>.

En síntesis, el auge de la planificación responde a la necesidad de poseer, por parte de la administración, una visión global y conjunta de una determinada realidad. Con la finalidad de incidir en ella y para alcanzar ciertos objetivos, la administración establece sus parámetros de comportamiento y los medios que debe emplear para alcanzar dichos objetivos. La creación de una relación dinámica entre objetivos, conductas y medios es una tarea esencialmente ejecutiva, ya que aun cuando la fiscalización e inspección descansan mayoritariamente en la regulación legal, su concreto ejercicio requerirá de un grado de coordinación mayor, el cual muchas veces no estará previsto en ella sino en reglamentos y e incluso en normas infra-reglamentarias. Comprender que la materialización de la fiscalización requiere, necesariamente, de una planificación previa de la misma, es el punto de partida para encauzar su entendimiento como una técnica útil para prevenir y corregir cautelarmente los incumplimientos normativos que sean detectados, asentando a largo plazo una cultura del cumplimiento en la ciudadanía.

### III. La colaboración de las entidades privadas

La colaboración de los privados con la administración es otro de los fenómenos que trasciende al ejercicio de la potestad fiscalizadora y a la realización de inspecciones administrativas. Más bien, es posible constatarlo como una tendencia generalizada dentro del desarrollo de diversas técnicas de levantamiento de información por parte de la autoridad, donde se encuentra también la actividad de certificación y de control<sup>22</sup>. Además, constituye un fenómeno global, que ha tenido fuertes manifestaciones en el Derecho comunitario europeo y, especialmente, en España<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> En nuestro país, tal situación se da en el área ambiental, donde los programas y subprogramas de fiscalización son publicados en el Diario Oficial, imponiendo además la ley la publicidad de los resultados y la metodología empleada en la obtención de los mismos. El artículo 18 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente dispone: "Al finalizar el año respectivo, deberán publicarse los programas y subprogramas de fiscalización, con sus respectivos resultados individualizados por tipo de instrumento fiscalizado y organismo que las llevó a cabo. Serán de conocimiento público las metodologías y guías de fiscalización aprobadas por la Superintendencia".

<sup>21</sup> GARCÍA (2006) p. 125.

<sup>22</sup> Quien ha expuesto de manera exhaustiva este tema ha sido la española Dolors Canals, como parte de su importante trabajo de tesis doctoral. Véase CANALS (2003).

<sup>23</sup> En España, el apoyo de los privados se contempla en el sector de la revisión técnica de vehículos, mediante la Inspección Técnica de Vehículos; en el ámbito marítimo, mediante la Inspección Técnica de Embarcaciones de Recreo, las sociedades de clasificación y las entidades de inspección y control de Buques y, en el sector ambiental, por medio de los verificadores medioambientales y las entidades ambientales de control. *Ibid*, pp.159 – 194.

A raíz del cambio de rol que experimentó el Estado frente al fuerte desarrollo de actividades económicas privadas luego de los procesos de privatización y liberalización económica hacia fines de la década de los setenta y principios de los años ochenta, la potestad fiscalizadora ha debido desplegarse con una mayor fuerza, alcanzando una aplicación en ámbitos que, en otros tiempos, no estaban sujetos a vigilancia directa o indirecta de parte del Estado. En muchos de esos casos, ha necesitado de mayores recursos y estrategias de fiscalización, donde la colaboración de los particulares en labores de inspección y control ha resultado fundamental<sup>24</sup>.

Los primeros estudios en torno a la potestad de fiscalización e inspección sostuvieron, sin mayor discusión al respecto, que su ejercicio debía radicarse totalmente en el Estado<sup>25</sup>. Al tratarse de una función pública soberana, esto es, de aquellas que forman parte del núcleo esencial de potestades estatales, su ejercicio no podría ser delegado a los particulares. Sin ir más lejos, en España, la Inspección del Trabajo fue concebida como una función propia de la soberanía del Estado, exclusiva e indelegable. Los particulares poco o nada se relacionaban con el ejercicio de esta potestad. Su participación quedaba relegada, en la mayoría de los casos, a la figura del denunciante<sup>26</sup>.

