



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO

**EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL MARCO DEL DEBIDO
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Jaime Antonio Chamorro Galdames

Profesor Guía: Cristian Román Cordero

Santiago, Chile

2014

A mi familia, por su incondicional apoyo.

Dedicada a Margarita.

En memoria de Aliro.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
Capítulo 1°.-	
EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	8
Sección 1: El derecho administrativo sancionador.....	8
1.- La potestad sancionatoria de la Administración.....	15
2.- Diferencias entre la potestad sancionatoria de la Administración y el ius puniendi.....	19
Sección 2: Fundamentos del derecho administrativo sancionador.....	25
1.- La sociedad del riesgo.....	26
a) Doctrina nacional.....	30
b) Doctrina extranjera.....	32
c) Jurisprudencia extranjera.....	32
2.- El interés público o general.....	34
Sección 3: La relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal: una revisión necesaria.....	44

a) Doctrina nacional.....	45
b) Doctrina extranjera.....	48
c) Jurisprudencia extranjera.....	51
Sección 4: Críticas a la existencia y fundamentos del derecho administrativo sancionador.....	55
Sección 5: Marco Legal del derecho administrativo sancionador en Chile.....	60
1.- Análisis de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Organos de la Administración del Estado.	62
Capítulo 2°.-	
EI PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	71
Sección 1: ¿Por qué se califica (o debe calificarse) como “debido” al procedimiento administrativo sancionador?.....	71
a) Doctrina nacional.....	77
b) Doctrina extranjera.....	87
c) Jurisprudencia nacional.....	91

d) Jurisprudencia extranjera.....	96
1.- La Administración no ejerce jurisdicción. Diferencias en cuanto al ejercicio de ésta y de la potestad sancionadora.....	101
a) Doctrina nacional.....	101
b) Doctrina extranjera.....	103
c) Jurisprudencia extranjera.....	106
1.a.- Diferencias entre Sentencia y Acto Administrativo.....	107
Sección 2: El debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador.....	113
a) Doctrina nacional.....	116
b) Doctrina extranjera.....	122
 Capítulo 3°.-	
LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	126
El principio de imparcialidad.....	126
Sección 1: La Imparcialidad, parte general.	126

1.- La Imparcialidad jurisdiccional.....	128
a) Doctrina nacional.....	128
b) Jurisprudencia nacional.....	135
c) Jurisprudencia extranjera.....	136
Sección 2: La imparcialidad administrativa.....	137
a) Doctrina nacional.....	138
b) Doctrina extranjera.....	140
Sección 3: La imparcialidad administrativo-sancionadora.....	141
a) Doctrina nacional.....	142
b) Doctrina extranjera.....	145
I- Diferencia entre Juez y Organo Administrativo Sancionador.....	147
1.a.- La superintendencia, órgano administrativo sancionador.....	150
Sección 4: La imparcialidad en dos facetas: institucional y funcionaria.....	153
1.-Imparcialidad institucional.....	154
2.-Imparcialidad funcionaria.	157
2.b.- La fase de investigación y el debido proceso, justo y racional....	160

a) Doctrina nacional.....	160
b) Doctrina extranjera.....	171
3.- Normas administrativas generales de cautela de la imparcialidad...	177
4.- Estudio de la Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado, bajo el prisma de la imparcialidad.....	179
5.- Mecanismos de resguardo de la imparcialidad.....	183
I- La interdicción de la arbitrariedad.....	184
a) Doctrina nacional.....	186
b) Doctrina extranjera.....	189
I.a.- Los planes de inspección.....	194
II- Fundamentación de la resolución sancionadora.....	196
a) Doctrina nacional.....	198
b) Doctrina extranjera.....	201
III- La separación de funciones de instrucción y sanción.....	207
a) Doctrina nacional.....	207
b) Doctrina extranjera.....	211

c) Jurisprudencia nacional.....	219
d) Jurisprudencia extranjera.....	220
e) Legislación nacional.....	221
IV- La proscripción de incoar procedimiento sancionador de oficio.....	225
IV.a.- El principio de congruencia: garantía de separación.....	228
a) Doctrina nacional.....	228
b) Doctrina extranjera.....	233
V- Límite a la delegación de funciones.	234
VI- Proscripción de la avocación.....	239
VII- La propuesta de resolución vinculante.....	241
Sección 4: La Imparcialidad, parte especial. Aplicación en diversos procedimientos administrativos sancionatorios.....	244
1.- Recepción del mecanismo de inhabilidades, implicancias y recusaciones.....	246
2.- Recepción del mecanismo de propuesta de sanciones.....	247

3.- Recepción del mecanismo de separación de funciones.....	247
4.- Recepción del mecanismo de límite a la delegación de facultades instructoras y sancionadoras.....	248
I.- Análisis al proyecto de ley que Crea la Comisión de Valores y Seguros.....	248
II.- Aplicación de la imparcialidad en el Consejo Nacional de Televisión.	252
III.- Aplicación de la imparcialidad en el Consejo para la Transparencia.....	254
Sección 5: La contradictoriedad: corolario y consecuencia de la imparcialidad.....	255
CONCLUSIONES.....	269
BIBLIOGRAFIA.....	274

INTRODUCCION:

El presente trabajo tiene por objeto investigar, como tema central, la situación, alcance y aplicación del principio de imparcialidad en Chile. La motivación de esta obra es, esclarecer al lector, en primer lugar, en qué consiste este principio, y en especial, cómo se desenvuelve y opera en el ámbito de un procedimiento seguido ante órganos de la administración investidos expresamente por ley de potestad sancionatoria, a la luz del ordenamiento jurídico nacional y su enlace con la Constitución Política de la República

Es necesario explicar entonces, qué es un procedimiento administrativo sancionador, para lo cual se utilizará como herramienta al Derecho Administrativo Sancionador, rama del derecho público. Es por ello que se reseña dicha rama del derecho a continuación de la introducción de este trabajo. Por lo demás, de ella fluye la noción y fundamentos del procedimiento administrativo sancionador.

Es perentorio también acudir al derecho procesal, pues la noción de debido proceso, consistente en el conjunto de garantías mínimas de un juicio, es fundamental para los fines del presente trabajo, ya que dentro de la gama de principios que lo componen, uno de los principales es la imparcialidad, presupuesto mínimo para un juicio justo, y por ello es objeto de esta tesis. Asimismo, para dar respaldo a misma es que, se supone, como ideal, que el

procedimiento administrativo sancionador cumple con las garantías mínimas como para ser considerado un debido proceso. Esta proposición será sometida a diagnóstico para ver si su validez es total, gradual, o nula.

La efectiva aplicación del debido proceso a todos aquellos procedimientos en que eventualmente se pueda sancionar a un individuo, entre ellos el procedimiento administrativo sancionador, es obligatoria por mandato constitucional, ya que, en la Constitución Política de la República se consagra el debido proceso como derecho fundamental en su artículo 19, número tercero, inciso quinto, mandato que, como se demostrará en el presente trabajo, se hace extensivo a todo procedimiento sin importar su naturaleza.

El debido proceso se impone además, como estándar a todo procedimiento, requisito exigido a nuestro país desde que ingresó a la OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en el año 2010, puesto que para integrarse a dicha organización como país, Chile debió asumir, con carácter de compromiso de Estado, el cumplir con estándares mínimos en materia social, económica, cultural y legal, entre otros, los cuales se cumplen mediante las respectivas reformas en dichos ámbitos.

Relevancia del tema a tratar en esta tesis.

Las intenciones de esta trabajo, enumeradas anteriormente, responden a una necesidad ciudadana de protección y promoción de derechos, los cuales

podrían eventualmente verse amenazados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de los mismos ciudadanos, considerados éstos tanto en cuanto actúan individualmente en la vida cotidiana, como si también actuaran agrupados en personas jurídicas tales como empresas, corporaciones, organizaciones no gubernamentales (ONG), entre otras entidades susceptibles de ser sometidas a un procedimiento administrativo sancionador, en razón de haber incurrido en alguna conducta que faculte a la Administración a iniciar un proceso de esa índole en su contra.

El fenómeno anteriormente observado, de una Administración sancionadora desplegándose contra individuos, entidades y empresas es de cada vez mayor ocurrencia, toda vez que han aumentado de manera exponencial las situaciones respecto de las cuales la Administración debe reaccionar, este fenómeno es denominado “sociedad del riesgo” y tiene como causas, al desarrollo económico, la proliferación de modernas tecnologías, la globalización, entre otras, factores todos que redundan en que, los potenciales peligros que acarrearán éstos pueden expandirse de manera más rápida e intensa en la comunidad. Frente a lo anterior es que la Administración hace extensivo su actuar tipificando dichas conductas de peligro y reaccionando mediante la potestad sancionadora conferida precisa, y expresamente por ley, con el fin de prevenir y, eventualmente sancionar, las conductas lesivas a la sociedad.

El actuar de la Administración en cuanto ente sancionador, debe entonces inspirarse en el debido proceso para no transformarse en arbitrariedad y constituirse en un peligro para los ciudadanos, teniendo como consideración principalmente, el enorme desequilibrio de poderes en que se encuentra un ciudadano frente al Estado, situación cuyos orígenes se remontan a los inicios del Estado moderno, de la cual hay constancia en el desarrollo histórico de diversas instituciones de origen liberal, tales como la separación de funciones o los derechos fundamentales, las cuales fueron creadas principalmente para balancear la diferencia de poderes descrita anteriormente a favor del ciudadano, estableciendo dichas instituciones a nivel constitucional, dentro de las cuales se cuenta precisamente, al debido proceso, el cual es además actualmente parte de instrumentos legales consagrados internacionalmente como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Hay que considerar también que, cada país que se rija por el sistema político de la democracia ha incorporado dichas garantías, en mayor o menor medida, a sus respectivas Constituciones Políticas, lo cual reviste a esas garantías del máximo rango de importancia dentro de los correspondientes ordenamientos jurídicos de cada país.

La problemática transcrita en estas líneas es, como se puede ver, transversal al ordenamiento jurídico, ya que entronca conceptos fundamentales de derecho administrativo, constitucional, internacional de derechos humanos, e incluso,

como se verá en el desarrollo de la presente tesis, se relaciona con conceptos de derecho penal, pero el enfoque de esta tesis es plenamente de derecho público, específicamente de Derecho Administrativo Sancionador, toda vez que el análisis se centra en la conducta que despliega la Administración ejerciendo la facultad, conferida por ley, de sancionar.

Plan de trabajo de esta tesis.

La estructura de este trabajo consta de tres capítulos. En el primero, denominado “El derecho administrativo sancionador”, se tratan las nociones básicas para los fines de esta tesis de esta rama del derecho, correspondientes a la **potestad sancionatoria** (la cual da al derecho administrativo la calificación de **sancionador**), los fundamentos de este derecho administrativo que es sancionador (la **sociedad del riesgo** y el **interés público o general**), terminando con las críticas realizadas por parte de la doctrina administrativista a dichos fundamentos.

En el capítulo segundo se describe qué es y cuáles son las características del **procedimiento administrativo sancionador**. A continuación en el mismo, planteamos por qué este procedimiento debe cumplir con el debido proceso, es decir, por qué debe ser un **debido procedimiento administrativo sancionador**. También se despejan las primeras interrogantes que surgen al abordar el tema, tales como si el procedimiento sancionador sería

manifestación o no de jurisdicción, la supuesta unidad con el ius puniendi, el trasplante de principios desde el derecho penal al administrativo sancionador, terminando con la visualización del marco legal aplicable a este derecho administrativo sancionador.

El tercer capítulo, en tanto, versa sobre el principio de la imparcialidad, comprendiendo la definición de este principio y su alcance tanto en el ámbito jurisdiccional como en el procedimiento administrativo y, en especial, en el procedimiento sancionador, cumpliendo así con el objetivo específico de este trabajo, cual es analizar cómo juega este principio en los distintos procedimientos administrativos sancionadores y si el legislador le da cumplimiento efectivo a aquél en los diversos procedimientos sancionadores en particular, para ello se estudiará en detalle cómo opera la imparcialidad en aquellos procedimientos de mayor relevancia para nuestro trabajo, que son los correspondientes a los variados ámbitos donde se han creado superintendencias y otros entes con potestad sancionatoria, la cual aplican en el marco de un procedimiento administrativo.

Una gama de figuras e instituciones jurídicas, tales como la separación de funciones de instrucción y sanción, la propuesta de resolución vinculante, la fundamentación de la resolución sancionadora, la interdicción de la arbitrariedad, la proscripción de las sanciones de oficio y la (in)delegabilidad de la potestad sancionadora, son descritas y estudiadas a fin de obtener una

respuesta a la interrogante sobre si rige o no la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionador en Chile.

Capítulo 1.-

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sección 1: El derecho administrativo sancionador.

El primer paso a dar en este trabajo es definir a esta relativamente nueva rama del derecho en nuestro país, pues ella nos otorga el marco teórico y nos nutre de elementales conceptos para nuestro trabajo. En el siguiente capítulo profundizamos nuestro análisis hacia lo particular, y conceptualizaremos al procedimiento administrativo sancionador.

Proponemos el siguiente concepto de Derecho Administrativo Sancionador:

Conjunto de normas y principios que tienen por objeto regular el actuar de la Administración, en cuanto esta esté dotada de **potestad sancionadora**.

Destacamos potestad sancionadora, toda vez que, es la función distintiva de esta rama del derecho, puesto que, en cuanto haya órganos administrativos dotados expresamente por ley de potestad sancionadora ejerciéndola, estaremos en presencia de derecho administrativo sancionador.

Ya que la nota distintiva de este derecho es la **potestad sancionadora**, estudiaremos ésta en profundidad en la sección siguiente de este trabajo.

Se han esgrimido además distintas definiciones de **derecho administrativo sancionador** por parte de la doctrina especializada en el tema, en este trabajo

recogemos aquellas correspondientes a los autores Vargas López¹, Albornoz Gabilán², Román Cordero³, Fuentes Bardají⁴ y Nieto⁵, las cuales pueden ser consultadas a pie de página.

Esta rama del derecho recibió distintas denominaciones a lo largo de su desarrollo histórico, tales como “policía administrativa”⁶, “Derecho penal

¹“...el Derecho Sancionador tiene como finalidad mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos, aquellas conductas contrarias a las políticas del ente estatal”. VARGAS LOPEZ, Karen. Principios del procedimiento administrativo sancionador. Revista Jurídica de Seguridad Social. Costa Rica. Caja costarricense del Seguro Social, (14): 59-70. 2008. Pág. 59.

²“La Administración tiene la facultad para aplicar sanciones a hechos, que sin ser delito, constituyen una consecuencia de la regulación de ciertos aspectos, por ejemplo, de actividades de servicios públicos, en los que aparece fiscalizando o regulando en virtud de algún título de intervención administrativa”. ALBORNOZ GABILAN, José Esteban. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la administración del estado regidos por la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Memoria de Magister. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados. 119 p. 2011. Pág. 4.

³“...rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto administrativo, proteger el interés general y colectivo”. ROMAN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador : “¿ser o no ser? He ahí el dilema”. En: Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 107-141. 2008. pág. 107.

⁴ “...el Derecho Administrativo Sancionador puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas. Así pues, el Derecho Administrativo Sancionador comprende aquella parte del ordenamiento jurídico que regula los principios de la potestad sancionadora de la Administración, las normas para su ejercicio (procedimiento) y las especialidades que presenta el régimen de las infracciones y sanciones administrativas en cada uno de los sectores en que se desarrolla la actividad administrativa” BARDAJI FUENTES, Joaquín. Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Madrid. Editorial Thomson Aranzadi. 1864 p. 2005. Pág.117.

⁵“El objetivo del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino el castigo de éstos con respeto a las garantías de los posibles infractores”. NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Madrid, cuarta edición. Editorial Tecnos. 592 p., 2005. Pág. 36.

⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. En: Revista de Administración Pública. Madrid. (28): 11-50, 1959. Pág. 11.

administrativo"⁷, entre otros, los que se condicen con una época en que aún no se concebía la autonomía de esta rama del derecho público.

La concepción descrita en el párrafo precedente es superada hoy en día, ya que se asienta definitivamente la denominación de "Derecho Administrativo Sancionador", ello a nivel nacional se puede constatar tanto a nivel legislativo, con el proyecto de Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios⁸, el cual dedicaba un párrafo completo a explicarlo y fundamentarlo, como asimismo a nivel judicial, puesto que:

"Nuestro Tribunal Constitucional, en 1996, a través de la sentencia N°244, acogió esta tesis. En efecto, al referirse a esta cuestión la llamó "Derecho Administrativo Sancionador", destacando así su autonomía, y no "Derecho Penal Administrativo", expresión insistentemente utilizada por algunos autores nacionales"⁹.

A nivel internacional la situación es idéntica, basta con citar como ejemplo una obra de España sobre el tema, escrita por Alejandro Nieto, la cual, como es de esperarse, se titula "Derecho Administrativo Sancionador".

⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, (4): 99-122. 1982. Pág. 100.

⁸ Cabe destacar que, este proyecto, cuyo origen es el Mensaje N°541-350, de fecha 25 de marzo de 2004, no alcanzó a ser ley de la República, ya que se encuentra archivado debido a que pasó más de dos años sin ser discutido en la comisión respectiva.

⁹ ROMAN CORDERO, Cristian. El principio de a-legalidad en el derecho administrativo -posmoderno-sancionador eléctrico. Memoria de prueba para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados. 211 p. 2006. Pág. 4.

Origen del derecho administrativo sancionador.

La concepción de esta reciente rama jurídica ha sido principalmente labor jurisprudencial, pretoriana, obra de los jueces, si bien la colaboración de la doctrina ha sido absolutamente esencial en ordenar y acuñar los límites de la rama, incluso en problemáticas de fondo pero fundamentales al fin como es dotarlo de una estructura de teoría, junto con sistematizar toda la información relativa al respecto.

El desarrollo de este derecho está aún en boga y es prematuro hablar de una acabada teoría del derecho administrativo sancionador, de hecho hay autores que incluso propugnan un desarrollo ideal, el cual debe cumplir como labor principal sistematizar una teoría con elementos tales como “una teoría de la potestad sancionadora, una teoría de la infracción, una teoría de la sanción y un derecho de procedimiento”¹⁰.

Es en España principalmente donde la doctrina ha desarrollado con mayor profundidad esta materia, habiendo numerosísimos autores que se dedican al tema, asimismo encontramos en este país una elaborada y decantada jurisprudencia constitucional al respecto. Otro país en donde se ha llegado a una alta depuración jurisprudencial de este derecho sancionador es en

¹⁰ Ibid, pág. 24.

Colombia, en manos de su Corte Constitucional. Aportes doctrinarios importantes provienen, además de Argentina, Italia, Francia y Costa Rica.

Se podría situar la cuna de nacimiento de este Derecho Sancionador en la intersección entre el derecho penal y el derecho administrativo, ello debido principalmente al concepto de *ius puniendi*, que en un principio permitió fundamentar al derecho administrativo sancionador, pero que hoy en definitiva es un fundamento propio del ordenamiento penal.

En cuanto al hito cronológico desde el cual se esboza por primera vez una idea de Administrativo Sancionador en nuestro país, lo situamos en el siglo XIX, esto porque:

"Ya en 1859, Santiago Prado, en su *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, primer libro de Derecho Administrativo en Chile y Latinoamérica, le reconocía a la Administración potestades sancionadoras, las que consideraba necesarias, si no imprescindibles, para obtener de los particulares el cumplimiento de sus deberes administrativos"¹¹.

La elaboración de una teoría del derecho administrativo sancionador no es mero baladí ni es actividad exclusiva del docto jurisconsulto interesado en el tema, si no que redunda en cuestiones tan cotidianas como de qué maneras se relaciona el Estado con el ciudadano en el marco de un procedimiento sancionador y cómo se garantizan los derechos de este último, tomando en consideración tanto el evidente desequilibrio de poderes entre cualquier

¹¹ Ibid, pág. 25.

persona y la Administración como la eventual arbitrariedad en que puede incurrir ésta, considerando además la cada vez mayor frecuencia con que se aplican estos procedimientos sancionadores. A favor de ello se pronuncia Nieto, quien señala que:

“en aquellos países que cuentan con una Parte General, las relaciones jurídicas de represión son incomparablemente más seguras, más eficaces y más satisfactorias para los interesados que en los países donde tal sistema no se ha implantado”¹².

En Chile también hay voces que claman por una sistematización del derecho administrativo sancionador, por aglutinar todos los aportes doctrinarios en una teoría general que sirva de pauta tanto al legislador como, sobre todo esto último, a la jurisprudencia:

“... se añade el hecho de que el legislador y la jurisprudencia no han utilizado criterios sistemáticos para enfrentar los problemas derivados de la interpretación, integración y aplicación de las normas, tanto las sustantivas como, especialmente las adjetivas, en el derecho administrativo sancionador.

No se trata tampoco de una cuestión baladí, ya que la lógica interna de los procedimientos administrativos sancionatorios descansa, no en los principios de imparcialidad y contradictoriedad, como debiera ser, sino en el recelo y la aversión hacia los (supuestos) infractores. A esto se suman, toda clase de excesos, coacciones, arbitrariedades y desviaciones de poder por parte de algunos funcionarios en sus actuaciones inspectoras, lo cual se ve reforzado y estimulado en algunas ocasiones por anómalas circulares e instrucciones de servicio”(el subrayado es nuestro)¹³.

¹² NIETO GARCIA, Alejandro. Op cit., pág. 25.

¹³ CANCINO ROJAS, Fernando. Problemas de inconstitucionalidad en nuestro derecho administrativo sancionador. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 43 p. 1998. Pág.8.

Lo destacado en la cita anterior pone de relieve, además, la importancia capital del principio de imparcialidad (y su corolario, la contradictoriedad) en el procedimiento administrativo sancionador, principio cuyo desarrollo es motivación de esta tesis.

A la luz de lo analizado entonces, podemos determinar que este derecho administrativo sólo será sancionador siempre y cuando esté investido por ley expresamente de potestad sancionatoria, de tal manera que se hace perentorio saber en qué consiste esta potestad si queremos continuar definiendo esta rama del derecho en cuestión.

Además de tener a la vista un adecuado concepto de potestad sancionatoria, es necesario tener en cuenta que, no es lo mismo potestad sancionatoria que el ius puniendi estatal, ni tampoco aquella proviene o fluye de ésta tal como han planteado muchos autores tanto nacionales como internacionales, idea errada que además acarrea muchas consecuencias negativas en el estudio del Derecho Administrativo Sancionador, tales como la extrapolación indiscriminada de principios de origen penal al ámbito administrativo, entre otros, razón por la cual se delimitan las diferencias entre esa potestad y el ius en la siguiente sección sobre “La potestad sancionatoria de la administración”.

Queremos rematar esta sección definitoria con una afirmación de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales que ilustra muy bien el **para qué** del derecho administrativo sancionador:

“Si el Derecho penal constituía la Carta Magna del delincuente, se puede parafrasear a VON LISZT y decir que el Derecho administrativo sancionador es, entre otras cosas, la Carta Magna del administrado frente a la Administración que posee amplísimos poderes punitivos”¹⁴.

1.- La potestad sancionatoria de la Administración.

Lo que diferencia al derecho administrativo sancionador de otras ramas del derecho, y lo distingue dentro del mismo derecho administrativo, es que en éste tenemos una Administración a la cual, le fue conferida la potestad sancionadora a través de una ley y de manera expresa, se hace imperativo entonces definir qué es dicha potestad.

Totalmente pertinente para los fines de este trabajo es la definición de potestad sancionatoria esbozada por el español Cano Campos, debido a que se vincula con el fundamento del Derecho Administrativo Sancionador, el cual se verá líneas más adelante: la sociedad del riesgo. Esta potestad entonces, es aquella en que:

“la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados”¹⁵(el subrayado es nuestro).

¹⁴ GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, segunda edición. Madrid. Editorial Aranzadi, 1180 p. 2010. Pág. 702.

¹⁵ CANO CAMPOS, Tomás. Derecho Administrativo Sancionador. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid. (43): 339-348, 1998. Pág. 339.

Los “ámbitos de la realidad” precitados son aquellos afectados o amenazados precisamente por la llamada “sociedad del riesgo”, la cual es fundamento del derecho administrativo sancionador tal como se verá en la sección dedicada a esos fundamentos de este trabajo. Pionero en tratar esta potestad es el profesor español Alejandro Nieto, quien plantea:

“La administración tiene fines propios que alcanzar y para poder lograrlos cuenta con una potestad sancionadora propia, gracias a la cual se autoayuda y puede imponer coactivamente el cumplimiento de las normas”¹⁶(el subrayado es nuestro).

La potestad sancionatoria propia antedicha por Nieto es distintiva y exclusiva del derecho administrativo sancionador, es la forma mediante la cual se le entrega, mediante ley dictada expresamente al efecto, coactividad a la normativa perteneciente a este estatuto del derecho, y será nuestro primer objeto de estudio en este trabajo, puesto que, en palabras de Cano Campos:

“El punto de partida en el estudio y elaboración del Derecho Administrativo Sancionador es la potestad sancionadora de la Administración”¹⁷.

Pese a lo planteado recientemente por Nieto, la mayoría de la doctrina española y nacional opina que dicha potestad sancionatoria no es propia del derecho administrativo sancionador, si no tan sólo una derivación del ius puniendi, noción originaria del derecho penal.

¹⁶ NIETO GARCIA. Op cit., pág. 176.

¹⁷ CANO CAMPOS. Op. cit., pág. 341.

Si bien la consideración sobre la potestad sancionadora antedicha es mayoritaria, hay que considerar que muchos de sus partidarios lo sostienen así en textos previos a la obra de Nieto, y en cuanto a los seguidores a nivel nacional de esa postura carecen de creatividad y desarrollo de un pensamiento propio, puesto que utilizan exactamente la misma expresión para la aplicación de garantías penales en sede administrativa: la archiconocida frase “con matices”, acuñada por la jurisprudencia española, hecho del que dan constancia numerosos autores nacionales que citamos:

“La adscripción a la tesis importada de España del traspaso matizado de las garantías del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador ha sido el último eslabón de la jurisprudencia Constitucional Chilena. Esta labor, lamentablemente, ha consistido en la reproducción de manera casi textual de los postulados de la jurisprudencia española, de manera de ostentar un relevante déficit reflexivo”¹⁸.

Creemos que la potestad sancionatoria de la Administración es muy distinta al ius puniendi estatal, por las razones y diferencias que se expondrán a continuación.

Como pudo observar el lector, el primer y más ferviente defensor de la autonomía del derecho administrativo sancionador es Alejandro Nieto, tal como se anticipó en la sección “El derecho administrativo sancionador”, por ello es que el español la califica como “propia”.

¹⁸ OKSENBERG GONZALEZ, Daniel. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: revisión crítica. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 190 p. 2009. Pág. 40.

En la doctrina española especializada podemos encontrar otros autores que cuestionan la supuesta unidad del *ius puniendi*, tales como Castillo Blanco¹⁹. Y en nuestro país, en este mismo orden de ideas, citamos a Lizana Aldunate con Cordero Quinzacara²⁰ y a Camacho Cepeda²¹.

A fin de sintetizar lo que distingue a la potestad sancionadora de la Administración con el *ius puniendi*, citamos a un conjunto de autores españoles, que delinear los criterios diferenciadores ²²:

“Las normas de derecho penal y derecho procesal penal no son nunca aplicables a las sanciones administrativas.

(...)

¹⁹ “El problema (...) se ha situado en afirmar la aplicación de los principios penales por un lado, pero, a la vez, relajar la fuerza de los mismos. (...) no parece sino legítimo que comencemos a preguntarnos si el error radica en la base, es decir, en afinar la potestad disciplinaria como un género del *ius puniendi* del Estado, y no como una potestad derivada de la más general organizativa que ostenta la Administración”. CASTILLO BLANCO, Federico e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. En: Revista de Administración Pública. Madrid. (158): 7-49. 2002. Pág. 11.

²⁰ “...el legislador puede establecer esta política represiva en base a los principios de eficacia y eficiencia en el actuar el Estado respecto de determinadas conductas que requieren de una acción oportuna (sanciones administrativas), frente a medidas que –dada su gravedad– exigen de una mayor rigurosidad en sus procedimientos y la intervención de un órgano independiente e imparcial, como es la autoridad judicial (sanción penal). Esto último refuerza la idea de un Derecho penal subsidiario y establece pautas de actuación objetiva a las que debe someterse el legislador”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, y CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. (39): 337- 361. 2012. Pág. 359.

²¹ “Siguiendo con la crítica a esta línea argumentativa, que niega la potestad sancionadora de la Administración sin la presencia de un juez (...) hay implícita una sobrevalorización de las bondades del proceso judicial (...) sería el único que aplicaría justicia con rectitud y objetividad. Concordantemente, con esta sobrevaloración de la actividad judicial se cuestiona la potestad de autotutela ejecutiva que posee la Administración sobre sus propios actos, lo que tiene una *especial efectividad* (justificada por la sociedad del riesgo y basada en el interés público y general) en materia sancionadora”... “...esta argumentación obvia la crisis profunda que el sistema judicial viene sufriendo y que lo hace poco confiable para los ciudadanos e ineficiente en su tarea principal que es la administración de justicia oportuna”. CAMACHO CEPEDA, Gladys. La actividad sustancial de la Administración del Estado, En: Tratado de derecho administrativo. Santiago. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing Chile. 457p. 2010. págs. 189.

²² Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo.

En derecho penal sólo se consideran autores de los delitos y sólo pueden sufrir penas las personas físicas (*societas delinquere non potest*). Por el contrario, se admite que las infracciones administrativas las cometan personas jurídicas y que la sanción se les imponga a ellas. Esto supone una gran ventaja del derecho administrativo sancionador respecto al derecho penal²³.

El *ius puniendi*, que no es más que el derecho penal subjetivo, en cuanto a que es el Estado quien ejerce la facultad de castigar de manera exclusiva y excluyente, se define como “la facultad que detenta el Estado de precisar cuáles son las conductas que se prohíben y las penas o medidas de seguridad susceptibles de aplicar en cada uno de los casos”²⁴.

Prosiguiendo con nuestro análisis, encontramos diferencias entre una y otra facultad estatal, las cuales, por su capital importancia para determinar nuestro objeto de estudio, las agrupamos en sección aparte a continuación:

2.-Diferencias entre la Potestad Sancionatoria de la Administración y el *Ius Puniendi*.

-Mientras que, el *ius puniendi* es ejercido por excelencia mediante el derecho penal, la potestad sancionatoria debe ser llevada a efecto por la vía del derecho administrativo sancionador.

-El ejercicio del *ius puniendi* en sede penal requiere límites a fin de no ser lesivo a los Derechos Fundamentales del individuo consagrados

²³ REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCON SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos. En: Revista Estudios Socio-jurídicos. Bogotá. Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Carlos Holguín Holguín, (1) 23-74. 2005. Pág. 28.

²⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 397 p. 2001. Pág. 24.

constitucionalmente, puesto que puede coartar derechos tales como la libertad de movimiento (artículo 19, N°7, Constitución Política) o bien el debido proceso (artículo 19, N°3, inciso quinto, Constitución Política).

Dichos límites han sido configurados por la doctrina penalista en una serie de principios, tales como la culpabilidad, tipicidad, non bis in eadem, entre otros. El ejercicio de la potestad sancionatoria en sede administrativa en cambio, se rige bien por principios de origen administrativo como la legalidad administrativa (artículos: 6, incisos 1° y 2°; 7, inciso 2°; todos de la Constitución Política; artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

-Las conductas que el Estado considera ilícitas y que, por lo tanto motivan su intervención vía ius puniendi deben estar estrictamente tipificadas en una norma de carácter legal, es decir, la descripción de la acción u omisión debe estar comprendida a cabalidad en la hipótesis normativa, norma que a su vez debe haber cumplido con los presupuestos y tramitación propias de una ley simple como mínimo, todo lo anterior en concordia con lo que prescribe el principio de tipicidad.

El requisito descrito no se da con tanta fuerza en sede administrativa, por cuanto el ejercicio de la potestad sancionatoria en ciertos casos procede en virtud de reglamentos, ordenanzas e instrucciones, los cuales son normas de carácter suprallegal cuya creación es más sencilla y expedita que la elaboración

de una ley, todo lo anterior se basa en la mayor flexibilidad que requiere el derecho administrativo sancionador a fin de reaccionar oportunamente frente a las consecuencias de la sociedad del riesgo.

-Los fundamentos del ejercicio del ius puniendi guardan relación con prevenir y sancionar la conducta criminal de los ciudadanos en la sociedad y monopolizar el derecho a castigar esa conducta en manos del Estado, a fin de evitar la autotutela.

En cambio, y como se ha dicho reiteradamente, los fundamentos del ejercicio de la potestad sancionadora tienen que ver más bien con la prevención de riesgos eventuales, más que conductas consumadas, riesgos todos considerados bajo el concepto de sociedad del riesgo, el cual se explicitará en la sección “Fundamentos del derecho administrativo sancionador” de este trabajo; luego, la labor de la Administración mediante su potestad sancionatoria es fundamentalmente preventiva, a diferencia del derecho penal por vía del ius Puniendi que es netamente correctivo.

A propósito de este carácter preventivo del derecho administrativo sancionador, citamos a la Corte Constitucional colombiana:

“Derecho administrativo sancionador que constituye una expresión de poder jurídico indispensable para la regulación de la vida en sociedad y así pueda la Administración cometer apropiadamente sus funciones y realizar sus fines. Si bien se activa a partir del desconocimiento de reglas preestablecidas, tiene una cierta *finalidad preventiva* al proponer un cuadro

sancionador como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones normativas²⁵.

-Mediante el accionar del ius puniendi estatal se busca satisfacer el fin del derecho penal, el cual es, la protección de bienes jurídicos de relevancia social para la comunidad, los cuales son, a grandes rasgos, la vida y el patrimonio, bienes de carácter individual principalmente, mientras que la potestad sancionatoria vela mediante su ejercicio por la protección del interés público y general, los cuales, haciendo el símil con los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal en cuanto a titularidad, se hallarían radicados en la comunidad toda.

-Corolario de este paralelo del párrafo anterior, es que, al momento de ejercer y aplicar el ius puniendi estatal deben respetarse las garantías individuales, y ello es de tal manera así que se dice que, el derecho penal (y procesal penal) tiene carácter garantista, rasgo que tiene su máxima expresión en la presunción de inocencia.

Por el contrario, en virtud de su orientación hacia el interés público y general es que el Derecho Administrativo Sancionador no es garantista, y en es razón de ello que se ha dicho reiteradamente por doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera que los principios de origen penal se aplican con matices en el procedimiento administrativo sancionador.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-595-2010.

Como ejemplo de jurisprudencia extranjera invocamos la distinción expresa que hace la Corte Constitucional de Colombia entre potestad punitiva penal y potestad administrativo-sancionadora:

“La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto -bienes sociales más amplios-; la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores; y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa al buscar primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración, y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados; que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad”²⁶.

-En cuanto al tipo penal, este siempre lleva aparejado la sanción correspondiente por cumplirse la norma, no ocurre siempre lo mismo en materia administrativa-sancionadora, puesto que la dispersión y variedad normativa mayor que caracteriza a este sector da la posibilidad de que encontremos el tipo en una ley, y la sanción en reglamento posterior. Este matiz ya lo percibió Castillo Blanco en su texto citado, y al respecto señala que:

“A diferencia del Derecho Penal, no se une a la descripción del tipo la amenaza de la sanción correspondiente; circunstancia esta última, con carácter general, que se difiere a un juicio posterior- regido por el principio de proporcionalidad- entre diversas sanciones previstas en otro lugar”²⁷.

Cerrando la serie de fallos de la Corte Constitucional colombiana citados en esta sección, vemos cómo esta Corte relaciona la gama de diferencias entre las

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA , Rol N° C- 595-2010.

²⁷ CASTILLO BLANCO, Federico. e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. Op. cit., pág. 35.

potestades penal y administrativa con el principio de imparcialidad, propia de esta última sede:

“Esta Corte se ha pronunciado sobre el *ius punendi* del Estado a fin de destacar que se trata de un género que comprende el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, enmarcados en los dictados del ordenamiento constitucional, lo que hace que las reglas del debido proceso se orienten en cada caso atendiendo a los fines de la represión y el castigo, como quiera que mientras *“que con la potestad punitiva penal además de cumplirse una función preventiva se protege “el orden social y colectivo y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un retributivo abstracto expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador en la persona del delincuente”*, el mismo poder, en orden al cumplimiento de los fines del Estado y al desarrollo de sus competencias administrativas, se orienta a hacer realidad los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”²⁸ (el subrayado es nuestro).

Luego de visualizar las principales diferencias entre Potestad Sancionadora y Ius Puniendi, pongamos ahora atención en el avance en la elaboración de este derecho sancionador, el cual se evidencia finalmente en la acuñación de principios propios de esta rama del derecho, labor que se ha hecho tanto a nivel nacional como extranjero.

Más allá de nuestras fronteras, quien propone una matriz de principios propios administrativo-sancionadores es la Corte Constitucional de Colombia, en dos de sus sentencias. Entre éstos, se halla la Imparcialidad, núcleo de este trabajo.

Veamos qué señaló en los respectivos fallos:

“Recientemente la doctrina especializada expone que dentro de los principios más trascendentales en el derecho sancionatorio pueden

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° T-1087-2005.

destacarse: i) el principio de legalidad, ii) el principio de tipicidad, iii) el debido proceso, iv) el derecho de defensa, v) el derecho a no declarar contra sí mismo, vi) el principio de presunción de inocencia, vii) el principio in dubio *pro reo*, viii) el principio de la prohibición de las sanciones de plano, ix) el principio de contradicción, x) el principio de imparcialidad, xi) el principio de razonabilidad, xii) el principio de la prohibición de la analogía, xiii) el principio *nulla poena sine lege*, xiv) principio del *non bis in idem*, xv) el principio de no retroactividad de la ley, xvi) el principio de favorabilidad, xvii) el principio del caso fortuito o de la fuerza mayor, xviii) el principio *solve et repete*, xix) el principio de prohibición de imponer sanciones privativas de la libertad, xx) el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, xxi) el principio de culpabilidad, xxii) el principio de la personalidad de las sanciones o dimensión personalísima de la sanción, xxiii) el principio de proporcionalidad, y xxiv) el principio de oportunidad”²⁹(el subrayado es nuestro).

“El debido proceso en materia administrativa implica entonces la garantía de los siguientes principios: (i)[del] principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) del principio de la doble instancia, (v) de la presunción de inocencia, (vi) del principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) del principio de cosa juzgada y (ix) de la prohibición de la reformatio in pejus”³⁰(el subrayado es nuestro).

Sección 2: Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador

Durante el desarrollo doctrinario de esta rama jurídica se han postulado numerosas ideas basales que justifican la existencia de la misma, desde la coherencia en el ordenamiento jurídico mismo en cuanto a la actividad

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-595-2010.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-030-2012.

de la Administración acudiendo sólo a los principios, normas y técnicas del Derecho Público, hasta razones de política jurídica, como el fenómeno de la despenalización de delitos y faltas con el correspondiente traslado de las mismas al derecho administrativo sancionador; sin embargo creemos que hay dos fundamentos que permiten erigir el edificio conceptual del derecho administrativo sancionador y además hacen distinguir al mismo como una rama autónoma e independiente del derecho penal o de cualquier otro.

El primer fundamento viene a ser el porqué del derecho administrativo sancionador, justifica la función que cumple esta rama del derecho público: el fenómeno de la sociedad del riesgo.

El segundo fundamento corresponde al fin que satisface el derecho administrativo sancionador, el para qué de este ordenamiento sectorial: el interés público o general.

Tales fundamentos se desarrollan y explican a continuación.

1.-La sociedad del riesgo.

Dijimos que, el porqué del Derecho Administrativo Sancionador es la “sociedad del riesgo”. Este concepto, proveniente de la sociología, es el fundamento de la existencia de esta rama del derecho público, es la causa que motiva la dictación de leyes y normas de carácter administrativo sancionador por parte del

legislador. A continuación analizaremos esta noción, a fin de que quede claro por qué es fundamento.

La idea de sociedad del riesgo fue planteada por Ulrich Beck, sociólogo alemán, en su texto “La sociedad del Riesgo Global” obra que data de 1999. En ella, concibe al **riesgo** como:

“el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana³¹”.

A este riesgo Beck lo sitúa, en un plano de fundamentación sociológica en la actualidad, como el elemento central del orden globalizado mundial, más allá de otros motores de la sociedad propuestos por la sociología y las ciencias sociales, tales como la lucha de clases o la satisfacción individual.

Cuanto mayor o menor riesgo soporte una sociedad, será entonces el factor que determine su grado de desarrollo, tanto a nivel global en cuanto determina si es una nación primer o tercer mundista, como a nivel local, puesto que el riesgo motiva la implantación de políticas públicas en materia de ciencia, economía, derecho, entre otras.

No define textualmente Beck qué es la sociedad del riesgo, pero a lo largo de toda su obra describe sus rasgos distintivos, dando especial énfasis a que el surgimiento de la misma obliga a reformular todas las instituciones vigentes,

³¹ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid, Editorial Siglo Veintiuno. 290 p. 2002. Pág. 5.

dejando de manifiesto expresamente la necesidad de una nueva institucionalidad jurídica que se haga cargo del riesgo:

“La sociedad del riesgo, pensada hasta las últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global, Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo...”³².

“...desde mediados del siglo XX las instituciones sociales de la sociedad industrial se han enfrentado a la posibilidad, históricamente sin precedentes, de la destrucción de toda vida en el planeta a través de las decisiones que se tomen”³³.

Como veníamos anticipando, Beck pone en relieve la crisis del derecho para manejar el riesgo en la sociedad moderna (lo cual por su extensión citamos a pie de página)³⁴. Por último debemos tener en cuenta ejemplos del riesgo en concreto, al efecto Beck señala que pueden clasificarse en tres grupos: males

³² Ibid, pág. 29.

³³ Ibid, pág. 83.

