

Legal |
Análisis Jurídico | Regulatorio económico | Artículo 1 de 1

La administración invisible y la gestión de los datos personales

"...Si el año 2003 el TC consideró que participar en personas jurídicas de derecho privado para las acciones de grupos artísticos implicaba ejercer una función pública (...), la pregunta sensata es si acaso en el tratamiento masivo de datos para los fines que el DS declara no es evidentemente la existencia de una función pública de aquellas que el Tribunal considera que no puede ejecutar una entidad privada..."

Viernes, 29 de marzo de 2019 a las 16:21



Luis Cordero

En la literatura del Derecho Administrativo se suele hacer referencia a la administración invisible para calificar a un conjunto de instituciones sometidas al derecho común y alejadas del régimen de derecho público exigible a los organismos administrativos. Es lo que suele suceder con las sociedades del Estado, las corporaciones y fundaciones constituidas o en las que participa el Estado.

Esta, que es una discusión recurrente también en el derecho comparado, en nuestro sistema constituye un debate muy antiguo especialmente por la capacidad de control que puede tener la Contraloría sobre dichas entidades. Eso explica, por ejemplo, la exigencia que quedó establecida en 1986 en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) al indicar que *"el Estado podrá participar y tener representación en*

entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que lo autorice" (...), para luego reafirmar la idea que en caso alguno estas entidades pueden *"ejercer potestades públicas"* (art. 6°).

Desde el retorno a la democracia en muy contadas ocasiones el Congreso otorgó autorizaciones para constituir personas jurídicas de derecho privado a la Administración Pública. Esto provocó que, para una diversa cantidad de temas, la práctica administrativa fuera que miembros del Ejecutivo concurrieran a integrar este tipo de entidades como personas naturales que investían en ese momento la condición de autoridades y

luego, mediante glosas de la ley de presupuesto, se permitía su financiamiento mediante transferencias de fondos públicos.

Esta práctica tuvo incentivos adicionales, especialmente tras la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) cuando se creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes que disponía de una norma que le permitía al Estado constituir y financiar corporaciones y fundaciones de derecho privado con la finalidad de promover, fomentar y gestionar directamente actividades culturales a través de grupos artísticos. El TC señaló que esta regla era inconstitucional porque *“implicaba autorizarlo para traspasar el ejercicio de funciones que son propias de la Administración del Estado, a entidades de derecho privado como es la corporación a que dicho precepto se refiere, lo que no le está permitido sin alterar la competencia que constitucionalmente le está asignada a los órganos que constituyen la Administración”* (STC rol N° 379, c. 74).

Por tal motivo la Contraloría, desde 2009 (dictamen N° 48.789, doctrina que se replicó en los dictámenes N° 12410, de 2010 y 74311, de 2015), comenzó a objetar la participación de ministros de Estado en entidades de derecho privado si no mediaba autorización legal expresa.

En ese contexto, el Congreso aprobó en la ley de reajustes del sector público para el año 2017 ([Ley N° 21.050](#), D.O 7.12.2017) —que opera como una verdadera ley miscelánea pese al acuerdo sobre la improcedencia constitucional de las mismas— una norma que, autoriza en general al Presidente de la República para “designar a cualquier persona, incluidos autoridades y funcionarios públicos, para que en su representación participe en la formación y constitución de personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (...)” (art. 47). De acuerdo con el mensaje del proyecto de ley esto se realizó para “dar cumplimiento a la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República desde el año 2009, se ha estimado necesario establecer una autorización para la participación de los funcionarios y de las autoridades de Estado en los directorios de las Fundaciones de la Presidencia”.

Pues bien, al amparo de esa regla, recientemente el Presidente de la República dictó un Decreto Supremo ([DS N° 164, de 2018](#), D.O 16.1.2019) mediante el cual autoriza al Ministro de Economía para constituir una persona jurídica sin fines de lucro cuyo objeto principal sea “(...) adquirir, procesar y almacenar en medios digitales los conjuntos de datos generados por instituciones de carácter público o privado y que por su volumen, naturaleza y complejidad requieren una curaduría, exploración, visualización y análisis que faciliten la disponibilidad de dichos datos para fines del desarrollo de la ciencia, tecnología, innovación, conocimiento y sus aplicaciones en la economía”.

Según los motivos del DS esto se realiza en el contexto de que “el desarrollo económico de los países, en el marco de la denominada cuarta revolución industrial, está directamente vinculado a la utilización de grandes volúmenes de datos, denominado big data, el desarrollo de algoritmos y técnicas de procesamiento y sus

aplicaciones en el desarrollo de la inteligencia artificial”.

Aunque el propósito pareciera ser correcto, en el sentido de que a través de la gestión de grandes volúmenes de datos es posible diseñar y monitorear mejores políticas públicas, lo cierto es que su gestión y uso debe estar altamente regulado por la naturaleza de la información utilizada. El problema central desde la perspectiva del Derecho Administrativo de la constitución de una entidad como esta se da en dos órdenes. Por un lado, sin la modificación de la ley de datos personales es sencillamente imposible ejecutar el objeto pretendido por esta entidad que autoriza el Presidente, esencialmente porque la actual ley solo faculta a los organismos de la administración del Estado al tratamiento de datos —una categoría jurídica bastante amplia para la ley— que se encuentren en los ámbitos de su competencia.

La segunda, y más desafiante desde el punto de vista legal en mi opinión, dado que la anterior es una objeción que es posible resolver en el contexto del proyecto que reforma la ley de datos personales que se discute en el Congreso, es si la autorización para crear una persona jurídica de derecho privado con el propósito indicado no es un modo de ejercer potestades públicas, especialmente si su ámbito es procesar “datos generados por instituciones de carácter público o privado”. Esto es relevante porque, si el año 2003 el TC consideró que participar en personas jurídicas de derecho privado para las actividades de los grupos artísticos implicaba ejercer una función pública y, por lo tanto, no se podían encomendar a una entidad privada aún cuando la constituyera el Estado, la pregunta sensata es si acaso en el tratamiento masivo de datos para los fines que el DS declara no es evidentemente la existencia de una función pública de aquellas que el TC considera que no puede ejecutar una entidad privada.

Y es que debemos tener cuidado de volver a caer nuevamente en vicios en la conformación de estas entidades de la administración invisible, como ha sucedido en el pasado (el caso de la anomalía de Conaf es el mejor ejemplo, como [lo advirtió el TC en 2008](#)), porque creo que es incorrecto sostener explícita o implícitamente que la autorización general entregada por la Ley de Reajustes de 2007 para que el Presidente nombre personas en la constitución de personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro sea lo mismo que definir una competencia pública mediante Decreto Supremo y escrituras públicas. Ese riesgo resulta evidente en este caso.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online