Sin embargo, la expansión de la actividad económica privada, la complejidad de las regulaciones administrativas y la incapacidad parcial de ciertos órganos para velar eficazmente por el cumplimiento de las prescripciones del ordenamiento jurídico, fueron imponiendo la necesidad de requerir el apoyo de ciertas entidades privadas que auxilian el ejercicio de la fiscalización e inspección. Lo anterior ha configurado una fórmula que ha permitido expandir las inspecciones y recabar una mayor cantidad de información en torno al grado de cumplimiento normativo, consolidándola como una técnica de policía que contribuye de manera efectiva a la vigencia de las normas, al cumplimiento de ciertos actos administrativos y a la protección final de los intereses generales.

En nuestro país, los fundamentos que explican la colaboración privada dicen relación, al igual que en el caso de la planificación, con consideraciones de eficiencia y eficacia en la gestión pública. La administración, por sí sola, no puede abarcar todo el espectro de actividades que deben ser objeto de fiscalizaciones, ya sea por falta de recursos, ausencia de tecnología adecuada o priorización de ciertos sectores sobre otros. En estos casos, la colaboración de entidades privadas puede ayudar a cubrir las imperfecciones existentes en la estructura orgánica y funcional de la administración. Por otra parte, la administración debe dar cumplimiento eficaz a los mandatos constitucionales y legales que le han sido

<sup>24</sup> Ello puede ejemplificarse con el caso de ciertas actividades prestacionales de servicios básicos. Muchas de ellas, como la provisión de agua, luz o gas, eran de plena titularidad pública. Posteriormente, con los procesos de privatizaciones, pasaron a ser los concesionarios, y no el Estado, quienes comenzaron a otorgar la provisión de dichos servicios. De esta manera, si bien el Estado dejó de prestar directamente el servicio, comenzó a asumir un creciente rol fiscalizador del desarrollo conforme de dichas actividades, a través de la creación de superintendencias y otros órganos administrativos con competencias para vigilar e inspeccionar. Existe abundante bibliografía sobre las privatizaciones tanto a nivel nacional como comparado, cuestión que claramente excede el objeto de este trabajo. Sobre los procesos de privatización y desregulación a nivel general, véase DESDENTADO (1999), p. 156.

<sup>25</sup> RIVERO (1999) p. 149.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 501.

encomendados, motivo por el cual ha debido idear y emplear nuevos mecanismos que le permitan seguir cumpliendo sus objetivos en el nuevo contexto que plantea la sociedad globalizada, recurriendo algunas veces al apoyo de entidades privadas para tales fines<sup>27</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas entidades privadas colaboradoras, la doctrina comparada ha estado dividida en virtud de la distinción que realizan algunos entre inspección y control. La inspección constituiría una función esencialmente pública e indelegable, mientras que el control constituiría una mera actividad material donde sí podrían tener participación los privados<sup>28</sup>. Otra interesante discusión se ha centrado entre quienes rechazan la distinción anterior y centran su análisis en torno al ejercicio de funciones públicas por parte de privados<sup>29</sup>.

Si bien a la fecha no existe una postura doctrinaria mayoritaria sobre el tema, la pregunta por la concreta naturaleza jurídica de estas entidades en el contexto nacional nos remitirá siempre a buscar la respuesta en el ordenamiento sectorial correspondiente, frente a la ausencia de normas generales que aborden el tema.

Dentro de las concretas técnicas administrativas que habilitan a los particulares a realizar actividades de fiscalización e inspección, encontramos a la autorización, a la concesión, a las declaraciones de constancia y a la contratación administrativa. La atención de la doctrina se ha centrado, como es de imaginar, en la autorización y en la concesión<sup>30</sup>.

En nuestro país, para que una persona natural o jurídica pueda realizar actividades de inspección, debe contar con algún título jurídico que, conforme a la ley, lo habilite para el ejercicio de las mismas. El caso más recurrente es el de la autorización. Así, en el sector

<sup>27</sup> En España, el fundamento de la colaboración privada en materia de inspección obedece, además, a una consideración jurídico-positiva, ya que debe existir un fundamento legal para poder habilitar a las entidades colaboradoras privadas en el ejercicio de actividades de inspección. Ello es así ya que la ley excluye de la gestión indirecta de los servicios públicos por parte de particulares a todas aquellas actividades que impliquen el ejercicio de autoridad de los poderes públicos. Véase FERNÁNDEZ (2002) pp. 515 – 517.