³⁴ “...puede llegar a aceptarse que las amenazas generadas por el desarrollo tecnológico industrial - medido de acuerdo con los criterios institucionales existentes- no son ni calculables ni controlables. Esto obliga a la gente a reflexionar sobre las bases del modelo democrático nacional y económico (...) y a examinar las instituciones dominantes (la exteriorización de los efectos en la economía, *el derecho*, la ciencia, etc.)...”.

“...el *orden legal* ya no garantiza la paz social porque generaliza y legitima las amenazas a la vida...y también a la política”.

“Los riesgos se revelan como sucesos sistemáticos que, por tanto, requieren una *regulación política general*”.

“En la Europa de finales del siglo XX están convergiendo dos líneas opuestas de desarrollo histórico: un nivel de seguridad basado en la perfección de normas y controles tecnoburocráticos, y la difusión y desafío de *peligros históricamente nuevos que escapan a todas las redes del derecho*, la tecnología y la política”.

El principal potencial sociohistórico y político de los peligros ecológicos, nucleares, químicos y genéticos estriba en el *colapso de la administración*, en el colapso de *la racionalidad tecnocientífica y legal* y de las garantías de seguridad políticas institucionales que estos peligros conjuran para todos” (la cursiva es nuestra). BECK, Op. cit, págs 50, 51, 53, 80, 88 y 89.

motivados por la riqueza, riesgos relacionados con la pobreza y armas de destrucción masiva³⁵.

La descripción precedente de la sociedad del riesgo nos permite comprender ahora cómo complementa el derecho administrativo sancionador la existencia de este fenómeno socio-global, cumpliendo una función correctiva y preventiva (sobre todo esta última) a su vez, paliando entonces las insuficiencias propias de la institucionalidad jurídica previa, lo cual se manifestaba, por ejemplo, en la tardía respuesta que daba el Derecho Penal a las exigencias de la sociedad del riesgo.

Se requiere la reacción de otra rama del derecho que actúe de manera más ágil y oportuna, lo que traduce en la práctica en una producción normativa más expedita, sin las trabas y obstáculos propios del derecho penal fundados en la garantía del imputado, como por ejemplo, el principio de tipicidad.

Los distintos ordenamientos jurídicos, en diversos momentos del siglo pasado, comienzan a esbozar la existencia de la rama del derecho encargada de reaccionar ante la sociedad de riesgo: el Derecho Administrativo Sancionador,

³⁵ “En primer lugar, existen conflictos sobre qué puede denominarse “males” (en oposición a los “bienes”): (...) destrucción ecológica y peligros tecnológicos industriales *motivados por la riqueza*, tales como el agujero de la capa de ozono, el efecto invernadero o las carestías regionales de agua, así como los riesgos impredecibles que implica la manipulación genética de plantas y seres humanos”.

“...segunda categoría (...) los riesgos directamente relacionados con la pobreza (...) ejemplos son los residuos tóxicos (en ocasiones importados de terceros países) y las tecnologías obsoletas (por ejemplo, en la industria química, nuclear y –en el futuro- genética, así como en la investigación sobre ingeniería genética).

La *tercera* amenaza, (...) la procedente de las *armas de destrucción masiva* NBC (nucleares, biológicas, químicas)....BECK. Op. cit., págs.. 54 y 55.

por cuanto vela por el interés público y general, utilizando técnicas normativas rápidas y eficientes, tales como las “leyes en blanco”, potestades normativas autónomas radicadas en ciertos órganos de la administración, procedimientos administrativos desprovistos de mayores formalidades, etc.

No sólo se plantea en este trabajo que uno de los fundamentos del derecho administrativo sancionador es la sociedad del riesgo, la consideración de este concepto como piedra basal de dicha rama del derecho es cada vez más transversal en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Veamos pormenorizadamente cómo en cada uno de esos grupos de actores jurídicos se recepciona dicho fundamento.

a) Doctrina nacional.

En nuestro país son varios los autores que reconocen explícitamente a la sociedad del riesgo como fundamento del derecho administrativo sancionador, entre ellos podemos citar a Boettinger³⁶, Cordero Quinzacara³⁷ y Cárcamo

³⁶ “Por otro lado, se han dado diferentes razones para justificar la potestad sancionadora de la Administración: sea que se le reconozca como parte de la función ejecutiva y de su privilegio de autotutela, porque surge de la potestad de administrar, por la necesidad de dotar a la Administración de cierto poder de coacción para el adecuado ejercicio de sus funciones o por razones de orden técnico, social, ante el avance económico y la función del Estado de evitar riesgos asociados a éste”(el subrayado es nuestro). BOETTINGER PHILLIPS, Camila. El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago En: Revista Actualidad Jurídica N° 20, (2): 577-596. Universidad del Desarrollo. 2009. Pág. 581.

Righetti³⁸, dichas referencias a la sociedad del riesgo se pueden visualizar a pie de página.

Añadimos a lo expuesto, el hecho de que el constituyente tampoco ponga trabas a la actividad sancionadora de la Administración, como sí lo hace respecto de la actividad empresarial de la Administración en el artículo 19, numeral 21° de la Constitución Política³⁹.

³⁷ “Hay diversos factores que han determinado la persistencia y crecimiento de un poder punitivo en manos de la Administración, en donde la doctrina y la literatura especializada han dado cuenta con detalle de fenómeno. No es solo una cuestión de carácter histórico que permite explicar su existencia, ya que también existe una determinación expresa del legislador en orden a seguir por dicho camino, con el objeto de asegurar una intervención oportuna y eficaz de los órganos del Estado mediante la Administración frente a los riesgos y peligros que conlleva una sociedad más compleja y con una capacidad de obrar y, en su caso, de generar una situación de peligro inimaginable en la historia de la civilización”. CORDERO QUINZACARA. Op. cit., Pág. 133.

³⁸ “No cabe duda, como ya lo hemos señalado reiteradamente, que el derecho administrativo sancionador es una necesidad de la complejísima sociedad contemporánea.

El potente y creciente desarrollo de los diversos campos de la economía, unido a la concentración de capitales en grandes empresas nacionales y trasnacionales que intervienen e invierten fundamentalmente en áreas que se refieren a servicios básicos que son de la mayor importancia para el interés público, tales como servicios sanitarios, electricidad, combustibles, entre otros sectores, ha llevado necesariamente a que el Órgano legislativo entregue a la Administración del Estado una serie de herramientas destinadas a fiscalizar en forma permanente que dichas actividades se realicen dentro de los cánones exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, a interpretar de manera vinculante las normas sectoriales aplicables en cada caso, y a sancionar frente al incumplimiento o infracción de dichas reglas.

Este sería argumento suficiente para legitimar la existencia de esta potestad, entendiendo que por lo demás, no existe contradicción alguna con el texto constitucional.

En efecto, un antecedente importantísimo para desvirtuar las argumentaciones de quienes sostienen la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado, es que no existe norma alguna en nuestra CPR que en términos expresos la prohíba, así como tampoco disposiciones de las cuales se desprenda su contradictoriedad con el texto constitucional”. CARCAMO RIGHETTI, Alejandro. La desmitificación del derecho administrativo sancionador correctivo. Análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Talca, Escuela de Derecho. Tomo I, 2007. Pág. 114.

³⁹ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

b) Doctrina extranjera.

Desde España, Rando Casermeiro se refiere expresamente a la sociedad del riesgo, incluso da cuenta del origen del concepto:

“A continuación voy a ocuparme de un enfoque doctrinal que, si bien maneja en la argumentación un papel protagonista de las estructuras de riesgo de cara a definir el contenido del derecho penal -y su consecuente reflejo en la configuración de la potestad sancionadora de la administración- constituye una aplicación de puntos de vista sociológicos. Me estoy refiriendo concretamente a la problemática abordada por la llamada *sociedad del riesgo* y su reflejo en sistemas punitivos”⁴⁰.

“Desde los años ochenta como mínimo los penalistas hemos asistido en España a una verdadera invasión de planteamientos sociológicos en casi todos los ámbitos de discusión, dogmático, político criminal y criminológico. Hasta tal punto que el dominio básico de los *grandes temas* de derecho penal apenas puede obtenerse con la suficiente solvencia si no conocemos las aproximaciones sociológicas al derecho. No soy un buen conocedor de la mayor parte de la obra sociológica moderna relacionada con el derecho, y más específicamente con el derecho penal, lo que sin embargo no me ha impedido apreciar la notable y creciente influencia del enfoque sociológico en la discusión de los penalistas.

Uno de los aspectos estrella en este campo es sin duda el ámbito temático que se suele abarcar con la expresión *sociedad del riesgo*”⁴¹.

c) Jurisprudencia extranjera.

La Corte Constitucional colombiana tácitamente reconoce dicho fundamento, a propósito de la naturaleza del derecho administrativo sancionador:

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

⁴⁰ RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 535p. 2010. Pág. 287.

⁴¹ Ibid, pág 288.

“El cumplimiento de unos fines esenciales y sociales del Estado, como la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (preámbulo y artículos 2º y 365), entre otros factores, ha ocasionado un incremento considerable de las funciones de la Administración, que a la vez ha conducido a la ampliación de los poderes sancionatorios del Ejecutivo.

El derecho administrativo sancionador reconoce que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de sus fines (artículo 113 superior). De esta manera, la represión de los ilícitos que correspondía exclusivamente a la Rama Judicial y más concretamente a la Jurisdicción Penal, se muestra hoy insuficiente frente al aumento del repertorio de infracciones producto de la mayor complejidad de las relaciones sociales en el Estado moderno que, como se señaló, ha incrementado sus funciones”⁴².

Las anteriores conclusiones acerca de la relación sociedad de riesgo/derecho administrativo sancionador parecen darnos calma y no provocar nuevas problemáticas. Sin embargo, el Derecho Administrativo Sancionador envuelve un nuevo riesgo para la ciudadanía, cual es, que la Administración actúe con arbitrariedad y aplique sanciones sin el respeto al debido proceso en el marco de un procedimiento administrativo. ¿Cómo garantizar el respeto al debido proceso? es la interrogante final que surge, de importancia tal que es justamente la duda que se pretende despejar en esta tesis, investigando para ello cómo opera la Imparcialidad, pilar del debido proceso, en el debido proceso administrativo sancionador.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, RoI N° C-595-2010.

2.- El interés público o general.

Este concepto es amplio y ambiguo, de manera tal que, en este trabajo hemos recogido sólo aquellas referencias al interés público relativas tanto al derecho administrativo como al derecho constitucional, puesto que esta última rama del derecho está íntimamente relacionada con el derecho administrativo.

Tan relevante es la noción de interés público para el derecho administrativo, y por ende, para el derecho administrativo sancionador, que existe una obra trasandina dedicada al concepto llamada “El interés público como fundamento del derecho administrativo”, texto que pasamos a revisar a continuación en lo pertinente a nuestro trabajo.

Su autor, Escola, parte delineando qué es “interés” y que es “público”, separadamente:

“La voz “interés”, en cambio, se vincula con el valor o estimación valorativa y, al mismo tiempo, de un provecho, o para un grupo de personas; expresa la existencia de una importancia que tiene una cosa, o un bien, para una persona o para un grupo de personas; expresa la existencia de una estimación valorativa y, al mismo tiempo, de un provecho, valor o utilidad que tiene un bien determinado, una conveniencia o necesidad en el orden moral o material, que, en el supuesto en examen queda mejor determinado con el agregado del vocablo “público”, es decir, del pueblo, de los vecinos, de la comunidad”⁴³.

“Público, por su parte, y en oposición a privado, es todo aquello que atañe o interesa al Estado o a la comunidad”⁴⁴.

⁴³ ESCOLA, Héctor. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires, Editorial Depalma. 264p. 1989. Págs 216, 217.

⁴⁴ Ibid, pág. 237.

“Tal interés, entendido de este modo, pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas, componentes de una comunidad determinada, que puede llegar a identificárselo como de todo el grupo, inclusive respecto de aquellos que, individualmente, puedan o no compartirlo”⁴⁵.

Tras el desarrollo de los términos previamente descritos, pasa a concebir al “interés público” de la siguiente manera:

“el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”⁴⁶.

El autor argentino elabora esta definición pretendiendo que su aplicación sea universal, sin importar el ordenamiento jurídico en particular de que se trate, razón por la cual nos parece adecuado adoptar su definición a este trabajo (razonamiento a pie de página)⁴⁷.

Para Escola, esta noción de interés público es tan fundamental, que remodela y sirve de fundamento al derecho administrativo en general, pasando a ser el nuevo paradigma que cimienta a aquella rama del derecho, dejándose de lado

⁴⁵ Ibid, pág 238.

⁴⁶ Ibid, págs. 249, 250.

⁴⁷ “...concretar una noción conceptual del interés público, exenta de todo contenido y con pureza de método, es decir, una idea objetiva, válida en todo sistema semejante al que nos rige, en todo lugar y en todo momento. Concretada esa noción conceptual, entraremos a fijar lo que es el interés público para nosotros, aquí y en este momento, dándole a esa noción el contenido que corresponde al sistema político, social económico y cultural que hemos adoptado y que deseamos que nos rija.

La noción conceptual que proponemos, incluso, también tiene perfecta aplicación en sistemas diferentes del que hemos adoptado, con la salvedad de que no todo lo que en esos regímenes se califica como interés público queda realmente confirmado como tal”. ESCOLA, Op. cit, pág. 249.

el paradigma anterior según el cual el derecho administrativo era simplemente el derecho de los órganos de la administración pública:

“El interés público, de tal modo, es la verdadera razón de ser y la verdadera explicación del derecho administrativo, su real fundamento, lo que permite superar la afirmación de que el derecho administrativo es el derecho de la administración pública, para reemplazarla por la más exacta y general, a nuestro juicio, de que el derecho administrativo es el derecho del interés público, pretendido a través de nuestra actividad administrativa”⁴⁸ (el subrayado es nuestro).

No es el único que propugna el cambio de paradigma del derecho administrativo, sino que sería una tendencia general en el área según Escola (ver pie de página)⁴⁹. Tras el reemplazo del paradigma dominante entonces, el derecho administrativo quedaría concebido bajo los siguientes términos:

*“complejo de principios y de normas de derecho público interno que regula la organización y el comportamiento de la administración pública, directa e indirecta, las relaciones de ésta con los administrados y las de sus distintos órganos y entes entre sí, a fin de que se logren y satisfagan las finalidades de interés público hacia las que debe tender toda la actividad de la administración”*⁵⁰ (el subrayado es nuestro).

Por último, el autor advierte que, el interés público no es antagónico a los intereses individuales de los miembros de la comunidad, si no que al contrario, constituye su complemento:

⁴⁸ Ibid, pág. 236.

⁴⁹ “La aparición de ciertas doctrinas que han campeado en el derecho administrativo -como la desviación de poder- señalan el nacimiento de esta tendencia, para la cual el cumplimiento o la observancia formal de la ley no es suficiente, sino que es menester, igualmente, que la actividad administrativa esté dirigida al cumplimiento de la verdadera finalidad querida por la ley, al logro del objetivo previsto por ésta, los cuales pueden ser conceptualmente reducidos a uno solo: la primacía del interés público, como condición que llevará a la obtención del bienestar general” (el subrayado es nuestro). ESCOLA, ibid, pág 29.

⁵⁰ Ibid, págs. 31, 32.

“La base, el fundamento del derecho administrativo es el interés público, y en ese interés público cada uno de nosotros podrá siempre reconocer y escindir su propio interés individual, de manera que, al final, el fundamento del derecho administrativo está estrechamente vinculado con esos intereses individuales, tomados como un conjunto coincidente y mayoritario, atribuído a toda la comunidad”⁵¹.

Otro autor que ha abordado en profundidad la concepción de “interés público” es Balbín, quien reseña a su vez las principales definiciones entregadas por doctrina internacional:

“¿Cómo definimos entonces el interés público? Veamos primero qué dicen los juristas, al respecto. MARIENHOFF entiende que interés público es la “finalidad esencial de toda la actividad administrativa”. Por su parte, GORDILLO define al interés público como “la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes –actuales y/o futuros” y continúa “ por ello la contraposición del interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad...Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual; el interés público en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia”⁵².

Dentro de nuestra doctrina nacional administrativista, nos parece muy útil la definición contenida en el texto “Tratado de Derecho Administrativo”, ya que se remite precisamente a dicha noción de interés público. En él, la profesora Camacho Cepeda habla de:

“la noción de interés público como aquel interés que no se queda en la órbita del interés privado sino que lo trasciende(...) es público por

⁵¹ Ibid, pág. 262.

⁵² BALBIN, Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Editorial La Ley 2008. 1070 p. Pág. 199.

referencia a que su realización beneficia a la comunidad a la que sirve el Estado⁵³.

La autora citada enumera a continuación una serie de rasgos distintivos del interés general, dentro de los cuales sólo citamos por parecer de la mayor importancia a los siguientes:

“...b) La acción: necesaria o exigida a la Administración para asegurar la realización del interés público.

c) El beneficio: constituido por la satisfacción de una necesidad colectiva.

d) El interesado o beneficiario: si bien en última instancia es la comunidad, puesto que el interés responde a las carencias o necesidades de ésta, ello no obsta a que puedan haber particulares individuales o colectivos beneficiarios.

e) El afectado: constituido por los titulares de los intereses privados contrapuestos ya se traten de intereses directos o difusos”⁵⁴.

Camacho Cepeda termina complementando lo anterior con algunas notas que se pueden consultar al pie⁵⁵. Salinas Bruzzone, en tanto, considera que este interés es uno de los tantos objetivos que poseen los procedimientos administrativos en general:

⁵³ CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 44.

⁵⁴ Ibid, pág. 45.

⁵⁵ “a) Su definición es siempre normativa, en especial por la Constitución. (...) sólo dentro del marco que la Carta Política prescribe, podrán ser instituidos y concretizados por los órganos democráticos de dirección política (Congreso y Gobierno) mediante el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria, esto es, creando Derecho Administrativo (...).

b) En concordancia con esta función limitativa del poder, la definición de un interés como público podrá ser controlada ejerciendo las acciones correspondientes ante las jurisdicciones ordinaria o constitucional, tribunales que podrán verificar la comprobación de la corrección de dicha definición (...)

...la calificación de un hecho o conducta como infracción administrativa responde a la presencia de un interés público comprometido que el legislador ha decidido proteger con ayuda de la técnica sancionadora para su mayor eficacia”. Camacho Cepeda, Op. cit., pág 221.

“los procedimientos administrativos no se circunscriben a un único objetivo, sino que, por el contrario, responden, paralelamente, a la satisfacción de fines tales como la información administrativa, el interés público superior...”⁵⁶ (el subrayado es nuestro).

Nos parece valioso además el aporte en el desarrollo de este concepto de las autoras nacionales Peña Torres y Rosales Rigol, quienes en un texto conjunto ven el tema desde la óptica de los derechos fundamentales y de la tradición constitucionalista. De esa manera, señalan cómo ha operado el interés público frente a los derechos fundamentales:

“La noción de interés público ha permeado la concepción clásica de los derechos fundamentales, ya sea como límite de los mismos, como fundamento de las restricciones que puede imponer la autoridad o, por último, como criterio para resolver colisiones o conflictos de derechos consagrados en la Constitución Política”⁵⁷.

Las expositoras citadas utilizan la misma estructura de análisis de Escola, en cuanto a definir tanto “interés” como “público” por separado, a fin de justificar el porqué de este adjetivo dado a interés:

“Hay que considerar que la expresión interés admite dos acepciones: una restringida, y en este sentido equivale a interés económico, interés seccional o propio; y por otro lado, una amplia que parte del hecho que toda acción supone siempre una motivación, luego cualquier comportamiento es por ende un comportamiento interesado, sea éste económico o no”⁵⁸(el subrayado es nuestro).

⁵⁶ SALINAS BRUZZONE, Carlos. Derecho administrativo sancionador: el régimen sancionador eléctrico en Chile. Santiago. Editorial Thomson Reuter Puntotex, 446 p. 2010. Pág. 169.

⁵⁷ PEÑA TORRES, Marisol, y ROSALES RIGOL, Cecilia. El interés público en el constitucionalismo postmoderno. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. (22): 483-502. 2001. Pág. 483.

⁵⁸ Ibid, pág. 490.

“A menudo la expresión “pública” se entiende, en un sentido restringido, referido sólo a todo cuanto afecta o es preocupación de los servicios gubernamentales, pero como hemos visto esa esfera de intereses no puede ser otra distinta que el interés de la comunidad expresado en un sentimiento generalizado de aceptación a ciertos valores o principios que hacen posible la convivencia y la realización de sus proyectos particulares (interés privado o propio)”⁵⁹ (el subrayado es nuestro).

Conforme a lo anterior, arriban a un concepto de interés público en las conclusiones de su trabajo, definición muy interesante ya que entronca a esta noción con nuestra Constitución Política, extrapolando el concepto del artículo primero de la misma, elaboración que dejamos al lector a pie de página⁶⁰:

Sobre la referencia a “interés público” en la Constitución vigente, debemos señalar que el término tan sólo se halla establecido a propósito del derecho de petición y a propósito del otorgamiento de concesión minera, dentro del derecho de propiedad, ambos derechos tienen rango de garantía fundamental,

⁵⁹ Ibid, págs. 494, 495.

⁶⁰ “5. Cuando hablamos de interés público nos referimos a aquel valor, beneficio o bien jurídico que satisface el conjunto de los derechos fundamentales así como de los intereses individuales y colectivos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil. En este sentido, la Constitución Política de 1980, al conceptualizar el fin del Estado, en el inciso 4° de su Art. 1°, utiliza acertadamente, a nuestro juicio, las expresiones “... que permitan a *todos y cada uno* de los integrantes de la comunidad nacional...”. De esta forma, queda claro que el interés público, común o estatal no se identifica sólo con los intereses o bienes individuales de quienes conforman la sociedad (postura liberal) ni tampoco con el solo interés de la sociedad toda con prescindencia de los intereses particulares (postura colectivista)”.

Sobre la referencia a “interés público” en la Constitución vigente, es necesario señalar que el término tan sólo se halla establecido a propósito del derecho de petición y a propósito del otorgamiento de concesión minera, dentro del derecho de propiedad, ambos derechos tienen rango de garantía fundamental, consagrados en el artículo 19°, numerales séptimo y vigésimo cuarto, respectivamente. PEÑA, Marisol y ROSALES, Cecilia. Op. cit., pág. 501.

consagrados en el artículo 19°, numerales séptimo⁶¹ y vigésimo cuarto⁶², respectivamente.

Dentro de sus conclusiones además, las autoras innovan en el análisis del concepto de dos maneras. En primer lugar, lo consideran un elemento integrante del Estado Social y Democrático de Derecho. En segundo lugar, estas expositoras estiman que, en la actualidad, la idea de interés público debe entenderse en un contexto globalizado y, por lo tanto, internacional:(ambas conclusiones a pie de página)⁶³.

⁶¹ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

14º.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de *interés público* o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

⁶² Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

(...)

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

⁶³ “2. La noción de interés público debe entenderse en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya finalidad esencial ha de ser la persona, su dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes. En ese contexto, la invocación del interés público contribuye a reafirmar los valores de libertad, igualdad, justicia y seguridad que dicha fórmula estatal propugna”.

(...)

“4. La afirmación precedente debe tener en cuenta que la promoción de la persona, de su dignidad sustancial y de sus derechos fundamentales excede hoy el quehacer particular de cada Estado. En la práctica, se ha transformado en una preocupación de carácter universal que, influida por el desarrollo del

Siempre dentro de las mismas conclusiones, Peña y Rosales relacionan además el concepto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁴ (ver pie de página). Por último, dejamos para el final una de las conclusiones a las que llegan las suscritas, puesto que en ella, coincidentemente pero dentro del ámbito de los derechos humanos, arriban a la misma idea que planteamos como fundamento del derecho administrativo sancionador: que uno de sus fundamentos es, precisamente, el interés público:

“8. En segundo lugar, el interés público se plantea como una cláusula de habilitación para el ejercicio de determinadas potestades públicas que operan cuando el Estado asume ciertas funciones (entre ellas, la potestad sancionatoria) y cometidos relacionados con la consecución de fines esenciales de la comunidad como es su propia preservación”⁶⁵ (el subrayado y el paréntesis son nuestros).

Lo señalado por la doctrina nacional hay que complementarlo con las fundamentaciones adicionales provenientes del mismo Derecho Administrativo,

proceso de globalización, ha llevado a ampliar el concepto de interés público a la tutela de bienes jurídicos que exceden el mero ámbito de las fronteras estatales para transformarse en intereses verdaderamente globales (biodiversidad, defensa de los derechos humanos, etc.)” . PEÑA, Marisol y ROSALES, Cecilia, Op. cit., pág. 501.

⁶⁴ “6. En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, la noción de interés público juega un rol decidor.

7. En primer lugar, se plantea como un límite de los mismos, ya que para satisfacer el interés público necesariamente se sacrifican algunos derechos o bienes particulares, como ocurre, por ejemplo, con la libertad de expresión o el acceso a la información administrativa.

(...)

9. Por último, el interés público sirve como criterio para resolver determinados conflictos o colisiones de derechos permitiendo armonizar derechos en conflicto o contrapuestos otorgándole al juez una herramienta concreta para privilegiar unos derechos por sobre otros atendido, precisamente, el bien social comprometido en la armonización que se pretende” . PEÑA, Marisol y ROSALES, Cecilia, Op. cit., págs 501 y 502.

⁶⁵ Ibid, pág. 502.

efectuadas por profesores extranjeros, las cuales le dan coherencia al extrapolar principios e instituciones propias de derecho público, reafirmando a la vez el carácter autónomo del Derecho Administrativo Sancionador.

Una fundamentación a partir del derecho administrativo es la que esboza el francés Jean Rivero, quien al respecto señala:

“es al Estado, a través del Derecho Administrativo, a quien compete sancionar a aquellos que violan los intereses del propio Estado, es decir, actúan en contra de los intereses protegidos por el Estado o la Administración Pública (entre ellos el principal es el interés público). La aplicación del Derecho Administrativo no ocurre solamente en supuestos de actos practicados por autoridades administrativas”⁶⁶ (el paréntesis es nuestro).

El autor a continuación señala por qué el Poder Judicial puede aplicar una sanción administrativa, siendo que, por antonomasia dicha sanción debiese ser aplicada precisamente por un órgano administrativo, al respecto señala:

“Las autoridades judiciales pueden, cuando están autorizadas por el legislador, aplicar sanciones administrativas. Esas sanciones se definen como administrativas por el hecho de que el Derecho Administrativo las regula y porque están material y formalmente sometidas a esa rama jurídica”⁶⁷.

Rivero define entonces al derecho administrativo sancionador desde un punto de vista normativo, mientras otros autores lo hacen desde un punto de vista orgánico, un ejemplo de ellos es Alejandro Nieto, quien postula que:

⁶⁶ RIVERO, Jean, Droit Administratif. En: Corrupción y mala gestión de la res pública: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el Derecho administrativo sancionador brasileño. Madrid. Revista de Administración Pública, (149): 487-522. 1999. Pág. 495.

⁶⁷ Ibid.

“La Ley y la Constitución han reconocido la potestad sancionadora de la Administración como algo distinto de la potestad punitiva de los Tribunales Penales (...) tal actividad es administrativa: quien sanciona es un órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplica unas normas administrativas y es controlado por los tribunales contencioso-administrativos”⁶⁸.

Sección 3: La relación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal: una revisión necesaria.

Prosiguiendo con la línea de análisis propia de este capítulo, y a fin de afianzar lo sostenido acerca de qué es el derecho administrativo sancionador y su autonomía respecto del derecho penal, corresponde ahora abocarnos justamente a cómo la doctrina y, jurisprudencia nacional y extranjera ha tratado la relación entre una y otra área del derecho, relación que se basa en la exportación de principios penales al ámbito administrativo.

Como se verá en las siguientes líneas, a partir de esa interpretación es que se concluyó erradamente que el derecho administrativo sancionador es dependiente del derecho penal, o incluso que no existe como tal. Esta interpretación fue perdiendo terreno con el tiempo y llega a ser desplazada definitivamente por la doctrina actual que consagra la autonomía del derecho administrativo sancionador.

⁶⁸ NIETO GARCIA. Op. cit., pág. 177.

a) Doctrina nacional.

En Chile en tanto, varios autores propugnan la autonomía del derecho administrativo sancionador en diversos textos los cuales son de reciente data. Así podemos constatar la opinión de Román Cordero, quien además aclara el porqué de la supuesta identidad entre derecho penal y administrativo sancionador:

“la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal. No obstante ello, sostiene que, por razones de urgencia, los principios sustantivos del primero deben construirse dogmáticamente a partir de los principios del segundo, los cuales deben ser considerados para este efecto como pauta y cota máxima, debiendo, en consecuencia, ser aplicados al Derecho Administrativo Sancionador “por regla general”, reconociendo, por tanto, excepciones y matizaciones”⁶⁹.

En la misma dirección argumentativa pero teniendo en consideración la problemática del *ius puniendi* tratada en el capítulo primero de este trabajo, el autor opina:

“Algunos autores plantean que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama del derecho penal y, por tanto, regido por los principios de este último (...) sostienen, en primer lugar, que entre la sanción administrativa y la pena existe una identidad ontológica, (...) y, en segundo lugar, que tanto el Derecho Penal como el “Penal Administrativo” -como ellos llaman al Derecho Administrativo Sancionador- son manifestación de un mismo y único *ius puniendi* del Estado.

Difiero abiertamente de esta posición como de sus argumentos. Para ello advierto, en cuanto al fundamento que apela a la ontología de la sanción, que aquél análisis pertenece a la filosofía, y, por tanto, ajeno a aquello que nos convoca: determinar con arreglo a qué principios o reglas jurídicas

⁶⁹ ROMAN CORDERO, Cristian. El Castigo en el Derecho Administrativo. En: Revista Derecho y Humanidades vol 1 (16): 151-171. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. Pág. 155.

debe sujetarse el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración...

En cuanto al fundamento relativo a la existencia de un único *ius puniendi* estatal, de tal ficción -ya que no puede calificársele de otra manera-, posible es concluir precisamente lo contrario, ya que conforme a ese razonamiento podría afirmarse que, al estar ambas ramas del Derecho informadas por los principios del Derecho Administrativo Sancionador, a éste debieran aplicársele los principios de aquél y no los del Derecho Penal⁷⁰.

Continuando con la consideración autonomista del Derecho Administrativo Sancionador tenemos a la vista lo que piensa García Machmar, basándose en Nieto y en un voto de minoría de nuestro Tribunal Constitucional:

“La doctrina de Alejandro Nieto pretende explicar el Derecho Administrativo Sancionador como una disciplina con autonomía propia (...) pone en entredicho el recurso al “supraconcepto” del Derecho Punitivo del Estado y sostiene la sustantividad propia del Derecho Administrativo Sancionador de modo que, si bien éste toma prestadas las garantías del Derecho Penal, se debe en cuanto lo dotan de densidad dogmática y garantista en su proceso de maduración, pero sin que por ello pierda su identidad propia.

En un sentido idéntico Jorge Correa, en su voto especial a la sentencia del TC, afirma que las garantías del artículo 19 N° 3 son de carácter esencialmente penal; que nuestro Derecho Positivo trata a sanciones penales y administrativas de manera diversa, del mismo modo que la libertad personal y la libertad económica son cosas distintas; y, por último, que la doctrina de la identidad con el Derecho Penal no es necesaria para garantizar los valores democráticos⁷¹.

Camacho Cepeda declara breve pero no por ello menos favorablemente a la autonomía:

⁷⁰ Ibid, págs. 161 y 162.

⁷¹ GARCIA MACHMAR, William. Aplicación de las garantías penales al Derecho Administrativo sancionador. La Semana Jurídica (368) : 6-7. Santiago. 2008. Pág. 7.

“las sanciones administrativas son impuestas por la Administración sin intervención de los tribunales, siendo expresión de su poder de autotutela...”⁷².

Incluso desde la doctrina penalista esta idea recibe aval, pues lo importante sería una justificación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, lo cual no implica trasladarse a sede penal en absoluto. Así opina Van Weezel:

“...es incorrecto sostener que para dotar al derecho administrativo sancionador de un estatuto de garantías exigente sea necesario aplicarle las “garantías o principios penales”. Por el contrario, tal estatuto procede de una exigencia originaria, inherente a toda autorización al Estado para la imposición de sanciones.

Es esta potestad sancionatoria, en cualquiera de sus formas, la que está sometida a una elevada presión de legitimación, y de esta exigencia emanan entre otras las garantías de legalidad y tipicidad. Esto nada tiene que ver con una trasposición de principios o garantías penales al derecho administrativo, ni con la discusión acerca de si entre las sanciones penales y las administrativas existen diferencias de grado o de naturaleza”⁷³.

Terminamos esta sección con el pensamiento de Lara Arroyo, quien también concibe un derecho administrativo sancionador autónomo, a propósito de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la Administración del Estado:

“nuestra convicción del necesario establecimiento en la ley 19.880 de principios y derechos propios del procedimiento administrativo sancionador, a partir de una revisión exhaustiva de la realidad

⁷² CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 209.

⁷³ VAN WEEZEL, Alex. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago. Editorial LegalPublishing. 234 p. 2011. Págs 185 y 186.

procedimental y de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia,...”⁷⁴(el subrayado es nuestro).

b) Doctrina extranjera.

La relación derecho penal-derecho administrativo sancionador tiene su origen en los comienzos de la democracia constitucional moderna, y es así como Nieto lo acusa a propósito del Derecho disciplinario:

“Con la implantación del régimen constitucional, el joven derecho disciplinario (...) tropieza con un grave e inesperado obstáculo; partiendo del dogma de la separación de poderes, y habida cuenta que la sanción disciplinaria implica un juicio –y para mayor gravedad, un juicio criminal-, ¿no se tratará de una intromisión del poder ejecutivo en el área del poder judicial? Así es como surge el problema capital, que aún sigue gravitando pesadamente sobre toda construcción dogmática del Derecho disciplinario, a saber: el de sus relaciones con el derecho penal”⁷⁵.

El autor incluso prevé con años de anticipación la problemática del traslado de principios penales a la sede administrativa y así señala que:

“El tema preocupa hoy por su trascendencia, en orden a la posible aplicación de los principios jurídicos penales en el derecho disciplinario”⁷⁶(el texto citado es de 1970).

Autores clásicos de la doctrina administrativista y de esa época, como el francés Hauriou citado en el texto anterior, siguieron con esa línea argumentativa en relación con el derecho disciplinario:

⁷⁴ LARA ARROYO, José Luis. Procedimientos Administrativos Sancionadores y Supletoriedad de la Ley 19.880. ¿Es efectiva su aplicación? En: Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, 234p. 2003, pág. 61.

⁷⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Problemas Captales del Derecho Disciplinario. Revista de Administración Pública. Madrid. (63): 39-84. 1970. Pág. 55.

⁷⁶ Ibid, pág. 56.

“Actualmente suele contraponerse la represión penal a la coerción disciplinaria; pero en su origen y durante mucho tiempo, han estado confundidas”⁷⁷.

Prosigue Nieto desarrollando el tema en su trabajo precitado, efectuando la distinción nuevamente entre derecho disciplinario y penal, interesante para este trabajo ya que señala una noción análoga a potestad sancionatoria:

“las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionatorio público del Estado sino en la supremacía de servicio o funcional (...) Las sanciones disciplinarias no son, por tanto, penas en el sentido del Derecho Penal sino medios para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio”⁷⁸.

Se reconoce, eso sí, una buena intención al intentar asimilar, más que interpretar, al derecho administrativo sancionador como parte del derecho penal, pues lo que se buscaba con ello por ciertos autores era revestir a la potestad sancionadora de garantías para el eventual sancionado, es decir, hay acá una aproximación a la noción de debido proceso, la cual, como se verá en el desarrollo de esta obra, no requiere dicha asimilación para estar presente en un procedimiento administrativo sancionador, rige de todas maneras en él, pero jamás de manera idéntica a como rige en un procedimiento penal, sino con rasgos propios que se señalarán.

En una antigua tesis francesa citada por Nieto también esboza la sujeción del derecho administrativo sancionador al derecho penal a fin de acercar al primero

⁷⁷ Ibid, pág. 58.

⁷⁸ Ibid, pág. 60.

al debido proceso, si bien, más que asimilar al derecho penal, se utiliza el concepto más amplio de **jurisdicción**:

“las penas disciplinarias que antes se imponían arbitrariamente y sin procedimiento alguno por los jefes jerárquicos, tienden cada vez más a ser impuestas por una jurisdicción y como consecuencia de un procedimiento destinado a proteger eficazmente el derecho de defensa”⁷⁹.

Rando Casermeiro aclara que la discusión acerca de la autonomía de derecho administrativo sancionador está errada al enfocarse sólo en la legislación vigente o en aportes doctrinales, lo que se debe hacer, -plantea este autor- es una decisión de política jurídica, es decir, el legislador debe conducir e implantar una política pública mediante toda la institucionalidad que despliegue tanto el derecho administrativo sancionador como el derecho penal en consideración a los fines públicos que se satisfagan en uno u otro caso:

“En primer lugar, el problema de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador debe ser abordado como problema de política jurídica. Seguir pretendiendo encontrar criterios de distinción a partir del derecho positivo y de los instrumentos dogmáticos para su interpretación y sistematización no tiene mucho sentido. En contra habla, por un lado, que todos los esfuerzos que han discurrido en esa dirección han resultado infructuosos y, por otro lado, la constatación de que nuestro actual derecho positivo no resulta precisamente un ejemplo a seguir...”⁸⁰.

En razón de su toma de postura anterior, propone la siguiente solución a la problemática de la relación penal/administrativo sancionador:

⁷⁹ Ibid, pág. 81.

⁸⁰ RANDO CASERMEIRO, Op. cit., pág. 67.

“...el derecho administrativo sancionador debe proteger frente a comportamientos gravemente antisociales que interfieren con el cumplimiento de los fines de la administración. En los supuestos de concurrencia con el campo de protección penal, el uso de las diferentes estructuras de peligro debería estar en condiciones de distribuir adecuadamente los contenidos de tutela entre ambos sectores del derecho punitivo”⁸¹.

Y poniéndole punto final a este paralelo entre penal y administrativo sancionador, Quirós Lobo apunta directo a la igualdad de trato entre ciudadanos sometidos a proceso en una y otra sede como fundamento de traspasar garantías de la primera a la última:

“La consideración de que <<los administrados no deben recibir peor trato que los delincuentes>> (Tribunal Constitucional 3 de octubre de 1983, Tribunal de Derechos Humanos 21 de febrero de 1984 y Tribunal Supremo 14 de noviembre de 1985), junto con el contenido del artículo 25-1 de la Constitución ha llevado a la necesidad de que las garantías del proceso penal hayan de guardarse también en el procedimiento administrativo sancionador...”⁸².

c) Jurisprudencia extranjera

La jurisprudencia española, por medio del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, es otro de los partidarios de la unidad derecho penal/derecho administrativo sancionador, en una postura sostenida en el tiempo, con al

⁸¹ Ibid, pág. 312.

⁸² QUIROS LOBO, José. Principios de derecho sancionador. Granada, Editorial Comares. 136 p. 1996. Pág. 25.

menos 15 años de desarrollo. Así lo atestigua la profesora española Lozano Cutanda en un artículo escrito a propósito precisamente de una sentencia del Tribunal Constitucional:

“desde hace al menos quince años, el Tribunal Supremo ha venido proclamando que la potestad sancionadora de la Administración “ofrece un entorno intrínsecamente penal”.

Por eso, la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado, esto es, la esencia unitaria de ambos ilícitos - el penal y el administrativo-, han llevado al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo a sostener que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador”⁸³.

Acá además se hace referencia, como en tantos otros textos escritos sobre el tema, a la aplicación “con matices” de los principios de una a otra sede. Un extracto de fallo del Tribunal Constitucional en el mismo sentido:

“Por lo que respecta al principio de culpabilidad, (...) rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de estas infracciones es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado (...) (STC 76/1990, de 26 de abril)”⁸⁴(el subrayado es nuestro).

Si bien esta cita no es estrictamente de jurisprudencia, la reproducimos ya que se basa totalmente en estos fallos y ayuda a orientar acerca del sentido del Tribunal Constitucional al respecto. Es así que, Lozano Cutanda hace la aprensión sobre la aplicación de principios de índole penal a lo administrativo, basándose además en lo que ha prescrito el mismo Tribunal Constitucional

⁸³ LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). En: Revista de Administración Pública. Madrid. (129): 211-239. 1992. Pág. 217.

⁸⁴ Ibid, pág. 214.

español en más de una oportunidad, lo que constituye una grieta en la interpretación unitaria hecha por los jueces españoles, hecho que, como se verá en los siguientes párrafos, es un poderoso argumento para desechar la idea de la supuesta unidad administrativo/penal. Dice Lozano:

“advierte (el Tribunal Constitucional) -como ya había hecho en otras ocasiones- que debe operarse con *cautela* cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador. Esta operación (...) “no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)”⁸⁵.

Otro autor español que hace las debidas observaciones al traspaso de garantías en manos del Tribunal Constitucional es Gómez Tomillo, junto con Sanz Rubiales, crítica cuyo contenido destacamos por que acusa cierta carencia de desarrollo doctrinario en la operación de traspaso que hace el Tribunal (lo que se subsana recogiendo los postulados del Derecho Administrativo Sancionador), finalizando este autor con una propuesta basada en el desarrollo del **principio de legalidad** propio del derecho penal en sede administrativa:

“El Tribunal Constitucional ha venido aplicando, con un criterio extensivo, las garantías procesales de la actividad judicial penal al procedimiento sancionador administrativo sin precedentes doctrinales ni jurisprudenciales y sin un apoyo directo en el texto constitucional: habría bastado con el desarrollo del principio de “legalidad penal administrativa” (que implicaría

⁸⁵ Ibid, pág. 223.

la adaptación de los principios penales de legalidad, tipicidad, etc., al ámbito administrativo)...”⁸⁶.

Es posible, entonces, detectar un quiebre en la interpretación del Tribunal Constitucional español sobre la unidad derecho penal/administrativo sancionador, puesto que en uno de sus fallos reconoce una diferencia capital entre uno y otro ordenamiento en cuanto a sus elementos constitutivos, distinción que tiene su origen precisamente en uno de los fundamentos del administrativo-sancionador: la sociedad del riesgo. En efecto:

“Si en el Derecho penal el dolo es el protagonista, en el Derecho administrativo sancionador ocurre lo contrario, al ponerse el acento en la culpa o negligencia. Ello es así porque la mayor parte de las infracciones administrativas son de peligro, de forma que el tipo prevé la simple puesta en riesgo de un bien jurídico, sin requerir su efectiva lesión”⁸⁷.

La sentencia precitada entonces, da cuenta de la configuración del derecho administrativo sancionador, erigida para hacer frente a la sociedad del riesgo y caracterizada por dar énfasis a la prevención antes que a la corrección y reproche de conductas propias del derecho penal.

Otro Tribunal Constitucional, esta vez el de Colombia, precisa aún más la diferenciación entre una y otra rama jurídica, explicitando que, la diferencia de “matices” en cuanto a la aplicación de principios penales es una cosa de “rigor” en la intensidad de éstos, lo cual importa toda vez que repercute en la vigencia del debido proceso en sede administrativa:

⁸⁶ GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Op. cit., pág. 702.

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N°129-2003.

“Así pues, los principios de derecho penal, “como forma paradigmática del control de la potestad punitiva” no se aplican al derecho administrativo sancionador con el rigor propio de esta disciplina, lo que tiene por resultado una manera diferente de procurar la protección del debido proceso y, en todo caso, desprovista del máximo rigor que alcanza la aplicación estricta del debido proceso en materia penal, ya que los bienes jurídicos afectados por las respectivas sanciones son distintos y no ameritan que el mismo rigor deba ser observado en la totalidad de los casos”⁸⁸.

Sección 4: Críticas a la existencia y fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador.

Al derecho administrativo sancionador no le han faltado críticas de la doctrina en general, las cuales van dirigidas tanto a sus fundamentos como al peligro que puede significar la eventual aplicación de sanciones.

Es en este último orden de ideas en donde encontramos las más grandes objeciones doctrinales, a causa de que, **la idea de una Administración sancionando ciudadanos arbitrariamente** causa repulsión a primera vista a todo quien posea conocimientos medios de derecho, ya que el resultado de esa sanción puede llegar incluso a constituir infracción a derechos fundamentales tales como el acceso a la justicia o el debido proceso.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N°C-703-2010.

Si bien hay críticas que sólo son válidas dependiendo del lugar donde se pronuncian, como ciertos autores españoles, éstas se incluyen de todas maneras en este trabajo (que sólo tiene como campo de investigación a Chile) ya que la lectura de éstas facilita la comprensión de qué es el Derecho Administrativo Sancionador. Algunas críticas son de vieja data, ya en 1927, Merkl, citado por Prieto Sanchís, postula que:

“el mundo de las sanciones administrativas significa la mayor intromisión imaginable de la Administración en la esfera de la justicia y, con ello, la más evidente quiebra del principio de separación de poderes”⁸⁹.

Otros reparos son, sin embargo, infundados, así tenemos en el mismo texto citado, por ejemplo:

“en la literatura alemana (2) (sic) se ha dicho que la infracción administrativa, a diferencia del delito, es irrelevante desde un punto de vista ético, que no pone en peligro los valores generalmente aceptados por la sociedad”⁹⁰.

Esta crítica omite el hecho de que, los hechos que constituyen infracciones administrativas efectivamente ponen “en peligro”, es decir, pueden amenazar e incluso dañar efectivamente bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento en orden a los valores fundamentales de la comunidad en particular, un ejemplo de ellos es la probidad, valor de tal importancia que se le dio rango

⁸⁹ PRIETO SANCHIS. Op.cit., pág. 99.

⁹⁰ Ibid, págs. 99 y 100.

constitucional con la reforma de 2005 a la Constitución Política de la República⁹¹.

El español Prieto Sanchís objeta teniendo como fundamento a la vista la comparación entre derecho penal y “ordenamiento administrativo sancionador” en sus palabras, argumentando que:

“la única diferencia conceptual entre el Derecho Penal y el ordenamiento administrativo sancionador radica en la competencia, que en un caso es judicial y en el otro administrativa. Las demás diferencias, las que hacen del derecho administrativo sancionador un derecho represivo prebeccariano, en palabras de García de Enterría (4) (sic), y que pueden transformarlo en un soberbio instrumento de persecución al servicio del poder público, no pueden calificarse de diferencias conceptuales, sino de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de derecho”⁹².

Conforme a lo anterior encontramos los siguientes reparos en diversos textos relativos al tema, por ejemplo, Junceda Moreno le atribuye al derecho sancionador una “naturaleza policial”, si bien lo dice específicamente respecto

⁹¹ Artículo 8º.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

⁹² PRIETO SANCHIS. Op. cit, pág. 101.

del ordenamiento jurídico de la circulación o del tránsito, despeja toda duda respecto del carácter policial cuando, a renglón seguido dice que:

“fiel exponente de su clásico semblante de intervención coactiva, lo convierte en una de las manifestaciones más representativas del Derecho Administrativo Sancionador”⁹³.

Cano Campos objeta a la “potestad sancionadora de la Administración” el hecho de que no haya una ley general sobre dicha potestad (en España), de manera tal que no hay una regulación orgánica y sistemática sobre la materia. Incluso va más allá cuestionando la ausencia de un:

“verdadero Derecho Administrativo Sancionador capaz de expresar dicha legitimidad (*de la potestad sancionadora*), y aun necesidad, y sobre todo de precisar los requisitos y límites de su ejercicio”⁹⁴ (la cursiva es nuestra).

Nieto apunta a la dispersión y sobreabundancia de estatutos administrativos que establecen procedimientos sancionadores, situación agravada en España si se considera que dicho país se organiza en comunidades autónomas, cada una con potestad normativa propia. Al ser además España miembro de la Comunidad Europea y someterse al Derecho Comunitario la situación empeora. Hay tantas infracciones administrativas que “ni el jurista más estudioso ni el

⁹³ JUNCEDA MORENO, Javier. Derecho sancionador en materia de tráfico, en especial, la retirada de permiso de conducir. En: Revista de Administración Pública . Madrid. (145): 399-430. 1998. Pág. 405.

⁹⁴ CANO CAMPOS. Op. Cit., pág. 340.

profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer”⁹⁵.

Dentro del marco de objeciones referidas al debido proceso hallamos además a Prieto Sanchís, quien señala que, en cuanto al procedimiento, "dista mucho de ofrecer las garantías propias del proceso penal"⁹⁶, crítica muy pertinente para los fines de este trabajo puesto que precisamente y en detalle se analiza el cumplimiento del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador, teniendo como marco comparativo al derecho procesal penal chileno.

Sin duda que la crítica más contundente y categórica que se ha dado al Derecho Administrativo Sancionador proviene del conocido autor español de Derecho Público Eduardo García de Enterría, quien poniendo énfasis en el aspecto señalado anteriormente sobre el riesgo de lesionar garantías ciudadanas arbitrariamente, lo ha calificado de “Derecho represivo prebeccariano”, en clara alusión a aquella etapa histórica del derecho penal en el cual no se tenía noción alguna de derechos fundamentales ni debido proceso, siendo una muestra de aquello las hordalías y los “juicios de Dios”, en

⁹⁵ NIETO GARCIA. Op. cit., pág. 29.

⁹⁶ PRIETO SANCHIS. Op. cit., pág. 104.

los cuales se aplicaba torturas con tal de llegar a una confesión del presunto culpable.

Por último, es una vez más Nieto, el expositor español, quien coloca el broche de oro en cuanto a lo que se puede criticar al Derecho Administrativo Sancionador, quien, en la obra que lleva precisamente dicho nombre espeta:

“El Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Este es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho”⁹⁷.

Sección 5: Marco legal del derecho administrativo sancionador en Chile.

Actualmente en Chile se regulan los procedimientos administrativos sancionadores de manera general pero con carácter supletorio, mediante la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Órganos de la Administración del Estado. Junto a esta normativa general del tema, encontramos una gama amplia de regulaciones particulares y propias de ámbitos diferenciados en los cuales se aplica eventualmente un procedimiento administrativo sancionador⁹⁸.

⁹⁷ NIETO GARCIA. Op. Cit.

⁹⁸ -Decreto con fuerza de ley del Ministerio de Obras Públicas, N° 900 de 1996.

-Ley 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y su Reglamento, N° 119.

Es necesario mencionar que hubo un intento del legislador por regular la materia objeto del presente trabajo, mediante un proyecto de ley que establecía las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, dictado a propósito de la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, proyecto que, sin embargo, no prosperó, pero fue un claro intento del legislador por consagrar y regular de manera orgánica e independiente al Derecho Administrativo Sancionador en nuestro país⁹⁹.

-Ley 18.175 que Fija Nuevo Texto de la Ley de Quiebras.

-Ley 19.995 que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego.

-Ley 19.937 que Modifica el DL N° 2763 de 1979, con la Finalidad de Establecer una nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, Distintas Modalidades de Gestión y Fortalecer la Participación Ciudadana.

-Ley 16.395 que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social y su respectivo reglamento.

-Ley 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente.

-Ley 18.902 que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

-DL 3.500 que Establece Nuevo Sistema de Pensiones y demás legislación complementaria.

-Ley Orgánica DL 3.538 que Crea la Superintendencia de Valores y Seguros.

- DL N° 559 sobre "Creación de la Superintendencia de las Empresas Bancarias y Lejislación Bancaria"

-Ley 18.755 que Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero.

-Código Sanitario.

-Código Aeronáutico.

-Entre otros.

⁹⁹ CHILE, Ministerio del Interior. MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LAS BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS Y QUE MODIFICA LA LEY N° 19.884. Op. cit.

1.-Análisis de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Respecto de la ley 19.880, si bien es una intención loable del legislador el sentar las bases comunes a todo procedimiento administrativo, creemos que faltó acuciosidad y mayor dedicación a la especie de procedimiento administrativo de índole sancionatorio, ello debido a que proliferan cada vez más en la actualidad este tipo de procedimientos en razón del fenómeno de la sociedad de riesgo, y principalmente al hecho de que este tipo de procedimientos puede representar un riesgo a las garantías ciudadanas al sancionar arbitrariamente.

Un análisis pormenorizado del citado cuerpo legal permite constatar las falencias antedichas:

-la presunción de exigibilidad del acto administrativo que impone una sanción establecida en el artículo tercero de la ley, aplicada en procedimientos administrativos sancionatorios, puede resultar excesivamente desventajosa para el eventual sancionado, si se toma en consideración que, no están totalmente excluidos de nuestro ordenamiento jurídico aquellos procedimientos sancionadores que carecen de las instancias necesarias para una adecuada defensa del presunto infractor.

Entre aquellos procedimientos atentatorios al derecho de defensa tenemos, por ejemplo, al procedimiento sancionador de la Superintendencia de Valores y Seguros, reglado en el decreto ley N°3.538, el cual en su artículo 30 establece la posibilidad al sancionado de reclamar de la multa ya impuesta por la Superintendencia, sin que haya habido instancia alguna para discutir sobre la procedencia de la misma.

La situación antedicha se agrava, toda vez que, para dicho reclamo se exige además la consignación de un porcentaje de la multa, lo cual es manifestación expresa del fenómeno denominado y criticado por la doctrina administrativista del “**solve and repete**”, definido como:

“la necesidad de efectuar un pago previo a efectuar ciertas reclamaciones, constituyendo una condición de admisibilidad de la interposición de reclamos contra actos de la Administración, por tanto, un requisito adicional al ejercicio del derecho de los particulares de acceso a la vía de reclamación o impugnación de actos administrativos”¹⁰⁰.

En efecto, este mecanismo es cuestionable ya que vulnera la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19° N° 21° de la Constitución, ya que un ciudadano expuesto a un procedimiento donde se exija tiene la carga adicional de pagar por reclamar lo que no ocurre en otros procedimientos, como asimismo entraba el acceso a la justicia a aquellos que no poseen los recursos para este pago, entre otras objeciones.

¹⁰⁰ OJEDA SAN MARTIN, Soledad. Privilegios de la Administración del Estado: Solve et Repete e Inembargabilidad de Bienes de la Administración. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 297 p. 2009. Pág 121.

La presunción de exigibilidad antedicha entonces, hace posible en un escenario hipotético, que incluso, no sólo el presunto infractor conozca como primera actuación del proceso en su contra la multa, sin siquiera haber sido notificado de los cargos imputados ni informado de los medios de defensa que posee, sino que, la primera actuación sea precisamente el cumplimiento compulsivo de la multa impuesta por la Administración vía acto administrativo.

-El acto administrativo una vez dictado pueden ser invalidado o revocado en virtud de lo prescrito en los artículos 53 y 61 respectivamente, lo cual puede afectar la seguridad jurídica y certeza del presunto infractor en cuanto a ser condenado o absuelto en un procedimiento administrativo. La situación se torna más grave si en el acto administrativo se absuelve de todo cargo al mismo, y a posteriori ese acto se revoca y en definitiva se sanciona al infractor, siendo en concreto una flagrante violación al debido proceso y específicamente al principio "in dubio pro reo".

-El recurso jerárquico, símil de la apelación en sede administrativa sancionadora, no procede como regla general, siendo sólo posible interponerlo en carácter de subsidiario de la reposición. Limita aún más su ejercicio el hecho de que, no procede contra los actos administrativos de ciertas autoridades tales como el Presidente de la República, alcaldes, entre otros. Todo lo anterior en virtud de lo que prescribe el artículo 59 de la ley de bases, resulta atentatorio contra el derecho a recurrir, garantizado a nivel constitucional ya que, es una de

las garantías enumeradas en el artículo octavo, numeral segundo, letra h) del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰¹, tratado internacional ratificado y vigente en Chile y por lo tanto vinculante en razón del artículo quinto de la Carta Fundamental.

Las carencias de la ley 19.880 en cuanto al debido procedimiento sancionador también fueron constatadas por Lara Arroyo, en su artículo sobre los procedimientos administrativos sancionadores:

“...si ya resulta discutible que los órganos administrativos gocen de potestades sancionatorias, cuyo ejercicio supone un juzgamiento, más reprochable aún resulta que el acto administrativo sancionador ostente en virtud del art. 3 inciso final de la ley de bases de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, lo que habilitaría a la Administración dentro de un procedimiento sancionador, no sólo para disponer de la sanción, sino para adoptar las medidas para su cumplimiento, lo que equivale en este ámbito procedimental a invadir ya derechamente la esfera de competencia de los tribunales de justicia, proclamando una autotutela judicial de la administración.

(...)

Si consideramos que la sanción administrativa se manifestará en un acto administrativo, sea que importe la absolución o sanción, como tales quedarán afectos a la posibilidad de ser invalidados por la Administración dentro de un plazo de dos años, de conformidad al art. 53 de la ley.

¹⁰¹ Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En la misma línea anterior, por aplicación del art. 61 de la ley, la Administración podrá proceder de oficio a la revisión del acto, revocando un acto administrativo que absuelva la aplicación de una medida sancionatoria, afectando no sólo la estabilidad del acto, sino, lo que es peor aún, la certeza jurídica y los derechos de los sujetos del procedimiento”¹⁰².

Se puede concluir entonces, que la aplicación supletoria de la ley 19.880 a los procesos administrativos sancionadores es insuficiente para cumplir con un estándar mínimo de debido proceso. A favor de esta conclusión se pronuncia Román Cordero, quien, fundamentando además desde el punto de vista de la aplicación de garantías penales al procedimiento administrativo señala:

“si bien respecto de estos procedimientos dicha ley sí tiene aplicación supletoria, no puede entenderse que se satisfaga el mandato constitucional del debido proceso, pues para ello se requiere un plus que representan las garantías propias del procedimiento penal transplantadas siempre de forma aminorada al procedimiento administrativo sancionador, que no consulta o bien no con la intensidad suficiente para dar cumplimiento a tal mandato, el procedimiento administrativo común”¹⁰³.

Otro autor que avala lo concluido es Pierry Arrau, quien critica de manera lapidaria la insuficiencia de la ley 19.880 en la materia:

“Es menester señalar que el artículo 17 de la ley 19.880, *Ley de Procedimientos Administrativos*, es un verdadero eufemismo porque plantea una serie de derechos que a la hora de hacerlos realidad son ilusiones, porque los derechos en la medida que no se pueden ejercer no existen (Bentham) aunque estén en un largo catálogo legal. Otro elemento básico, es que nadie puede ser juez de su propia causa, luego si ni

¹⁰² LARA ARROYO, Op. cit., págs. 59 y 60.

¹⁰³ ROMAN CORDERO, Cristian. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. En: Revista de Derecho Público, Santiago. (71): 183-214. 2009. Pág. 199.

siquiera se puede llegar a un juez de verdad, esta cuestión es una falacia, en palabras vulgares un “tongo” normativo”¹⁰⁴.

Por último, quien emite otro comentario en orden a delatar la insuficiencia de la ley 19.880 es Moraga Kleener:

“En los procedimientos administrativos especiales –v.gr.: los de tipo sancionatorio-, la aplicación supletoria de la LBPA supera una parte de las dificultades formales y sustanciales que presenta la aplicación de las regulaciones de ambos. No obstante, hay todavía otras dudas o problemas que no alcanzan a ser solucionados con la LBPA.

Esas dificultades, dudas y problemas serían la base, causa y justificación de las alegaciones, controversias o conflictos que plantearán los afectados o interesados en dichos procedimientos sancionatorios. Es decir, una parte de lo que el legislador calló, olvidó o no quiso regular para un procedimiento sancionatorio específico, será finalmente dispuesto por la judicatura (v.gr.: Tribunal Ambiental). Esto refleja un abaja calidad de nuestra legislación porque, en buenas cuentas, los órganos legislativos se restan de decidir acerca de cuestiones que interesan a la sociedad, para dejar un innecesario espacio a la actuación del juez.

Si lo que hemos descrito en este trabajo puede ser entendido como una “coyuntura legislativa”, entonces ella es bienvenida porque debiera motivar a los órganos colegisladores a discutir y decidir, nuevamente, sobre una Ley de Bases de los Procedimientos Sancionatorios”¹⁰⁵.

De la aplicación supletoria de la ley 19.880, con el objeto de hacer valer el debido proceso y sus principios en aquellos casos sin procedimiento sancionador o procedimientos regulados de manera incompleta, da constancia el Tribunal Constitucional en diversos fallos respecto a distintas materias,

¹⁰⁴ PIERRY ARRAU, Pedro, FELIU, Olga y MENDOZA, Ramiro. Estado regulador e injusto administrativo. En: Revista de Derecho de la Empresa, (5) 69-80. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. 2006. Págs 77 y 78.

¹⁰⁵ MORAGA KLEENER, Claudio. Notas sobre el artículo 49 de la Ley sobre Superintendencia del Medio Ambiente y Supletoriedad de la Ley 19.880. En: Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886. Santiago. Editorial Legal Publishing. 574 p. 2013. Págs. 202 y 203.

siendo los más representativos en cuanto a la aplicación supletoria los siguientes:

“... de igual modo en la tramitación administrativa que tenga lugar deben aplicarse las reglas legales que configuren un procedimiento racional y justo, como este Tribunal lo ha decidido en forma reiterada. No es necesario, sin embargo, que sea la propia ley que contemple una nueva actuación de la Administración la que regule de modo completo el procedimiento a seguir, puesto que, existiendo una ley que se aplica con carácter supletorio, cual es la Ley N° 19.880”¹⁰⁶.

Conociendo inaplicabilidad de un deudor deducida para impugnar retención de devolución de impuestos por parte de Tesorería General de la República:

“DECIMONOVENO.- Que, asimismo, no es efectivo que el deudor carezca de una defensa ante la Tesorería. En cuanto órgano de la Administración del Estado, el deudor requirente posee todos los derechos que le otorgan la normativa especial y la Ley N° 19.880, que recibe aplicación supletoria en virtud de su artículo 1º, especialmente el artículo 17 de dicho cuerpo legal, que enumera los derechos del interesado (el mismo requirente lo reconoce a fs. 7 y 8). La citada ley N° 19.880 establece un verdadero “debido proceso administrativo”, en ejecución del mandato del artículo 63 N° 18 de la Constitución”¹⁰⁷ (el subrayado es nuestro).

En relación al Estatuto Administrativo:

“VIGÉSIMO.- Que los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo confieren básicamente una competencia a favor del jefe superior de los servicios públicos para declarar que un funcionario de ellos tiene salud incompatible con el cargo que desempeña, pero no establecen el procedimiento aplicable, por lo que no se les puede reprochar el incumplimiento de las garantías establecidas en el N° 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental aducidas por el requirente.

Lo dicho no significa, naturalmente, que se admita que el ejercicio por parte del jefe de un servicio de la potestad antes señalada no esté sujeto a

¹⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 771-1998.

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1411-2009.

procedimiento alguno, o que sea libre para determinarlo a voluntad, sino que el mismo será el que fije la legislación especial que exista y que sea aplicable al caso o, en su defecto, el establecido en la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, ley ésta que, conforme a lo dispuesto en su artículo 1º, es de aplicación supletoria y que en sus artículos 10, 11 y 15 enuncia los principios de contradictoriedad, imparcialidad e impugnabilidad que, junto a los otros que contempla la ley, deben seguirse en toda actuación administrativa...¹⁰⁸(el subrayado es nuestro).

Y a propósito de la naturaleza de la Superintendencia de Quiebras:

“...en cuanto a la Superintendencia de Quiebras es un órgano de la Administración del Estado, el afectado posee todos los derechos que le otorga la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, que recibe aplicación supletoria en virtud de su artículo 1º. La citada ley establece un verdadero “debido proceso administrativo”, en ejecución del mandato del artículo 63 N° 18 de la Constitución, pues permite oportuna y eficazmente al administrado presentar sus alegatos y discutir las afirmaciones hechas por la Administración...”¹⁰⁹(el subrayado es nuestro).

La jurisprudencia administrativa, por la vía de la Contraloría General de la República, ha sido también enfática en reconocer que, la aplicación supletoria de la ley 19.880 tiene por objeto garantizar el debido proceso, y éste es el dictamen más paradigmático en señalar esa dirección, toda vez que describe el marco constitucional desde el cual se irradia el debido proceso a esta sede administrativa, además de complementar con la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado:

“...en armonía con el artículo 6º de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de supremacía constitucional, y lo indicado por los dictámenes N°s. 28.226, de 2007 y 62.188, de 2009, ambos de esta Contraloría General, las normas de derecho público referidas a derechos,

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1849-2010.

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1413-2009.

libertades o garantías de las personas, o que limiten las potestades estatales, deben ser interpretadas extensivamente, razón por la cual, cabe concluir que en la instrucción de los procedimientos aludidos rige plenamente la garantía del debido proceso contenida en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, del texto constitucional, que exige al legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Dicha conclusión, por lo demás, ha sido sostenida por una reiterada jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, manifestada, entre otros, en los dictámenes N°s. 15.643, de 2007 y 9.499, de 2009.

Luego, es útil acotar que el mandato aludido es impuesto directamente a la autoridad administrativa en el artículo 18, inciso segundo, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al establecer que la administración deberá ejercer la potestad disciplinaria asegurando el derecho a un racional y justo procedimiento¹¹⁰(el subrayado es nuestro).

Recalcan resumidamente lo sentado por Contraloría dos dictámenes adicionales (ambos en idéntica forma):

“...se devuelve sin tramitar el acto administrativo del indicado, debiendo esa Dirección adoptar las medidas que fueren procedentes para dar aplicación efectiva a los principios de la ley N° 19.880, indicados, destinados a garantizar el derecho al debido proceso del afectado por la sanción aludida...”¹¹¹(el subrayado es nuestro).

Existen otros dictámenes de Contraloría que, si bien no son tan categóricos en referirse al debido proceso, insisten en la aplicación supletoria de la ley 19.880, referidos a diversas materias, y así vemos que, Contraloría se ha pronunciado sobre la supletoriedad de la ley 19.880 a propósito de un sumario

¹¹⁰ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N° 65.120 de fecha 02-XI-2010.

¹¹¹ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N° 33.727 de fecha 25-VI-2009. En idéntico sentido, Dictamen N° 29.452 de fecha 8-VI-2009.

administrativo¹¹², en relación a la tramitación de una posesión efectiva¹¹³, y en un dictamen relativo a una resolución de Dirección del Trabajo¹¹⁴.

Capítulo 2

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Sección 1: ¿Por qué se califica (o debe calificarse) como “debido” al procedimiento administrativo sancionador?

El anteceder a la expresión “procedimiento administrativo sancionador” el adjetivo “debido”, entendido en el sentido de deber ser, es manifestar una intención, un **ideal** que debiese cumplir todo procedimiento administrativo

¹¹² “...resulta necesario hacer presente que conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la referida Ley N° 19.880, “en caso de que la ley establezca procedimientos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

Precisado lo anterior, cabe manifestar que respecto de los funcionarios en cuestión, el sumario administrativo se encuentra expresamente regulado en los artículos 122 y siguientes de Ley N° 18.834, constituyendo un *procedimiento de naturaleza especial, a cuyo respecto, según lo señalado, las disposiciones de la aludida Ley N° 19.880, sólo pueden aplicarse con carácter supletorio, esto es, en aquellas materias no reguladas en aquél* (la cursiva es nuestra) CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N°1.896 de fecha 13-I-2005.

¹¹³ “...considerando que la ley N° 19.903, sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia, no contiene normas sobre la designación de apoderados de los interesados en obtener una posesión efectiva que, de conformidad con el artículo 1° del texto legal recién aludido, deba conocer el Servicio de Registro Civil e Identificación, y dado el carácter supletorio de la señalada Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, tal designación para las solicitudes en cuestión debe llevarse a cabo en los términos que previene el artículo 22 de la ley N° 19.880” CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N° 60.721 de fecha 19-XII-2006.

¹¹⁴ “...la aplicación supletoria de la ley N°19.880 involucra tanto a los principios previstos en ese texto legal, como a las regulaciones concretas del procedimiento administrativo general previsto en él, éstas últimas en la medida que sean conciliables con la naturaleza y propósitos del procedimiento especial” CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N° 36.234 de fecha 10-VIII-2007.

sancionatorio, es una mínima declaración de principios. Con ello además se da una carga valorativa al concepto, de conformidad con lo que en este trabajo se postula.

La utilización del término “debido” se justifica además para asociar al lector con el concepto de “debido proceso”, con el objeto de que, de la lectura de este trabajo resulte clara la analogía que hay entre “debido proceso” y “debido procedimiento administrativo sancionador”.

Primero que todo definamos qué se entiende por “procedimiento administrativo”.

En concordia con lo anterior, éstas son las definiciones más adecuadas sobre procedimiento administrativo que encontramos en nuestra doctrina:

“conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar una determinada actividad”¹¹⁵.

“conjunto de actuaciones en cuya virtud la Administración pretende hacer efectiva la responsabilidad derivada de una infracción administrativa, con el objeto de imponer una sanción o pena”¹¹⁶.

Por fin ya establecido que es procedimiento administrativo sancionador, pasemos ahora a concebir el debido proceso, noción compleja pero necesaria a los fines de este trabajo. En general, se define al debido proceso como:

“aquella garantía de carácter fundamental, que protege al ciudadano de cualquier tipo de arbitrariedad en que pudiera eventualmente incurrir la

¹¹⁵ SAYAGUES LASO, Enrique, citado en: SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 174.

¹¹⁶ SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 169.

autoridad jurisdiccional, en lo referente a la solución del conflicto sometido a su decisión”¹¹⁷.

Una noción muy acertada para los fines de este trabajo nos entregan los profesores Maturana y Montero sobre debido proceso, ya que hace referencia expresa a la imparcialidad:

“...el debido proceso más bien refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial de los individuos dentro de un Estado de Derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social.

Así entendido, podemos aventurar señalar que el Debido Proceso es aquél conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste”¹¹⁸ (el subrayado es nuestro).

Ya que siempre conviene tener a la vista a la hora de conceptualizar no sólo a la doctrina sino también a la jurisprudencia, veamos qué ha dicho ésta sobre debido proceso, en la voz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

¹¹⁷ GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. El debido proceso en los procedimientos administrativos sancionadores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 203 p. 2005. Pág. 5.

¹¹⁸ MATURANA, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Santiago, Editorial AbeledoPerrot-Legal Publishing/Thomson Reuters. 2012. 1245 p. Pág. 29.

“conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial”¹¹⁹.

De lo expuesto debe considerarse al debido proceso como un conjunto de elementos mínimos que deben concurrir a fin de cumplir con el estándar que impone el mismo, más que un concepto unitario, se despliega en el proceso como una serie de requisitos a cumplir, de tal manera que la inobservancia de tan sólo uno de ellos acarrea la ausencia de debido proceso.

La consagración legal del concepto de debido proceso, con rango constitucional, se encuentra en el artículo 19, N° 3, inciso quinto de nuestra Constitución:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. (el subrayado es nuestro)

También a nivel constitucional, en virtud del artículo 5° de la Constitución¹²⁰, en tratado internacional vigente y ratificado por nuestro país, el debido proceso

¹¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1987. Suspensión de las Garantías en Estados de Excepción. Opinión Consultiva 9/1987. En: DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile, primera edición. Santiago, 583 p. 2007. Pág. 376.

¹²⁰ Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

está garantizado, así lo prescribe el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”¹²¹.

Consideramos pertinente la enumeración de garantías mínimas que realiza el profesor Maturana Miquel, puesto que se circunscribe dentro del marco del concepto a nivel nacional y constitucional, ya que el autor exige la concurrencia de las mismas para que nos encontremos ante un “procedimiento racional y justo”, expresión que encierra la noción de debido proceso escuetamente en el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la Constitución:

¹²¹ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

“Las garantías mínimas para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo para el desarrollo de un debido proceso son las siguientes:

- a.- El derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial.
- b.- El derecho a un juez natural preconstituido por ley.
- c.- El derecho de acción y defensa.
- d.- El derecho a un defensor.
- e.- El derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto.
- f.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio.
- g.- El derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba.
- h.- El derecho a un procedimiento que contemple una igualdad de tratamiento de las partes dentro de él.
- i.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto.
- j.- El derecho a un recurso que permita impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso”¹²².

Ya sentadas las bases mínimas sobre las nociones de debido proceso y procedimiento administrativo sancionador, podemos embarcarnos en un análisis sobre la aplicación de la primera a la segunda. Para dar un desarrollo armonioso a esta sección, se establece una clasificación sobre las fuentes citadas, en la cual primero visualizaremos la doctrina nacional y la extranjera, para luego proseguir con la jurisprudencia nacional hasta terminar con la

¹²² MATURANA MIQUEL, Cristián. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Santiago. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. 176 p. 2006. Pág. 15.

internacional. Como podrá notar el lector, dicha estructura se utilizará también en las próximas secciones de este trabajo.

a) Doctrina nacional.

La primera disyuntiva que produce la noción de debido proceso aplicada al derecho administrativo sancionador consiste precisamente, en determinar si éste se aplica a aquél. Y la piedra de tope con que nos podemos encontrar en dicha aplicación reside en determinar si, efectivamente, los órganos administrativos investidos de potestad sancionadora ejercen o no jurisdicción. La discusión ya se planteó hace mucho tiempo incluso en nuestro país, es así como el profesor Soto Kloss planteó la duda a propósito de la “facultad de juzgar”, señalando que:

“si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elemental el preguntarse ¿cómo, entonces, el administrador – sea el Presidente de la República, un jefe de servicio, un intendente, etc.– puede imponer sanciones administrativas sean multas, sean comisos, sean clausuras de locales, sean retiros de actos autorizatorios, sean conductas determinadas, etc. si carece constitucionalmente de jurisdicción?”¹²³.

¹²³ SOTO KLOSS, Eduardo. 1979/1980 “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”. En: ROMAN CORDERO. El Castigo en el Derecho Administrativo. Op. cit., pág. 158.

Para evaluar si el planteamiento del profesor Soto Kloss es correcto o no, es necesario analizar el concepto de **jurisdicción**. La definición más utilizada y comúnmente aceptada en doctrina es la que nos da el profesor Maturana:

“es el Poder – Deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte y a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la república”¹²⁴.

El razonamiento de Soto Kloss es errado y, de hecho, ha sido totalmente abandonado por la doctrina, inclusive por él mismo¹²⁵. Los errores en que incurre es, en primer lugar, ignorar el fundamento del Derecho Administrativo Sancionador en virtud del cual el derecho público moderno inviste a órganos administrativos de potestad sancionadora, cual es la sociedad de riesgo, fundamento explicitado a fondo anteriormente en este trabajo, razón por la cual no cabe repetirlo¹²⁶. En segundo lugar, confunde jurisdicción con potestad sancionadora, conceptos totalmente distintos analizados latamente al principio de este trabajo. En caso alguno el sancionar es exclusivo de órganos jurisdiccionales, tal como quedó demostrado en dicha sección.

¹²⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián. Introducción al derecho procesal, la jurisdicción y la competencia. Santiago. Universidad de Chile, Departamento Derecho Procesal. 308 p. 2006. Pág. 121.

¹²⁵ GARCIA MACHMAR. Op. Cit., pág. 6.

¹²⁶ Planteamiento en extenso a favor de esta idea encontramos también en: ROMAN CORDERO. El Castigo en el Derecho Administrativo, Op. cit., págs. 158 y ss.

A partir de la interpretación de nuestra Constitución, la cual distingue claramente entre tribunal y órgano jurisdiccional, Fernández González se muestra partidario del debido proceso en sede administrativa:

“el alcance que tiene la locución *órgano jurisdiccional* a que se alude en el artículo 19º N° 3º de la Carta Fundamental (...) no es sinónimo, conforme a su artículo 73º (hoy 76º) inciso 1º de “los *tribunales establecidos por la ley*”¹²⁷ (el paréntesis es nuestro).

Desarrollando la distinción precedente, a los tribunales se les encomienda la **función judicial**, mientras que a los órganos jurisdiccionales les corresponde la **función jurisdiccional**. El autor matiza con detalle las diferencias entre una y otra función, teniendo a la vista la redacción del artículos 19º N° 3º y 76º de la Constitución, y un fallo de nuestro Tribunal Constitucional previo a la dictación de la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado, el cual deja nuevamente en claro la aplicación del debido proceso, todo esto se incluye a pie de página¹²⁸.

¹²⁷ FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. El derecho constitucional al debido proceso con especial aplicación al nuevo proceso penal. En: Anales de la Facultad de Derecho, N° 2. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005. Págs. 74 y 75.

¹²⁸ “la función judicial es desempeñada por los jueces en un juicio, es decir, sólo por esa especie de órganos estatales (los jueces), dentro de un proceso racional y justo para resolver un pleito entre las partes litigantes...”

La función jurisdiccional, en cambio, es más amplia y tiene sentido genérico (...) es servida por todo órgano que ejerza jurisdicción y no sólo por los jueces; tiene lugar dentro o fuera de un proceso...”

“Resulta indubitable que la expresión empleada por el Poder Constituyente -órgano que ejerza jurisdicción- es más amplia que la de tribunal (...) pueden hallarse abundantes ejemplos de órganos que ejercen

En la misma línea argumentativa de sometimiento del procedimiento administrativo a la Constitución y la consecuencia que esto acarrea -irradiar a este procedimiento de debido proceso- vemos la opinión de Salinas Bruzzone:

“todo procedimiento administrativo se halla sometido, en último término, a los lineamientos de las normas constitucionales, por lo que toda disposición de contenido procedimental ha de asumir y asegurar los bienes y valores que la misma Constitución protege y ampara (...) es la propia norma constitucional la que establece restricciones a las normas procedimentales...”¹²⁹.

Este autor se refiere, concretamente, al principio de juridicidad consagrado en los artículos sexto y séptimo de la Constitución Política.

La validez de la relación debido proceso/órgano administrativo, se ha proclamado incluso con antelación a la Vigencia de la Constitución Política de 1980, pues ya en las Actas de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución encontramos opiniones favorables a la postura. Tenemos a la vista el pronunciamiento de Sergio Diez sobre el tema:

“parece adecuado tener este elemento de juicio en una materia tan importante en el mundo moderno como son las garantías procesales que se deben aplicar no sólo al individuo frente al Poder Judicial, sino también al individuo frente a la Administración”¹³⁰.

Por otra parte, Jaime Guzmán señaló en la Comisión que:

jurisdicción sin formar parte de aquel Poder del Estado (Poder Judicial) , como ocurre con (...) el Senado” (los paréntesis son nuestros). FERNANDEZ GONZALEZ. .Op. cit., págs. 74 y 75.

¹²⁹ SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 171.

¹³⁰ GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. Op. cit., pág. 20.

“la expresión “administración de justicia” (...) no sólo (está) referida a la jurisdicción que ejercen los tribunales que integran el poder judicial, sino también a la jurisdicción que ejercen entidades de la Administración Pública u otras”¹³¹ (el segundo paréntesis es nuestro).

Podemos citar además las opiniones de los profesores Colombo Campbell y Pantoja Bauzá, quienes son categóricos al afirmar que no hay conflicto en cuanto al ejercicio **excepcional** de la jurisdicción en sede administrativa, basta ver sus respectivas opiniones:

“Ello explica por qué autoridades legislativas o administrativas, a las cuales la Constitución o la ley han otorgado extraordinariamente el ejercicio de facultades jurisdiccionales excepcionalmente, en la medida en que las tienen y hacen uso de ellas son tribunales de justicia. Así ocurre por ejemplo, con el Senado, cuando conoce del juicio político, del Contralor cuando se pronuncia sobre cuentas fiscales, del Director de Impuestos Internos en asuntos tributarios”¹³² (el subrayado es nuestro).

“el Parlamento y el Tribunal Constitucional han sostenido y aceptado la tesis jurídica que consagró el constituyente: el legislador puede establecer sedes jurisdiccionales administrativas, sea creando un “tribunal especial”, sea dotando de facultades jurisdiccionales a una autoridad administrativa”¹³³.

Dando cuenta de lo anterior, el profesor Román Cordero establece como principio que informa al Derecho Administrativo Sancionador que:

¹³¹ Ibid.

¹³² COLOMBO CAMPBELL, Juan. La jurisdicción en el derecho chileno. 1991. En: GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. Op. cit., pág. 54.

¹³³ PANTOJA BAUZA, Rolando. La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001. 2001. En: GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. Op. cit., pág. 69.

“El procedimiento sancionador administrativo debe satisfacer las exigencias de un *justo y racional procedimiento*”¹³⁴, interpretando que dicha referencia se hace al debido proceso.

Por lo demás, los términos “justo y racional procedimiento” son coincidentes con la referencia que hace la Constitución al debido proceso, tal como se ha expuesto en esta sección. Otro autor que también se ubica dentro de los partidarios de ampliar la aplicación del artículo 19 del Texto Fundamental es Lara Arroyo, quien además hace referencia al principio fundamental de estudio en esta tesis, la Imparcialidad, de esta forma:

“La justicia y racionalidad en el procedimiento administrativo se estructura sobre la base de dos pilares fundamentales, estos son la impugnabilidad y la imparcialidad en el juzgamiento”¹³⁵.

Actualmente se considera superada esta discusión, y ya hay voces de la doctrina que hablan derechamente de **debido procedimiento administrativo sancionador**, título de esta sección, entre ellos Román Cordero¹³⁶ y Rosas Bertín, quien adopta dicho término en razón de cómo el Tribunal Constitucional ha desarrollado dicha concepción:

“b) EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Si bien es cierto, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, resulta indispensable que el procedimiento se encuentre establecido por ley, la Constitución ha establecido que el legislador instituya las garantías de un procedimiento racional y justo.

¹³⁴ ROMAN CORDERO. El Castigo en el Derecho Administrativo. Op. cit., Pág. 165.

¹³⁵ LARA ARROYO, Op. cit., pág. 56.

¹³⁶ Quien titula uno de sus artículos como “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”.

(...)

En materia Sancionatoria Administrativa, nuevamente ha sido el Tribunal Constitucional quien ha dado aplicación a tales principios, como hemos visto, ampliando su aplicación como manifestación del *ius puniendi* estatal, *“los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionatoria o infraccional”* .

Como señala Pedro Aguerrea ha sido en relación a estos derechos y garantías procesales donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrad más categórica y profunda en sus conclusiones, con criterios uniformes y constantes en el tiempo, sin perjuicio de los matices que oportunamente ha desarrollado y enriquecido tales líneas básicas¹³⁷ .

Jara Schnettler expone su posición favorable a aplicar el debido proceso en función de la ley 18.575 y el Tribunal Constitucional:

“En el orden legal-orgánico-constitucional, esta dimensión del procedimiento garantista se aprecia nítidamente, aunque de manera amplia y general, en el artículo 18 inciso 2° de la Ley 18.575 con ocasión del ejercicio de la potestad disciplinaria propia del empleo público, que conecta directamente con el artículo 19 N° 3 de la Constitución:

“En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.

La plena aplicación del derecho al “justo y racional procedimiento” en relación al desenvolvimiento de la actividad procesal de la Administración ha sido sostenida ampliamente tanto por nuestra jurisprudencia administrativa, como judicial.

Últimamente el propio Tribunal Constitucional ha reiterado esta línea de razonamiento al hacer exigible el pleno respeto al “derecho a la defensa jurídica” (art. 19 N° 3, CP) frente a la creación legislativa de procedimientos administrativos sancionatorios. Lo anterior incluso en el

¹³⁷ ROSAS BERTIN, Diego. El sistema sancionador laboral ante la Constitución. En: Revista Ius Novum. Valparaíso. (3): 215-246. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2010. Pág. 228.

caso que se contemple la existencia de recursos administrativos o jurisdiccionales para reclamar contra de las medidas correctivas adoptadas por la autoridad fiscalizadora”¹³⁸.

Como última opinión de la doctrina administrativa favorable a integrar el debido proceso al administrativo sancionador podemos citar a Salinas Bruzzone, quien en reiterados pasajes de su libro avala esta idea. Plantea las siguientes conclusiones acerca de cómo debe ser el procedimiento sancionador eléctrico, las cuales tienen como base la noción constitucional de debido proceso:

“a) El derecho sancionatorio eléctrico debe ser comprendido y concebido bajo el prisma de los principios que informan el derecho penal.

b) Tales principios son: El principio de legalidad, principio de la tipicidad, principio de la culpabilidad, principio de *non bis in idem*, principio del racional y justo procedimiento.