<sup>28</sup> Las posturas contrarias a la atribución de funciones inspectoras a los particulares señalan que ellas deben limitarse, solamente, a actividades materiales de control. La entidad colaboradora sólo comunica a la administración los resultados de su actividad objetiva de comprobación y no podría realizar una actividad material de inspección conducente a la dictación de actos administrativos en los que se ejerzan potestades públicas. Por el contrario, las posturas que justifican la atribución de funciones de inspección a los particulares se han basado en el desarrollo histórico de fenómenos extrajurídicos, como el avance tecnológico y el aumento del riesgo de la vida en sociedad. Estas reflexiones han sido compartidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en España. Así, el Tribunal Supremo español ha señalado que “el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de [la administración] para una gestión eficaz de las funciones de soberanía, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada”. Véase GARCÍA (2006) pp. 249-250.

<sup>29</sup> Por una parte, existen autores que sostienen que se trata de entidades que colaboran con la administración y que no ejercen funciones públicas soberanas. Véase GARCÍA (2006) pp. 242 – 243. Del otro lado están aquellos autores que sostiene que se trata de entidades privadas que sí ostentan autoridad para el ejercicio de potestades públicas. Así, quienes han sostenido esta postura plantean nuevas visiones sobre el concepto de autoridad, el cual tiene importantes repercusiones en materia de inspección, sobre todo en lo que dice relación con el estatuto del personal inspector y el valor probatorio de las actas de inspección. Sin duda, han sido los conceptos de autoridad y de función pública soberana los más estudiados a este respecto. Canals - en relación con el ejercicio de funciones públicas de autoridad por particulares - ha señalado que estas entidades ejercen la potestad administrativa de decidir unilateralmente, por medio de actos administrativos. Estas entidades no se limitan a realizar una labor técnica o material de mera comprobación sino que a realizar, en definitiva, una actividad formal o jurídico-administrativa. Véase CANALS (2003) p. 282.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ (2002) pp. 518-528.

ambiental y energético, se ha utilizado la técnica de la autorización administrativa, previa acreditación de ciertas condiciones técnicas<sup>31</sup>. En el caso de la fiscalización que realiza el Servicio Agrícola y Ganadero, se debe estar al sistema de habilitación a entidades privadas, también basado en el otorgamiento de autorizaciones<sup>32</sup>.

En otros casos, la administración ha optado por establecer un sistema de mera constancia, como ocurre en el ámbito de la inspección laboral. Aquí, la autoridad sólo otorga una declaración de constancia (y no una autorización) de que la entidad inspectora cumple con los requisitos de idoneidad técnica, profesional y procedimental para certificar el cumplimiento de ciertas obligaciones previsionales, en base a una evaluación técnica realizada previamente por el Instituto Nacional de Acreditación<sup>33</sup>.

En el ámbito sanitario, la labor de fiscalización que realizan las Secretarías Regionales ministeriales de Salud puede ser encomendada a terceros debidamente certificados, cuando falten funcionarios idóneos para realizarla. En este caso, el legislador optó por la vía de la contratación, haciendo aplicación de la Ley N° 19.886, sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios<sup>34</sup>.

Finalmente, el legislador también ha hecho uso de la técnica de la concesión para habilitar a los particulares en el ejercicio de este tipo de actividades. Ello ha tenido lugar en el ámbito de las plantas de revisión técnica<sup>35</sup>, sector que en la actualidad es operado en su

<sup>31</sup> La colaboración de las entidades privadas en materia ambiental se encuentra consagrada en el artículo 3° letras c) y p) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. En el sector energético, ella está establecida en el artículo 3° N° 14 de la Ley N° 18.410.

<sup>32</sup> Así, dicho servicio contempla un “Sistema Nacional de Autorización de terceros” en la resolución N° 529, exenta, de 26 de enero de 2012.

<sup>33</sup> Tal sistema se encuentra consagrado en el decreto supremo N° 319, Ministerio del Trabajo, de 13 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la aplicación del artículo 183-C del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.123, sobre Acreditación de Cumplimiento de Obligaciones Laborales y Previsionales.

<sup>34</sup> La colaboración de los privados con las labores fiscalizadoras de la SEREMI de Salud se encuentra consagrado en el artículo 4° N° 3, inciso tercero, del decreto con fuerza de ley N° 1, Ministerio de Salud, de 2005.

<sup>35</sup> Hasta el año 1985, la revisión técnica de vehículos estaba consagrada en la Ordenanza General de Tránsito. En ese entonces, correspondía a los municipios revisar el estado mecánico de la generalidad de los vehículos, mientras que la Subsecretaría de Transportes de la época debía realizarla respecto de los vehículos de locomoción colectiva y de carga. En ambos casos se contemplaba la opción de realizar esta revisión por establecimientos particulares, abiertos al público, con patente municipal para realizar este tipo de trabajos y que contaran con los medios y elementos necesarios para hacerlo. Estos establecimientos constituyen el primer antecedente de entidades privadas con competencias para inspeccionar y certificar las condiciones técnicas y de seguridad de los vehículos. La técnica utilizada, en este caso, era la autorización.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Tránsito, en 1985, que derogó a la referida Ordenanza, se mantuvo el anterior régimen, explicitando que podía ser tanto el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones como ciertas municipalidades las facultadas para autorizar el funcionamiento de los establecimientos particulares de revisión técnica de vehículos.

Posteriormente, la Ley N° 19.495 de 1997 introdujo importantes cambios a la Ley del Tránsito en esta materia, concentrando la facultad de otorgar autorizaciones a los establecimientos de revisión técnica sólo en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, órgano que quedó facultado – de acuerdo al artículo 95 de la Ley de Tránsito – para licitar esta función de homologación de vehículos entre empresas que persiguieran fines de lucro, de acuerdo a las exigencias que se plantearan en las respectivas bases de licitación. De esta manera, se consagra a la licitación pública como sistema de elección de las empresas que inspeccionan y certifican las condiciones de los vehículos motorizados en el país.

La ley N° 18.696 de 1988 atribuye al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones fijar por regiones, provincias o comunas del país, los establecimientos que podrán realizar revisiones técnicas vehiculares, aludiendo que la concesión

totalidad por plantas revisoras privadas y concesionadas. Este sistema ha dado vida a un verdadero mercado de los servicios de revisión y certificación, sujeto a fuertes regulaciones que garantizan a los usuarios un acceso universal a dicho servicio.

En todos los casos expuestos, la autoridad vela por la idoneidad técnica e imparcialidad de las labores que ejercen estas entidades colaboradoras. Para asegurar la idoneidad técnica, se les impone contar con personal calificado e infraestructura adecuada. Para asegurar la imparcialidad, se contemplan regímenes de incompatibilidad que velen por una separación absoluta entre la entidad y el sujeto inspeccionado.

Finalmente, sobre el conjunto de estas entidades, la administración siempre conservará la supervigilancia de la labor que realizan. En el caso de las concesiones, esta supervisión viene dada por la especial relación de sujeción con la administración y por el establecimiento de especiales requisitos o condiciones establecidas para su funcionamiento en los respectivos títulos habilitantes. De esta manera, la supervigilancia se fundamenta en el vínculo permanente que se genera entre la administración y la entidad colaboradora<sup>36</sup>.

Las entidades privadas que colaboran con la administración en el ejercicio de las funciones de fiscalización son otro buen ejemplo de los nuevos contornos que esta actividad administrativa ha adquirido en los últimos años. Su auge, junto con los procesos de certificación y acreditación, da cuenta de una mayor preocupación por la evaluación en torno al grado de cumplimiento normativo y cómo de ello es posible obtener información valiosa para incentivar, progresivamente, el cumplimiento de las regulaciones aplicables a los diversos sectores en que ella tiene presencia.