(...)

d) La aplicación de las referidas sanciones deben ser consecuencia de un procedimiento administrativo sancionatorio, legalmente tramitado”¹³⁹.

El mismo autor, ahora argumentando directamente sobre el procedimiento administrativo y la aplicación de garantías:

“las garantías adjetivas que el ordenamiento establece en garantía de los administrados: (...) previa instrucción de un procedimiento administrativo, constituyen técnicas que propenden al debido resguardo de los derechos de los administrados”¹⁴⁰.

¹³⁸ JARA SCHNETTLER, Jaime. Apuntes sobre acto y procedimiento administrativo. Ley N° 19.880. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2009. Págs. 68 y 69.

¹³⁹ SALINAS BRUZZONE. Op. cit., págs. 46 y 47.

¹⁴⁰ Ibid, pág. 96.

“Todo procedimiento administrativo constituye, como tal, una garantía¹⁴¹”.

Respecto a la aplicación del debido proceso al proceso administrativo sancionador hay pleno respaldo por parte de la doctrina procesal penal, así Duce señala que:

“cuando los tratados internacionales se refieren a la garantía de juicio no lo están haciendo de manera exclusiva al ámbito penal, sino que imponiendo la necesidad de contar con una audiencia pública y oral para la resolución de cualquier tipo de casos en los que se determinen derechos y obligaciones para las personas, *no importando la materia sobre la que recaigan*”¹⁴²(la cursiva es nuestra).

En respaldo de esta postura de aplicar el debido proceso en sede administrativa, considerando el sometimiento del actuar de la Administración a la Constitución, Camacho Cepeda estima que:

“La garantía del debido proceso tiene que ver con la indudable regla jurídica del Estado Constitucional que impone que el derecho administrativo sancionador se debe someter a la letra y espíritu de la Constitución”¹⁴³.

Otro poderoso argumento para aplicar el debido proceso en sede administrativa, diferente al desarrollado anteriormente, se puede encontrar interpretando extensivamente el principio de juridicidad consagrado en el artículo sexto de la Carta Fundamental¹⁴⁴, subsumiendo en dicho principio la

¹⁴¹ Ibid, pág.167.

¹⁴² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Op.cit., pág. 380.

¹⁴³ CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 197.

¹⁴⁴ Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

sumisión de los órganos del Estado al debido proceso, idea ya planteada en doctrina en todo caso. En efecto, se señala que:

“consecuencia de la aplicación del principio de juridicidad, el sometimiento de los órganos del Estado a la legislación que particularmente le corresponde, conlleva, necesariamente, el sometimiento de sus procedimientos; en los cuales debe, por cierto, estar presente el respeto a las normas constitucionales y legales que digan relación con los mismos, por lo que, desde ya, el debido proceso como garantía constitucional, es parte necesaria en los procedimientos sancionatorios”¹⁴⁵.

Finalizamos el catálogo de expositores patrios con Caldera, quien mantiene la línea de pensamiento que sus predecesores:

“34.3.3. Los procedimientos Disciplinarios y el Principio Constitucional del Debido Proceso

El inciso segundo del artículo 114 del Estatuto vigente establece que para la aplicación de una medida disciplinaria, es preciso que los hechos o las conductas que la motivan hayan sido acreditadas, previamente “mediante investigación sumaria o sumario administrativo”. Ambos procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria y, materialmente, de sustancia cuasi jurisdiccional, deben respetar los principios del debido proceso legal.

(...)

...dicha garantía (el debido proceso) comprende no solamente a los procesos propiamente jurisdiccionales, que enfocados desde el punto de vista orgánico o subjetivo se tramitan ante los tribunales de justicia, sino que, también, a los procedimientos administrativos disciplinarios”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ALBORNOZ GABILAN. Op. cit., pág. 45.

¹⁴⁶ CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, primera edición. Santiago. Ediciones Parlamento Limitada. 2001, 607 p. Pág. 432.

b) Doctrina extranjera.

Casi la totalidad de los países que adscriben al sistema democrático consagran al debido proceso como derecho fundamental a nivel constitucional. Destacamos la doctrina colombiana, por hacerse cargo del tema en relación a la sanción administrativa:

“...si bien la Constitución no presenta una disposición explícita que faculte a la administración para imponer sanciones, lo cierto del caso es que positiviza en un artículo la obligación que ésta tiene de aplicar el debido proceso en sus actuaciones.

Si la Carta consagra el derecho al debido proceso, ello quiere significar que el ciudadano tiene el derecho subjetivo de reclamarlo cuando él sea el sujeto pasivo de un procedimiento administrativo en que está involucrado.

Está previendo la norma superior que cualquier persona puede ser sujeto de una pena de tipo administrativo, y que está protegido con la disposición constitucional de un debido proceso. O sea que al individuo no se le puede imponer una sanción sin la observancia rigurosa de dicha garantía”¹⁴⁷.

Otro autor colombiano, Hernández Vásquez, adhiere a esta línea de pensamiento:

“En esta forma pretendemos que se dé cumplimiento en materia de contravenciones administrativas al principio o garantía constitucional del debido proceso, o mejor aún, que en su juzgamiento y sanción, se llene a cabalidad el requisito de la legalidad del juez y de la legalidad del proceso”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ OSSA ARBELAEZ, Op. cit., pág. 124.

¹⁴⁸ HERNANDEZ VASQUEZ, Jairo. El derecho penal administrativo en Colombia. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, 1974. 342 p. Pág. 317.

Nieto, en uno de sus artículos, invoca una cita francesa de hace 100 años, relativa al derecho disciplinario pero que contiene un germen de las ideas planteadas en este momento:

“las penas disciplinarias que antes se imponían arbitrariamente y sin procedimiento alguno por los jefes jerárquicos, tienden cada vez más a ser impuestas por una jurisdicción y como consecuencia de un procedimiento destinado a proteger eficazmente el derecho de defensa”¹⁴⁹ (el subrayado es nuestro).

Por lo demás, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su aplicación igualitaria a todo ciudadano, no es justo que un ciudadano tenga menos garantías si es sometido a proceso ante un juez, que ante un órgano administrativo. En idéntico sentido se pronuncia Prieto Sanchís, quien al respecto dice:

“la libertad humana que la Constitución asegura, no puede verse peor protegida ante los jueces que ante la Administración. Por el contrario, sería verdaderamente absurdo que frente al poder ejecutivo, que es el menos propicio a las libertades, según dice Rivero (37), el ciudadano se viese más desarmado que frente al Poder Judicial”¹⁵⁰.

El expositor argentino Comadira decide hablar derechamente de “debido proceso adjetivo” en el proceso administrativo:

“...uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto del derecho de los interesados al “debido proceso adjetivo”...

¹⁴⁹ GILBERT, Santel. La discipline des fonctions publiques. 1912. En: NIETO GARCÍA, Alejandro. Problemas Capitales del Derecho Disciplinario, Op. cit., pág. 81.

¹⁵⁰ PRIETO SANCHIS. Op. cit., pág. 114.

(...)

El concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el del “debido procedimiento previo a todo acto administrativo” del cual el “debido proceso adjetivo” constituye sólo una manifestación especial...”¹⁵¹.

Complementa la visión de los autores españoles, desde una perspectiva de derechos humanos a nivel continental, Parada, quien señala que:

“...la potestad sancionadora de la Administración debe ejercerse de acuerdo con las garantías establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales...y consiguiente jurisprudencia del Tribunal Europeo, que hay que entender se sobreponen a cualquier regulación legal o doctrina jurisprudencial de cualesquiera tribunales españoles, incluido el Tribunal Constitucional”¹⁵².

Desde la doctrina colombiana, Ossa Arbeláez señala el beneficio de exportar instituciones garantísticas desde otras áreas del derecho al derecho sancionador-administrativo:

“Son numerosos los ejemplos de normas legales e instituciones que trasuntan garantías jurídicas incorporadas al actual derecho administrativo, en beneficio de los habitantes o administrados, quienes hoy pueden oponer con validez sus pretensiones frente a prerrogativas estatales....En el Estado de derecho tiene plena vigencia todo lo atinente al debido proceso legal en el ámbito de la administración pública”¹⁵³.

Un exponente que efectúa un análisis panorámico sobre el tema en América Latina es Brewer-Carias:

¹⁵¹ COMADIRA, Juan Rodolfo, y ESCOLA, Héctor. Derecho Administrativo Argentino. Ciudad de México. Editorial Porrúa, 1151 p. 2006. Pág. 853.

¹⁵² PARADA, José. Derecho Administrativo I. Parte General. Madrid. Editorial Marcial Pons, décimocuarta edición. 686 p. 2003. Pág. 497.

¹⁵³ OSSA ARBELAEZ, Op. cit., pág.180 y 181.

“El procedimiento administrativo, a pesar de la informalidad, debe garantizar la situación jurídica de los administrados, conforme a las reglas del debido procedimiento, las cuales tienen primacía ante los demás principios.

La expresión “debido proceso” puede decirse que comenzó a formar cuerpo, en sus inicios, en Argentina y Uruguay por la traducción del término *due process*; por ello la expresión “debido proceso” está acuñada sólo en las leyes de Argentina y de Uruguay”¹⁵⁴.

El tratadista argentino Dromi es categórico al resaltar que el procedimiento administrativo no es jurisdiccional:

“4) El procedimiento administrativo no es jurisdiccional. Los actos que dicta la Administración dentro de un procedimiento administrativo no están sujetos al régimen jurídico de los actos jurisdiccionales, sino al de los actos administrativos. Es impropio pretender que la Administración ejerza funciones judiciales. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (LNPA), asegura la revisión judicial de todos los actos administrativos (arts. 23 y 24)”¹⁵⁵.

En Argentina también podemos encontrar una opinión en la misma línea precedente, en manos de Gordillo:

“Los órganos administrativos no realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se sigue de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen “procedimientos administrativos”, sea que se

¹⁵⁴ BREWER-CARIAS, Allan. Principios del procedimiento administrativo en América Latina. Ciudad de México. 344 p. 2003. Pág. 261.

¹⁵⁵ DROMI, José Roberto. Derecho administrativo, onceava edición. Buenos Aires. 1630 p. 2006. Pág. 279.

trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado (entes autárquicos, etc.)”¹⁵⁶.

Para cerrar este estudio, quisiéramos efectuar la última cita de los partidarios de la idea sostenida sobre la relación debido proceso/Administración, encontrada en Costa Rica, así, la profesora Vargas López sostiene que:

“es fundamental fortalecer la *“visión garantista”* que debe orientar todo procedimiento administrativo sancionador”¹⁵⁷.

c) Jurisprudencia nacional.

A nivel nacional también escuchamos voces a favor de la idea sobre debido proceso planteada en el Poder Judicial, al respecto ya se pronunció el Tribunal Constitucional argumentando lo siguiente en diversos fallos:

“esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables”¹⁵⁸.

“El artículo 19 N° 3 de la Constitución consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que formule la autoridad administrativa...”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo, novena edición. Ciudad de México. Editorial UNAM, Porrúa y FDA, 866p. 2004. Pág. 279.

¹⁵⁷ VARGAS LOPEZ. Op. cit., pág. 69.

¹⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 3.073-2009.

¹⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 389-2003, citado en SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 167.

En este fallo, el Tribunal Constitucional reconoce un verdadero historial de reconocimiento a la vigencia al debido proceso en sede sancionadora:

“Séptimo: Que la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno, pues ya hace cuarenta años, la Corte Suprema interpretó que la voz “condenados” del artículo 11 de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas”¹⁶⁰.

Dando especial énfasis en la aplicación del debido proceso durante el ejercicio de potestades sancionatorias, esta vez vinculado con el principio de legalidad:

“...este tribunal ha señalado recientemente que “los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales.

Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido” (Rol N°437, de 21 de abril de 2005)”¹⁶¹.

“**DECIMONOVENO:** Que la aplicación de las sanciones por la autoridad tiene distintos tipos de garantías. Por de pronto, hay un procedimiento administrativo sancionador (artículo 7°), el que contempla la posibilidad de

¹⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 616-2006.

¹⁶¹ Ibid.

formular descargos, solicitar prueba, presentar recursos administrativos (artículos 17 y 18 a)”¹⁶².

Este tribunal a continuación, realiza una labor de síntesis de la doctrina de aplicar debido proceso en sede administrativa, adoptada por él mismo en reiterados y recientes fallos, da cuenta de esto en la sentencia Rol 1518 de 2009:

“VIGESIMOCUARTO: Que, a su vez, esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que “no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos”. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que “los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi” (sentencia rol N° 244, considerando noveno, y, más recientemente, en los autos rol N° 480)”¹⁶³.

Continúa el Tribunal señalando, en el voto de minoría del mismo fallo citado, en dos considerandos que, no se trata de que sólo las garantías constitucionales se cumplan **dentro** del procedimiento administrativo sancionador, sino que, **el procedimiento, en sí, es una garantía:**

20. Que este Tribunal ha reconocido la importancia del procedimiento administrativo como garantía para los derechos de las personas. En primer lugar, porque lo ha considerado una manifestación de lo establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Así ha señalado: “Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios

¹⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 2264-2013.

¹⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1518-2009.

del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales.

Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;” (STC 437, 21.04.2005)”¹⁶⁴.

“22. Que no puede, en consecuencia, desconocerse que el procedimiento administrativo es una garantía para las personas”¹⁶⁵.

En el fallo a propósito del caso de “colusión de los pollos”, este Tribunal plantea otro argumento para trasladar las garantías penales al ámbito administrativo-sancionador: el hecho de que, la potestad sancionadora de la administración puede lesionar la libertad personal y la seguridad individual, reconocida a nivel constitucional en el artículo 19°, numeral séptimo de la Constitución Política:

“En particular, cuando el ejercicio de la potestad punitiva de la Administración afecta la libertad personal o la seguridad individual del mismo modo en que puede afectarlas una causa criminal, nace un

¹⁶⁴ Ibid, págs.52 y 53.

¹⁶⁵ Ibid, pág. 55.

argumento para invocar las garantías propias del segundo procedimiento (penal)¹⁶⁶(el subrayado y el paréntesis son nuestros).

Sin embargo este fallo acepta de manera restringida la aplicación del debido proceso, ya que los recurrentes también invocaron la aplicación de la garantía de no incriminación consagrada en el artículo 19° N° 7°, letra f), rechazada finalmente por la magistratura constitucional. Creemos que habría sido correcto abarcar también dicha garantía, ello habría sido más provechoso para la vigencia del debido proceso en sede sancionadora ya que no hay norma similar, ni en las normativas respectivas ni en la ley 19.880 que garantice dicho derecho básico del presunto culpable.

Por último en una categórica sentencia dictada este año, el Tribunal resalta dos cosas que hemos reiterado en este trabajo, que potestades sancionadoras de la Administración no implican jurisdicción, y que además en el ejercicio de éstas rige el debido proceso:

“En primer lugar, la sanción administrativa es un acto administrativo, que se dicta después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa (STC 124/1991, 725/2008, 1413/2010). El hecho de que sea un acto administrativo implica descartar que se trate del ejercicio de funciones jurisdiccionales (STC 766/2008, 1183/2009, 1518/2010, 2381/2013).

En segundo lugar, dichas sanciones deben cumplir dos tipos de garantías. Por una parte, garantías sustantivas. En este sentido, esta Magistratura ha señalado que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, han de aplicarse, por regla

¹⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 2381-2012.

general y con matices, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado (STC 294/96, 479/2006, 480/2006, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013). Por la otra, deben cumplir garantías vinculadas al debido procedimiento. El legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc. (STC 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013)”¹⁶⁷.

La Corte de Apelaciones, en tanto, se pronuncia a favor de la aplicabilidad del debido proceso en fallo del año 2006:

“...aun cuando se trate de asuntos correspondientes a la denominada potestad administrativa sancionatoria, su procedimiento, substanciación, determinación y comprobación de las infracciones y sanciones aplicables, deben fundarse en las mismas garantías materiales y procesales contempladas como base fundamental de nuestro ordenamiento, so pena de convertirse en una instancia discrecional irrespetuosa de los derechos de las personas”¹⁶⁸.

d) Jurisprudencia extranjera.

En similar sentido a la objeción hecha por Soto Kloss a aplicar debido proceso, jurisprudencia española niega carácter jurisdiccional a órganos administrativos, y por ende la aplicación del debido proceso en sede administrativo-sancionadora. En fallo del año 2005 se señaló que:

¹⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 2264-2013.

¹⁶⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 2078-2005, citado en SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 51.

“no resulta aplicable al procedimiento disciplinario sancionador, toda vez que la interpretación jurisprudencial del término proceso es estricta, centrándose únicamente en las actuaciones jurisdiccionales...”¹⁶⁹.

En el mismo sentido anterior se expresa el Tribunal Constitucional español en sentencia del 2004:

“De conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos...

...en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales”¹⁷⁰.

Ahora bien, con respecto a estos fallos hay que advertir que son acotados a cierta época y además uno de los fallos a citar proviene de la justicia militar, la cual siempre se ha caracterizado por pretender ser distinta en su naturaleza a la justicia civil, y por consecuencia, exceptuada de cumplir con el debido proceso, pretensión que se debate hoy en día en nuestro país pero que no es tema de

¹⁶⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, SALA DE LO MILITAR. 21 de noviembre de 2005, rec. 103/2004. En: SOTOMAYOR ALARCON, Luisa, capítulo redactado en REBOLLO PUIG, Miguel, Derecho administrativo sancionador. Madrid, Primera edición. 2009. Pág. 551.

¹⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 74-2004.

este trabajo. Como se podrá ver estos planteamientos judiciales son superados por la misma jurisprudencia posterior. Véase los siguientes fallos:

“exigencia constitucional (...) toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE (que consagra el debido proceso a nivel constitucional) (...) la vigencia de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el cual debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional”¹⁷¹ (el paréntesis es nuestro).

“partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24 CE”¹⁷² (el subrayado es nuestro).

“reiterada doctrina constitucional, que constituye ya un consolidado cuerpo jurisprudencial, sobre la *extensión de las garantías procesales del art. 24.2 CE*, en particular del derecho a la prueba, *al procedimiento administrativo sancionador*”¹⁷³.

Continuando con la jurisprudencia constitucional extranjera, vemos que la Corte Constitucional colombiana también apoya la postura expuesta:

“El ejercicio de la potestad sancionadora administrativa está subordinado a las reglas propias del debido proceso. El Constituyente de 1991 hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 superior), por lo que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias”¹⁷⁴

¹⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 243-2007.

¹⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 54-2003.

¹⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 157-2000.

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-595-2010.

(..)

“no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas”¹⁷⁵.

Jurisprudencia de Derechos Humanos también ha hecho sus consideraciones a este crucial tema, y de hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema hace ya varios años. En 1998, expone:

“en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (entiéndase incluido también administrativo) el artículo 8 (Pacto de San José) no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes, y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”¹⁷⁶ (los paréntesis y subrayados son nuestros).

Y la segunda resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2006, dice así:

“conforme al voto de mayoría, a los órganos jurisdiccionales propiamente tales se les exigirá un debido proceso procesal con todas las garantías que enuncia el artículo 8° de la Convención y al órgano administrativo, en cambio, se le deberán aplicar sólo algunas de las garantías que el artículo

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Paniagua Morales y otros vs Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998. En: CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 201.

8° de la Convención en cuanto a garantizar la interdicción de la arbitrariedad en la decisión estatal”¹⁷⁷ (el subrayado es nuestro).

El razonamiento anterior no sólo lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además se ha difundido en gran parte de Latinoamérica, es así como la Comisión Andina de Juristas redactó en el año 2001 un análisis sobre el debido proceso a propósito de los tribunales constitucionales de Colombia, Perú y Bolivia, en el cual manifiesta:

“si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”¹⁷⁸ (el subrayado es nuestro).

De todo el análisis anterior se podría concluir que la Administración no ejerce jurisdicción al igual que el Poder Judicial por medio de sus jueces, sin embargo ello no es así, es necesario hacer una aprensión al respecto, ya que, con respecto al fin que persigue la Administración al ejercer potestades sancionadoras mediante los correspondientes órganos dotados de ellas por ley expresa, prima el interés público, lo cual se fundamenta en las bases del Derecho Administrativo Sancionador y el concepto de sociedad de riesgo,

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Claude Reyes y Otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, denuncia N° 12.108. En: ALBORNOZ GABILAN, Op. cit., pág. 35.

¹⁷⁸ COMISION ANDINA DE JURISTAS PERU. [s.a.] El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia. 2005. En: GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. Op. cit., pág. 19.

analizados al principio del presente trabajo.

Muy distinta es la situación respecto del proceso judicial, porque en éste prima el interés particular de resolver un conflicto de relevancia jurídica, de manera tal que, en el actuar del Juez no busca satisfacer interés alguno.

Esta radical diferencia entre la sede administrativa y aquella judicial repercute en cómo se concibe y aplica el debido proceso en una y otra sede, y es otra de las causas por las cuales jurisprudencia y doctrina repite una y otra vez que, los principios de una se aplican a otra con matices.

1.-La Administración no ejerce jurisdicción. Diferencias en cuanto al ejercicio de ésta y de la potestad sancionadora.

a) Doctrina nacional:

La diferencia entre jurisdicción y potestad sancionadora de la Administración encuentra respaldo a nivel nacional, y es así como Moraga Klenner señala a propósito de ella que:

“mientras la jurisdicción se ejerce para establecer cuál es el derecho aplicable en cada caso de conflicto, la actividad administrativa hace un uso instrumental del derecho en vistas de una función pública que debe cumplir, predispuesta por la Constitución o las leyes”¹⁷⁹ (el subrayado es nuestro).

¹⁷⁹ MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado, tomo VII. Editorial AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile, Primera Edición. Santiago, 574 p. 2010. Pág. 172.

Destacamos “uso instrumental del derecho” en la cita anterior ya que, concuerda plenamente con el fin instrumental del Derecho Administrativo Sancionador de prevenir y amparar a la ciudadanía de los efectos de la sociedad del riesgo, y lo mismo hicimos con “función pública” por ser análoga a “interés público”.

Avendaño Uribe es conteste en plantear que, los órganos administrativos dotados con potestad sancionadora no ejercen funciones jurisdiccionales:

“La hipótesis planteada es que los órganos de la Administración de Estado no ejercen funciones jurisdiccionales, pues no cumplen con los requisitos mínimos para que así sea, requisitos relacionados principalmente con criterios como: la independencia, imparcialidad y permanencia entre otros, por lo tanto estos entes no harían más que ejercer funciones simplemente administrativas”¹⁸⁰.

La autora profundiza su concepto de “órganos administrativos como órganos con funciones simplemente administrativas”, y debido a lo extenso de aquél pronunciamiento es que lo situamos al pie de página¹⁸¹.

¹⁸⁰ AVENDAÑO URIBE, Jessica. El debido proceso como derecho fundamental en la actividad administrativa. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 30 p. 2003. Pág. 3.

¹⁸¹ “Para los profesores Ferrada y Bordalí, la función jurisdiccional es la que ejercen los tribunales y jueces establecidos de conformidad a la Constitución y las leyes, ya sean del Poder Judicial como también otros tribunales especiales. La función jurisdiccional es sinónima de la función judicial, y no es procedente diferenciarla, las funciones que ejercen otros entes como los de la administración, fuera de un proceso, mediante actos administrativos específicos, no puede ser entendida por estos autores como una función jurisdiccional.

Así, si bien la Constitución entrega al legislador la determinación de la organización y atribuciones que fueran necesarias para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, la misma Constitución impone ciertos requisitos para que tales órganos creados por el legislador puedan ser considerados verdaderos tribunales.

b) Doctrina extranjera:

Si bien hay consenso doctrinal sobre la aplicación del debido proceso a los procedimientos seguidos ante órganos administrativos dotados de potestad sancionadora, ello no significa que dichos órganos posean jurisdicción, de manera tal que hay que considerar a ésta como un concepto exclusivo de procesos ante órganos jurisdiccionales.

Los profesores españoles Gómez Tomillo y Sanz Rubiales concuerdan con concebir a la potestad sancionadora como propia de la Administración sin considerar a ella ejercicio de jurisdicción:

“...parece claro que carece de sentido propugnar una identificación entre las garantías del Derecho procesal penal y las propias del procedimiento administrativo sancionador que implicaría una reproducción por parte de la

Este ente creado legislativamente debería ser permanente, independiente, imparcial, dictar el derecho irrevocablemente, la actividad jurisdiccional debería expresarse por medio de resoluciones judiciales debidamente motivadas. Si no se cumplen estos requisitos habría que concluir que estos órganos desarrollan funciones administrativas o legislativas y, por lo tanto, siempre controlables por la jurisdicción, en el ámbito que le es propio.

La posibilidad de que un órgano administrativo tenga funciones de tutela de los derechos e intereses de los individuos, podría considerarse un camino previo a la jurisdicción pero no como jurisdicción misma. Por lo tanto, no bastaría con que el legislador cree un ente que denomine “tribunal” sino que constitucionalmente tiene que serlo, de acuerdo a la estructura orgánica y la función que desarrolla.

No cabe duda, que la postura que señala que los órganos administrativos deben respetar la garantía del debido proceso en su actuación, buscan proteger a los individuos frente a la Administración, sobre todo teniendo en cuenta la desproporcionada diferencia de poder existente entre esta y los administrados. Pese a ello, es necesario recordar la inevitable situación de dependencia en que se encuentran muchas veces estos órganos debido a su estructura jerárquica, lo que les resta imparcialidad al momento de enfrentarse ante un conflicto, más aún si existen intereses de la Administración involucrados en el problema.

Queda claro, de esta forma, que si bien la doctrina mayoritaria esta por aceptar que los órganos administrativos ejercen funciones jurisdiccionales, la discusión aún no se encuentra zanjada, existiendo argumentos que podrían hacernos concluir lo contrario”. Ibid, pág. 13.

Administración del proceso jurisdiccional, con lo que se perderían las ventajas de atribuir potestad sancionadora a aquella”¹⁸².

Ponce Solé es otro peninsular que adhiere a esta doctrina como podemos ver:

“Ello explica las diferencias existentes entre la imparcialidad de los agentes administrativos (103 CE) y la independencia judicial (117.1 CE), por cuanto los primeros deben servir a los intereses generales, de los cuales son depositarios, defendiéndolos en caso de conflicto con los intereses privados, individuales o colectivos, que puedan dañarlos, en tanto que los segundos no son portadores de ningún interés, sino que se sitúa en una posición de superioridad y desvinculación de las partes, limitándose a la aplicación del Derecho en base a razonamientos jurídicos”¹⁸³.

Carretero Pérez y Carretero Sánchez son otros exponentes alineados en esta posición:

“Los principios matizados (penales) derivan de una interpretación finalista de los principios esenciales, para que lo sea en la medida necesaria...(…)”

El matiz es subjetivo en el Derecho Sancionador, porque en este campo actúa un órgano ni neutral ni imparcial. No se le exige la imparcialidad de un juez”¹⁸⁴...(el paréntesis es nuestro).

Siguiendo con la comparación, pero contrastando con el proceso penal, verifican las mismas diferencias:

“...la diferencia con el proceso penal radica en la rapidez de la acción administrativa derivada de la ejecutoriedad y de que la Administración es juez y parte y no un órgano independiente de los litigantes. Pero a pesar

¹⁸² GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Op. cit., Pág 113.

¹⁸³ PONCE SOLE, Julio. Deber de Buena Administración y Derecho Al Procedimiento Administrativo Debido: Las Bases Constitucionales Del Procedimiento Administrativo y Del Ejercicio de la Discrecionalidad. Madrid. Editorial Lex Nova, 2001. 862 p. Pág. 260.

¹⁸⁴ CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 304p. 1995. Pág.105.

de ello, han de salvarse las garantías de defensa de los administrados...(...) aunque la Administración no sea imparcial como los Tribunales, sino sujeta a obrar con objetividad...”¹⁸⁵(los subrayados son nuestros).

Dromi es incisivo y preciso en este tema, y aclara que no hay actividad jurisdiccional en el ejercicio de la potestad sancionadora en dos puntos:

“c) La Administración no es independiente

El órgano administrativo a veces es juzgador parcial, por ser parte interesada, pero siempre está sujeto a órdenes e instrucciones. La Administración carece del presupuesto político-jurídico, que da razón de esencia y justificación de existencia al Poder Judicial: La independencia. El órgano administrativo no puede estar equiparado a un tribunal judicial. *El poder Ejecutivo no puede sustituir a los jueces.*

d) El procedimiento administrativo no es jurisdiccional

Entre la <<jurisdicción administrativa especial>> y la <<actividad arbitral de la Administración>>, no hay casi diferencia. Un tipo de jurisdicción especial es la actividad administrativa de contenido arbitral, por lo que un órgano administrativo resuelve controversias entre particulares. La *Administración puede* actuar en forma análoga a la de un juez, sin serlo”¹⁸⁶.

En la misma línea de los expositores anteriores, Parada sintetiza la especial posición de la Administración que la diferencia de la Jurisdicción:

“Sobre las diferencias entre proceso judicial y procedimiento administrativo, señala GIANNINI que el proceso posee el máximo de complejidad formal, lo que es debido a la particular dignidad del órgano ante el cual se desarrolla en el que el Juez está en posición de *terzietà* e independencia respecto de las partes; por el contrario, en el procedimiento administrativo hay menor solemnidad en las secuencias de los actos y menor rigor preclusivo, desarrollándose ante una autoridad que es, a la

¹⁸⁵ Ibid, pág. 198.

¹⁸⁶ DROMI, José. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Grouz, 261 p. 1986. Págs. 163 y 164.

vez, juez y parte”¹⁸⁷.

Sayagués Laso distingue y pone énfasis en la diferencia entre sentencia y acto administrativo, la cual además desarrollamos en este trabajo:

“La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada”¹⁸⁸.

c) Jurisprudencia extranjera

En Colombia, la corte constitucional colombiana ha retratado la naturaleza diversa del procedimiento administrativo sancionador en contraste con aquél jurisdiccional:

“La imparcialidad de los órganos de la administración al pronunciar decisiones definitivas que afectan los derechos de las personas, en cuanto aplican el derecho al igual que los jueces, no obstante admitirse por la doctrina administrativa el interés de la administración en la solución del conflicto, según lo demanden los intereses públicos o sociales, comporta para aquéllos la asunción de una conducta recta, ausente de todo juicio previo o prevenido, acerca del sentido en que debe adoptarse la decisión”¹⁸⁹.

Otra sustancial diferencia podemos hallar entre la jurisdicción y la potestad sancionadora de la Administración si nos enfocamos en la forma de concluir uno y otro proceso (un procedimiento sancionatorio y uno judicial propiamente

¹⁸⁷ PARADA, José. Op cit.. Pág. 209.

¹⁸⁸ SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, cuarta edición. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1310 p. 2002 Pág. 426.

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° T-1034-2006.

tal). Si la administración efectivamente ejerciese jurisdicción, entonces al momento de sancionar lo haría mediante el acto jurídico procesal **sentencia**, sin embargo ello no es así, tal como se demostrará en las líneas siguientes de este trabajo.

El acto jurídico por medio del cual la Administración lleva a la práctica la potestad sancionadora, es el **acto administrativo**, institución completamente distinta a la sentencia judicial, en sus orígenes, efectos, características, entre otros. Importa para los fines de este trabajo el acto administrativo en cuanto éste puede ser eventualmente un **acto de gravamen** para su destinatario, el que, acorde a la clasificación de estos actos según su contenido efectuada por Moraga Klenner, está dentro de aquellos que:

“restringen o limitan la esfera jurídica de la persona (...) son los que la afectan negativamente, incidiendo en el destinatario por vía de restricción o regulación del ejercicio de un derecho subjetivo de que es titular o de un interés legítimo”¹⁹⁰.

A fin de dar el necesario énfasis a este aspecto fundamental de nuestro trabajo, cual es diferenciar la potestad sancionadora del ius puniendi, dedicamos un paralelo a las distintas cualidades del acto administrativo y la sentencia judicial.

1.a.- Diferencias entre Sentencia y Acto Administrativo.

-La sentencia pertenece al conjunto de las resoluciones judiciales, las

¹⁹⁰ Ibid.

cuales se definen como: "acto jurídico procesal que emana de los agentes de la jurisdicción, mediante el cual dan curso al procedimiento, resuelven los incidentes que se promueven durante el curso de él o deciden la cuestión o asunto controvertido sometido a su decisión"¹⁹¹. En particular, sentencia, considerada como un término aislado sin calificarla de definitiva se concibe como:

"Acto judicial que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones mantenidas por los antagonistas luego de evaluar los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto, con carácter general"¹⁹².

El acto administrativo en cambio, es "una decisión formal que emite un órgano de la Administración del Estado, en el que se contienen declaraciones de voluntad, de dictamen o de juicio, constancia o conocimiento, y que se realiza en el ejercicio de una potestad pública o dentro de la competencia que le ha atribuido la CPR o la ley"¹⁹³, definición que nos parece la más adecuada puesto que, en palabras de su propio autor, "sigue de cerca al artículo 3 de la

¹⁹¹ MATURANA MIQUEL, Cristián. Algunas disposiciones comunes a todo procedimiento y aspectos generales de la prueba. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. 63 p. 2010. Pág. 50.

¹⁹² ALFARO, Sergio. Apuntes de estado: Derecho procesal. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, [s.a.] En: FUNDACIÓN WIKIMEDIA INC. Wikipedia, la enciclopedia libre. 2001. [en línea]. <<http://es.wikipedia.org/wiki/Sentencia>> [consulta: 8 mayo 2012].

¹⁹³ MORAGA KLENNER. Op. cit., pág. 85.

LBPA¹⁹⁴.

Importante también es tener a la vista el concepto dado por la jurisprudencia administrativa sobre acto administrativo:

“una declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función [léase: en ejercicio] de una potestad administrativa, y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él”¹⁹⁵.

Con todo, hay autores que prefieren calificar de “acto sancionatorio” al acto administrativo, de esta manera:

“Los *actos sancionatorios* se refieren a aquellos que imponen penas que son aplicables por vía administrativa, cuando se han infringido las normas relacionadas con la forma como debe ejercerse la función pública o la gestión fiscal. En virtud de ellas, la administración puede imponerlas, por inobservancia de deberes hacia la misma”¹⁹⁶.

No hay texto legal, en nuestro país, que defina que es “sentencia” a secas, si no que ésta es tratada a partir de sus distintos tipos, tales como “sentencia definitiva”, “sentencia de término” o “sentencia que causa ejecutoria”. Hay, en cambio, una definición legal de Acto Administrativo, en el artículo tercero de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos:

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. 2000. dictamen N° 5.380. En: MORAGA KLENNER. Op. cit.

¹⁹⁶ BOQUERA OLIVER, José María. Estudios sobre el acto administrativo. Madrid. Editorial Civitas.462 p. 1990. Pág 180.

"Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública".

-En segundo lugar, la sentencia se halla regulada en cuanto a sus requisitos en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 170, en tanto que, al acto administrativo no hay norma que regule específicamente los requisitos que debe cumplir, siendo la doctrina administrativista quien en definitiva se aboca a esa labor, esbozando para dichos efectos los siguientes requisitos: 1) Constituir declaración de voluntad orgánica, 2) Manifestada en la forma prescrita por la constitución y la ley, 3) presencia de autoridad administrativa y 4) existencia y ponderación de determinados supuestos de hecho y derecho; y la producción de efectos jurídicos.

De todas maneras son las formas que puede tomar el acto administrativo según el artículo 3 de la ley de bases, decreto supremo, resolución, dictámenes, declaraciones de juicio, entre otros, las que están sometidas a regulación en cuanto a sus requisitos formales, así por ejemplo, todo decreto supremo debe cumplir con los requisitos enumerados en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Ministerios.

-En tercer lugar, en cuanto a la materialidad que contiene uno y otro: en la sentencia se produce una tautología, hay identidad entre la sentencia/declaración del derecho por el juez y la sentencia/acto que la

contiene, ambos son nombrados indistintamente; en cambio, el acto administrativo puede tomar la forma de decreto supremo o resolución, conforme a lo que prescribe el artículo tercero de la ley 19.880. El acto administrativo entonces, en cuanto decreto supremo o resolución deberá cumplir con los requisitos propios de uno u otro respectivamente.

-En cuarto lugar, el acto administrativo puede ser ejecutado inmediata y directamente por la Administración, en virtud de su carácter de exigibilidad, que fluye del inciso final del artículo 3 de la LBPA; no así la sentencia judicial, la que, por regla general requiere de un procedimiento compulsivo adicional y posterior a aquél en que se dictó la misma.

-La sentencia firme y ejecutoriada produce cosa juzgada, que es el “efecto de las resoluciones judiciales señaladas por la ley en virtud del cual su contenido puede cumplirse a favor del que ha obtenido en el pleito, e invocarse por todos aquellos a quienes aprovecha el fallo para impedir que la cuestión resuelta pueda ser objeto de un nuevo proceso”¹⁹⁷. No produce tal efecto ni similar el acto administrativo, el que, por el contrario, puede ser revisado e invalidado a posteriori, tal como se ha señalado reiteradamente en este trabajo.

-Si bien ambos son impugnables mediante determinados recursos, el régimen legal de impugnación es muy distinto en uno y otro caso, incluso en

¹⁹⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el Derecho Chileno. Santiago. Editorial Jurídica. 142 p. 1980. Pág. 124.

sede administrativa encontramos instituciones propias tales como el solve et repete.

-La sentencia una vez que se halla firme y ejecutoriada no puede ser modificada ni alterada por el juez, en virtud del desasimiento del tribunal y la cosa juzgada. En cambio, el acto administrativo dictado en el marco de un procedimiento sancionador puede ser invalidado de oficio por la Administración, conforme al artículo 53 de la Ley de Bases respectiva. Incluso este acto puede ser revocado de oficio por la Administración, ya que la misma ley en su artículo 61 confiere facultades de revisión a la autoridad administrativa sancionadora correspondiente. Todo esto fuerza a concluir que la sentencia ofrece un grado mayor de seguridad jurídica y certeza que el acto administrativo, lo cual acarrea importantes consecuencias en la aplicación del ius puniendi comparada con la potestad sancionadora de la Administración.

Sección 2: El debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador:

Al momento de analizar la potestad sancionadora, pudimos probar que es radicalmente distinta al *ius puniendi* estatal. Tras esa comprobación, seguimos adelante con la construcción teórica de la potestad sancionatoria en cuanto al estudio de si su ejercicio constituye o no jurisdicción, y de esa disyuntiva tuvimos respuesta negativa. Llegamos al fin a un estado de estudio que nos permite comparar el debido proceso en sede penal con su correlato en sede administrativa, a fin de responder la interrogante central de este trabajo, planteada en la introducción, acerca de si hay o no imparcialidad en el debido procedimiento administrativo sancionador en Chile.

En primer lugar es necesario observar en detalle cómo se configura el debido proceso en base a los procedimientos penales, siempre eso sí teniendo en consideración que las comparaciones sean pertinentes con los fines de este trabajo.

En segundo lugar, y considerando el amplísimo catálogo de principios y garantías comprendidas dentro del concepto de debido proceso, es que nos enfocaremos solamente a todo lo relativo al principio de imparcialidad, núcleo de esta obra.

En virtud de lo anterior, es que se utilizará como criterio de distinción, un

análisis enfocado en la normativa aplicable a uno y otro estatuto (penal y administrativo sancionador), puesto que, de abocarnos más allá de lo normativo, como sería por ejemplo analizar los aspectos orgánicos y axiológicos (los principios) sería contradecir lo sostenido en este trabajo en cuanto a considerar distinto al *ius puniendi* estatal de la potestad sancionatoria administrativa.

Por último cabe advertir al lector que, aunque aún en este momento nos encontramos con dos ordenamientos jurídicos procesales penales vigentes, puesto que aún hay causas pendientes iniciadas bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, de manera tal que sólo nos enfocaremos en el Código Procesal Penal, el cual comenzó a regir en el año 2000 de manera gradual en las diversas regiones del país¹⁹⁸, ya que la principal razón de la reforma procesal penal fue dar al país una institucionalidad procesal penal inspirada en las garantías fundamentales y el debido proceso, principios rectores ausentes en el anterior ordenamiento, sin los cuales no es posible establecer un marco comparativo entre el proceso penal y el administrativo sancionatorio.

Hechas las consideraciones respectivas, veamos cómo aborda el debido proceso la normativa procesal penal en comparación con la administrativo-sancionadora:

¹⁹⁸ Ver el artículo 484 del Código Procesal Penal.

-No define el debido proceso, tan sólo hay una referencia a él en su artículo 13¹⁹⁹, a propósito de las sentencias extranjeras. De todas maneras se puede concluir de la parte programática del texto legal, consagrada en los primeros artículos, bajo el Título I “PRINCIPIOS BÁSICOS” que, en base a éstos, prima el debido proceso en toda la institucionalidad que regula este código, puesto que varios de estos artículos definen garantías integrantes del conjunto de elementos propios y mínimos del debido proceso, recordemos que no es una noción unívoca el debido proceso si no que reúne una pluralidad de elementos. Así encontramos al derecho al juez natural, la presunción de inocencia, derecho a defensa, entre otros.

La situación a nivel normativo es radicalmente distinta en sede administrativa, pues de partida, no se cuenta con un “código procesal administrativo-sancionatorio”, si bien como consignamos en una sección anterior de esta obra hay un antecedente al respecto cual es la ley 19.884, que de todas maneras es bastante útil para el análisis actual.

¹⁹⁹ Artículo 13.- Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros. Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente. En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado. La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes. (el subrayado es nuestro).

De la lectura de ésta se puede observar que nuestro legislador propuso, como principios fundamentales, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. El primero se cristaliza en tres mecanismos: formulación precisa de cargos, posibilidad de formular alegaciones y rendir prueba y, por último, la facultad de presentar recursos. El segundo en tanto, es de idéntica formulación a su símil penal, variando tan sólo en cuanto a la “no existencia de responsabilidad administrativa”²⁰⁰.

-En cuanto a la Imparcialidad, se ha desarrollado más profusamente por la doctrina procesal penal, tal y como se verá en el capítulo “La imparcialidad, parte general” de este trabajo. A nivel normativo la imparcialidad sólo es citada tangencialmente a propósito de la prueba testimonial y pericial²⁰¹.