#### IV. Las técnicas de autocontrol

Sin duda, el paso del tiempo ha obligado al Derecho Administrativo a enfrentarse, frecuentemente, con fenómenos sociales cada vez más complejos. Ello ha repercutido en un mayor grado de sofisticación en la creación e implementación de sus técnicas de intervención. Por cierto, la fiscalización – y la inspección en particular – no han estado ajenas a ello. De hecho, mediante el análisis de las mismas, es posible identificar algunos de los límites materiales que posee este tipo de actividad, en consideración a su naturaleza eminentemente estatal.

De la misma manera en que la omisión de inspección contribuye a la ineficacia del ordenamiento jurídico, el exceso de inspección podría contribuir a una gestión ineficaz de los intereses públicos. El uso indiscriminado y poco reflexivo de la técnica de la visita

de las mismas se hará mediante un procedimiento de licitación pública. Desde este momento en adelante, se habla de “plantas revisoras”, las que en la actualidad son reguladas por dicha ley y por el Título VII de la Ley del Tránsito.

<sup>36</sup> Así, aun cuando el ordenamiento permita habilitar a particulares para realizar actividades de inspección, la administración no perdería, por regla general, la facultad de inspeccionar directamente y por sí las actividades que son objeto de esta actividad, lo cual no es sino una manifestación de la idea de “colaboración” respecto de una actividad que no perdería su ínsita titularidad estatal. Véase FERNÁNDEZ (2002) p. 570.

inspectiva podría significar una carga excesiva tanto para la administración como para los ciudadanos, cuyos costos no siempre se está dispuesto a pagar.

Llevar la potestad de inspección a los extremos del exceso o del defecto no contribuye adecuadamente al fortalecimiento de un sistema de fiscalización que refuerce e internalice el cumplimiento normativo. Por ello, su implementación debe estar precedida, necesariamente, de un análisis de los costos y beneficios que implica su despliegue, analizando los esfuerzos materiales y personales que ella requiere y su impacto en el desarrollo de las actividades fiscalizadas. Por ello, desde el punto de vista del costo económico y social, la opción que tome el legislador en esta materia no ha de ser nunca indiferente. La visita de inspección – como modalidad paradigmática de fiscalización – deberá implementarse cuando los beneficios que ella reporte sean superiores a los costos de su funcionamiento y a los posibles perjuicios que ella pueda provocar, considerando además las externalidades positivas y negativas que genera este tipo de actuaciones. Una correcta política legislativa en materia de inspección debe siempre ponderar las ventajas y las desventajas de esta técnica de policía, analizando si es posible complementarla con mecanismos de otro orden, que aseguren de igual manera los intereses generales de la comunidad<sup>37</sup>.

La tendencia, marcada por el Derecho comunitario, ha dejado en evidencia una cierta preferencia por aquellas técnicas de control que miran hacia la prevención de los riesgos y que son de aplicación permanente y sistemática en el tiempo, a diferencia de las técnicas o modalidades de inspección, que son siempre eventuales y transitorias<sup>38</sup>. Es en este contexto donde ha tenido su auge el autocontrol.

El autocontrol de los particulares constituye un ámbito de la autorregulación que opera en el contexto del control y de la gestión de los riesgos<sup>39</sup>. Se trata, en general, del desarrollo de actividades por parte de privados - en frecuente contacto con los poderes públicos – para mantener el control y el conocimiento de los riesgos que generan sus propias actividades, corresponsabilizándose en materia de prevención de daños futuros<sup>40</sup>. Para algunos, representa un nuevo paradigma en la gestión de los riesgos, superando al tradicional esquema coercitivo de la policía administrativa<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> El establecimiento de límites a la potestad de inspección ha repercutido, en general, en la evaluación de las tradicionales técnicas administrativas de control. A este respecto, se ha dicho que *“el modelo tradicional de control de la aplicación de la legalidad administrativa a través de las técnicas de policía administrativa – autorizaciones, sanciones (...) - y, en lo que nos interesa en este estudio, mediante la inspección administrativa, entendida como actividad ejercida por la propia Administración in situ y con un carácter eventual o aleatorio, presenta innegables insuficiencias, ante la entidad y complejidad de los riesgos, sin ningún parangón posible con otras épocas, que debe afrontar hoy en día la Administración. Así, cada vez se hace más evidente que el problema endémico del cumplimiento pleno y efectivo del Derecho Administrativo suscita la necesidad de revisar los planteamientos tradicionales en materia de control de la efectividad de las normas administrativas”*. FERNÁNDEZ (2002) p. 32.