Con posterioridad a este análisis de la normativa nacional veremos cómo se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, acerca del debido procedimiento administrativo sancionador.

a) Doctrina nacional:

Aguerrea Mella, teniendo a la vista lo fallado por nuestro Tribunal Constitucional en esta materia, concluye lo siguiente:

²⁰⁰ CHILE. Ministerio del Interior. 2004. MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LAS BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS Y QUE MODIFICA LA LEY N° 19.884. Marzo 2004. 21 p.

²⁰¹ Ver los artículos 309, 314 y 318 del Código Procesal Penal, respectivamente.

“De esta sentencia (rol 198 de 1995) cabe destacar dos aspectos que ayudan a configurar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de las potestades administrativas en general y que son especialmente aplicables a las de contenido sancionador.

En primer lugar, que la exigencia del previo y debido proceso legal como antecedente de la dictación de una “sentencia” por parte de un órgano que ejerza “jurisdicción” es plenamente aplicable a los actos que emiten los órganos que ejercen la función administrativa...”²⁰².

Destaca el hecho de se ha formado un verdadero bloque de jurisprudencia al respecto:

“El punto de vista procesal con que se han abordado por parte del Tribunal las potestades sancionadoras de la Administración, con especial énfasis en el debido proceso...ha dado lugar a una jurisprudencia profunda y uniforme. De ella se desprenden límites bien precisos a tales atribuciones, que hasta ahora habían gozado de un tratamiento laxo e indulgente por parte del legislador”²⁰³.

Por último, celebra que la doctrina administrativista patria esté alineada con esta postura:

“se ratifica lo sostenido por la mejor doctrina nacional en cuanto a que en los procedimientos administrativos, cualesquiera que sean, es enteramente aplicable el art. 19 N°3 de la Constitución y que las decisiones que emitan los órganos de la Administración deben basarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiéndole al legislador contemplar los elementos que lo hagan racional y justo”²⁰⁴(el subrayado es nuestro).

²⁰² AGUERREA MELLA, Pedro. Límites procesales a las potestades sancionadoras de la administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Santiago. Universidad Santo Tomás. 77-95. 2006. Pág. 82.

²⁰³ Ibid, pág. 95.

²⁰⁴ Ibid.

El Gobierno de Chile también ha abordado la temática del debido proceso en su Manual de Transparencia y Probidad, y es así como, dentro de los principios que rigen la responsabilidad administrativa, enumera el debido proceso, y se refiere en éstos términos a él:

“La ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 18, señala que en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la administración se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.

Esto se traduce en que el Estatuto Administrativo contemple diversas herramientas que permiten cumplir con el debido proceso, tales como la presencia de recursos en contra de las resoluciones de la autoridad; la obligatoriedad de notificar las resoluciones; *la posibilidad de inhabilitar a un fiscal parcial*; la existencia de un periodo de prueba, etc”²⁰⁵.

Otro autor que vale la pena enumerar dentro de este tema es Jorge Bermúdez, quien, dentro de la aplicación de principios penales a la potestad sancionadora de la Administración del Estado, habla de “Principio de Justo y Racional Procedimiento”, lo cual va vinculado necesariamente con el debido proceso ya que, luego de titular así la sección respectiva, parte explicando que:

“La Administración del Estado aplicará sanciones sujetándose al procedimiento establecido, respetando las garantías del debido proceso”²⁰⁶.

Aporta desde el punto de vista de las sanciones tributarias, pero siempre vinculando el tema con el debido proceso expone Angela Radovic, a

²⁰⁵ GOBIERNO DE CHILE. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Dirección Nacional del Servicio Civil, segunda Edición. Santiago. 189 p. 2009. Pág 150.

²⁰⁶ BERMUDEZ, Jorge. Las Relaciones Entre El Derecho Administrativo y El Derecho Común. Derecho Positivo, Doctrina y Jurisprudencia. Santiago. Editorial Legalpublishing . 134 p. 2012. Pág 116.

continuación sus explicaciones:

“La garantía de protección jurisdiccional consiste en el derecho del contribuyente a que las diferencias, controversias que puede mantener con el Fisco, sean resueltas siempre por un juez idóneo e independiente y a través de un procedimiento racional y justo”²⁰⁷.

Comentando las problemáticas de la jurisdicción tributaria, afirma que la solución es indudablemente la **separación de funciones**, fórmula que se aborda en la sección “Mecanismos de resguardo de la imparcialidad de este trabajo”:

“La garantía de protección jurisdiccional es seguramente el problema que presenta más diversas soluciones en el derecho positivo latinoamericano.

Desde un punto de vista puramente teórico, nos parece indiscutible que la función jurisdiccional no puede pertenecer a la administración acreedora del tributo. Esta concepción arranca del principio fundamental de que nadie puede ser juez de su propia causa.

La solución deseable es la de que los tribunales que deban fallar materia tributaria tengan una autonomía o independencia consagrada para estas operaciones en la Constitución, de la mayor amplitud posible, puesto que en esta solución está en juego la existencia misma del Estado de Derecho”²⁰⁸.

Aldunate Ramos, por su parte, entrega una definición de debido proceso enfocada especialmente al ejercicio de la potestad sancionadora:

“De acuerdo con este principio, el ejercicio de la potestad sancionadora que asiste a los órganos administrativos, debe someterse, a lo menos, a

²⁰⁷ RADOVIC SCHOEPEN, Angela. Sistema sancionatorio tributario, segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica. 241 p. 2010. Pág 68.

²⁰⁸ Ibid, pág. 70.

ciertas reglas procedimentales que garanticen la defensa de la persona a quien se imputa la perpetración de un hecho sancionable, salvo que ese hecho por su naturaleza sea susceptible de ser acreditado en forma objetiva mediante certificados o simple verificación”²⁰⁹.

Y como novedosa forma de garantizar debido proceso, propone la aplicación supletoria del sumario administrativo o investigación sumaria a todo caso en que se aplique potestad sancionatoria:

“Por tanto, previo a la aplicación de las sanciones que consulta la ley, deberá instruirse un sumario administrativo o una investigación sumaria, con el objeto de reunir los elementos de juicio que determinen la aplicación de una medida disciplinaria”²¹⁰.

Nos parece muy ilustrativo señalar a modo de síntesis, la enumeración elaborada por la profesora Camacho Cepeda sobre las exigencias del debido proceso en materia sancionadora:

-la actuación de órgano competente (artículo 7° de la CPR; artículo 8.1 de la CADH; y artículo 2° de la LOCBGAE);

-la investigación racional y justa a través un procedimiento tramitado (sic) en un tiempo prudencial (inciso 5° del N° 3 artículo 19 de la CPR); artículo 8.1 de la CADH y artículo 7° de la LBPA);

-la presunción de inocencia (inciso 6° del N°3 artículo 19 de la CPR);

-garantía de defensa pudiendo presentar alegaciones, aportar documentos y otros elementos de juicio que deberán ser tomados en cuenta por el órgano al resolver, así como hacer uso de asesor (inciso 2° del artículo 3° de la Constitución*²¹¹; y artículo 10 y letra f) del artículo 17 de la LBPA);

²⁰⁹ ALDUNATE RAMOS, Francisco Javier, La Responsabilidad Administrativa y Procedimientos Disciplinarios. Santiago. Editorial Puntotex, 162 p. 2011 .Pág. 33.

²¹⁰ Ibid, pág. 34.

²¹¹ *Entendemos que quiso referirse al artículo 19, N°3 inciso 2° de la Constitución, que consagra el derecho a defensa jurídica, y no al artículo 3 de la misma, el cual carece de inciso 2°.

-la imparcialidad de la autoridad administrativa y la motivación de las decisiones sancionadoras (artículos 6° y 7° de la CPR; artículos 11 y 12 de la LBPA);

-la transparencia que permita conocer el contenido y fundamentos de las decisiones sancionadoras (artículo 8.5 de la CADH; artículo 13 de la LOCBGAE y artículo 16 de la LBPA);

-permitir el conocimiento en cualquier momento del estado de la tramitación del procedimiento, obtener copias autorizadas de los documentos que rolan en el expediente (letra a) del artículo 17 de la LBPA);

-identificar a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos (letra b) del artículo 17 de la LBPA);

-ser notificados de las decisiones administrativas con las formalidades que establece la ley, en especial, para habilitar la ejecución de los actos administrativos terminales (artículos 45, 46 y 50 de la LBPA);

-la impugnabilidad de los actos administrativos sancionadores bien sea en sede administrativa o judicial (artículo 8.2h de la CADH; artículo 10 de la LOCBGAE y artículo 15 de la LBPA), y

-prohibición de ser doblemente sancionado por los mismos hechos, “*non bis in idem*” (artículo 8.4 de la CADH)²¹².

Terminamos este panel de expositores nacionales con una cita que resume todo lo discutido y concluido acerca de la situación de debido proceso en los procedimientos administrativos sancionadores, la cual refleja además nuestro sentir respecto del debate sobre su aplicación:

“En nuestra opinión, ya no es tiempo de efectuar añejas y conservadoras críticas al ejercicio de esta potestad por parte de la Administración, lo que nos enfrasca sólo en una torpe y burda discusión teórica, mientras en el día a día constatamos la necesidad de su existencia frente a las constantes violaciones a los valores e intereses que protege.

²¹² CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 202.

Por lo anterior, es que necesitamos un derecho administrativo sancionador operando en plenitud. Consideramos que el desafío consiste entonces, en propender al aseguramiento y promoción de procedimientos sancionadores que respeten plenamente las garantías constitucionales de los administrados, y que a su vez, permitan de manera expedita la práctica de estas facultades represivas por el ente administrador.

Precisamente, el ejercicio entre las prerrogativas sancionadoras de la Administración del Estado y las garantías constitucionales de los administrados, nos debe conducir en la búsqueda de soluciones al problemático e intrincado escenario que hasta el día de hoy nos presenta el derecho administrativo sancionador correctivo”²¹³.

b) Doctrina extranjera.

En armonía con lo que expusimos en este trabajo en especial en esta sección, el colombiano Ossa Arbeláez llega a la conclusión de que, es posible hablar e incluso definir, sin más ambages, de un **derecho procesal administrativo**. Su opinión no es aislada, sino que se sustenta en fallos de la Corte Constitucional Colombiana:

“De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley. Corte constitucional, sent T- 048 de 2008”²¹⁴.

“El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los

²¹³ CARCAMO RIGHETTI, Alejandro. La desmitificación del derecho administrativo sancionador correctivo. Análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Talca, Escuela de Derecho. Tomo I, 2007. Pág. 108.

²¹⁴ OSSA ARBELAEZ. Op. Cit., pág 235..

tribunales contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernantes. Sent T-442, julio 92²¹⁵.

Recapitulando entonces el primer capítulo de este trabajo, luego de haber emprendido las tareas consistentes en señalar qué es el derecho administrativo sancionador, estudiar a la potestad sancionadora de la Administración que permite distinguirlo de otras ramas del derecho (incluso dentro del mismo derecho administrativo), explicar sus fundamentos (sociedad del riesgo e interés público), revisar la relación entre esta rama del derecho con el derecho penal, explicitar por qué el procedimiento sancionador **tiene que ser un debido procedimiento sancionador** y por último, observar cómo opera el debido proceso en sede administrativo-sancionadora, queremos plantear que, hay efectivamente aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo sancionador, hecho que consta luego de leer detenidamente nuestra legislación en conjunto con una profusa doctrina y jurisprudencia chilena y extranjera sobre el tema.

Cabe destacar sin embargo, que este debido proceso no rige de la misma forma en este ámbito administrativo sancionador como en el procesal penal, ya que en éste se ejerce jurisdicción, en aquél en cambio no se ejerce dicha jurisdicción.

²¹⁵ Ibid, pág. 239.

Esto no obsta a que en un procedimiento administrativo sancionador se observe el debido proceso, pero este rige con distinta intensidad.

A la afirmación anterior arribamos luego de visualizar las características propias del procedimiento administrativo sancionador en Chile en general, sobre todo a la luz de la ley 19.880. Hemos detectado que su aplicación, si bien va orientada a establecer garantías mínimas a todo proceso de esa índole, no es suficiente para garantizar vigencia plena del debido proceso.

La transición desde un procedimiento en el cual no rige con plenitud el debido proceso, a uno donde esté garantizado su cumplimiento, la pudimos visualizar a propósito de la Reforma Procesal Penal, de manera tal que, sería deseable que el legislador, iniciara una reforma de este mismo tipo a los procedimientos administrativo sancionadores, ya que en estos últimos, están en juego garantías tan importantes como en aquellos de índole penal, las cuales pueden ser sobrepasadas si la Administración actúa con arbitrariedad, considerando además las diferencias entre la aplicación del ius puniendi propio de éstos procesos, versus la aplicación de la potestad sancionadora en aquellos.

Mientras algunos autores en alguna época daban énfasis a traspasar garantías de orden penal al procedimiento administrativo sancionador sin más, ignorando las obvias distinciones entre uno y otro ámbito, hoy se hace imperativo exportar las garantías de una a otra sede, pero mediante una reforma que remodele

institucionalmente a los procedimientos administrativo-sancionadores, respetando eso si, las debidas diferencias procedentes de la naturaleza de uno u otro proceso en cuanto a su materia.

Queda pendiente explicar los alcances de la imparcialidad, el más importante requisito del debido proceso considerando la naturaleza y cualidades de la Administración en todo procedimiento sancionador, en las distintas leyes en particular que consagran los respectivos y singulares procedimientos administrativos sancionadores, cuestión que se abordará en el segundo capítulo de este trabajo.

Capítulo 3

LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El principio de imparcialidad.

Una vez determinados previamente los conceptos de procedimiento administrativo sancionador y debido proceso, y establecida la relación entre ambos, estamos en condiciones de analizar cómo opera el principio de Imparcialidad en el proceso al cual eventualmente puede ser sometido un individuo ante un órgano administrativo dotado de potestad sancionadora.

Sección 1: La Imparcialidad, parte general.

Como su nombre lo sugiere, es una condición que debe cumplir el juez o bien el órgano jurisdiccional encomendado a resolver un conflicto de relevancia jurídica, consistente en carecer de vínculos con las partes en conflicto.

El Diccionario de la Real Academia Española lo define como aquella “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”²¹⁶. Desde el punto de vista de la doctrina

²¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 22^{ava} edición. 2001 [en línea]. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imparcialidad [consulta: 13 abril 2012].

procesal, la imparcialidad se define en relación al juez que ejerce la jurisdicción, en cuanto a que “éste debe ser imparcial, es decir, no debe poseer ninguna vinculación con las partes que le motive un designio a favor o en contra de alguna de las partes”²¹⁷.

Una definición más completa encontramos planteada en los siguientes términos:

“consiste en asegurar a las personas que son parte en un proceso que sus controversias serán decididas por un tercero que no tiene ningún interés en los resultados del juicio, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo”²¹⁸.

Por último, cabe destacar que, en opinión de Maturana y Montero, la imparcialidad para satisfacer el debido proceso debe comprender dos aspectos:

“Para que nos encontremos ante un debido proceso de ley, que permita el pronunciamiento de una sentencia para dar cumplimiento a la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, es menester como requisito *sine qua non* que el órgano jurisdiccional encargado de ejercer esa función sea imparcial.

Es de la esencia del ejercicio de la jurisdicción, que el órgano revista caracteres de imparcialidad, puesto que éste se sitúa *supra partes* para los efectos de imponerles la solución del conflicto. De allí, que el juez que ejerce la jurisdicción debe ser *imparcial*, es decir, debe ser una persona distinta a las partes en conflicto, e *imparcial*, esto es, no debe poseer

²¹⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento, Op. cit., pág. 16.

²¹⁸ GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. Op. cit., pág. 25.

ninguna vinculación con las partes que le motive un designio en favor o en contra de alguna de las partes”²¹⁹.

Para entender de la manera más completa posible cómo opera la imparcialidad, es necesario considerar que, como principio, éste se halla presente tanto en sede jurisdiccional como administrativa, y por consecuencia, en el procedimiento administrativo sancionador. De todas maneras, corresponde hacer los debidos contrastes en cuanto a cómo opera en cada uno de estos ámbitos.

1.- La imparcialidad jurisdiccional.

Primero que todo es necesario delimitar a qué nos referimos por **jurisdiccional**. Dejamos claro que, el ámbito **jurisdiccional** es todo aquél que considera un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional. Y son órganos jurisdiccionales todos aquellos creados por el legislador y dotados de jurisdicción. Contrario a lo que se pueda pensar a simple vista, no todo órgano que ejerza jurisdicción pertenece al Poder Judicial, un claro ejemplo de ello es el Senado que conoce como jurado de las acusaciones constitucionales.

Hechas las consideraciones anteriores, podemos analizar de lleno la imparcialidad en sede jurisdiccional.

a) Doctrina nacional.

²¹⁹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Op. cit., pág. 116.

La temática sobre la imparcialidad jurisdiccional ha sido abordada desde antaño, así consta en este texto nacional en el cual se señala a Locke como el pionero en doctrina en referirse a ella:

“Nacimiento del concepto de imparcialidad judicial, teorías clásicas

John Locke en su “Segundo Tratado sobre el gobierno civil”, escribió:

“Falta en el estado de naturaleza un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida. Pues en un estado así, cada uno es juez y ejecutor de la ley de la naturaleza; y como los hombres son parciales para consigo mismos, la pasión y la venganza puede llevarlos a cometer excesos cuando juzgan apasionadamente su propia causa, y a tratar con negligencia y despreocupación las causas de los demás (...).

Es en esta cita donde se muestra, por primera vez, un interés doctrinal por la imparcialidad”²²⁰.

La imparcialidad, en cuanto principio, es considerada como el elemento constitutivo más importante de la jurisdicción por Fernández González, quien se refiere al principio en los siguientes términos:

“...existen requisitos sustantivos y formales que han de ser cumplidos a fin de que la función jurisdiccional logre ser justa(...).El más importante es la imparcialidad del órgano jurisdiccional, vale decir, su obrar sin prejuicio o designio anticipado a favor o en contra de personas, ideas, situaciones, de igualdades, diferencias y de cosas(...)

Imparcial es (...) el órgano jurisdiccional impersonal o institucionalmente concebido, cuyo actuar es objetivo, dirigido sólo por la justicia y que, para realizarla, vence o rechaza cualquier circunstancia extraña a su oficio”²²¹.

²²⁰ RIOS DEL RIO, Jorge Andrés. La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Valdivia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 53 p. 2008. Pág. 4.

El citado autor termina proponiendo cuatro condiciones de la imparcialidad: “gozar de independencia, servir rectamente a la jurisdicción, estar sujeto a controles y asumir las responsabilidades derivadas de conductas ilícitas”²²², si bien sólo explica en qué consiste la primera²²³ (ver nota al pie de página).

Siguiendo con la doctrina nacional, pero esta vez desde el ámbito procesal penal, Cerda San Martín entrega una breve y completa reseña del principio:

“Normativamente la imparcialidad del tribunal se encuentra concebida como una garantía que compone el derecho de todo litigante a un debido proceso, constituyéndose éste, a su vez, en el único escenario que permitirá arribar a una decisión verdaderamente justa.

Esta cualidad fue destacada por el Tribunal Constitucional chileno en sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988, donde concluyó que “ H) La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de juez”²²⁴.

En base a los razonamientos anteriores, Cerda San Martín termina elaborando una interesante máxima al respecto:

“El corolario de la imparcialidad en su faz objetiva puede reducirse al siguiente principio: nadie puede ser sometido a proceso con intervención

²²¹ FERNANDEZ GONZALEZ. Op. cit., pág. 80.

²²² Ibid.

²²³ “a) Independencia. (...)la cualidad que los órganos jurisdiccionales adquieren cuando se dedican (...)a impartir justicia prescindiendo de conductas impropias, derivadas de la subordinación y dependencia; sobreponiéndose a presiones e influencias; apartando su mente de los halagos o rechazando favores e insinuaciones que alteren la libre e igual interpretación y aplicación del Derecho a los asuntos de su competencia...”. Ibid.

²²⁴ CERDA SAN MARTIN, Op, cit., pág. 165.

de un magistrado de cuya ecuanimidad pueda razonablemente desconfiar²²⁵ (el subrayado es nuestro).

Complementa la cita anterior Maturana, quien en su texto sobre la génesis de la reforma procesal penal atestigua cómo, en el seno de la Comisión Redactora se tuvo presente el principio:

“ORIGENES

Génesis: La Comisión introdujo el juicio previo, oral y público como un derecho que puede ser renunciado y no como un requisito indispensable para la condena, como se desprende del texto del Mensaje.

1. CONTENIDO. GARANTIA DEL JUICIO PREVIO

Comisión (1er. Inf.): “Acorde con el mensaje, el eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo, es decir, por el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio ante un *tribunal imparcial* que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no concurren los presupuestos de aplicación de una condena, de una pena o de una medida de seguridad”²²⁶

La jurisprudencia europea ha efectuado una útil distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva que narran y desarrollan Duce y Riego en su manual:

“La jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado con más detalle esta noción. Es así como la Corte Europea ha señalado que la garantía de imparcialidad puede ser apreciada de diversas maneras: “se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

²²⁵ Ibid, pág. 172.

²²⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián. Reforma procesal penal: génesis, historia sistematizada y concordancias. Santiago. Editorial Jurídica. 773 p. 2003. Pág. 84.

Desde el punto de vista del aspecto objetivo de la imparcialidad, la máxima que dice que “la justicia no sólo debe serlo, sino también parecerlo” (justice must not only done but seen to be done) ha sido utilizada en el sistema europeo como un estándar general para analizar la falta de imparcialidad de un tribunal²²⁷.

Bajo el concepto de imparcialidad objetiva, desde luego que es objetable el hecho de que el mismo juez que conoce y falla un procedimiento sancionador administrativo también lo instruya, situación que se subsana gracias a la **separación de funciones**, mecanismo que se tratará más adelante en el trabajo. En este mismo sentido Duce y Riego:

“En consecuencia, el modelo de juez instructor representa una violación institucional de la garantía de imparcialidad y del debido proceso, por que sitúa a los jueces en una posición en la cual para ellos resulta imposible satisfacer el estándar de apariencia de justicia. Cualquier persona razonable podría tener legítimas dudas acerca de la imparcialidad de un juez que al mismo tiempo cumple con las funciones de ser el encargado de llevar adelante la persecución criminal y de realizar la labor jurisdiccional propiamente tal”²²⁸.

Visiblemente inspirado en la doctrina de la Corte Europea, Cerda San Martín se encarga de recalcar las facetas objetiva y subjetiva de la imparcialidad:

“c) La exigencia de un tribunal imparcial cubre dos facetas o aspectos.

Una faceta subjetiva, que se traduce en la condición de que el juez no tenga subjetivamente prejuicios personales o inclinaciones que lo guíen en la decisión del asunto. (...)

La imparcialidad objetiva, por su parte, surge de la confianza que deben inspirar los tribunales a las partes y a los ciudadanos en general en un Estado democrático. Por ello, el juez debe ofrecer garantías suficientes

²²⁷ DUCE y RIEGO, Op. cit., págs. 102 y 103.

²²⁸ Ibid, pág. 106.

para que no haya dudas legítimas acerca de su condición de imparcial, debiendo determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos que pudieran suscitar dudas en ese sentido”²²⁹.

Otro autor que hace referencia a cómo se desarrolla el tema en Europa especialmente en Italia es Massone:

“C. Independencia e imparcialidad

Sobre este punto es interesante señalar que la Corte Constitucional Italiana ha destacado en repetidas oportunidades, que la única verdadera preocupación del legislador debe ser aquella de garantizar a las partes un juez independiente, imparcial y técnicamente preparado”²³⁰.

Un autor de postura original sobre el tema es Núñez Ojeda, quien habla de “sentido común de la imparcialidad” en estos términos:

“En nuestro país, Núñez Ojeda centra su análisis de la imparcialidad desde un enfoque denominado por él como, “el sentido común de la imparcialidad”, conceptualizado como una virtud propia de todo juez, ya que se da por sentado que éstos no se mueven por intereses personales ni por la simpatía de quienes comparecen ante él.

La imparcialidad no es un concepto fuera del sentido común ni del pensamiento moral, porque si lo pensamos dentro de un contexto jurídico, nos daremos cuenta de inmediato que es elemento necesario de un juicio justo. La imparcialidad, para este autor, en la conducta de los jueces se encuentra la equidad del procedimiento; la imparcialidad en la esfera jurídica funciona en el apego a la norma jurídica. Decir que una norma se sigue imparcialmente quiere decir que no hay que apartarse de la norma tal como está positivamente formulada, de lo contrario se cae en parcialidad”²³¹.

²²⁹ CERDA SAN MARTÍN, Op. cit, pág. 172.

²³⁰ MASSONE PARODI, Pedro. Tribunales y procedimientos tributarios. Santiago. Editorial LegalPublishing. 247 p. 2009. Pág. 9

²³¹ RIOS DEL RIO, Op. cit., pág. 8.

A nivel legal en nuestro país, se consagra en gran cantidad de normas que hacen referencia a la palabra “imparcial”, o “imparcialidad”, como el artículo primero del Código Procesal Penal, que prescribe:

“Artículo 1º.- Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial...” (el subrayado es nuestro).

En cuanto a lo que ha señalado la jurisprudencia sobre este principio, encontramos jurisprudencia internacional sobre aquél invocada por los profesores Duce y Riego en su manual:

“la Corte Suprema norteamericana (...) nos indica que la imparcialidad de los jueces al decretar órdenes que puedan afectar la intimidad, la libertad o la propiedad de un imputado constituye una garantía básica de salvaguarda para los ciudadanos frente a las posibilidades de ejercicio abusivo de poder por parte de funcionarios estatales. Estas conclusiones son idénticas a las que llegamos realizando una extensión de los criterios desarrollados por el sistema europeo de protección de derechos humanos en materia de imparcialidad objetiva”²³².

Cerramos esta sección con una ilustrativa cita, relativa al antiguo procedimiento tributario donde SII era juez y parte, acerca de los atentados a la imparcialidad jurisdiccional que se puede dar respecto a la persona misma del juez:

“Tampoco hay imparcialidad, por cuanto ningún juez imparcial debiera recurrir de queja contra los ministros que revocaron la sentencia de un subordinado. Ningún juez imparcial debiera recibir un “incentivo” incrementando su remuneración por mayor recaudación (como lo que

²³² DUCE y RIEGO. Op. cit., pág. 107.

dispone la ley 19.041). Ningún juez imparcial se hace parte en primera instancia en los reclamos que conoce y falla su delegado (nombrado por el mismo, y que de acuerdo con el principio de dependencia jerárquica carece de la más mínima independencia e imparcialidad)”²³³.

b) Jurisprudencia nacional.

La mayor aportación de los tribunales nacionales al desarrollo de la imparcialidad jurisdiccional es obra del Tribunal Constitucional, en variados fallos, algunos de antigua data inclusive. De hecho, el primero de ellos que invocamos es de 1987:

“...en su argumento quinto, el señor Almeyda expone que el TCCH está inhabilitado para fallar este requerimiento porque en sentencia de 31 de enero de 1985 declaró inconstitucional al Partido Socialista de Chile, cuya Secretaría ejercía el requerido. Agregando que “Dicho fallo tuvo en consideración, entre otros varios antecedentes, ciertas actividades que ahora se le imputan al suscrito, lo cual implica que ya se ha emitido opinión sobre lo que deberá ser fundamento para la decisión de las peticiones del requerimiento, careciendo el Tribunal, de este modo, de la indispensable imparcialidad de un verdadero juzgador.

(...)

Considerando 10°:

Que este Tribunal está de acuerdo en que “todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”²³⁴.

²³³ CANCINO ROJAS. Op. cit., pág.22.

²³⁴ RIOS DEL RIO, Op.cit., págs. 23 y 24.

Hay un cúmulo de fallos del Tribunal Constitucional referentes a este tema, los que se dictaron a causa de la evidente violación a la imparcialidad que se daba en la justicia tributaria, donde el SII ejercía tanto las funciones de juez como de parte, mediante el Director Regional que oficiaba de “tribunal”. Afortunadamente, dicha arbitraria institucionalidad hoy es cosa del pasado, como lo deja en evidencia la instauración en nuestro país de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, de vigencia muy reciente, tan sólo de éste año. Veamos el testimonio acerca de estos fallos:

“...es respecto a una situación específica que se ha dado el mayor grupo de sentencias relacionadas con la imparcialidad judicial y cuyo análisis resulta preponderante para entender la línea jurisprudencial que adoptó el TCCH respecto al tema. Me refiero a la seguidilla de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 116 del Código tributario en contravención a los artículos 6°, 7°, 19 N°3, inc. 4° y 5°, 38 inc. 2°, 76 y 77 de la CPR, que durante el año 2006 y parte del 2007 se interpusieron ante el TCCH, siendo los roles 499, 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658, las sentencias dictadas sobre esta materia hasta que el veintiséis de marzo de dos mil siete, en el rol 681, el TCCH se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la norma declarando su derogación, basándose en los argumentos expuestos en las sentencias anteriores”²³⁵.

c) Jurisprudencia extranjera.

Un fallo de origen colombiano concibe a la imparcialidad en éstos términos:

“la garantía de la *imparcialidad* se convierte en la herramienta jurídica que preserva la neutralidad y objetividad del funcionario juzgador, evitando la existencia de cualquier tipo de preferencia, afecto o animadversión con las

²³⁵ Ibid, págs. 32 y 33.

partes, sus representantes o apoderados. En todo caso, como se expuso en la sentencia C-543 de 2005, la valoración de la imparcialidad no se realiza a partir de las posiciones morales, éticas o psicológicas de las autoridades públicas, sino a través de su postura *intersubjetiva*. Es decir, la apreciación de la imparcialidad se concreta, en un juicio *exterior* derivado de la interrelación del funcionario juzgador con las partes y la comunidad en general”²³⁶.

Finalizado el estudio de la imparcialidad jurisdiccional y luego de recoger los copiosos aportes jurisprudenciales y doctrinarios, estamos en condiciones de proseguir con el estudio sobre imparcialidad en la sede administrativa.

Sección 2: La imparcialidad administrativa.

En este ámbito, la imparcialidad y su alcance sufren importantes cambios debido a que el cauce que la contiene, el procedimiento administrativo, es institucionalmente distinto debido a que en él no se ejerce jurisdicción a diferencia de los procesos judiciales. Corresponde entonces un análisis que sepa reconocer los atributos propios del derecho administrativo en cuanto éstos se relacionen con la imparcialidad, tarea que emprendemos a continuación.

Estos cambios mencionados dicen relación con el hecho de considerar si, en sede administrativa rige el debido proceso con todo su vigor o bien, éste se atempera. Con todo, hay quienes creen que, puede observarse la imparcialidad

²³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-073-2006.

con prescindencia de si hay o no debido proceso, tanto a nivel nacional como extranjero, veamos qué opinan los respectivos autores:

a) Doctrina Nacional:

Ríos del Río reconoce la vigencia de la imparcialidad en sede administrativa, si bien reconoce muchas problemáticas que se dan en dicha sede a diferencia del ámbito jurisdiccional:

“Es la actividad administrativa, la que genera más dudas respecto a si se entiende a la imparcialidad judicial como un absoluto de todo procedimiento o solo respecto a los procedimientos establecidos en sede judicial.

Pues a pesar de que existan normas que regulen el procedimiento en sede administrativa, que incluso posean entre sus principios a la imparcialidad y que exista la obligación de estos órganos de regirse por el principio de interdicción de la arbitrariedad, igualmente resulta dudoso el respeto de la imparcialidad judicial, como elemento de un debido proceso, derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, pues si apreciamos los procedimientos administrativos, siempre habrá una relación de parte en el ente llamado a resolver el reclamo interpuesto por el ciudadano lo cual vulnera las nociones aprendidas sobre imparcialidad objetiva y no genera una adecuada aplicación de justicia...²³⁷.

Alcalde Rodríguez en tanto, aboga por la aplicación y vigencia de la imparcialidad en sede administrativa, lo que se desprende de su peculiar abordaje del tema desde el punto de vista de los directores de sociedades anónimas. Este tema se circunscribe plenamente en la imparcialidad administrativa, toda vez que, el ente competente para sancionar a dichos

²³⁷ RIOS DEL RIO, Op. cit., pág. 46.

directores es la Superintendencia de Valores y Seguros. Además, de sus palabras se desprende que dicha imparcialidad solicitada comprende las facetas tanto objetiva como subjetiva de la misma:

“Respecto de los principios procesales que rigen la imposición de una sanción administrativa a los directores, de igual modo nos detenemos en examinar instituciones en actual aplicación que, en nuestra opinión, adolecen de serios vicios de inconstitucionalidad, como acontece con el solve et repete, analizando también las consecuencias que se siguen del carácter jurisdiccional del procedimiento de aplicación de sanciones (v.gr.la presunción de inocencia, la imparcialidad – y apariencia de imparcialidad- del órgano administrativo sancionador; la necesidad de que la infracción administrativa sea objetiva, manifiesta y evidente; y la utilización de una adecuada metodología del razonamiento y apreciación del valor de las presunciones como medio de prueba)”²³⁸.

Jara Schnettler, por su parte, analiza el principio a la luz de la ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos:

“3.2.7. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte (artículo 11°).

Según este principio las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato y respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Se relaciona en fin con la idea de proscribir la desviación de poder.

Este principio invita a las autoridades a que, además, por ninguna razón realicen discriminación de las personas involucradas en las actuaciones administrativas. Que a todos los ciudadanos se les brinden iguales garantías.

²³⁸ ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 498 p. 2013. Pág. 25.

Sin alterar en manera alguna posibilidades que cada uno de ellos tengan o tendrían en el procedimiento administrativo.

Debe expresarse finalmente que la idea de imparcialidad en el ámbito administrativo no es equivalente a aquella que impera en el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad administrativa más que “neutralidad” frente al objeto del procedimiento (propia del juez: *independencia*), se acerca a la idea de “objetividad” en la fundamentación y adopción de las decisiones”²³⁹.

b) Doctrina extranjera:

Una definición dada desde la doctrina colombiana de imparcialidad considerada principio del derecho administrativo, nos entrega Ossa Arbeláez:

“En virtud de este principio, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es la de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato y respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Se relaciona indubitablemente con el elemento finalístico del acto administrativo, que invita al cumplimiento de los cometidos estatales por parte de la administración, y no a la consolidación del sistema de actuación subjetivo, ya que éstos son generadores evidentes de desviación de poder”²⁴⁰.

“(la imparcialidad) concreta el principio de igualdad, traduciéndolo en una directriz de la actividad de los órganos del Estado, particularmente, (...) de la Administración Pública”²⁴¹ (el paréntesis es nuestro).

El autor citado es elocuente a la hora de destacar la recepción de este principio en la doctrina administrativista:

²³⁹ JARA SCHNETTLER, Op. cit., págs. 99 y 100.

²⁴⁰ OSSA ARBELAEZ, Op. cit., pág. 450.

²⁴¹ CAMACHO CEPEDA. Op. cit.

“...es el de imparcialidad el que ha merecido ser más destacado por los autores de derecho público, dada la importancia y trascendencia que en la sede administrativa tiene el poder punitivo del Estado.

La organización gubernativa, con su jerarquía y dependencia, se presenta en todo momento como depositaria de unos intereses que así sean públicos, generales e impersonales, tienen la marca protectora del Estado, sobre todo si se está en el estadio de la controversia. Siempre, pues, la administración es portadora de unos intereses y más todavía cuando en un debate asume la condición de parte y a pesar de esta circunstancia tal situación no la libera de su deber de guardar la imparcialidad y de respetar la posición del otro protagonista. Por eso se repite en el foro y en la cátedra que la administración debe ser tan imparcial como el juez, no importa que la administración sea partícipe en la controversia”²⁴².

Proseguimos con el siguiente paso en nuestro estudio de la imparcialidad, una vez estudiada ésta en sede administrativa: la imparcialidad administrativa-sancionadora, en la próxima sección.

Sección 3: La imparcialidad administrativo-sancionadora.

Este principio tiene capital importancia en el derecho administrativo sancionador. Sin él, es imposible hablar de debido procedimiento administrativo sancionador.

La principal razón que convoca al estudio del principio antedicho en este trabajo es motivada por el hecho de que, en todo procedimiento administrativo sancionador la aplicación de este principio de imparcialidad presenta la problemática de que, la Administración no ejerce su potestad sancionadora

²⁴² Ibid, págs 449 y 450.

desinteresada y objetivamente, si no que en ella reside un interés, el interés público o general, luego, es muy difícil que ejerza dicha potestad imparcialmente.

Lo anterior queda más patente si se compara la vigencia del principio de imparcialidad en sede judicial con lo que ocurre en sede administrativa, ya que en el primer caso sí tenemos un juez independiente e imparcial. De hecho, en la mayoría de los procesos administrativo-sancionadores la Administración asume el rol de juez y parte a la vez. Numerosos autores administrativistas proporcionan evidencias en sus relatos acerca del distinto tratamiento de la imparcialidad en una y otra sede, a continuación veremos dicho material a fin de tener claridad sobre las diferencias en la aplicación de este principio.

a) Doctrina nacional:

El tema en nuestro país es tratado por Alcalde Rodríguez, quien efectúa además un giro muy relevante en la materia puesto que trata la llamada “teoría de la apariencia de imparcialidad”, de origen anglosajón. Comienza analizando la imparcialidad en un órgano que sirve como excelente ejemplo para estos fines: la Superintendencia de Valores y Seguros:

“6.1. Imparcialidad del órgano administrativo. La tesis de la “apariencia de imparcialidad”

(...)

Siendo evidente que las actuaciones del superintendente de Valores y Seguros en la fiscalización y aplicación de multas a los particulares, constituye el ejercicio de funciones en cuanto órgano jurisdiccional, debe sujetar su cometido a los principios que sirven de base para el ejercicio de la jurisdicción relativos a: (i) la independencia del juzgador y ii) la imparcialidad del mismo...

(...)

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, es menester consignar que no sólo es necesario que el órgano jurisdiccional sea “imparcial”, sino que es necesario, además, respetar la “apariencia de imparcialidad”. Y esto es particularmente relevante a propósito de los comentarios en que suelen incurrir los superintendentes, incluso mientras se desarrolla el procedimiento de investigación, en especial cuando la causa de que se trate reviste connotación pública”²⁴³.

La relevancia de la imparcialidad en esta sede queda de manifiesto ya que incluso el tema ha sido abordado desde la doctrina de Derechos Humanos. Es así como el profesor Nash también concibe a esta imparcialidad:

“...la Corte ha señalado reiteradamente que los procedimientos administrativos están sujetos a las reglas del debido proceso, específicamente deben cumplir con las debidas garantías que establece el artículo 8.1. Es decir, las personas sometidas a procedimientos disciplinarios tienen el derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un órgano competente, independiente e imparcial”²⁴⁴.

Continúa el autor desarrollando cómo juega la imparcialidad en el sistema de Derechos Humanos, a propósito del ejercicio de la potestad sancionatoria en materia migratoria:

²⁴³ ALCALDE RODRIGUEZ, Op. Cit., pág. 407.

²⁴⁴ NASH, Claudio. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013. 200 p. Pág. 31.

“...la CIDH ha hecho una precisión en cuanto a la garantía de independencia en sede administrativa, de acuerdo a la cual, no es necesario que el órgano administrativo cumpla con la garantía de independencia –obviamente no puede, pues la independencia significa, en parte, autonomía respecto de los órganos administrativos-, pero, en cambio, debe cumplir estrictamente con las garantías de imparcialidad y responsabilidad. Así lo destacó en un informe sobre los derechos humanos de los trabajadores migrantes, en el que señalo que si bien los órganos administrativos pueden decidir sobre asuntos migratorios, éstos deben cumplir con los requisitos ya señalados:

“Adjudicador responsable e imparcial: Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y “blindados” contra posibles presiones e influencias. Nótese que no postulamos que estas decisiones deban ser tomados exclusivamente por jueces”²⁴⁵.

Podríamos hablar entonces de una **imparcialidad matizada** en sede administrativo-sancionadora, toda vez que ésta no rige con la misma intensidad y propiedades como lo hace en sede jurisdiccional, debido a que la Administración actúa en pos del Interés público o general, a diferencia del Poder Judicial que actúa sin interés alguno. En sustento de esta postura hay variados autores, el primero de ellos es Carmona Santander, quien acota el principio de esta manera:

“Cuando el Estado administra, es titular de un interés público. El Estado es un sujeto de derecho que trata de realizar determinados intereses, relacionándose con otros sujetos de derecho. El Estado, entonces, es parte de las relaciones jurídicas, es titular de un interés en juego (el interés

²⁴⁵ Ibid, pág. 32.

público) y para su realización utiliza el derecho. Por eso, puede decirse que la actividad administrativa es actividad parcial o interesada; no es neutral frente al fin que la ley le encarga atender. La CONAMA, por ejemplo, no es imparcial frente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”²⁴⁶.

b) Doctrina extranjera:

Al inicio de la lista de exponentes dedicados a la imparcialidad en el derecho administrativo sancionador citamos a Ossa Arbeláez, quien tiene una visión panorámica del tema:

“Ahora, se dijo al inicio de este trabajo que la función pública a cargo del Estado tiene un espectro de muy amplia cobertura como que en más de 100 artículos de la Constitución se proyecta su actuación.

De igual manera se especificaron las entidades y organismos que la ejercen en las tres ramas del poder público. Esta idea recabada a lo largo de las páginas de este libro, requiere que se potencialice con la característica más importante para efectos del derecho sancionatorio de la administración: la imparcialidad.

Y en verdad si este factor se debilita, si la imparcialidad se subestima, si en el esquema de la función pública se le relega a un segundo lugar, todo el mecanismo de su estructura, que es institucional, se viene al suelo, derrumbándose el pilar básico que la sostiene y que es la fuente generadora de la confianza y credibilidad del ciudadano con el establecimiento”²⁴⁷.

Mientras que en Chile no tiene este principio consagración expresa a nivel constitucional, en Colombia, por ejemplo, si se le reconoce a ese rango, de hecho se habla derechamente por la doctrina de imparcialidad administrativa:

²⁴⁶ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad II, la función administrativa. Apuntes de Clases. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. Pág. 31.

²⁴⁷ Ibid, pág. 449.

“La imparcialidad administrativa constituye una máxima fundamental constitucionalizada en Colombia y reglada también en el Código Contencioso Administrativo que prevé, en el artículo 30, una delineación de equidad en donde están involucrados los funcionarios gubernamentales de todo orden y especialmente aquellos que deben realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas.”

Es que, en verdad, en la función administrativa los procedimientos tienen la finalidad de asegurar y proteger los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación. De esta forma, se asegura un ejercicio honesto que pretende tutelar una decisión justa en el obrar gubernamental”²⁴⁸(el subrayado es nuestro).

En este punto debemos citar a la doctrina francesa, la que también está a favor de extender la vigencia, con igual intensidad, de la imparcialidad, que campea indiscutiblemente en el ámbito jurisdiccional, a la sede administrativo-sancionadora:

“449.-Es una garantía común del derecho procesal que se extiende a todas las instancias jurisdiccionales. El derecho penal la aplica firmemente. Por razones análogas, nosotros estimamos que ella debe ser rigurosamente respetada en derecho administrativo represivo. Una persona resolviendo solo no puede decidir y un miembro de una autoridad colegial no puede deliberar en un asunto donde él tiene un interés (A). Este aspecto negativo de la imparcialidad es completado por un aspecto positivo. El acusado de algún delito debe disponer del arma procesal de cuestionamiento si se sospecha la autoridad represiva de la parcialidad (B)”²⁴⁹.

Desde Argentina, Balbín recalca las diferencias acusadas en esta sección:

“...existen diferencias profundas que debemos marcar y remarcar, fundamentalmente cuál es el poder que resuelve el conflicto y cuál es el carácter de sus decisiones. Así, en el procedimiento administrativo el órgano que resuelve el conflicto es el propio ejecutivo, es decir, una de las

²⁴⁸ OSSA ARBELAEZ, Op. Cit., pág. 265.

²⁴⁹ DELLIS, Georges. Droit Pénal et Droit Administratif. L' influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif. Paris. Bibliothèque de droit public (184). 464 p. L.G.D.J. 1997. Pág. 324.

partes con interés en el caso. Por su parte, en el proceso judicial el conflicto es resuelto por un tercero imparcial e independiente – el juez-. Además, la decisión judicial tiene fuerza de verdad legal, es decir, reviste carácter definitivo; sin embargo, el decisorio dictado en el marco de un procedimiento administrativo no es definitivo en el sentido de que puede ser revisado posteriormente por el juez²⁵⁰.

Ya zanjadas las diferencias que marcan a la aplicación de la imparcialidad en el área jurisdiccional, administrativa y administrativo-sancionadora, estamos en condiciones de efectuar una comparación en cuanto a la aplicación del mismo principio teniendo a la vista la normativa legal pertinente de nuestro país, la cual es completamente distinta en el ámbito administrativo que en sede judicial, primeramente por la diferencia evidente entre juez y órgano administrativo sancionador, de la cual derivan numerosísimas consecuencias importantes que merecen nuestro análisis.

I.- Diferencias entre Juez y Organo Administrativo Sancionador

-En primer lugar, en cuanto al origen, puesto que los tribunales deben ser creados por Ley Orgánica Constitucional, de conformidad al artículo 77 de la Carta Fundamental²⁵¹, en cambio los órganos administrativos, por regla general son creados e investidos de jurisdicción en virtud de ley simple, como por ejemplo la Ley General de Bancos, decreto con fuerza de ley N° 3 de 1997, sin

²⁵⁰ BALBÍN. Op. cit., Pág. 578.

²⁵¹ Artículo 77.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

perjuicio de haber también leyes orgánicas que regulen la materia, como la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Valores y Seguros, decreto ley 3.538 de 1980.

-En segundo lugar, en cuanto al nombramiento de jueces, regulado en el Código Orgánico de Tribunales respecto de los tribunales ordinarios y en leyes especiales respecto de tribunales especiales, integrantes o no del Poder Judicial, los cuales de todas maneras se rigen por el Código Orgánico de Tribunales de manera supletoria²⁵². En cambio, el nombramiento de la autoridad o funcionario fiscalizador del órgano administrativo sancionador respectivo lo regula la ley correspondiente a la materia competencia de tal órgano, habiendo en definitiva tantas leyes como materias distintas consideradas por el legislador para el efecto de ser reguladas vía administrativa²⁵³.

²⁵² Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.

Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la ley N° 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él.

Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

²⁵³ Por ejemplo, a propósito de la Superintendencia de Valores y Seguros, la ley respectiva ya citada establece: Artículo 7°. -Un funcionario con el título de Superintendente de Valores y Seguros es el jefe superior de la Superintendencia y tiene la representación legal, judicial y extrajudicial de la misma. El Superintendente será nombrado por el Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza.

El Superintendente tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del Servicio y, en consecuencia, le corresponden las atribuciones, responsabilidades y obligaciones que señala este Estatuto Orgánico y las que se le confieren en las leyes relativas al mercado de valores y de seguros, en su caso.(atribuciones dentro de la cuales se halla la potestad sancionadora) (el subrayado es nuestro).

-En tercer lugar, desde el punto de vista legislativo, es mucho más común y frecuente que se dicten leyes que crean órganos administrativos con potestad sancionadora a que se hagan leyes que instauren nuevos tribunales o bien reformen los existentes.

Un ejemplo de aquello son las numerosas leyes que han creado superintendencias en los últimos años, incluso hay varios proyectos en camino tal como la Superintendencia de Educación, en contraste con las escasas reformas que se han hecho al Poder Judicial, si bien últimamente podemos ver cómo se modernizan los tribunales al adoptar procedimientos orales tal como ocurrió en materia penal, de familia, laboral y tributaria.

-Por último, en el ámbito judicial se establecen numerosos mecanismos para garantizar la imparcialidad, tales como el sistema de implicancias y recusaciones, la posibilidad de los jueces de inhabilitarse de oficio de conocer de ciertas causas, incapacidades relativas especiales que afectan a los mismos por razones de parentesco, interés comprometido, cargo incompatible en ejercicio o ejercido, etc. En el ámbito administrativo se utilizan también estos mecanismos, pero en una menor medida, como por ejemplo en el Estatuto Administrativo en sus artículos 132 a 134²⁵⁴, y si los regula lo efectúa de

²⁵⁴ Artículo 132.- Los funcionarios, citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculcados, serán apercibidos para que dentro del segundo día formulen las causales de implicancia o recusación en contra del fiscal o del actuario.

Artículo 133.- Se considerarán causales de recusación, para los efectos señalados en el artículo anterior, sólo las siguientes:

manera dispersa, dependiendo de cada materia regulada orgánicamente en particular.

1.a.- La Superintendencia, órgano administrativo sancionador.

La superintendencia es el órgano, la creación jurídica moderna por excelencia a la hora de aplicar sanciones administrativas, si bien recordamos que no es el único tipo de órgano que las aplica, así tenemos en nuestro país a organismos no-superintendencias como el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) que cuentan entre sus facultades legales con potestad sancionadora.

Un fallo reciente del Tribunal Constitucional explica muy bien la esencia de estos órganos:

-
- a) Tener el fiscal o el actuario interés directo o indirecto en los hechos que se investigan;
 - b) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los inculpados, y
 - c) Tener parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado y de afinidad hasta el segundo, inclusive, o de adopción con alguno de los inculpados.

Artículo 134.- Formulada la recusación, el fiscal o el actuario, según corresponda, dejarán de intervenir, salvo en lo relativo a actividades que no puedan paralizarse sin comprometer el éxito de la investigación.

La solicitud de recusación será resuelta en el plazo de dos días por el fiscal respecto del actuario y por la autoridad que ordenó el sumario respecto del fiscal. En caso de ser acogida se designará un nuevo fiscal o actuario.

El fiscal o el actuario podrán declararse implicados por algunas de las causales mencionadas en el artículo 133 o por algún otro hecho que a su juicio les reste imparcialidad. En este caso resolverá la autoridad que ordenó el sumario en el mismo plazo indicado anteriormente, en lo relativo al fiscal y éste respecto del actuario. Cada vez que se nombre un nuevo fiscal o actuario se notificará al sumariado para los efectos señalados en el artículo 132.

“las superintendencias son órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar a sujetos privados que llevan a cabo actividades particularmente relevantes. Se distinguen por estar dotadas de fuertes atribuciones (normativas, fiscalizadoras, sancionadoras); y por controlar a sujetos acotados. Estos órganos no han sido creados por el legislador en todas las áreas de la economía, sino sólo donde hay bienes jurídicos significativos comprometidos para la sociedad.

De ahí que existan en el mercado de capitales (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros); en el ámbito de los servicios concesionados (Superintendencia de Electricidad y Combustibles y Superintendencia de Servicios Sanitarios); en el de la seguridad social (Superintendencia de Salud, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Seguridad Social); y, finalmente, están las que operan en sectores sensibles (Superintendencia del Medio Ambiente, Superintendencia de Casinos de Juego, Superintendencia de Educación, Superintendencia de Quiebras)”²⁵⁵.

Explica el porqué de lo apropiado de aplicar la potestad sancionadora mediante estos órganos Cárcamo Righetti:

“En efecto, al tener como finalidad las superintendencias el control o fiscalización de determinadas actividades desarrolladas por particulares, estas están premunidas -como es lógico- de una serie de prerrogativas, entre las cuales se encuentra la facultad de sancionar administrativamente las infracciones a la normativa sectorial. Sin esta potestad, la labor de las superintendencias sería meramente simbólica, ya que no contaría con las herramientas adecuadas y necesarias para satisfacer sus objetivos, dentro de los cuales encontramos el fiscalizar el cumplimiento de la normativa aplicable en el ámbito controlado”²⁵⁶.

“Las áreas en las cuales se le concede a la Administración del Estado facultades sancionadoras, son esencialmente técnicas y dinámicas, motivo por el cual se requiere una intervención rápida, eficiente y eficaz de órganos especializados como lo son por ejemplo las respectivas superintendencias, a través de procedimientos prudentemente aligerados

²⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 2264- 2013.

²⁵⁶ CARCAMO RIGHETTI, Op. cit., pág. 86.

de formalidades, situación que claramente sería imposible si todo quedara entregado a un sobrecargado de trabajo y lento Poder Judicial”²⁵⁷.

Lo apropiado de recurrir a la técnica legislativa de crear superintendencias por ley para aplicar la potestad sancionadora es reafirmado por doctrina extranjera, así Ossa Arbeláez opina que:

“...el legislador no puede seguir utilizando para restablecer el orden económico social, los sistemas tradicionales de engrosar el catálogo de los tipos penales, aumentar penas imposibles de aplicar por la falta de técnica investigativa, o cambiar competencia para el juzgamiento de delitos. Debe pensar en fórmulas diferentes, cuya eficacia depende de quién hace la investigación y de la naturaleza de la sanción que deba imponerse. *Si hay un personal especializado en la Superintendencia Bancaria, dedicado exclusivamente al control de ciertas instituciones, por qué razón no se deja en sus manos el trámite e imposición de sanciones que sean necesarias*”²⁵⁸.

Lo anterior es además fiel reflejo del fenómeno de la sociedad de riesgo, fundamento del derecho administrativo sancionador, es en virtud de ello que se requieren reformas al ordenamiento jurídico de manera más expedita, labor que ha cumplido el legislador vía dictación de leyes simples en lugar del retraso que significa dictar leyes orgánicas en razón de su más alto quórum, y la correspondiente creación de tribunales. No es casual que, entonces, hasta jurisprudencia extranjera realce el carácter de las superintendencias y sobre todo la relación de éstas con el debido proceso:

“En materia de competencia para sancionar. Las Cortes han reconocido que esta es una atribución legal de las superintendencias que deben

²⁵⁷ Ibid, pág. 107.

²⁵⁸ OSSA ARBELAEZ, Op.cit., pág 129.

ejerger con arreglo a los principios del debido proceso que respete los principios básicos y fundamentales del ejercicio de las facultades sancionatorias”²⁵⁹.

Sección 4: La imparcialidad en dos facetas: institucional y funcionaria.

Efectuado el análisis precedente, ahora podemos abocarnos de lleno a estudiar el principio en sede administrativa. Para un mejor estudio de ello, es necesario distinguir entre el órgano administrativo que ejerce la potestad sancionadora, y el funcionario que, en definitiva aplica la sanción en virtud de dicha potestad, puesto que la imparcialidad puede verse vulnerada de distintas formas en uno y otro, diversas normas regulan a una y otra forma de despliegue de la Administración, etc.

La distinción precedente también es recogida tanto por doctrina nacional como por jurisprudencia internacional, así en la primera se manifiesta que:

“La imparcialidad es un requerimiento que debe cumplir tanto la Administración en cuanto *organización*, como los *agentes* a través de los cuales ésta actúa...”²⁶⁰.

Por su parte, los tribunales han señalado al respecto que:

“en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente,

²⁵⁹ CORTE SUPREMA, fallo de 14 de abril de 2008. En: CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 223.

²⁶⁰ CAMACHO CEPEDA. Op. cit., pág. 65.

goce de las mismas garantías que los órganos judiciales”²⁶¹(los subrayados son nuestros).

1.- Imparcialidad institucional.

En cuanto al órgano administrativo, tenemos que, el límite, cauce y principio orientador que encuentra en el ejercicio de la potestad sancionadora es el **interés general**, concepto reconocido a nivel constitucional y legal tal como se verá. Además, como ya vimos en el primer capítulo de esta tesis, sirve de fundamento a todo el derecho administrativo sancionador y permite distinguirlo del derecho penal, tal como se demostró al principio de este trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo-sancionador, la imparcialidad institucional se mantiene gracias al principio de la probidad administrativa, consagrado en el artículo octavo inciso primero de la Constitución Política²⁶² y definido en el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado así:

“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular. Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4º de este Título, en su caso”.

²⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 74-2004.

²⁶² Artículo 8º.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

En este concepto legal queremos encontrar entonces la referencia a “interés general”, como preeminente, ya que está asociado directamente al **interés público o general**, fundamento del derecho administrativo sancionador tal como lo vimos en el primer capítulo de esta tesis.

Si el órgano administrativo se aparta del interés general, es decir, no ejerce potestades sancionatorias en virtud del interés general, sino que lo hace para favorecer sólo a un único individuo de la sociedad o a unos pocos, incurre en el vicio denominado en doctrina administrativa “desviación o fin de poder”, definido como:

“el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legalidad, usa de su poder en casos, por motivos, y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales el poder le ha sido conferido.

(...)

El fin puede ser definido como el resultado último que se persigue por medio de los efectos jurídicos inmediatos, el cual debe corresponder a la satisfacción del interés general, sin perjuicio de la satisfacción de uno o más fines específicos. Por consiguiente, la desviación tiene lugar cuando la finalidad del acto es distinta del interés general que orienta la actuación administrativa”²⁶³.

²⁶³ CASTILLO VIAL, Javier y ROMERO ZELEDON, Andrés, La nulidad de derecho público: análisis de la jurisprudencia entre los años 1990 y 1999. Santiago. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Chile. 230 p. 2000. Pág. 29.

Una noción jurisprudencial de desviación de poder nos entrega la Corte Suprema en un fallo muy reciente conociendo de un recurso de protección en materia laboral, definiéndola en estos términos:

“hay “desviación de poder”, que consiste, según la doctrina, en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público, lo que constituye un vicio que lo hace susceptible de anulación y afecta el derecho del recurrente a la igualdad ante la ley”²⁶⁴.

La doctrina española, en dos de sus representantes, se percató de la eventual desviación de poder en que puede incurrir la Administración ejerciendo su potestad sancionatoria, al respecto Quintero Olivares señala:

“La actividad sancionadora de la Administración (...) también está orientada a los fines que constitucionalmente son propios de la Administración. Si ésta recurriera al sistema sancionador para objetivos ajenos a ese fin incurriría en *desviación de poder*”²⁶⁵.

Sobre el mismo, Rivero Ortega acusa:

“La función inspectora no debería tener una finalidad meramente recaudatoria, ni siquiera en el ámbito fiscal. Una utilización de la función inspectora y de la potestad sancionadora para incrementar los ingresos de las arcas públicas es una especie de desviación de poder que pervierte los verdaderos fines que deben perseguir las inspecciones administrativas, manipulando las prerrogativas administrativas no con la finalidad de corregir conductas antijurídicas, sino de aprovecharse de las mismas”²⁶⁶.

²⁶⁴ CORTE SUPREMA, Rol N° 1148-2012.

²⁶⁵ QUINTERO OLIVARES. Op. cit., pág. 272.

²⁶⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo. El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración. Madrid, Editorial Tecnos. 230 p. 2000. Pág. 85.

Finalizando el estudio de la probidad administrativa como principio que consagra el interés general en la imparcialidad institucional, no podemos dejar de mencionar al proyecto de Ley 19.884 sobre Bases de Procedimientos Sancionatorios, el cual se refería a ella a propósito de la sanción administrativa:

“La finalidad de las sanciones administrativas es la de reprimir una conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. Para eso, y sólo para eso, se le otorga a la Administración el poder de dictar sanciones administrativas. Si lo utiliza para otros fines, incurre en desviación de poder”²⁶⁷.

2.- Imparcialidad funcionaria.

Analicemos los posibles vicios al debido proceso que puede cometer la Administración a través, ahora, del actuar de cada uno de sus funcionarios involucrados directamente en la tramitación de un procedimiento sancionador, es decir, que de manera directa puedan influir eventualmente en la dictación un acto administrativo favorable o desfavorable al eventual sancionado.

El actuar de los funcionarios puede desplegarse a través del procedimiento administrativo en cuanto éstos efectúan **inspección o instrucción** y en cuanto aplican una **sanción**.

²⁶⁷ CHILE. Ministerio del Interior. 2004. MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LAS BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS Y QUE MODIFICA LA LEY Nº 19.884. Marzo 2004. 21 p. Pág. 3.

Se entiende en general, por **inspección administrativa**, el “conjunto de actuaciones previstas por el ordenamiento jurídico que habilitan a las administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente en su sentido más amplio”²⁶⁸.

Sobre la noción de **instrucción** en tanto, es concebida en éstos términos: “El instructor es el órgano encargado de, primero, realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos; segundo, de recabar los datos e informaciones que sean relevantes; y tercero, de concluir acerca de la existencia o no de responsabilidades susceptibles de sanción...”²⁶⁹.

Es una etapa necesaria en todo procedimiento sancionatorio, puesto que en ella se recauda material que puede servir de fundamento a la acusación correspondiente, como asimismo se puede descartar la opción de iniciar un procedimiento contra un eventual infractor, si se carece de material suficiente para dar por acreditada participación punible en una hipótesis susceptible de sanción administrativa.

La necesidad de esta etapa procesal queda patente en este testimonio de Salinas Bruzzone, a propósito del derecho administrativo sancionador eléctrico:

²⁶⁸ SALINAS BRUZZONE. Op.cit., pág. 37.

²⁶⁹ BELTRÁN AGUIRRE y otros, Op. cit., pág. 123.

“el ejercicio de las potestades sancionadoras en el ámbito eléctrico implica, como supuesto previo para su ejercicio (...) la realización de actividades inspectivas”²⁷⁰ (la cursiva es nuestra).

Considerando que la inspección administrativa puede arrojar o no pruebas que den cuenta de una infracción administrativa, lo que en definitiva pretende el legislador, confiriendo esta facultad a los respectivos órganos sancionadores es que, mediante la labor de inspección se genere un efecto de disuasión entre todo el universo posible de eventuales infractores, lo cual se demuestra en el hecho de que, muchas veces estas inspecciones se realizan sin previo aviso o bien, se elige al ente fiscalizado al azar dentro de muchos, a fin de que todos éstos tengan conciencia de la probabilidad de ser fiscalizados y, en razón de ello, cumplan con la norma respectiva.

Es necesario recordar además que, como principio, la imparcialidad se despliega en todos y cada uno de los momentos que conforman el procedimiento administrativo sancionador, abarcando incluso aquellos instantes previos al inicio de este procedimiento, siendo en definitiva este principio -y por consiguiente todo el debido proceso- elemento esencial de toda la actividad sancionadora de la Administración.

Especial dedicación merece ver cómo se aplica el debido proceso a través de un justo y racional procedimiento y una investigación racional a la etapa de investigación, toda vez que, el hecho de que aún no se instruya, y por lo tanto,

²⁷⁰ Ibid, pág. 15.

no se inicie el procedimiento administrativo sancionador, no significa que debamos prescindir de la vigencia del debido proceso.

Proseguimos en el examen a esta fase del procedimiento administrativo, pero bajo la estructura de análisis de doctrina (nacional y extranjera) y en segundo lugar jurisprudencia (también nacional y extranjera).

2.b.-La fase de investigación y el debido proceso, justo y racional.

La **investigación** es la forma mediante la cual la Administración realiza fiscalización preventiva para cumplir sus fines, función que, tal como se verá a continuación, puede atentar contra el debido procedimiento administrativo sancionador si se ejerce arbitrariamente. Lo anterior debido a que la Administración, en esta etapa del procedimiento administrativo cuenta con mayor **discrecionalidad** en su actuar que en las etapas siguientes, toda vez que, una vez finalizada la inspección e iniciado el procedimiento, su actuar se delimita al menos por la **propuesta de sanción** que enmarca la competencia específica del órgano sancionador para conocer y fallar.

a) Doctrina nacional

Esta amplia -y riesgosa- discrecionalidad con que cuenta la Administración en esta etapa es reconocida y definida por Aldunate Ramos:

“La discrecionalidad consiste, en definitiva, en que la autoridad administrativa tiene amplias facultades para ponderar la mayor o menor

*gravedad de las faltas y las circunstancias atenuantes o agravantes que las rodeen, como asimismo, para resolver sobre el castigo a aplicar*²⁷¹.

A continuación, procedemos a analizar conductas atentatorias a la imparcialidad en concreto, las cuales podemos encontrar en las siguientes acciones a manos del fiscalizador respectivo:

-Primeramente el fiscalizador del respectivo órgano sancionador puede, y de hecho debe iniciar de oficio un procedimiento sancionador, de conformidad al artículo séptimo inciso segundo de la ley 19.880:

Artículo 7º. Principio de celeridad. (...)

“Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate...

En base a la norma citada, el funcionario puede elegir libremente a la persona o entidad a fiscalizar, sin más límites en su actuar que su criterio personal para elegir dicho sujeto fiscalizado. Pues bien, acá encontramos uno de los más graves atentados a la imparcialidad, al momento de instruirse el sancionador administrativo. Por lo demás, el hecho mismo de que un ciudadano tenga que soportar un proceso incoado en su contra ya es una carga en sí misma, que le produce perjuicios sociales, psicológicos e incluso pecuniarios. Dicha carga se hace más insostenible cuando el proceso se inició de manera **arbitraria**, sin

²⁷¹ ALDUNATE RAMOS, Op. cit., pág. 32.

razón o motivo aparente y fundado. Sobre el particular, profundizaremos en la sección “La interdicción de la Arbitrariedad” algunas líneas más adelante.

Prueba de lo anterior es el hecho de que, por ejemplo, el fiscalizador podría reiterar la elección de la persona a quien fiscalizar una y otra vez, o bien realizar esa elección en base a razones personales, animadversiones o conflictos de la más diversa índole, lo cual es una violación manifiesta además a la igualdad ante la ley.

Lo expuesto tiene además incentivos perversos sobre todo el universo de eventuales sujetos a fiscalizar, puesto que, si saben que el fiscalizador actúa con arbitrariedad, y en especial, que sólo somete a fiscalización a cierto y determinado sujeto o grupo de sujetos, incurrirán los demás en un relajo y abandono de las exigencias normativas, lo cual incentivará a la comisión de los delitos y faltas tipificados en las respectivas leyes sancionadoras, toda vez que, en la práctica, las normas prohibitivas de aquellas conductas perderán su carácter coactivo, porque el órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de la norma y aplicar la sanción aparejada a la misma no cumple su función con imparcialidad.

Efectos colaterales perjudiciales arroja todo esto que se ha planteado, toda vez que, los eventuales sujetos objeto de fiscalización reducirán además sus estándares de calidad, seguridad, servicio, dependiendo del rubro a fiscalizar, al

no tener la presión de cumplir con esos estándares que produce la posibilidad de ser fiscalizado.

La investigación administrativa y la investigación en el proceso penal.

Aplicación de los principios de persecución penal en sede administrativa.

Como necesario freno a toda eventual infracción a la imparcialidad y, por lo tanto violación al debido proceso, debemos considerar lo que ha señalado la doctrina respecto a aplicar a esta fase de instrucción directamente el artículo 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución. Esta aplicación surge como consecuencia de la Reforma Procesal Penal, en especial con la puesta en vigencia de la ley N° 19.519 que Crea el Ministerio Público, puesto que, como se verá a continuación, guarda una enorme similitud la etapa de instrucción con la investigación en sede procesal penal.

En efecto, es el Ministerio Público el órgano que tiene a cargo la dirección exclusiva de la investigación de aquellos hechos constitutivos de delito. Pues bien, dicha investigación se desarrolla durante dos etapas, la primera se denomina “investigación desformalizada o preliminar”, que es aquella que se lleva a cabo hasta que se formalice la investigación.

Esta investigación desformalizada o preliminar es de carácter unilateral, reservada y extrajudicial, ya que tiene por objeto recabar cuanta información

sera necesaria a fin de esclarecer los hechos y determinar si, en definitiva, procede atribuir a una persona responsabilidad en un hecho punible.

Es acá donde tenemos una clara analogía con lo que sucede en un procedimiento administrativo sancionador en su etapa de instrucción, puesto que, en dicha etapa el funcionario instructor recopila antecedentes, muchas veces sin que la eventual persona objeto de este procedimiento sancionador sepa de ello. Dichos antecedentes constan en un **Acta**, respecto de la cual cabe hacer las siguientes aprensiones, a fin de cautelar la vigencia tanto de la imparcialidad como del debido proceso en esta etapa del procedimiento:

1.- Garantizar pleno acceso a dicha acta del supuesto infractor, a fin de conocer qué es lo que efectivamente se le imputa, la posibilidad de controvertir dichos cargos, como asimismo preparar una adecuada defensa respecto de los mismos y tener la facultad de impugnar la recaudación de prueba en la misma cuando en ella se ha vulnerado alguna garantía fundamental.

2.- Que dicha acta esté desprovista de todo valor probatorio, y que tan sólo su rol sea el servir de antecedente suficiente para levantar cargos contra el supuesto infractor. Esta depuración de los efectos probatorios de la mencionada acta va en orden a garantizar la pureza en el juicio de quien resuelva el procedimiento administrativo sancionador. Por lo demás, guarda analogía con lo

establecido en el procedimiento penal vigente, toda vez que, en él, la actividad probatoria, por regla general, está proscrita durante la etapa investigativa.

3.- Que en el acta conste tanto las formulaciones del funcionario inspector como los descargos del inspeccionado, cumpliéndose así con la bilateralidad de la audiencia en dicho trámite del proceso aun cuando no se haya iniciado la tramitación del mismo.

En base a lo anterior es que dos autores nacionales han hecho ciertas consideraciones al respecto. Lara Arroyo estima que, la fase de fiscalización, anterior a la incoación del procedimiento sancionador, es comprensiva del debido proceso, lo cual se desprende de los términos con que se refiera a dicha actividad:

“...la fiscalización, a través de un *justo y racional procedimiento fiscalizador*, podrá derivar en la constatación de un ilícito administrativo que eventualmente podrá traer aparejada una determinada sanción...”²⁷².

Sobre la prueba en esta fase de inspección y su vínculo con la imparcialidad, Jara Schnettler y Maturana Miquel han formulado una propuesta, en especial, respecto del medio en el cual el funcionario inspector recauda información, el **acta de fiscalización**. Sostienen que la imparcialidad es requisito de esta acta.

En efecto:

²⁷² LARA ARROYO. Op. cit., pág. 53.

“Poseen un valor probatorio que, si bien no llega al nivel superior que se admite en derecho, esto es, el de prueba plena, no obstante, tampoco se limitan a ser simples denuncias. Su virtualidad radica en que gozan de una presunción de que los hechos que atestiguan se corresponden a la realidad constatada, en la medida en que concurren a su respecto los demás requisitos que contempla el ordenamiento, en especial la nota de *necesaria imparcialidad* del funcionario que la levanta y que formaliza su comprobación en el documento público”²⁷³.

El riesgo que envuelve esta investigación previa entonces, consiste en la vulneración que puede sufrir la persona objeto de investigación en sus derechos tales como la privacidad, la honra, la propiedad e incluso la libertad de circulación, producto del actuar arbitrario del funcionario inspector; es por ello que, para prevenir estos abusos es que, el legislador extiende las garantías del debido proceso a esta etapa investigativa. Siguiendo con la comparación en cuanto al tratamiento de las garantías procesales en esta etapa investigativa previa, Fernández González expresa:

“La Ley 19.519 extendió las exigencias de racionalidad y justicia inherentes al debido proceso, desde el ejercicio de la jurisdicción a las investigaciones, con motivo de la incorporación del Ministerio Público a la Carta Fundamental, a raíz de la introducción, en nuestro país, de un Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, con la evidente intención que la función atribuida a dicho Órgano Autónomo quedara también sujeta, al igual que la de quienes desempeñan labores jurisdiccionales, a un obrar racional y justo”²⁷⁴.

La cobertura que efectúa el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución a la fase investigativa abarca no sólo al proceso penal sino también a todo proceso

²⁷³ JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián. Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. En: Revista de Derecho Administrativo. Santiago, (3): 1-28. Editorial Legal Publishing, 2009. Pág. 1.

²⁷⁴ FERNANDEZ GONZALEZ. Op. cit., pág. 85.

que se lleve a cabo ante un órgano jurisdiccional, incluyendo por supuesto a aquellos dotados de potestad sancionadora. Reafirma lo dicho el mismo profesor Fernández González, quien precisa que:

“no obstante que el origen de la expresión estuvo vinculado a las investigaciones que se lleven a cabo, en el marco del Nuevo Proceso Penal por el Ministerio Público, conforme al artículo 80^o A de la Constitución (hoy artículo 83), dicha actividad tiene que comprenderse con sentido o cualidad amplia, resultando aplicable los requisitos de racionalidad y justicia a toda especie de investigaciones y no sólo a las que se desenvuelven en el Proceso Penal”²⁷⁵ (el paréntesis y el subrayado son nuestros).

Más evidente aún se hace la extrapolación de garantías entre las fases investigativas en sede judicial y administrativo-sancionadora si se toma en consideración lo que señala el autor precitado a continuación:

“la exigencia de una investigación dotada de racionalidad y justicia no se agota en aquellas indagaciones que, en sede criminal, realiza el Ministerio Público, sino que se extiende a cualesquiera otras investigaciones, sea cual sea la naturaleza y el ámbito de competencia del órgano que la lleva a cabo.

Por ello, v. gr., las indagaciones que lleva adelante la Administración Fiscalizadora, como ocurre con las Superintendencias, o la Contraloría General de la República, o los entes administrativos en fase de sumario, debe también contar con garantías de racionalidad y justicia, pues, de lo contrario, pugnarán con la Constitución, adoleciendo cuanto así hayan realizado de nulidad, conforme al artículo 7^o inciso 3^o de la Carta Fundamental”²⁷⁶.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid, pág. 86.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado favorablemente a contemplar el debido proceso durante la fase investigativa del proceso penal, así tenemos que:

“este espectro de derechos básicos (el debido proceso) ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal competente, y en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal”²⁷⁷ (el paréntesis y la cursiva son nuestros).

“En consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, Nº 3, de la Constitución, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Lo anterior, pues se tuvo presente que, al ser la aludida investigación una actuación de carácter administrativo, ésta no se encontraba sujeta a los requisitos de racionalidad y justicia que sí debe respetar todo proceso jurisdiccional”²⁷⁸.

Y en cuanto a velar por la imparcialidad en la fase investigativa, en un sumario disciplinario ante el Poder Judicial²⁷⁹ ha señalado el mismo tribunal:

“DECIMO TERCERO. Que al investigador de un sumario, por su parte, cabe exigirle también imparcialidad, particularmente en el celo que ponga en indagar tanto lo que favorece como lo que desfavorece a aquel en contra de quien se han formulado cargos, pero esta imparcialidad no se pierde por el solo hecho de que el investigador formule cargos.

Esta misma doble asignación de las tareas de investigar y formular cargos en un mismo funcionario es la que el legislador ha establecido para los sumarios administrativos, sin que esta Magistratura se haya enterado o el

²⁷⁷ CARMONA SANTANDER, Carlos y NAVARRO BELTRAN, Enrique. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, primera edición. Santiago. 600p. 2011. Pág. 97.

²⁷⁸ Ibid, pág.109.

²⁷⁹ Si bien en este caso en particular es un órgano jurisdiccional el que falla y no un órgano de la administración dotado de potestad sancionadora, nos parece de todas maneras pertinente citar dicho fallo para destacar la fase de investigación y la vigencia de la imparcialidad en la misma.

requirente le haya informado que esta situación haya sido considerada inaceptable por la doctrina respectiva.

Tampoco es contrario a la imparcialidad que ese mismo investigador proponga, de un modo no vinculante, la aplicación de sanciones. Lo dicho no quiere decir que un sistema que distinga estas tareas de investigar y proponer cargos no pueda considerarse más perfecto para alcanzar mayor imparcialidad y justicia²⁸⁰.

-En segundo lugar, en este mismo orden de ideas, el origen de la arbitrariedad puede provenir del hecho de que, quien instruye un procedimiento administrativo contra un individuo muchas veces es designado, nombrado o seleccionado por el órgano administrativo a través de superior jerárquico o jefe de servicio, órgano que, precisamente es quien se dirige en contra del mismo individuo, formándose nuevamente la nefasta figura antedicha de “juez y parte”, si bien ambas calidades ya no se confunden en la misma persona si no que en el órgano. Un ejemplo de ello es el artículo 129 del Estatuto Administrativo²⁸¹.

Para evitar todas las perniciosas consecuencias de la arbitrariedad mencionadas es que algunos órganos fiscalizadores utilizan un filtro de aleatoriedad como mecanismo para reducir al mínimo toda arbitrariedad, es así como, por ejemplo, la Contraloría General de la República efectúa un sorteo anual de entidades a ser fiscalizadas, por medio de una tómbola, siendo en

²⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 783-2007

²⁸¹ Artículo 129.- El sumario administrativo se ordenará por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, mediante resolución, en la cual designará al fiscal que estará a cargo del mismo, El fiscal deberá tener igual o mayor grado o jerarquía que el funcionario que aparezca involucrado en los hechos...

definitiva aquellos organismos eventualmente escogidos, sometidos a una auditoría por parte de este ente de control.

Sería deseable, como solución adicional a las amenazas enumeradas a la imparcialidad provenientes de la arbitrariedad, que hubiese un órgano imparcial tanto a la Administración como a los ciudadanos, a fin de morigerar la desigualdad existente entre la primera y los segundos, órgano que en definitiva se encargue de resolver las contiendas que haya entre los mencionados.

Bien puede cumplir esta función una entidad como la Contraloría General de la República, siendo necesario una reforma a la normativa que la regula, aunque aún subsiste la problemática central de este trabajo, puesto que también la Contraloría ostenta potestades sancionadoras e incluso jurisdiccionales al conocer el juicio de cuentas, por ejemplo.

-En tercer lugar, tenemos que, la actividad de inspección previa al procedimiento administrativo puede tener como objeto recabar medios de prueba a ser utilizados en contra del presunto infractor en el futuro proceso a iniciar. Pues bien, la recepción de dicha prueba puede constituir prueba ilícita, la cual está definida sucintamente en el Código Procesal Penal en su artículo 276 inciso tercero como “aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

-En cuarto lugar, el procedimiento sancionador, en cuanto proceso, debe revestir todas las garantías de un “justo y racional procedimiento” tal como lo ordena la Constitución Política en su artículo 19, N° 3, inciso quinto. Esto ha sido además ratificado por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que:

“una vez establecido por el legislador un proceso legal (como un procedimiento administrativo) éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo”²⁸² (el subrayado es nuestro).

El mismo tribunal menciona a modo de ejemplo, infracciones al precepto constitucional: “Es especialmente grave e ilegítimo entre otros, que no se señale plazo para la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc”²⁸³.

b) Doctrina extranjera:

Acerca de la aplicación del debido proceso administrativo a todo el iter procedimental de esa sede, incluso a la investigación, Ossa Arbeláez se manifiesta así:

“...el debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres estadios bien delimitados: en la formación de la decisión o sea en todo el procedimiento administrativo, desde su iniciación, en la impugnación de la

²⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 198 C-10. En: ROMAN CORDERO. Debido Procedimiento Administrativo Sancionador, Op. cit., pág. 203.

²⁸³ Ibid.

determinación, mediante el ejercicio de los recursos gubernativos y en la notificación o publicación de esa determinación o culminación”²⁸⁴.

Rivero Ortega, quien se ha dedicado en mayor medida al estudio de la imparcialidad en general en el actuar estatal (nótese el título de su libro, “El Estado vigilante”), aclara con lucidez cómo debiese jugar el debido proceso en esta fase del procedimiento sancionador:

“El régimen del procedimiento administrativo se mueve entre la eficacia de la Administración y la protección de los derechos de los afectados, pues el procedimiento es tanto un medio de realización de los fines administrativos como una garantía de la consideración de los intereses particulares de los ciudadanos. Toda regulación procedimental de la actuación administrativa debe buscar un punto de equilibrio entre la funcionalidad y la tutela. Naturalmente, los procedimientos de inspección deben respetar y tener en cuenta esta naturaleza bifronte del procedimiento administrativo, lo que significa que es preciso desarrollar procedimientos de inspección eficaces y garantistas...”²⁸⁵.

Y finalmente elabora una propuesta de solución a esta problemática en la inspección, que incluye además la especialización del funcionario instructor en esta etapa procedimental, la cual abordamos a pie de página²⁸⁶.

²⁸⁴ OSSA ARBELAEZ, Op. cit., pág 239.

²⁸⁵ RIVERO ORTEGA, Op. cit., pág 164.

²⁸⁶ “Es difícil que en un procedimiento de inspección se acceda únicamente a aquella información estrictamente necesaria para comprobar la legalidad de la conducta analizada, por lo que el ordenamiento debe contemplar prevenciones para evitar un uso indebido de la información. Una garantía indiscutible ha de ser la obligación de guardar secreto de los funcionarios inspectores.

Garantías de este tipo no sólo protegen los derechos del ciudadano; también sirven al interés público al mejorar sus disposición para colaborar con la Administración aportando toda la información que sea necesaria...(…)....En ocasiones, sin embargo, la difusión de los resultados de las inspecciones administrativas puede ser necesaria para proteger intereses públicos cualificados, como la salud pública. En estos casos, siempre que la información esté suficientemente contrastada, y de acuerdo con un principio de proporcionalidad, debe reconocerse la posibilidad de comunicar”.

Gómez Tomillo, en tanto, califica la etapa de instrucción como meramente preparatoria, y señala que, en cuanto tal, lo percibido por el funcionario instructor carece de valor probatorio para el órgano que conoce y sanciona:

“Debe asumir todas las funciones de desarrollo del expediente hasta su resolución (notificaciones, medidas cautelares de urgencia, práctica de pruebas, custodia del expediente, etc.). La actividad del instructor es, por lo tanto, meramente preparatoria: aunque contribuya a la determinación y contenido del ejercicio de la potestad sancionadora (por que prepara las resoluciones de los órganos que ejercen las competencias decisorias), los actos que manifiestan con carácter definitivo la voluntad de la Administración competente los dicta el órgano al que la norma jurídica le atribuye la competencia en cuestión”²⁸⁷.

Morell Ocaña desarrolla el tema a partir de la distinción entre Gobierno y Administración, y considera a la imparcialidad como principio complementario de esta última:

“1. La Administración Pública: elementos componentes de su estructura.

“La imparcialidad y la especialización son dos claves del órgano de inspección: los inspectores deben tener determinada cualificación para saber qué es lo que deben investigar y para poder valorar los datos que obtengan; por eso existen cuerpos de inspección que deben actuar desde una posición de objetividad, sin contaminar de subjetivismo su actuación”.

“Dentro de ciertos límites, puede admitirse que la decisión de cuándo se practica una inspección debe dejarse de lleno al albur de la discrecionalidad administrativa, porque la imprevisibilidad temporal de las inspecciones es un elemento imprescindible de su eficacia. Esto no quiere decir, sin embargo, que quepan inspecciones secretas. El ciudadano tiene derecho a saber: primero, que su actividad puede ser controlada mediante inspección: segundo, que está siendo controlado en un determinado momento”.

“¿Con qué frecuencia pueden tener lugar las inspecciones? Es necesario introducir un factor de irregularidad en los controles administrativos, para mantener su carácter imprevisible, pese a que puedan responder a una cierta irregularidad. La decisión sobre el cuándo de la inspección debe corresponder al órgano inspector, pero también es lógico que la frecuencia de las inspecciones dependa, sobre todo, de los resultados de los controles pasados, de si se han descubierto irregularidades o no, de la gravedad de las mismas, y de su evolución. No parece que tenga mucho sentido una inspección continua de un mismo establecimiento o de una persona si en anteriores controles todo estaba en orden. El principio de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad pueden funcionar en estos casos como límites a los excesos de los aparatos de inspección”[□]. RIVERO ORTEGA, Op. cit., Págs. 188 y 189.

²⁸⁷ GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. Cit., pág. 752.

La Administración se estructura al margen de las lealtades políticas. Su fundamento no radica en la confianza política que el Parlamento le otorga, como ocurre con el Gobierno. Frente a aquellas lealtades, la Administración Pública se fundamenta en el *principio del mérito y capacidad* (arts. 23.2 y 103.3 CE); el mérito y capacidad vienen acompañados de la *profesionalización* y la permanencia de sus integrantes.