<sup>38</sup> *Ibid* p. 33.

<sup>39</sup> ESTEVE (2002) p. 84.

<sup>40</sup> DARNACULLETA (2009) p. 636.

<sup>41</sup> Sobre el nuevo esquema que plantea la autorregulación como mecanismo de gestión de riesgos en comparación a la actividad administrativa de policía véase ESTEVE (2011) p. 357. La misma idea, aplicada al ámbito de la seguridad alimentaria es recogida en RODRÍGUEZ (2007) pp. 62 – 78. En la doctrina nacional, puede consultarse el completo trabajo de MOYA MARCHI (2014).

De acuerdo a la doctrina comparada, el autocontrol puede ser voluntario o requerido por la administración<sup>42</sup>. El autocontrol voluntario es aquel que realiza el particular o un tercero – un auditor – sobre los riesgos que provoca el ejercicio de la actividad en cuestión, en un plano estrictamente privado y sin interferencia alguna de parte de la autoridad<sup>43</sup>. El autocontrol requerido, por el contrario, siempre implicará la intervención de la administración, quien solicitará a los particulares someterse a este tipo de controles<sup>44</sup>. En este último caso, la gestión de los riesgos adquiere innegablemente una dimensión pública, que justifica su regulación por normas administrativas, las que suelen determinar la intensidad, frecuencia y forma en que debe realizarse el autocontrol.

Las técnicas de autocontrol utilizadas con mayor frecuencia por parte del legislador son la realización de evaluaciones periódicas y la certificación de resultados, la adopción de medidas de seguridad, el diseño de estaciones de monitoreo, la realización de balances estructurales, entre otras<sup>45</sup>.

En el Derecho comparado, las principales manifestaciones del autocontrol se han dado en el plano de la seguridad alimentaria, haciendo obligatorios ciertos controles basados en la identificación de los riesgos potenciales de ciertos alimentos<sup>46</sup>. Además, se observa de manera intensa el recurso al autocontrol en materia ambiental, habida cuenta de la extensión que ha alcanzado el principio de responsabilidad compartida en esta área<sup>47</sup>.

En nuestro país, no son escasos los ejemplos de autocontrol que han adoptado o han debido adoptar los particulares en virtud de ciertas prescripciones normativas. Sin ir más lejos, en el ámbito de la fiscalización ambiental, existe una importante manifestación del autocontrol en el sistema de evaluación y certificación de conformidad respecto del cumplimiento de la normativa ambiental y de las condiciones impuestas por una autorización de funcionamiento ambiental<sup>48</sup>. Por otro lado, en la fiscalización del sector energético, el autocontrol tiene lugar a propósito de la actividad de certificación y del diseño de un sistema de sellos que permiten calificar la calidad y seguridad de los productos de esta

<sup>42</sup> ESTEVE (2011) p. 371.

<sup>43</sup> En el Derecho europeo, sobre todo en el sector ambiental, las técnicas de autocontrol usualmente utilizadas son las ecoauditorías. Véase ESTEVE (2011) p. 371.

<sup>44</sup> En este caso, la administración puede incentivar el sometimiento a técnicas de autocontrol o bien puede obligar al particular a hacerlo. Véase ESTEVE (2011) p. 372.

<sup>45</sup> En España, para la prevención de los riesgos laborales se obliga a las empresas a evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. En el ámbito de los consumidores y usuarios, se obliga a las empresas a adoptar medidas de control y vigilancia sobre la seguridad de los productos que fabrican y comercializan. En el ámbito de la protección ambiental, el principio de la responsabilidad compartida ha establecido la posibilidad de exigir a las empresas la instalación de estaciones de medida con registros incorporados, de tal forma de realizar un debido seguimiento a las sustancias contaminantes que emanen de ciertas instalaciones. Véase FERNÁNDEZ (2002) pp. 38 – 39.

<sup>46</sup> Rodríguez, respecto de la seguridad alimentaria ha señalado que: *“en lo relativo a los riesgos para la salud, el de los alimentos es uno de los sistemas diferenciados, con sus propios profesionales y expertos, normas técnicas y sistemas de control. El alimentario es un sistema que, como otros, tiene sus propias referencias por lo que puede efectivamente considerarse un ‘sistema autorreferencial’. La falta de conocimiento de la Administración para afrontar la gestión de riesgos alimentarios, fruto del progreso tecnológico, conduce a ésta a recurrir a la autorregulación, pues en su seno se halla el saber y la experiencia de la que la organización pública carece”*. RODRÍGUEZ (2007) p. 289.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ (2002) pp. 38 – 39.

<sup>48</sup> El referido sistema está consagrado en el artículo 3º letra p) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

naturaleza<sup>49</sup>. De la misma manera, en el ámbito de la fiscalización a los servicios sanitarios, el autocontrol ha sido una evidente opción legislativa, ya que expresamente se alude a él bajo la forma de informes periódicos que debe realizar la propia entidad fiscalizada<sup>50</sup>.

Finalmente, cabe señalar que las técnicas de autocontrol suelen complementarse con el establecimiento de deberes legales de información. Así, el particular debe implementar – en un marco de relativa libertad – un mecanismo de gestión y control de los riesgos producidos por su actividad y, acto seguido, informar a la autoridad los resultados que arroje la aplicación de dicho sistema. Si del examen de los datos aportados por el particular se dedujeren indicios de incumplimiento, la autoridad deberá utilizar modalidades más directas de fiscalización, tales como la visita inspectiva o el requerimiento de información, de tal manera de realizar un examen exhaustivo y pormenorizado de la información previamente levantada por el particular.

Como es posible observar, el autocontrol de los particulares ha comenzado a ser utilizado ampliamente por la administración fiscalizadora. Ello deja entrever que, para ciertos sectores de referencia, donde la normativa aplicable regula aspectos en detalle y con un alto grado de precisión técnica, resulta ser una técnica útil para generar información sobre el grado de cumplimiento de dichos marcos normativos. Con ello, se aúnan los esfuerzos de la administración y de los particulares en la prevención de los incumplimientos, instando a la creación de mecanismos de monitoreo constante respecto del desarrollo conforme de las actividades fiscalizadas.

## V. Balances finales

Durante este trabajo, hemos revisado tres importantes instrumentos de gestión utilizados por la administración fiscalizadora para el mejor ejercicio de sus funciones. Algunos de ellos poseen un uso ya asentado dentro del quehacer diario de los órganos administrativos, mientras que otros han significado un verdadero quiebre en los paradigmas tradicionales de la intervención administrativa. No obstante, todos ellos han contribuido positivamente al desenvolvimiento de la potestad fiscalizadora, otorgándole una mayor cobertura y eficacia.

La actividad de planificación ha significado una mejora en la puesta en práctica de esta actividad administrativa, dotándola de racionalización y determinación. En general, la elaboración de planes de inspección y fiscalización se constituye como una herramienta ideal para el desarrollo óptimo de esta potestad, maximizando los beneficios que se pueden obtener de una actividad predecible en cuanto a su ejercicio y a su propósito.

Por otra parte, la colaboración de entidades privadas con la administración fiscalizadora es una tendencia que día a día crece en los diseños legislativos de variadas entidades fiscalizadoras a nivel nacional. Hoy en día está presente ampliamente en los mercados

<sup>49</sup> El sistema de certificación y sello se encuentra contemplado en el artículo 3º N° 23 de la Ley N° 18.410.