Frente a la renovación temporal de la confianza política, los integrantes de la Administración pública se insertan en ella, de acuerdo con el principio de mérito y capacidad, *para el desarrollo de la profesión propia*, y, por consiguiente, con el carácter de adscripción definitiva; lo que se acompaña con el apartamiento de sus miembros del mercado de empleo, mediante el establecimiento de las incompatibilidades. Precisamente, en los trazos de *permanencia* y de *profesionalización* se apoya la característica de la Administración en su actuar: la eficacia y la objetividad, con la garantía de imparcialidad entre sus integrantes²⁸⁸ (el subrayado es nuestro).

Al desarrollar un poco más la distinción precedente, Morell opone a la legitimidad democrática del Gobierno la **imparcialidad funcionaria**:

“...frente a la legitimación democrática de que es titular el gobierno, la CE opone la imparcialidad de un funcionario que, con carácter de un derecho fundamental, se incorpora para el ejercicio de la propia profesión a la Administración Pública”²⁸⁹.

La forma de desarrollar la imparcialidad en éste ámbito es, según el autor, el mérito, que actúa y se despliega como principio complementario de la misma en esta manera, la cual por su tamaño se sitúa a pie de página²⁹⁰:

²⁸⁸ MORELL OCAÑA, Luis. Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa. En: Revista de Administración Pública. Madrid. (156): 253-296. 2001. Pág. 28.

²⁸⁹ Ibid, pág. 33.

²⁹⁰ “III EL MÉRITO COMO GARANTIA DE IMPARCIALIDAD

A) Las garantías de imparcialidad en la esfera interna de la Administración. El acceso con arreglo a mérito.

El autor destaca además que, este principio permite una provechosa correlación entre el funcionario y la Administración en la cual opera:

“1.º) La CE establece, como un derecho individual del ciudadano incorporarse a la organización pública administrativa, de acuerdo con el mérito y la capacidad demostrado; y, precisamente, *para incorporar a la organización administrativa su propio saber: para realizar, en condiciones de imparcialidad, las aportaciones de criterio y profesionalidad que le son propios*”²⁹¹.

La idea del párrafo anterior la desarrolla además Cano Campos, a propósito del principio **non bis in idem**²⁹² en sede administrativa, quien opina que:

“el sometimiento a un proceso o procedimiento supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una carga o gravamen para el ciudadano, por lo que su reiteración por unos mismos hechos carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios

El derecho positivo, de acuerdo con el artículo 103.3 CE, instaura un conjunto de garantías en torno a la exigencia de imparcialidad de los funcionarios públicos y, en general de la autoridad administrativa. Esas garantías tienen dos dimensiones fundamentales: una que atañe al orden interno de la Administración Pública, versando la otra sobre las relaciones entre la Administración y los terceros, constituyendo la *dimensión externa*. La primera reposa, ante todo en el principio constitucional del mérito...

(...)

Así, 1.º) En el acceso y carrera funcionaria ordenada con arreglo al mérito ; 2.º) Una retribución que no mengüe considerablemente como consecuencia de una decisión de una autoridad superior, destinada a reforzar su superioridad castigando discrepancias del inferior; 3.º) Un ámbito de inmunidad en la formación y expresión del parecer o voluntad del funcionario en el ejercicio del cargo.

(...)

...el acceso en condiciones de igualdad y bajo el principio de mérito o capacidad, al desarrollo de un cargo o función público; y, correlativamente, la no remoción del mismo salvo en las condiciones establecidas en la ley”. MORELL OCAÑA, Op. cit., pág 43.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Principio de origen penal, que significa a grandes rasgos: “Nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho”.

de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica”²⁹³ (el subrayado es nuestro).

La misma opinión anterior encontramos en Nieto, quien sostiene que:

“todavía hay algo que puede ser peor; por el simple hecho de instruirse un expediente sancionador, el daño ya está producido y con frecuencia es irremediable aunque luego termine en absolución administrativa o judicial”²⁹⁴.

En Argentina, la figura ha sido abordada como “imparcialidad del sumariante” por Gordillo:

“13.5. Imparcialidad del sumariante

Ha dicho con especial acierto la Procuración del Tesoro de la Nación que “Si bien el instructor no juzga y en consecuencia no prejuzga, emite en cambio opinión respecto del caso y reúne los elementos de juicio sobre los cuales ha de basarse en definitiva el veredicto de la Administración. Circunstancias todas ellas que obligan al sumariante a guardar imparcialidad en el ejercicio de tan fundamentales tareas”²⁹⁵.

El español Ponce Solé propone una nueva ampliación de la vigencia del debido proceso a esta etapa previa inspectiva, para que ella abarque incluso al momento de selección del funcionario instructor:

“El principio de imparcialidad del art. 103.3 CER estaría relacionado desde esta perspectiva institucional con la regulación de la función pública, y desplegaría su virtualidad “no sólo durante el decurso de la vida funcional *stricto sensu*, sino también, lógicamente, con anterioridad a la constitución del vínculo funcional, esto es, en el momento de la

²⁹³ CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. En: Revista de Administración Pública. Madrid. (156): 191-250, 2001. Pág. 200.

²⁹⁴ NIETO GARCIA. Op. cit., Pág. 29.

²⁹⁵ GORDILLO. Op. cit., pág. 308.

selección de los empleados públicos, de suerte que, tanto por imperativo del principio de mérito y capacidad, como por exigencias del citado de imparcialidad, la selección de servidores públicos ha de efectuarse de entre aquellos que acrediten la mejor aptitud técnica, acreditación que, naturalmente, sólo podrá ser llevada objetivamente a cabo por quienes cuenten con la suficiente y necesaria idoneidad y cualificación profesionales” (el subrayado es nuestro)”²⁹⁶.

Por último, y a favor de todos los planteamientos anteriores sobre la arbitrariedad en la inspección, Alarcón Sotomayor sostiene que:

“en la medida en que el resultado de la acción inspectora pueda afectar a procedimientos posteriores y comprometer las posibilidades de defensa, sí cabría anticipar parcialmente algunas formalidades similares a las del procedimiento, con el propósito de que las actuaciones que la integran no se conviertan, en la práctica, en una instrucción prematura y sin garantías de los expedientes sancionadores ulteriores”²⁹⁷ (el subrayado es nuestro).

3.- Normas administrativas generales de cautela de imparcialidad.

Luego de ver cómo la arbitrariedad puede desplegarse de distintas maneras en la conducta funcional, tanto a nivel de doctrina nacional como extranjera, veremos ahora cómo se garantiza normativamente la imparcialidad de los funcionarios intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador, siendo para ello necesario acudir a las diversas leyes que abordan el tema.

Iniciando el análisis normativo por donde corresponde que es a nivel constitucional, tenemos que, en el texto fundamental no se menciona el término

²⁹⁶ PONCE SOLE. Op. cit., Págs 255 y 256.

²⁹⁷ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. 2008. En: ROMAN CORDERO, Cristian. Op. cit., Págs. 203 y 204.

“imparcialidad”, ni se regula orgánicamente el principio, sin embargo la doctrina administrativista identifica dos normas plenamente aplicables a ella, en especial por que velan por la **imparcialidad funcionaria** en cuanto sirven de resguardo a la misma. En efecto, se habla de ellas como:

“mecanismos que resguarden las condiciones de imparcialidad con las que deben proceder las autoridades y los funcionarios que intervengan en los procedimientos y decisiones administrativas, (...) la regulación directa de estas condiciones se desarrolla a partir, principalmente, de dos disposiciones constitucionales que consagran, de un lado, el principio de probidad administrativa (artículo 8 CPR) y la opción por la carrera administrativa, regida por principios de carácter técnico y profesional (inciso 1º del artículo 38 CPR)”²⁹⁸ (el subrayado es nuestro).

Las normas constitucionales precitadas obligan al legislador a desarrollar normativas que permitan aplicar en definitiva estas **condiciones de imparcialidad**, dicha actividad legislativa complementaria es detallada por la autora precedentemente citada en cuanto:

“obligan al legislador a incorporar diversas garantías orientadas a asegurar el principio de imparcialidad, lo que se desarrolla en la LOCBGAE al establecer las bases de la carrera funcionaria (párrafo 2º del Título II de normas especiales) y el principio de probidad administrativa (Título III).

Complementariamente, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos N°19.880 regula el procedimiento administrativo y, en particular, el principio de abstención, institutos ambos que están directamente relacionados con el principio de imparcialidad”²⁹⁹.

²⁹⁸ CAMACHO CEPEDA. Op. cit.

²⁹⁹ Ibid. Pág. 65.

4.-Estudio de la Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, bajo el prisma de la imparcialidad.

Tras todo el desarrollo del principio de imparcialidad en general, hecho precedente en la sección anterior, retomamos el análisis a esta crucial ley, hecho al final del primer capítulo de este trabajo, esta vez utilizando como parámetro de análisis al principio de imparcialidad, con el objeto de verificar cuánta vigencia posee en el mismo cuerpo legal.

Primero que todo es perentorio tener en cuenta a qué órganos se aplica la presente ley, ya que sólo los funcionarios que sean parte de estos órganos serán considerados en el presente análisis, éstos se encuentran enumerados en su artículo segundo:

Artículo 2º. **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.

Las referencias que esta ley haga a la Administración o a la Administración del Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso precedente.

Teniendo en cuenta el marco legal dentro del cual se encuadran estos funcionarios, veamos ahora cuáles son las respectivas normas que garantizan su imparcialidad.

-El artículo séptimo, relativo al principio de celeridad, contiene un imperativo en base a ese principio para los funcionarios, en cuanto a que éstos “deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución”. Es posible relacionarlo con la imparcialidad funcional en cuanto a que, el actuar del funcionario debe hacerse sin dilaciones indebidas, sin demoras, las que, eventualmente pudiesen violar la imparcialidad al ser intencionales y motivadas por desfavorecer al eventual interesado en el procedimiento administrativo en razón de animadversiones personales o similares. Dicho funcionario también puede dilatar el procedimiento para favorecer a la contraparte en procesos de esta índole, pues ella es nada menos que el Estado mismo.

-El artículo decimosegundo, que consagra el principio de abstención, es establecido precisamente para velar por la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que enumera una serie de causales basadas en el interés personal que pudiese tener el funcionario por motivos personales, familiares, económicos, laborales, etc.

La ley entonces, obliga al funcionario que incurre en estas causales a abstenerse de intervenir en el procedimiento y comunicarlo a su superior

inmediato. Sin embargo la ley no anula el acto en que el funcionario inhabilitado haya intervenido, puesto que prescribe que: “La actuación de autoridades y los funcionarios de la Administración en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad”.

Creemos en este caso, que el legislador debió ser más estricto, y en definitiva establecer la nulidad del acto administrativo en que intervenga funcionario inhabilitado, a fin de cautelar de manera cabal la imparcialidad en el proceso administrativo, no se comprende por qué un acto administrativo viciado de tal manera pueda permanecer intacto. Por lo demás, se infringe el principio básico en materia de nulidad, “la nulidad sin perjuicio no opera”. En el ordenamiento penal, el acto jurídico procesal en el cual intervenga funcionario inhabilitado si es susceptible de ser anulado. Recordemos que, en el derecho procesal en general, se mantiene la imparcialidad de los jueces a través del mecanismo de las impugnaciones y recusaciones, regulado en detalle en el Código Orgánico de Tribunales. Pues bien, la concurrencia de unas u otras facultades a los intervinientes en el proceso penal a interponer recurso de nulidad³⁰⁰ si el acto jurídico procesal es la sentencia, y tratándose de otro acto jurídico procesal será

³⁰⁰ Ver artículo 374, letra a), del Código Procesal Penal.

la solicitud de nulidad³⁰¹ la forma de anularla, la cual incluso procede de oficio. Además, el perjuicio, requisito para que la nulidad opere, en el código procesal se presume si es que hay infracción de derechos fundamentales³⁰², infracción, que, en el caso presente se da al violar la imparcialidad componente del debido proceso.

-El artículo decimoséptimo que enumera los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, en su letra e) señala que éstas deben “ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”. Se relaciona de manera indirecta con la imparcialidad por cuanto las faltas de respeto o la obstaculización del ejercicio de sus derechos puede verse motivada por motivos infundados contra la persona del interesado, lo cual pretende evitar esta norma.

-El artículo vigésimo cuarto obliga al funcionario del organismo a quien le corresponde resolver una solicitud a hacerla llegar a la oficina (del organismo) a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción. Las

³⁰¹ Ver artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal.

³⁰² Ver artículo 160 del Código Procesal Penal.

mismas consideraciones que hicimos respecto al artículo séptimo, sobre el principio de celeridad, reiteramos respecto a esta norma.

-El artículo trigésimo quinto, relativo a la prueba, faculta al instructor a abrir un periodo de prueba, en caso de que no le conste a la Administración los hechos alegados por los interesados o la naturaleza lo exija, a fin de que “puedan practicarse cuantas juzguen pertinentes”. El inciso final del precepto señala cuándo el mismo instructor puede rechazar las pruebas propuestas, muy restringidamente puesto que añade la expresión “sólo” y además exige resolución motivada, lo cual es positivo puesto que resguarda un elemento del debido proceso cual es el derecho a la prueba.

5.- Mecanismos de resguardo de la imparcialidad.

La doctrina y jurisprudencia, conscientes de la necesario de la vigencia de la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionador, se han encargado de elaborar diversos métodos, fórmulas y figuras, a fin tanto de afianzar la aplicación de dicho principio, como de erradicar todo obstáculo, traba o amenaza a su observancia. Una enumeración no taxativa de ellos es la siguiente:

I- La interdicción de la arbitrariedad.

II- Fundamentación de la resolución sancionadora.

III- La separación de funciones de instrucción y sanción.

IV- La proscripción de incoar procedimiento sancionador de oficio.

V- Límite a la delegación de funciones.

VI- Proscripción de la avocación.

VII- La propuesta de resolución vinculante.

Veremos a continuación dichos mecanismos, y más adelante, en la sección “La Imparcialidad, parte especial. Aplicación en diversos procedimientos administrativos sancionatorios” daremos cuenta de su recepción en el ordenamiento jurídico chileno.

I.-La Interdicción de la arbitrariedad.

Como se pudo apreciar en la sección anterior, la imparcialidad tiene atributos propios y distintivos cuando se despliega como principio en el derecho administrativo sancionador. Como contrapartida, ocurre, desde luego, que su aplicación adolece de defectos y vicios propios que afectan su vigencia en esta rama del derecho, entre ellos la principal amenaza es la **arbitrariedad**.

En efecto, corolario de las diferencias anteriores es la inherente arbitrariedad con que eventualmente puede actuar la Administración en el procedimiento

administrativo sancionador, la cual se hace patente en diversos momentos del proceso. En palabras de Nieto, "la injusticia empieza con la arbitrariedad en la persecución"³⁰³. El diccionario de la Real Academia Española, por su parte, define arbitrario como "Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho"³⁰⁴. Y nos parece que, quien define mejor a la arbitrariedad desde la doctrina administrativista es Blanquer:

"Hay <<arbitrariedad>> cuando la Administración actúa de forma despótica o tiránica y hay abuso de poder. También hay arbitrariedad cuando la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y desnuda intuición, y no hay un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada. En definitiva, una decisión arbitraria es una decisión injusta por lo que debe ser eliminada del mundo del Derecho"³⁰⁵.

La tarea, entonces, que ha hecho doctrina, jurisprudencia y todos los actores jurídicos pertinentes, es proponer de qué manera se puede impedir o, en su defecto, mitigar la posibilidad de que la Administración sea arbitraria a la hora de aplicar sanciones en uso de potestades sancionatorias.

La principal forma de lograr el cometido propuesto anteriormente es la aplicación cabal y garantizada del debido proceso en los procedimientos sancionadores, sin embargo, el ámbito discrecional bajo el cual puede actuar la

³⁰³ NIETO GARCIA. Op. cit., pág. 28.

³⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 22^{ava} edición. 2001 [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitrariedad>. [consulta 27 de abril de 2013]

³⁰⁵ BLANQUER CRIADO, David. Derecho Administrativo II Los sujetos, la actividad y los principios. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1425 p. 2010. Pág. 1308.

Administración es amplio y a veces sin límites claros. Ante esto, es que ha habido cierto desarrollo tanto jurisprudencial como doctrinal en orden a proscribir y evitar la arbitrariedad administrativa en todas sus formas, es por ello que esta sección se denomina “Interdicción de la Arbitrariedad”, por ser dicho vocablo comprensivo de todas las formas que representan una antítesis de lo arbitrario.

Este principio tiene reconocimiento constitucional como derecho fundamental en el artículo 19°, N° 2°, inciso segundo de la Carta Fundamental:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2°.- La igualdad ante la ley.

(...)

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

Dicha consagración amerita entonces, que se materialicen herramientas concretas en el ámbito sancionador administrativo para su concreción.

Veremos a continuación el desarrollo doctrinal y jurisprudencial enunciado:

a) Doctrina nacional:

El primero en abordar el tema presente es Aldunate Ramos, quien trata a la interdicción de arbitrariedad derechamente como un principio, y es así como titula la sección de su texto dedicada a este tema en especial:

“PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD (19)

El artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Constitución Política, consagra este principio al señalar que: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Lo anterior, en el marco de la Administración Pública importa que la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades no pueda efectuar discriminaciones arbitrarias, lo que ocurre con aquellos actos que no tienen fundamento jurídico o carecen de fundamento racional”³⁰⁶.

El autor cita dos dictámenes de Contraloría General de la República que también elevan a la interdicción de la arbitrariedad como principio:

“En este sentido, Dictamen N° 77. 321, de 22 de diciembre de 2010: “Los recurrentes exponen, en primer lugar, que tanto los cargos como la vista fiscal infringirían la obligación de precisar específicamente las infracciones en que habría incurrido la inculpada, lo que afectó su derecho a defensa, y que la autoridad administrativa habría tomado decisiones carentes de motivos y fundamentos racionales, lo que, a juicio de los solicitantes, vulnera el principio de la interdicción de la arbitrariedad.”

“En Dictamen N° 4168 del año 2008, Contraloría General de la República, ha manifestado que la ausencia de motivación del acto administrativo, constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo, ya que, tratándose de actos administrativos discrecionales, como es el caso, la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental”³⁰⁷ (la cursiva es nuestra).

Otra autora, Salas Pino, da cuenta de cómo la interdicción de arbitrariedad ha sido tratada respecto de fallos de la Corte de Apelaciones conociendo del recurso de protección:

³⁰⁶ ALDUNATE RAMOS. Op. cit., pág. 29.

³⁰⁷ Ibid.

“Nuestros tribunales se han pronunciado, en numerosas ocasiones respecto de la arbitrariedad en el campo administrativo sancionador, ya que normalmente conocen de las sanciones administrativas vía Recurso de Protección, y -como sabemos- éste procede en caso de arbitrariedad o ilegalidad”³⁰⁸.

En el fallo que se cita a continuación por la misma autora, se involucra el concepto de arbitrariedad con debido proceso:

““Por otra parte, en “*Yáñez Heredia, Lina con Instituto de Normalización Previsional*” (Recurso de Protección) la Corte de Apelaciones, en sentencia de 11 de abril de 1995, tratándose de la resolución administrativa que deja sin efecto pensión de invalidez de beneficiario “por haber falseado información”, ha sostenido que la actuación de la citada autoridad ha sido unilateral y arbitraria, “al no otorgarle al pensionado oportunidad para desvirtuar los cargos que se le formular, resolviendo con abierta infracción a preceptos legales fundamentales y privándole del beneficio de su pensión de invalidez, incorporada a su patrimonio”.

Luego, la arbitrariedad dice relación con el debido proceso, ya que el acto que no es el resultado de un procedimiento legal, de acuerdo con las reglas previstas en el ordenamiento jurídico será tachado de ilegal y arbitrario”³⁰⁹.

Uno de los expositores, Jara Schnettler, plantea que, el procedimiento en sí, es garantía frente a la arbitrariedad:

“El Procedimiento Administrativo se transforma así en un medio capaz de asegurar que se ha adoptado una resolución administrativa con elementos de juicio suficientes a fin de decidir del modo más conforme con el bien común. Por consiguiente, la forma se vuelve también una garantía frente a la arbitrariedad”³¹⁰.

³⁰⁸ SALAS PINO, Op. cit., págs. 168 y 169.

³⁰⁹ Ibid, pág 170.

³¹⁰ JARA SCHNETTLER, Jaime. Op. cit., pág 53.

Terminamos la galería de autores nacionales que tocan este tema con Bermúdez Soto, quien lo vincula con el principio de legalidad:

“En el ámbito administrativo sancionador, el principio de legalidad implica que la potestad sancionadora de la Administración Pública se ejerza cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo que prescriben los demás principios que rigen su ejercicio. En efecto, el ejercicio de los poderes sancionadores de la Administración debe venir siempre cubierto o protegido por una norma que habilite esa actuación. Dicha norma debe ser de rango legal. Sin embargo, la cobertura de la actuación en una norma con rango legal se extiende sólo a la atribución de la potestad. En otras palabras, lo que se pretende evitar es la actuación administrativa falta de una cobertura completa en un título jurídico, es decir, prevenir las vías de hecho en la actuación sancionadora de la Administración (el subrayado es nuestro)”³¹¹.

b) Doctrina extranjera:

Partimos la vista de una serie de opiniones doctrinales foráneas con Nieto, quien opina lo siguiente acerca de la interdicción de la arbitrariedad:

“...la utilización de los criterios informadores en el derecho penal general no lo es de manera inflexible y rígida sino, como lo tiene ya depurada la jurisprudencia española, con ciertos matices, bajo determinadas cautelas, o sea aquellos que erradiquen la arbitrariedad...”³¹².

“...es apenas natural que la parcialidad linda con la arbitrariedad y que esta se presenta como la antítesis del derecho”³¹³.

La serie de autores peninsulares encabezados por Beltrán Aguirre proponen, por su parte, “racionalidad en la instrucción”, para evitar toda arbitrariedad:

³¹¹ BERMUDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Editorial Legalpublishing. Santiago. 349 p. 2010. Pág. 111.

³¹² NIETO GARCIA. Op. Cit., pág. 183.

³¹³ Ibid, pág 266.

“Habida cuenta de la gravedad que entraña y la trascendencia que tiene el ejercicio de la potestad sancionadora, se hace necesario que la decisión de incoar el procedimiento sea fundada y, por lo tanto, esté asentada en sólidas razones que la justifiquen.

Como ha señalado GONZALEZ NAVARRO, este trámite responde a “razones elementales de prudencia que hacen aconsejable evitar que la precipitación en acordar la apertura de un procedimiento sancionador que, por falta de absoluta de base, no debió nunca iniciarse, origine alarma social y consecuencias de difícil reparación para los eventuales imputados”³¹⁴.

A este tema también dedica varias líneas de su texto “El Estado Vigilante” Rivero Ortega, quien cree que se puede superar la arbitrariedad por vía reglamentaria:

“Los riesgos para el principio de igualdad que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras deben ser compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección, mediante medidas internas de organización y procedimiento que aseguren la objetividad de la decisión...(…) Si realmente una de las funciones del principio de legalidad es la creación de seguridad jurídica, el Derecho material debe definir los estándares de control de la Administración, para que los sujetos conozcan por anticipado los criterios que van a utilizarse a la hora de controlar sus actividades”³¹⁵.

Otro expositor peninsular, García Ureta, trata el tema de la interdicción de la arbitrariedad desde el punto de vista de las decisiones del tribunal:

“La idea de arbitrariedad se entronca directamente con la de irracionalidad, el capricho y la falta de explicación racional de la decisión que se toma. En

³¹⁴ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, ALVAREZ ASIAIN, Pilar, GARCIA GARCIA, María Pilar y SARASIBAR MARCO, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica. Comentarios, legislación y jurisprudencia. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Justicia e Interior. Navarra. Instituto Navarro de Administración Pública. 194 p. 2009. Págs 82 y 83.

³¹⁵ Ibid, págs. 100 y 101.

el caso de las Administraciones la racionalidad de su actuación resulta un prius innegable”³¹⁶.

“...por debajo de la motivación (formal) deben existir motivos suficientes que pongan de manifiesto la racionalidad de la decisión administrativa que se haya adoptado, o lo que es lo mismo, la <<exteriorización del específico interés público por el que se opta para legitimar la actuación administrativa elegida>>. De otra manera, puede surgir un acto arbitrario, esto es, no sólo disconforme con el Derecho, sino también carente de fundamento alguno, en el que concurra la ausencia de regla o criterio”³¹⁷.

Ya que el autor hilvana muy extensivamente su argumentación situamos ésta a pie de página³¹⁸, a fin de dar mayor fluidez al lector en el seguimiento de este trabajo.

³¹⁶ GARCÍA URETA, Agustín. La potestad inspectora de las administraciones públicas Madrid. Editorial Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales. 366 p. 2006. Pág. 116.

³¹⁷ Ibid, pág 117.

³¹⁸ “...no cabe que la Administración establezca libremente qué capas de la población o qué sectores económicos han de ser objeto de inspección, sin partir de constataciones fácticas previas, siquiera generales (v.gr., datos estadísticos)”.

“Un aspecto esencial a la hora de calibrar la ausencia de arbitrariedad es el decurso lógico de la Administración. Este ha de ser susceptible de explicar la adecuación de la conducta administrativa con los fines que persigue, v. gr., combatir el fraude fiscal, evitar la realización de actividades continuas contrarias a una norma ambiental, la garantía de la seguridad vial”.

“...es necesario que la fijación de los sujetos inspeccionados se encuentre sometida a parámetros previos que encaucen la actividad administrativa. Esto resulta preciso para garantizar que el trato desigual en la inspección encuentre un fundamento legítimo desde la perspectiva constitucional y desde los valores o bienes que se pretendan proteger (v. gr., la hacienda pública, la seguridad industrial, el ambiente, la seguridad del transporte) y, por ende, aquellos males que se combaten (v. gr., fraude fiscal, integridad física, daños a la fauna, riesgos del tráfico rodado)”.

Entre las garantías que es preciso aplicar a la actividad inspectora se encuentran algunas que no se vinculan necesariamente con el curso de un procedimiento administrativo, sino con la objetividad e imparcialidad de la actuación de la administración....En alguna sentencia, el Tribunal Supremo ha llegado, incluso, a relacionar la objetividad con un principio del Derecho natural, por el que se exige a las autoridades y agentes de la Administración <<un comportamiento ejemplar, que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una “moralidad Administrativa”>>.

García de Enterría es uno de los expositores de mayor dedicación a este tema, en estas líneas dejamos dos máximas que orientan hacia donde apunta la interdicción de la arbitrariedad; en tanto que, el fundamento de dicha interdicción lo consignamos a pie de página³¹⁹:

“El artículo 9.3 de la Constitución incluye entre los principios que expresamente garantiza el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos...(…)...no se pretendía negar la libertad de actuar de la Administración, ni se desconocía tampoco que hay situaciones límite en

“...uno de los aspectos que la doctrina ha advertido es la contaminación que ha producido el elemento represivo o coactivo en la actividad inspectora. Esta precisión debería evitar una automática relación entre potestad inspectora y sancionadora”.

“La neutralidad que se exige al funcionario no sólo está dirigida a evitar las influencias de carácter político, sino que afecta a toda su actividad. Se ha indicado que la objetividad remite a las nociones de “eficacia indiferente” y “neutralidad” de la Administración. De esta manera, <<la Administración está instrumentalizada a favor del ordenamiento jurídico, privándole de toda capacidad para generar una racionalidad independiente e imponiéndole como racionalidad propia la jurídica. Negativamente, la objetividad se ofrece como lo contrario a la parcialidad>>”. GARCIA URETA. Op. cit., págs.. 118 a 120, 125, 137, 221 y 222.

³¹⁹ “Es fácil entender, a partir de aquí, el significado y el alcance precisos del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que la Constitución de 1978 ha hecho suyo. Identificarlo con una simple condena de la tiranía y el despotismo a estas alturas sería banalizarlo y vaciarlo de todo contenido, como bien se comprende. Lo que el precepto constitucional quiere decir, el *novum* específico que introduce en el marco de una Norma Fundamental que constituye a España en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y que al servicio de esa fórmula política despliega a lo largo de su articulado un repertorio completo de técnicas llamadas a asegurar la efectividad de esos valores superiores, no puede ser otro que la *proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta*, sea éste quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen, que en el contexto general del sistema se da por descontada. De lo que se sigue necesariamente la *exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón* para toda decisión en la que el poder se exprese. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* queda de este modo formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema político-jurídico.

La tarea de los Tribunales no consiste, por tanto, en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar, a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente en administradores, sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado” GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Décimo tercera edición. Pamplona. Editorial Thomson-Civitas.. 772 p. 2013. Págs. 484, 485 y 486.

las que no es posible el enjuiciamiento, sino que se intentaba simplemente dejar claro que hay <<un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder>>, porque <<el Estado de Derecho que recalca el artículo 1 impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad>>³²⁰(el subrayado es nuestro).

Blanquer Criado, en tanto, explica que la naturaleza de este mecanismo es dual, de tal manera que, la Constitución es el “cuerpo”, y el principio de interdicción es el “alma”:

“...en el Estado social y democrático de Derecho, en el que los poderes públicos no son soberanos y están sometidos a límites jurídicos (y entre ellos la interdicción de la arbitrariedad dispuesta en el artículo 9.3 de la Constitución). En ese marco estatal la legitimidad de los poderes públicos tiene cuerpo de norma (la Constitución) y alma de razón (el principio de interdicción de la arbitrariedad). De ahí el lugar central que el control de la arbitrariedad del poder ocupa en el Derecho Público moderno”³²¹

Por último, y siempre de la misma nacionalidad de los autores precitados, López Menudo elabora una clasificación de principios administrativos, en la cual, eleva a rango constitucional el principio de interdicción de la arbitrariedad, relacionándolo con el concepto de desviación de poder, estudiado en la sección sobre **Imparcialidad Institucional** de este trabajo:

“1. Principios constitucionales que tienen una operatividad directa e inmediata sobre el procedimiento.

(...)

f) El *principio de interdicción de la arbitrariedad* (art. 9.3 CE), -vid. SSTTS de 25 de marzo 1988, 7 abril y 8 octubre 1990- claramente alusivo al vicio de

³²⁰ GARCIA DE ENTERRIA. Op cit., pág. 483.

³²¹ BLANQUER CRIADO. Op. cit., pág. 1305.

desviación de poder (arts. 48 y 115), aunque no se agota en éste, teniendo mayor alcance, como es bien sabido³²².

I.a.- Los planes de inspección

Un autor con una propuesta innovativa de interdicción de la arbitrariedad en la inspección administrativa es el español Orena Domínguez, consistente en los **planes de inspección**, razón por la cual le dedicamos un apartado especial.

Primero veamos cómo aborda el problema de la arbitrariedad en la inspección:

“...siempre ha existido el deseo de <<sujetar a Derecho y hacer previsible el ejercicio>> de las actuaciones inspectoras, para de esta forma evitar que se produzcan comportamientos administrativos al margen de los principios que deben presidir dicha actividad. Esto supone que la confección de los Planes de inspección deben respetar esos principios con <<relieve constitucional>>, de modo que los actos de ejecución que se aparten de los mismos estarán vulnerando el ordenamiento. Estos principios recogidos por la Constitución son esencialmente los siguientes:

1. La seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad. Estos principios, proclamados por el artículo 9.3 de la CE y que configuran derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos, prohíben que aquellos puedan ser tratados de forma arbitraria por la Administración³²³.

El objeto entonces, de estos planes de inspección, es dar un criterio de objetividad a seguir por parte de la Administración al momento de ejercer ésta la inspección administrativa:

³²² LOPEZ MENUDO. Op. cit.

³²³ ORENA DOMINGUEZ, Aitor. Discrecionalidad, Arbitrariedad e Inicio de Actuaciones Inspectoras. Navarra. Editorial Thomson Aranzadi. 210 p. 2006. Pág 120.

“Mediante la existencia de Planes de Inspección se logra la objetivización y no personalización de los criterios de selección. El contribuyente sabe que su selección se debe a razones técnicas, económicas, de sector de actividad o de cualquier otra índole, es decir a motivos objetivos, sin que haya existido ninguna <<inclinación personal del actuario>> o <<capricho inspector>>”³²⁴.

La forma cómo operan estos planes de inspección es detallada por Orena Dominguez y dejamos testimonio de ello a pie de página³²⁵. En todo caso, el autor precitado, luego de comparar distintas concepciones del plan de inspección, lo concibe en éstos términos:

“son aquellos <<documentos>> en los que se recogen los criterios que han de servir a los órganos inspectores a la hora de delimitar los sujetos objeto de una posible Inspección”³²⁶.

Ahora, como se verá más adelante en la en la sección sobre “La Imparcialidad, parte especial. Aplicación en diversos procedimientos administrativos sancionatorios”, este mecanismo no tiene recepción en la legislación patria.

³²⁴ Ibid, pág. 122.

³²⁵ “Los planes pueden servir para llevar a cabo un control de la actuación de los inspectores, en el sentido de controlar si han seguido o no los criterios establecidos en el plan, la razón de utilizar unos criterios y no otros. Al fin y al cabo se trata de controlar una posible desviación de poder en el ejercicio de la potestad que le ha sido atribuida, y si en algún momento han actuado de forma arbitraria”.

“Como puede apreciarse, se trata de unos criterios muy generales que se traduce en un amplio margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración al aprobarlo. Si bien, como acaba de decirse, la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad, lo que se pretende con la planificación es <<reconducir la discrecionalidad que comporta esa determinación a criterios objetivos y...públicos que protejan la arbitrariedad, máxime si se tiene presente la necesidad de evitar corruptelas derivadas de la inmediatez –e incluso a veces, promiscuidad- en la relación entre los agentes inspectores y los sujetos pasivos>>”. Ibid, pág. 122.

³²⁶ Ibid, pág. 124.

II.-Fundamentación de la resolución sancionadora.

Considerando las diferencias entre la Jurisdicción ejerciendo su ius puniendi y la Administración al momento de ejercer la potestad sancionadora, en cuanto a las garantías exigibles en una y otra sede, y al hecho de que la Administración no ejerce jurisdicción, hay que buscar un modo de equiparar, en razón de dar sustento al debido proceso, los derechos del ciudadano expuesto a un procedimiento sancionador administrativo, toda vez que, es un imperativo constitucional el que éste enfrente en igualdad de condiciones tanto un procedimiento judicial como uno administrativo.

En razón de lo anterior, y demostrando además que el derecho administrativo sancionador está dotado de herramientas propias para subsanar todas sus posibles problemáticas y lagunas, es que se propone la **fundamentación de la resolución sancionadora**, con énfasis y cabalidad, a fin de impedir toda arbitrariedad de la Administración al aplicar sanción.

La fundamentación de la resolución implica que, la dictación de ésta por parte del órgano correspondiente debe ser fundada, no puede resolver dicho órgano en base a su mero arbitrio ni invocar razones que carezcan de plausibilidad y objetividad.

Si bien la resolución en un procedimiento judicial también debe ser fundada, ya que así lo ordena el legislador, tanto respecto de las sentencias dictadas en materia civil en el artículo 170 numeral cuarto del Código de Procedimiento Civil³²⁷, como respecto de aquellas dictadas en sede penal, en el artículo 36 del Código Procesal Penal³²⁸, en sede administrativa la fundamentación debe ser aún mayor, con “énfasis y cabalidad” tal como decíamos líneas más arriba, ya que, en el procedimiento administrativo no rige en todo su vigor el debido proceso ni la imparcialidad, en consecuencia.

Dicha aminoración del debido proceso en sede administrativa se debe a una serie de circunstancias tales como, que la Administración no ejerce jurisdicción, que ésta carece de la imparcialidad e independencia propia del poder judicial, por actuar en pos del interés público y general, circunstancias todas ya explicadas en su totalidad en la sección sobre “La imparcialidad, parte general”.

Recibe en nuestro país reconocimiento legal el mecanismo de la fundamentación de la resolución sancionadora en un par de normativas propias

³²⁷ Art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

(...)

4° Las *consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia*; (la cursiva es nuestra).

³²⁸ Art. 36. Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.

del sector. En primer lugar, el artículo onceavo, inciso segundo, de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos:

Artículo 11.

(...)

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos (el subrayado es nuestro).

Y en segundo lugar, el artículo 18 del Decreto 119 que Aprueba Reglamento de Sanciones en Materia de Electricidad y Combustibles:

Artículo 18°.- Contestados los cargos o vencido el término fijado para ello, o el probatorio en su caso, hechos que se certificarán en el expediente, se estudiarán los antecedentes para determinar si la investigación se encuentra agotada. De no ser así, se ordenará la práctica de las diligencias que se estimen necesarias. Cuando la investigación se encuentre agotada, se propondrá al Superintendente un Proyecto de Resolución, debidamente fundada, que imponga la sanción al inculpado o su sobreseimiento (el subrayado es nuestro).

a) Doctrina Nacional:

En cuanto a doctrina sobre el tema, a nivel nacional podemos citar a Camacho Cepeda, quien, dentro de las exigencias del debido proceso en materia sancionadora, precisamente se refiere a esta fundamentación:

“-la imparcialidad de la autoridad administrativa y la motivación de las decisiones sancionadoras (artículos 6° y 7° de la CPR; artículos 11 y 12 de la LBPA);...”³²⁹ (el subrayado es nuestro).

³²⁹ CAMACHO CEPEDA, Op. cit., pág 202.

Otro autor que aborda el tema, es Alcalde Rodríguez, quien sintetiza el pensamiento de García de Enterría en la materia, en el sentido de que la sanción debe ser razonable, idónea y proporcionada, lo que se comprueba en la motivación:

“Ocurre, pues, que en un Estado de Derecho como el nuestro, regido por el principio de la Interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N°2, inciso 2°, de la CPR), resulta del más elemental sentido común que cada vez que la autoridad entregue una decisión, emita un acto administrativo o adopte una resolución, proceda a motivar tal acto o resolución.

Siguiendo en esta parte a García de Enterría, entienden que “motivar” un acto significa fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración es parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto. En definitiva, si faltare la exposición de motivos en el propio acto, resulta imposible evaluar su razonabilidad, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del mismo, triple exigencia del test constitucional de la Interdicción de la arbitrariedad según Bacigalupo y su estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán³³⁰.

Dentro de nuestras fronteras esta motivación fundada de la resolución es abogada incluso desde la óptica de los derechos humanos, es así como Nash defiende este mecanismo:

“Además la Corte ha incorporado al debido proceso garantías que no se encuentran consagradas dentro del artículo 8. Una de las más importantes es el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto. Fundar una decisión significa que ésta debe contener los motivos de hecho y de derecho para su adecuada inteligencia, de modo que el afectado quede debidamente informado y pueda hacer valer sus derechos. La Corte ha sido enfática al sostener la necesidad de que esta garantía se cumpla, incluyendo todo tipo de decisiones administrativas que afecten derechos de los particulares³³¹.

³³⁰ ALCALDE RODRIGUEZ. Op. Cit., pág. 388.

³³¹ NASH. Op. cit., pág. 33.

Un autor adicional que debemos visualizar es Moraga Kleener, quien trata el tema a propósito de la Superintendencia de Medio Ambiente, postulando que la motivación es una forma de control jerárquico sobre el funcionario sancionador:

“Primero, el art. 11 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCGBAE) obliga a las autoridades y jefaturas a ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Segundo, la LO-SMA no dispone que las actuaciones del instructor sean inimpugnables ni libera de control a las actuaciones del instructor hasta el dictamen (por lo demás, mientras mayor sea la especialización de la función o cometido que debe cumplir un funcionario o autoridad, o si ella tiene incidencia de algún modo en derechos fundamentales de las personas; más se justifica el control del superior).

Y, por último, el art. 50.2 LO-SMA establece que si el fiscal instructor rechaza las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos (decisión desestimatoria), deberá hacerlo a través de una “resolución motivada”, es decir, explicitando los fundamentos de hecho y de derecho. Si una decisión administrativa de esta naturaleza puede provocar un eventual estado de indefensión del interesado, y además la ley exige que aquélla sea *motivada*, obligado es concluir que el legislador ha querido que ese acto *trámite sea revisable por el superior jerárquico del instructor*³³².

Jara Schnettler trata a este mecanismo como forma de control judicial sobre los actos administrativos sancionatorios:

“La motivación de los actos administrativos no trata sólo de cubrir una mera formalidad rutinaria sino que constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos. Ellos pueden llegar a anularse si carecieran de motivación o si ésta fuera insuficiente”³³³.

³³² MORAGA KLEENER. Op. cit., pág. 191.

³³³ JARA SCHNETTLER. Op. cit, pág. 47.

Por último, conviene tener a la vista la opinión de Boloña Kelly sobre la Ley de Probidad administrativa, la cual reformó el artículo 11 de la Ley de Bases de los Procedimientos administrativos, a propósito del acto administrativo:

““La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”(artículo 11, inciso primero). La Ley sobre Probidad Administrativa, a que se remite la disposición, es la N° 19.653, publicada el 19 de diciembre de 1999.

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos” (art. 11, inc. Final). Otra vez, la redacción peca manifiestamente por falta de espero y tecnicismo. La idea es que los actos administrativos que afectaren los derechos de los particulares deberán fundarse siempre en hechos comprobados y en normas claras y precisas³³⁴. (el subrayado es nuestro)

b) Doctrina Extranjera.

En el ámbito internacional recibe un poco más de desarrollo la idea de fundamentación sancionadora, y es así como podemos ver una serie de autores españoles abocados al tema. Beltrán Aguirre y coautores dan cuenta de la necesidad de fundamentar dichas resoluciones sancionadoras:

“Uno de los aspectos esenciales de la resolución sancionadora es que sea motivada, es decir, que se expongan al ciudadano las razones de la decisión finalmente adoptada por la Administración.

³³⁴ BOLOÑA KELLY, Germán. El acto administrativo. Santiago. Editorial LexisNexis, 321 p. 2005. Pág. 191.

El art. 54 LRJPAC requiere que los actos que limites derechos subjetivos o intereses legítimos estén motivados. Además, en el ámbito del procedimiento sancionador, el art 138.1 LRJPAC exige que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador sea motivada y que resuelva todas las cuestiones planteadas en el expediente. La misma exigencia contienen el art. 72.2 LFACFN y el art. 20.2 RPPS. Esto implica que, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, las resoluciones que se adopten, con independencia de que impongan una sanción o declaren la inexistencia de infracción o responsabilidad, han de motivarse necesaria y suficientemente”³³⁵.