<sup>50</sup> El establecimiento de un sistema de informes de monitoreo se establece en el artículo 11 C de la Ley N° 18.902.

regulados, en el ámbito sanitario y ambiental, habida cuenta de la gran capacidad técnica que se requiere para llevar adelante los innumerables procedimientos de fiscalización que este tipo de actividades demanda. Hacia el futuro, el legislador tiene una gran tarea en torno al perfeccionamiento de las técnicas que permiten a los privados realizar funciones de acreditación, certificación, inspección y control, cuestión que sin duda requiere un análisis de las tendencias existentes en otros países pero, más importante, un análisis crítico de cómo ella operarían en nuestra realidad nacional, en aras a incentivar el cumplimiento por parte de los agentes privados.

Por otro lado, el autocontrol de los privados comienza a tomar fuerza en nuestro país como un instrumento de generación de información en torno al cumplimiento normativo y al aumento de las posibilidades de prevención. Aun cuando esta técnica, al día de hoy, convive en armonía con la fiscalización administrativa directa, hacia futuro valdrá la pena aumentar el debate público en torno a su naturaleza jurídica, los principios que lo informan y las características que lo definan, todo ello bajo el amplio espectro normativo que comienza a abrir la autorregulación regulada.

Estos tres instrumentos, como es posible apreciar, han reconfigurado una actividad administrativa que históricamente fue apreciada tan sólo como una mera vigilancia estatal sobre la correcta aplicación de la ley y del ordenamiento jurídico en general. Hoy, la potestad fiscalizadora posee nuevos principios, nuevas características y, por cierto, nuevos límites. Su rediseño obedece, sin duda, a los cuestionamientos que a diario la realidad de la sociedad post-industrial invoca. Desde ahí, se ha ido perfeccionando, utilizando diversos mecanismos que incentiven el cumplimiento de las normas y que prevengan situaciones de alto riesgo o peligro para los intereses colectivos.

Finalmente, dichos instrumentos ilustran de manera clara y atingente cómo el Derecho Administrativo evoluciona: siempre a la luz de lo contingente, de los cuestionamientos cotidianos, de los vacíos e imperfecciones normativas. Hacia el futuro, el desafío que plantean estos temas será mayor, al suponer una importante apertura en la discusión, tanto académica como política, en torno a los nuevos modelos de gobernanza estatal para la gestión de los riesgos propios de la sociedad globalizada.

## VI. Referencias bibliográficas

- CANALS, Dolors (2003): *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)*, Editorial Comares, Granada.
- DARNACULLETA, Mercé (2009): “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, en: Muñoz, Santiago; Esteve, José (coord), *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, Fundamentos e Instituciones de la regulación, Editorial Iustel, Madrid, pp. 631 – 667.

- DESDENTADO, Eva (1999): *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Tirant lo Blanch, Madrid.
- ESTEVE, José (2002): *Autorregulación. Génesis y efectos*, Editorial Aranzadi, Navarra.
- ESTEVE, José (2011): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ, Severiano (2002): *La Actividad Administrativa de Inspección*, Editorial Comares, Granada.
- GARCÍA, Agustín (2006): *La Potestad Inspectoral de la Administración del Estado*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- LEAL, Brigitte (2015): La potestad de Inspección de la Administración del Estado, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 56, Santiago.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1991): *Derecho Administrativo Económico*, Editorial Distribución de la Ley, Madrid.
- MOYA, Francisca (2014): *El Principio de Precaución*, Editorial Thomson Reuters, Santiago.
- MAURER, Hartmut (2011): *Derecho Administrativo Parte General*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- PAREJO, Luciano (2003): *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona.
- RIVERO, Ricardo (1999): *El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid.
- RODRÍGUEZ, Mariola (2007): *Régimen Jurídico de la Seguridad Alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Editorial Marcial Pons, Madrid.

## VII. Normativa citada

- Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente). Diario Oficial, 26 enero 2010.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Diario Oficial, 24 abril 2006.
- Ley N° 19.886, Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 julio 2003.
- Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.
- Ley N° 18.902, Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Diario Oficial, 27 enero 1990.

Ley N° 18.410, Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial, 22 mayo 1985.

Ley N° 18.410, Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial, 22 mayo 1985.

Ley N° 18.290, Ley de Tránsito. Diario Oficial, 07 febrero 1984.

Resolución N° 1600, Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón. Diario Oficial, 06 noviembre 2008.