Para algunos autores, sin embargo, hay una diferenciación entre lo que significa imparcialidad y lo que constituye la objetividad, matiz que obliga efectuar la distinta naturaleza del procedimiento administrativo sancionador, en especial el hecho de que estamos frente a la Administración conociendo y sancionando y no a los tribunales. Ossa Arbeláez es el primero de ellos:

“Sin embargo, no puede pretenderse que la imparcialidad propia del juez judicial se traslade *in totum*, a quien interviene en el procedimiento de la administración. Por eso algunos propugnan que más que imparcialidad lo que debe caracterizar la acusación administrativa es la objetividad. Y ello por cuanto que la estricta imparcialidad e independencia propia de los órganos de la jurisdicción, no es la misma de la que es depositaria la administración”³³⁶.

A propósito de las sanciones administrativas, Domínguez Vila distingue en un título imparcialidad de objetividad:

“Actuación con objetividad, pero sin imparcialidad por parte del órgano administrativo sancionador”... “En lo concerniente a la imparcialidad, las exigencias constitucionales referidas al ámbito

³³⁵ BELTRAN AGUIRRE Y OTROS, Op. cit., pág. 163.

³³⁶ OSSA ARBELAEZ. Op. cit., págs. 449 y 450.

jurisdiccional -expresó el TSEE³³⁷ no pueden trasladarse *in totum* a quien interviene en el procedimiento administrativo sancionador.

Afirmó la sentencia del TCEE 22/90, del 15/2/1990, que “sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo”....(...)

“Como se deduce de esta última sentencia-expresó el TSEE-, lo que puede exigirse de la autoridad sancionadora no es que actúe en la situación de imparcialidad personal que se requiere de los órganos judiciales, sino que actúe con objetividad, es decir, en el desempeño de sus funciones en el procedimiento con desinterés personal”³³⁸.

Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan una matización en cuanto a la operatividad de este mecanismo, en relación a las garantías fundamentales:

“En el procedimiento administrativo sancionador no es aplicable el derecho fundamental (ex art. 24 CE) a un juez independiente (respecto de los demás jueces) e imparcial (respecto del acusado), porque es contrario a un rasgo esencial de la potestad sancionadora administrativa, cual es que la Administración reúne las funciones de juez y parte (acusador y decisor); sin embargo, hay garantías que actúan (con mucho menor alcance) en la misma dirección.

...se pueden encontrar límites constitucionales impuestos a la actividad de la Administración para que su actuación sea objetiva e imparcial, aunque carezcan del rango de los derechos fundamentales. Así, el art. 103.1 exige que la Administración -en cuanto sujeto- actúe de acuerdo con el principio de objetividad (prohibida, como está, la arbitrariedad por el art. 9.3 CE); por otra parte, el art. 103.2 alude a las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”³³⁹.

Interesante nos parece además esta opinión antedicha, toda vez que, ambos enfatizan en que, la diferencia entre un proceso judicial y el procedimiento

³³⁷ Tribunal Supremo Estado Español

³³⁸ DOMINGUEZ VILA. Op. cit., págs. 423, 424.

³³⁹ GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op.cit., pág. 764.

administrativo sancionador exige consolidar aún más la vigencia de imparcialidad en este último:

“... en el caso del ejercicio de la potestad sancionadora, el hecho de que el instructor y/o el órgano decisor estén incurso en una causa de abstención podría tener una incidencia mayor sobre la validez del acto: la Administración tiene que <<juzgar>> (sin dejar de ser parte): la objetividad-imparcialidad administrativa se configura (más que en otros procedimientos administrativos) como un requisito esencial del procedimiento sancionador, en la medida que éste sigue el modelo del proceso penal, y faltando -como falta en él- la independencia judicial (la Administración es juez y parte), debe conservarse al máximo la imparcialidad posible en el ámbito administrativo”³⁴⁰ (el subrayado es nuestro).

Vinculando la exigencia de fundamentación con la interdicción de arbitrariedad, González Pérez y González Navarro creen que:

*“Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir también a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos del ciudadano. En este sentido, deben mostrar el esfuerzo del tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad”*³⁴¹.

Desde Argentina, Cassagne funda este mecanismo en el debido proceso adjetivo que rige en el procedimiento sancionador:

“El debido proceso adjetivo se integra, finalmente, con el derecho a una decisión fundada, el que permite al administrado exigir que la decisión (de mero trámite o definitiva) haga mérito de los principales argumentos y de

³⁴⁰ Ibid, pág. 765.

³⁴¹ GONZALEZ PEREZ, Jesús GONZALEZ PEREZ, Jesús, y GONZALEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo Común. Editorial Thomson-Civitas., tercera edición. Madrid. 3271 p. 2004. Pág. 2184.

las cuestiones propuestas, en la medida en que fueran conducentes a la solución del caso”³⁴².

Otro autor trasandino, Dromi, es categórico en afirmar la vigencia del mecanismo en su país:

“7.3. Motivación. La motivación expresará sucintamente lo que resulte del expediente, las razones que inducen a emitir el acto y, si impusieren o declararen obligaciones para el administrado, el fundamento de derecho. La motivación no puede hacerse por medio de remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas”³⁴³.

Coterráneo de los anteriores expositores es Balbín, quien lo denomina “derecho a una decisión fundada”:

*“El derecho a una decisión fundada. Una decisión fundada exige que el Estado resuelva los principales argumentos –consintiéndolos o refutándolos- y a su vez explicité cuál es su decisión y por qué decide de ese modo. Es importante señalar que este derecho instrumental está ligado con el requisito de motivación de los actos porque las personas sólo pueden razonablemente impugnar las decisiones estatales si conocen cuáles son los fundamentos”*³⁴⁴.

El último expositor argentino que invocamos es Comadira, quien aborda el mecanismo como un atajo a las facultades discrecionales de la Administración:

“...aun cuando la motivación tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión...(...)...es, sin embargo, particularmente exigible, cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquella el cauce formal convenientemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio.

³⁴² CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II, Buenos Aires. Octava edición. Editorial LexisNexis. 847 p. 2006. Pág. 676.

³⁴³ DROMI, Op. cit., pág. 1182.

³⁴⁴ BALBIN. Op.cit., págs. 616 y 617.

En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma³⁴⁵.

Finalizamos este acápite con el español Sánchez-Terán, quien a propósito de “El problema de la motivación sucinta” (así lo denomina en su texto), señala una forma de tener certeza acerca de si se cumple con la motivación de toda resolución sancionadora:

“...como elemento previo a la motivación, los hechos sancionados deben estar bien definidos; así, por ejemplo, por falta de una mínima precisión es anulada un acta de infracción por la STS...”³⁴⁶.

Citando a un juez del Tribunal Supremo Español, Sánchez-Terán relata cómo éste aporta con ciertos criterios que definen si hay o no suficiente motivación en la resolución sancionadora:

“1.º) Aunque escueta y sucinta, debe ser suficiente para dar razón plena al proceso lógico y jurídico que ha conducido a la decisión. 2.º) No puede consistir en la sola cita de los preceptos aplicables...3.º) Tampoco puede consistir en la sola cita de los preceptos generales (interés público, seguridad pública, etcétera). 4.º) Ha de acompañar al propio acto, del que forma parte; pero como su finalidad es la de que los interesados conozcan esas razones, la motivación puede no acompañar al acto”³⁴⁷.

³⁴⁵ COMADIRA, Juan Rodolfo, y ESCOLA, Héctor. Derecho Administrativo Argentino. Ciudad de México Editorial Porrúa,. 1151 p. 2006. Pág. 63.

³⁴⁵ COMADIRA y ESCOLA. Op.cit., págs. 64 y 65.

³⁴⁶ SANCHEZ-TERAN HERNANDEZ, Juan Manuel. Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social. Madrid. Editorial Lex Nova, 468 p. 2007. Pág. 76.

³⁴⁷ Ibid.

III.-La separación de funciones de instrucción y sanción.

Previo a analizar la elaboración de este mecanismo, queremos destacar que, a nuestro juicio es el más trascendente y significativo en dirección a avanzar hacia una plena vigencia de la imparcialidad. Esto queda en evidencia por la recepción, anterior y completa, del mismo, efectuado por la reforma procesal penal chilena.

Respecto a los argumentos del por qué damos énfasis a este mecanismo, nos remitimos a lo señalado por la doctrina en las próximas líneas. En orden a lo señalado, visualizamos primero aquellos autores que se refieren precisamente a la figura en sede penal.

a) Doctrina nacional:

López Masle describe esta figura, a propósito de la Imparcialidad, la cual encuadra dentro de las llamadas “garantías de la organización judicial”³⁴⁸, las cuales forman parte a su vez de las “garantías individuales ante la persecución penal”³⁴⁹, pasando a denominarse en definitiva “Derecho al juez imparcial”. Este derecho se garantiza superando dos rasgos negativos del antiguo sistema procesal penal de las siguientes maneras:

³⁴⁸ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 638 p. 2002. Pág. 52.

³⁴⁹ Ibid.

1.- Concentración de las funciones de investigar y decidir: “el sistema procesal penal de la reforma termina con esta situación entregando la función de investigar al **Ministerio Público** (art. 80 CPR) y la función de decidir al **Tribunal de Juicio Oral en lo penal**. La separación de estas funciones queda garantizada por el carácter autónomo que el ministerio público tiene respecto del Poder Judicial y adicionalmente porque el órgano jurisdiccional a quien se entrega la función de control durante la investigación –denominado juez de garantía- es distinto y diverso del tribunal llamado a juzgar”³⁵⁰.

2.- Concentración de las funciones de acusar y decidir: “La reforma procesal penal resuelve esta situación radicando la función de acusar en el mismo órgano autónomo encargado de la función de investigar, es decir, el **ministerio público**”³⁵¹.

La concentración de funciones era propia del antiguo proceso penal, el cual era regido por el Código de Procedimiento Penal, y con ella no se daba cabida alguna a la Imparcialidad y por ende al debido proceso, esto se veía reflejado en la tramitación con respecto a la persona del juez, puesto que:

“El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin

³⁵⁰ Ibid, pág. 59.

³⁵¹ Ibid, pág. 61.

de comprobar los hechos que se creen verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario...³⁵².

La gran problemática que planteaba la conjunción de los roles acusatorios y decisorios, si en general lesiona gravemente al debido proceso, atañe en particular al ámbito de la **prueba**, puesto que, es imposible que recaude objetivamente los medios de prueba, sean éstos aportados de parte o aprehendidos de oficio, sin efectuar una valoración al respecto, lo cual forma inevitablemente en su persona un **pre-juicio**, lo cual en esta situación específica es más grave y paradójico ya que, en la fase investigativa, ni siquiera hay un juicio propiamente tal tramitándose.

Respecto de lo que acá se plantea, hubo una discusión a nivel legislativo, en sala de la comisión correspondiente, que ya previó la problemática antedicha, a propósito precisamente de una ley que consagra un procedimiento administrativo sancionador, la Ley N°19.995 sobre casinos:

“También hay infracciones al principio de separación de poderes y a las normas del debido proceso. Se dota al organismo público que se crea con facultades propias de tribunales de justicia, como el aplicar sanciones, además de otorgar a los funcionarios el carácter de ministros de fe, hacer visitas inspectivas, citar a declarar y dar valor de presunción legal de veracidad a los hechos por ellos constatados.

No obstante, no existe ninguna norma que precava, respecto de estos mismos funcionarios, conflictos de interés o que establezca, por ejemplo, obligaciones de secreto o forma de controlar que lo que ellos dicen es verdad. Es más, los funcionarios, aparte de constatar las infracciones, las

³⁵² FERNANDEZ GONZALEZ. Op. cit., pág. 88.

sancionan. O sea, se estaría creando la misma situación que existe hoy en Impuestos Internos, donde afortunadamente se ha dado una señal de que se quiere remediar. Acá tendríamos jueces y par te al mismo lado de la mesa”³⁵³.

Con este sistema se garantizaría que no ocurrieran violaciones al debido proceso, opina Salinas Bruzzone, a propósito del Derecho Administrativo Sancionador Eléctrico, quien dice:

“resulta lamentable reconocer que en el ordenamiento eléctrico existen antecedentes normativos de los que es dable concluir que, inclusive, una infracción y su sanción pueden tener origen en una decisión de la propia administración llamada a instruir un procedimiento sancionatorio, situación que importa un quiebre de todo el sistema constitucional y deriva, necesariamente, en la inconstitucionalidad de tales disposiciones”³⁵⁴.

El autor citado en el párrafo precedente detalla en una cita al pie cómo se infringe el debido proceso en esa sede administrativa:

“La situación en comento se presenta, especialmente, cuando la SEC (Superintendencia de Electricidad y Combustibles) procede a sancionar a una empresa operadora, imputando la comisión de una infracción administrativa que ha sido tipificada mediante una actuación del propio ente fiscalizador-inspector”³⁵⁵ (el subrayado es nuestro).

Terminando esta sección vemos cómo los profesores Maturana y Montero conciben a esta separación como integrante del debido proceso y agregan que la función del Juez de Garantía es un complemento de ésta:

³⁵³ HISTORIA DE LA LEY N° 19.995 que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego. D. Oficial, 07 de enero de 2005. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Pág. 242.

³⁵⁴ SALINAS BRUZZONE. Op. cit., Págs. 133 y 134.

³⁵⁵ Ibid, Pág. 134.

“La imparcialidad, en tanto garantía del debido proceso se resguarda en el sistema procesal penal, mediante la separación de funciones entre la investigación y juzgamiento, principio básico del sistema acusatorio vigente, encomendándose la primera al Ministerio Público y la segunda al Tribunal Oral en lo Penal, por regla general. A su vez, si durante la investigación es necesaria la intervención judicial, ésta corresponde a un órgano jurisdiccional distinto, denominado Juez de Garantía”³⁵⁶.

b) Doctrina extranjera:

Ossa Arbeláez también se ha encargado de precisar la adecuada separación de funciones abogada en estas líneas, profundizando en ésta al exigir adicionalmente, independencia jerárquica del órgano instructor respecto del resolutor:

“Y es que, en verdad, bajo la premisa de la imparcialidad, que como postulado fundamental se construye en el estatuto básico de la administración, la actividad punitiva de esta tiene en la separación de las dos etapas del procedimiento una expresión instrumental inequívoca de neutralidad y ecuanimidad que traduce la exigencia de la imparcialidad en la decisión final del ente gubernativo.

Más aún, la doctrina foránea insiste en rechazar la interpretación puramente formal en el sentido de que la resolución de los procedimientos sancionadores, en las dos etapas, se produzca en una misma unidad administrativa. Lo que realmente garantiza el principio de imparcialidad en la separación orgánica que se predica, es la adopción de trazos legislativos que logren que el instructor no dependa jerárquicamente de la autoridad que va a imponer la sanción, de lo contrario no tendría sentido práctico y jurídico la bifurcación”³⁵⁷.

Por su parte la doctrina española también se manifiesta proclive a la escisión de

³⁵⁶ MATURANA y MONTERO. Op. cit., pág. 118.

³⁵⁷ OSSA ARBELAEZ. págs. 644, 645.

funciones de instrucción y sanción, así podemos citar una serie de autores al respecto.

Es fundamental visualizar la situación española sobre la separación de funciones, toda vez que en ese país la figura está consagrada legalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 134. Debido a su importancia citamos inmediatamente la norma, además muchos comentaristas españoles, que veremos a continuación, basan su doctrina en ella:

Artículo 134: Garantía de procedimiento:

1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido
2. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

Leyendo a Domínguez Vila, podemos ver cómo aborda la separación de funciones desde la relación funcionario/órgano administrativo sancionador:

“Sobre “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”: “lo cierto es que según nuestra Ley Fundamental la independencia del funcionario no es suficiente para poder acometer actividades jurisdiccionales, puesto que el funcionario público no goza de la inamovilidad judicial ni de todo el conjunto de incapacidades y prohibiciones que configuran el binomio independencia-responsabilidad en el que se desenvuelve la actividad del juez o magistrado....(..)

Trasladando esta exigencia a la designación del órgano administrativo competente para tramitar e imponer una sanción en el procedimiento administrativo sancionador, actualmente vigente...(…)...es requisito formal preceptivo que el órgano competente para la iniciación del procedimiento designe un órgano unipersonal en el que se deposite la responsabilidad de la instrucción del expediente que cumpla la misión del juez instructor de los procesos penales”³⁵⁸.

Dando constancia de cómo la legislación administrativo-sancionadora ha incorporado la doctrina de separación de funciones:

“En la LRJAPYAC³⁵⁹, el art. 134.2 ha trasladado miméticamente la doctrina constitucional de la separación entre instrucción e imposición de la sanción al administrativo sancionador al exigir la debida separación entre las fases instructora y sancionadora, encomendándosela a órganos administrativos distintos”³⁶⁰.

Beltrán Aguirre, en conjunto con una serie de autores, en tanto, describe cómo se ha hecho el traspaso de garantías penales al proceso sancionador administrativo, pero desliza una crítica por cuanto la separación de funciones se muestra insuficiente garantía del debido proceso:

“Traslación de las garantías del art. 24.4 CE, señala: B) Necesidad de separación del procedimiento en dos fases distintas encomendadas a órganos distintos: instructor y órgano sancionador...

Esta separación persigue, como es bien sabido, conseguir una mayor objetivización de la actividad sancionatoria, separando la autoridad competente para imponer la sanción del órgano instructor, preservando así la imparcialidad de ambos. El órgano o autoridad sancionadora ha de estar predeterminado por la Ley o el reglamento, no así el órgano instructor, que

³⁵⁸ DOMINGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho sancionador administrativo. Madrid. Editorial Marcial Pons. 382 p. 1997. Pág. 317.

³⁵⁹ Esta sigla se refiere a la “Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

³⁶⁰ DOMINGUEZ VILA. Pág 317.

se nombra discrecionalmente, pudiendo recaer el nombramiento incluso en un funcionario jerárquicamente subordinado, siendo posible su cese y sustitución en cualquier momento, lo que, ciertamente, diluye en bastante medida este principio de separación de funciones rígidamente aplicado en el ámbito penal”³⁶¹.

Por último Beltrán Aguirre y los otros autores terminan relacionando la debida separación funcional con el traspaso de garantías desde el orden penal al administrativo sancionador:

“...la jurisprudencia constitucional declaró tempranamente que debían aplicarse al ámbito administrativo los principios de orden penal, si bien tal traslación no debía efectuarse de forma automática, sino con las necesarias matizaciones o modulaciones surgidas de las diferencias de naturaleza existentes entre uno y otro orden. Precisamente, uno de los puntos en que con mayor evidencia se comprueba la modulación o flexibilización en la aplicación de un principio penal al orden administrativo sancionador se encuentra en la separación entre las fases instructora y sancionadora”³⁶².

Por su parte, Carretero Pérez y Carretero Sánchez también reconocen esta escisión de funciones en el procedimiento, elevándola a la categoría de principio:

“4. PRINCIPIOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

(...)

El órgano competente para acordar la incoación, según el artículo 134 de la Ley de Procedimiento Administrativo, puede ser el mismo o diferente que el sancionador. En todo caso, el órgano instructor ha de ser distinto al que impone la sanción”³⁶³.

³⁶¹ Ibid, págs 63 y 64.

³⁶² BELTRÁN AGUIRRE y otros, Op. Cit., págs. 120 y 121.

³⁶³ CARRETERO PEREZ y CARRETERO SANCHEZ. Op. cit, pág. 202.

Sánchez Morón entrega también una reseña de la legislación española al respecto, que ya se ha encargado del tema y ha consagrado la separación postulada tras estas líneas, sin embargo hace una aprensión relativa a cierta insuficiencia en dicho mecanismo:

“El artículo 10 del RPPS³⁶⁴ distingue entre los órganos administrativos competentes para la iniciación, la instrucción y la resolución de los procedimientos sancionadores, que serán aquellos que en cada caso se designen por las normas aplicables. Ahora bien, mientras el órgano competente para la iniciación del procedimiento y para su resolución puede ser el mismo y lo será si no se establece lo contrario (art. 10.2), la propia LRJPAC (art. 134.2) obliga a separar la fase instructora de la sancionadora o de resolución, encomendándola a órganos distintos.

Con ello se introduce una garantía de mayor imparcialidad en la instrucción. Pero, se trata de una garantía limitada y no comparable a la separación entre instrucción y enjuiciamiento en el proceso penal, ya que muy frecuentemente el órgano instructor depende jerárquicamente del sancionador, situación ésta que no es en sí misma contraria a la Constitución (SSTC 22/1990 y 14/1999, entre otras)³⁶⁵ (el subrayado es nuestro).

Esteve Pardo también se suma a los partidarios de aplicar esta separación de funciones, de origen penal, al administrativo sancionador, a través de la instauración de dos jueces distintos:

“Hay un principio básico del proceso penal que se incorpora al procedimiento administrativo sancionador, donde adquiere una especial relevancia. Se trata de la distinción en el proceso penal de la fase instructora, en la que se investigan y fijan los hechos, y la fase de

³⁶⁴ Esta sigla se refiere al “Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora”.

³⁶⁵ SANCHEZ MORON, Manuel. Derecho Administrativo, parte general, séptima edición. Madrid. Editorial Tecnos. 952 p. 2011. Pág 701.

aplicación del Derecho a los hechos previamente fijados. Son fases que en el proceso penal se atribuyen a jueces distintos para evitar la llamada contaminación.

El juez que instruye llega a tener un conocimiento muy directo, personal de los hechos y de las personas involucradas; puede verse por ello influenciado por sus propias emociones. Por ello se evita que sea este mismo juez el que dicte sentencia, aplicando el derecho a los hechos que él ha conocido tan directamente. Se encomienda entonces esa función de aplicación del Derecho a otro juez que tendrá un conocimiento más distante y; por lo tanto, más objetivo de los hechos”³⁶⁶.

En pos de dar pleno cumplimiento a la imparcialidad, y considerando la insalvable diferencia reseñada en cuanto a la vigencia de ella en un procedimiento administrativo comparado con uno judicial, Ossa Arbeláez exige aún con mayor énfasis la separación total de funciones:

“Es que no existen organismos de la administración dedicados exclusivamente a dictar fallos o a pronunciar actos administrativos sancionatorios en única, primera o segunda instancia, como los jueces de la jurisdicción.

(...)

La separación de las dos fases a que se ha hecho alusión, es un intento más para alcanzar, hasta donde es posible, la más absoluta imparcialidad de la administración, en un proyecto de acercamiento y de equivalencia a la que se da en los procesos jurisdiccionales”³⁶⁷.

Gómez Tomillo considera que, pese a que en España se recoge la fórmula de separar funciones instructoras y sancionadoras, dicha recepción y consagración a nivel legal y constitucional es insuficiente para dar plenas garantías de

³⁶⁶ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de derecho administrativo, segunda edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 573p. 2012. Pág. 412.

³⁶⁷ OSSA ARBELAEZ, Op. cit. págs. 644 y 645.

imparcialidad, toda vez que:

“La Administración es juez y parte. Como se acaba de señalar, a falta de previsiones normativas contrarias, el órgano decisor es también el órgano que debe incoar el procedimiento administrativo.

Ordinariamente, el órgano que incoa –por lo tanto, que decide la iniciación del procedimiento por advertir la existencia de posibles infracciones sancionables- es el mismo que decide, por lo que éste parte ya de la convicción sobre la existencia de una infracción; el mismo órgano – incoador y decisor- es también, habitualmente, el que nombra al instructor, al que no puede imponer los contenidos de su actuación aunque, al margen de eso, suele estar en el ámbito de su influencia jerárquica.

De esta forma, los efectos de la división del procedimiento en fases diferentes, encargadas a órganos distintos, se reducen ostensiblemente”³⁶⁸.

Suay Rincón ha sido uno de los que más se ha preocupado por este tema, dedicando las siguientes líneas de su texto “Sanciones Administrativas” a ello:

“...en la actividad sancionadora de la Administración no interviene un solo sujeto, sino que son dos las autoridades que toman parte: a una se le confía la fase instructora y a la otra, la fase resolutoria

(...)

El objetivo perseguido es como en éste, el de asegurar al máximo la imparcialidad de las autoridades administrativas: atribuyendo la señoría exclusiva en cada fase a sujetos diversos se evita el excesivo predominio de un órgano y, por tanto, también, el del eventual interés de que es portador”³⁶⁹.

La necesidad de separar funciones de acusación y decisión es además exigida por varios pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional español:

³⁶⁸ GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. Cit., pág. 755.

³⁶⁹ SUAY RINCON, José. Sanciones Administrativas. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España. 221p 1989. Págs. 101 y 102.

“también en el procedimiento administrativo sancionador la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor”³⁷⁰ (el subrayado es nuestro).

A propósito de un procedimiento sancionador-tributario:

“nadie puede ser a la vez juez y parte y que, por ello, un correcto funcionamiento de la Administración requiere la separación de las funciones de inspección y liquidación (similar a juzgamiento) tributaria como una garantía del contribuyente, relativa a la neutralidad del órgano liquidador frente a los datos aportados, respectivamente, por el propio contribuyente y por la inspección”³⁷¹ (el subrayado y el paréntesis son nuestros).

Blanquer Criado considera que este mecanismo de separación garantiza además la legalidad y objetividad:

“B) Los derechos procedimentales del presunto responsable

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo, el presunto responsable disfruta de toda una batería de garantías jurídicas orientadas a preservar la objetividad y legalidad de la actividad sancionadora:

La separación en el procedimiento de la fase instructora y la sancionadora (encomendándolas a órganos administrativos distintos)”³⁷².

En relación a las sanciones tributarias, Aneiros Pereira da un testimonio más sobre la separación de funciones:

“La doctrina ha venido indicando la necesidad de que la instrucción y la resolución del procedimiento sancionador se encomienden a órganos distintos. Se trata de una garantía incorporada, con carácter general, para el ámbito administrativo, por el art. 134.2 de la Ley de Régimen Jurídico de

³⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 45-1997.

³⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 76-1990.

³⁷² BLANQUER CRIADO. Op. cit., Pág. 646.

las Administraciones Públicas que establece un mandato al legislador para que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora establezcan la debida separación entre la fase instructora y la resolutoria, <<encomendándolas a órganos distintos>>³⁷³.

Quizás el más enfático de los expositores de esta sección es Parada, el español en esta breve frase resume su visión acerca de la separación:

“El principio de separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándolas a órganos distintos, constituye otro de los principios esenciales y sagrados de todo procedimiento punitivo”.

Cerramos esta sección con una cita de doctrina francesa proclive a la separación de funciones:

“Conviene también apreciar la "imparcialidad estructural" que interdice la presencia hacia el seno de una autoridad represiva de una persona que se ha acabado de pronunciar sobre el mismo asunto, a las cortes de una etapa precedente del procedimiento³⁷⁴ (el subrayado es nuestro).

c) Jurisprudencia nacional:

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, es tajante a la hora de criticar al antiguo sistema procesal penal (y a sus defensores), sobre todo porque, como dijimos, la vigencia de la imparcialidad era nula:

“VIGESIMOSEGUNDO. Que el motivo por el cual ya no existen defensores del antiguo sistema penal obedece a la idea de que cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, ésta pierde la imparcialidad y la independencia que debe esperarse de quien ejerce la función

³⁷³ ANEIRO PEREIRA, Jaime. Las sanciones tributarias. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2005. 315 p. Pág. 194.

³⁷⁴ DELLIS, Op. cit.

jurisdiccional, puesto que esta persona ya ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado”³⁷⁵ (el subrayado es nuestro).

Conociendo una inaplicabilidad presentada por un síndico de quiebras contra la Superintendencia de Valores y Seguros, el Tribunal reconoce explícitamente la separación de funciones:

“...existe también la separación entre órganos persecutor y sancionador, que permite garantizar una suficiente objetividad en el procedimiento”³⁷⁶.

d) Jurisprudencia extranjera:

En este caso invocamos un fallo dictado por el Consejo Constitucional de Francia, equivalente a nuestro Tribunal Constitucional, muy relevante al ser del año presente:

“5. Considerando que, según los demandantes, al no garantizar la separación de poderes de persecución e investigación y de la potestad sancionadora de la autoridad reguladora de las comunicaciones electrónicas y los servicios postales, la legislación socava los principios de independencia e imparcialidad derivada del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789...”³⁷⁷.

Líneas más adelante, el Consejo se refiere al artículo de la clásica declaración:

“9. Considerando que el artículo 16 de la Declaración de 1789: "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni

³⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1341-2009.

³⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1413-2009.

³⁷⁷ 5. Considérant que, selon les sociétés requérantes, en ne garantissant pas la séparation des pouvoirs de poursuite et d'instruction et des pouvoirs de sanction au sein de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les dispositions contestées portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cita original de: CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, Decisión N° 2013-331 de 5 de julio de 2013.

determinada la separación de poderes definida, no tiene Constitución³⁷⁸.

e) Legislación nacional:

Un cuerpo legal que nos viene a servir como un excelente ejemplo a fin de clarificar cómo se cautela la imparcialidad mediante esta figura de separar funciones es la Ley Para la Defensa de la Libre Competencia (D.L. 211 de 1973) que procedemos a revisar a continuación.

La libre competencia está resguardada en nuestro país por la vía judicial, de manera tal que, tenemos un tribunal especial con competencia para conocer todos los atentados a la libre competencia, tanto de manera preventiva como correctiva. Es útil para los fines de este trabajo entrar al análisis de esta normativa sectorial pues, al ser una orgánica que instaura un procedimiento, debe respetar el debido proceso, y es así como en su estructura se hace presente la **separación de funciones**, además de otras normas relativas a la imparcialidad contenidas en el D.L. 211.

De esta manera, en sus artículos sexto y onceavo hallamos establecidas una serie de inhabilidades, cautelándose la imparcialidad nuevamente de manera tradicional tal como se efectúa por ejemplo, en el Código Orgánico de Tribunales respecto de los jueces.

³⁷⁸ Ibid.

Lo que nos concierne de este D.L. 211 es, como anticipamos, la separación de funciones, en este caso de investigar e instruir y juzgar, puesto que, al tenor del decreto en comento, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo le compete conocer y juzgar las causas relativas a la libre competencia, no estando facultado para incoar un procedimiento ni aun de oficio, radicándose en definitiva las facultades de instruir un proceso y llevar a cabo una investigación en otro órgano imparcial e independiente: **la Fiscalía Nacional Económica**.

Esta Fiscalía es un órgano público, descentralizado, autónomo e “independiente de todo organismo o servicio” tal como lo prescribe el artículo 33 de la ley respectiva. Está a cargo del Fiscal Nacional Económico, funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y sometido a la supervigilancia del mismo mediante el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. -Art. 33, D.L. 211-

A fin de dar mayor énfasis a la imparcialidad de este órgano acusatorio, el D.L. 211 en su artículo 39 señala que:

“El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe”.

Es destacable para efectos de este trabajo el hecho de que el fiscal puede “Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado”. En este procedimiento en particular el fiscal es instructor, razón por lo cual hay que

aplicarle todo lo planteado acerca de la **Imparcialidad funcionaria** en la etapa de instrucción. -Art. 39, letra a), D.L. 211-

El problema y amenaza a la imparcialidad lo hallamos en la misma letra del artículo citado en su parte final, puesto que la investigación llevada a cabo en contra de un supuesto infractor a las normas de la libre competencia puede llevarse en secreto, sin dar noticia siquiera a éste, con todo lo atentativo que ello resulta al debido proceso, sobre todo considerando que acá estamos analizando un procedimiento netamente judicial, con un tribunal como órgano competente en la aplicación de sanciones en lugar de una superintendencia.

Esta falencia en cuanto a la debida contradictoriedad queda planteada en estos términos en el decreto respectivo: “El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. -Art 39, inciso final, D.L. 211-

Si bien el legislador es precavido y exige como requisito adicional autorización del Tribunal competente, consideramos que, siempre una investigación secreta en contra de cualquier persona, sea un eventual sancionado o bien un supuesto infractor en cualquier tipo de proceso, vulnera el derecho a saber desde el primer instante en que se inicia una investigación en su contra de la existencia de ésta, desconocer este derecho es un agravio a la contradictoriedad y por

ende un atentado al debido proceso.

Lamentablemente, podemos concluir que, en sede administrativa no se siguió el modelo de la Reforma Procesal Penal, y por lo tanto no se solucionó la problemática de la concentración de funciones, puesto que, en la mayoría de los estatutos particulares sancionatorios la persona a cargo de la investigación, el *instructor*, es parte del mismo órgano que inició el proceso sancionador contra el eventual infractor, el ejemplo más palmario de esto son los artículos 126 y 129 del Estatuto Administrativo³⁷⁹, en los cuales se concentra en definitiva la función de acusar y decidir en el mismo órgano, pese a que designe un funcionario distinto pero al fin y al cabo miembro subordinado a la misma Administración que acusa una infracción administrativa. Otros casos serán mencionados en la sección sobre **la imparcialidad en los diversos procedimientos administrativos sancionatorios en particular** de este trabajo.

Si bien el principio de Imparcialidad de la ley 19.880 viene a morigerar un poco lo descrito en el párrafo precedente, creemos que lo adecuado habría sido

³⁷⁹ Artículo 126.- Si el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, estimare que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria o en el caso de disponerlo expresamente la ley, ordenará mediante resolución la instrucción de una investigación sumaria, la cual tendrá por objeto verificar la existencia de los hechos, y la individualización de los responsables y su participación, si los hubiere, designando para tal efecto a un funcionario que actuará como investigador.

Artículo 129.- El sumario administrativo se ordenará por el jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, mediante resolución, en la cual designará al fiscal que estará a cargo del mismo. El fiscal deberá tener igual o mayor grado o jerarquía que el funcionario que aparezca involucrado en los hechos.

desconcentrar las funciones de acusar, decidir e investigar en todo procedimiento administrativo sancionatorio vigente en nuestro país, pudiendo encomendar dichas tareas a funcionarios de un órgano idóneo e imparcial, ni siquiera siendo necesario crear un órgano de esa índole con los respectivos costos que ello acarrea, así, por ejemplo, se le podrían encomendar dichas funciones a la Contraloría General de la República.

Otra solución la encontramos en las respectivas Superintendencias, las cuales sin embargo actúan de manera bastante limitada, ya que sólo en algunos casos pueden fiscalizar órganos públicos (la Superintendencia de Salud está facultada para ello, no así la Superintendencia de AFP por ejemplo), y en otros casos hay ámbitos de la sociedad que carecen de ellas (como la educación).

IV.- La proscripción de incoar procedimiento sancionador de oficio.

Una legislación administrativo-sancionadora consecuente con la imparcialidad, y por ende, con la separación de funciones de acusar y decidir debe además, proscribir la posibilidad de que el órgano sancionador (y por ende juzgador) inicie de oficio un proceso sancionatorio. Como se verá más adelante en la sección sobre **la imparcialidad en los diversos procedimientos administrativos sancionatorios en particular**, son escasas las leyes

sancionadoras en que ello se cumple.

A nivel internacional la Corte Constitucional de Colombia ha sentado jurisprudencia clara y totalmente atingente a cómo se debe desplegar la imparcialidad en sede administrativa tal como lo planteamos en esta sección, en sucesivos fallos, el primero de ellos guarda relación con lo planteado sobre **la proscripción del inicio del procedimiento sancionador de oficio** del párrafo anterior:

“La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad”³⁸⁰(el subrayado es nuestro).

“Por ejemplo, impartir instrucciones sobre cómo fallar u obedecer tales instrucciones, así como escoger a dedo el funcionario que habrá de ocuparse jurisdiccionalmente de un asunto o aceptar que no haya un procedimiento neutral de reparto de asuntos para conocimiento y fallo, no es constitucionalmente admisible. Suponer que las relaciones de jerarquía, propias de las estructuras administrativas, también operan cuando un funcionario administrativo ha de proferir fallos en ejercicio de funciones jurisdiccionales es contrario al debido proceso”³⁸¹.

Enumerando **mecanismos de cautela de la imparcialidad** que propugnamos en este trabajo, la Corte dice:

“En el ordenamiento jurídico colombiano, dijo entonces la Corte, se han diseñado diferentes garantías institucionales e individuales destinadas a asegurar no sólo que el juez se halle en una posición subjetivamente ajena

³⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° 762- 2009.

³⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-117-2008.

a las partes e intervinientes, sino también que dicha situación se presente de modo objetivo. Dentro de ese conjunto de elementos tanto externos como internos al proceso que han venido nutriendo la noción de imparcialidad del juez, aparecen los principios que se reconocen como propios a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria y que son “i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía”.”(el subrayado es nuestro)³⁸².

Quien se ha encargado de abordar este específico tema en Chile es Cerda San Martín, quien además lo relaciona con el concepto de imparcialidad objetiva tratado al inicio de este capítulo:

“esta garantía también involucra necesariamente un sistema procesal en el que la acción penal no puede ser promovida de oficio. No se puede ser juez y parte al mismo tiempo, lo que conspira frontalmente con la esencia de la justicia. De ahí que el añejo *ne procedat iudex ex officio*, pilar fundamental en todos los Estados de Derecho, sea el primer presupuesto insoslayable del respeto a la garantía constitucional del *juez imparcial*.

El principio acusatorio formal dispone disociar las funciones requirente y decisoria, lo que apareja la necesidad del acto de instancia por parte de otro órgano totalmente distinto del juez. Acción y jurisdicción son esencialmente inconciliables, por ello un mismo órgano judicial no puede tener ambos poderes; no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues ello afecta su imparcialidad objetiva”³⁸³.

Luego de escudriñar en detalle cómo se manifiesta la imparcialidad y cómo se afianza su vigencia aplicando una serie de mecanismos, debemos referirnos a dos figuras típicas del procedimiento administrativo que pueden ser problemáticas para la vigencia de este principio, nos referimos a la delegación

³⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-144-2010.

³⁸³ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. Reconocimiento jurisprudencial de la imparcialidad del tribunal como indispensable componente del debido proceso penal. En: Revista de la Justicia Penal. Santiago. (5):163-189. Editorial Librotecnia. 268 p. 2009. Pág. 169.

de funciones y a la avocación.

IV.a.- El principio de congruencia: garantía de separación.

Para conservar la debida separación de funciones se hace imprescindible buscar un sostén que ampare este mecanismo más allá de lo formal, de lo funcional, en otras palabras, no es suficiente ni que el Acta de inspección se mantenga al margen del ente sancionador, ni que a éste se le conserve aislado de toda actividad inspectiva e instructiva. Proponemos que, como respaldo adicional a escindir la función de investigar de aquella de sancionar, se aplique **el principio de congruencia.**

a) Doctrina nacional

De origen en el derecho romano, y desarrollado por la actual doctrina procesal penal, se le ha definido como:

“principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”³⁸⁴.

Complementa el autor dicha definición al señalar que “constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las

³⁸⁴ AVENDAÑO LEYTON, Ignacio. El Principio de Congruencia, su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC. Santiago. Artículo publicado en www.lexweb.cl, pág. 2. 2012.

partes e interviene la posible arbitrariedad judicial”³⁸⁵. En resumidas cuentas, el principio de congruencia se hallará en plena vigencia siempre y cuando haya concordancia e identidad entre la formalización, acusación y sentencia.

A nivel normativo podemos verlo consagrado tanto en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 160³⁸⁶, como en el Código Procesal Penal, en sus artículos 341³⁸⁷. La doctrina procesalista penal lo ha explicado de la siguiente manera:

“La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella (art. 341 CPP). Su infracción da origen a un motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia (art. 374 f) CPP). El fundamento de esta prohibición radica en el derecho del acusado de ser oído y defenderse respecto de todos los hechos y circunstancias que se le imputan. En el Código, la exigencia de congruencia fáctica se extiende también a la acusación y la formalización de la investigación”³⁸⁸.

Al aplicar el principio de congruencia en sede sancionadora, éste sirve como cauce delimitador para que la actividad de instrucción y acusación se mantenga

³⁸⁵ Ibid, pág. 4.

³⁸⁶ Art. 160 (167). Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.

³⁸⁷ Art. 341. Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella.

³⁸⁸ HORVITZ y LOPEZ., Op. cit., pág. 237.

en manos del fiscal o cualquier funcionario idóneo para tal función, la cual, para sostener al debido proceso, nunca debe estar en manos de quien resuelva el procedimiento sancionador.

Así, regirá este principio siempre que haya la debida correspondencia entre el Acta de inspección, la formulación de cargos, la propuesta de resolución, y finalmente, la resolución dictada en ejercicio de potestades sancionadoras. La exigencia de fundamentación de la resolución sancionadora, sobre todo cuando ésta condena al infractor, viene a completar este principio, toda vez que, en dicha fundamentación se puede comprobar que el órgano sancionador al fallar no se aparte de los cargos incoados contra el supuesto infractor.

El Estatuto Administrativo recoge este principio de la congruencia en su artículo 140, inciso tercero:

“Ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos”.

Esos cargos se contienen, precisamente en la **formulación de cargos**, figura estudiada previamente en este trabajo. La congruencia se verá también reflejada en los efectos que produce la formulación de cargos, así lo sostiene Albornoz Gabilán:

“...la formulación de cargos es una de las etapas más importantes de los procedimientos disciplinarios, toda vez que, además de poner en conocimiento al inculpado de aquello sobre lo que se está investigando

tiene una serie de consecuencias que se evidencian desde su notificación, a saber:

(...)

c) Una vez notificados, el procedimiento se circunscribe a los cargos formulados por la Fiscalía, esto es, sólo se podrá sancionar por los hechos materia de cargos (art. 140 del Estatuto Administrativo)³⁸⁹.

La vigencia de este principio también es reconocida por Salinas Bruzzone, quien en su texto “Derecho Administrativo Sancionador Eléctrico” detalla cómo opera:

“la decisión final o resolución que adopte la autoridad, debe ser congruente con el mérito del proceso, tomando en especial consideración la actuación que da origen a aquél, los cargos que se formularon, en su caso, así como los descargos, diligencias de prueba o diligencias complementarias que pudieren haberse rendido en los autos”³⁹⁰.

Es en el final de este procedimiento administrativo sancionatorio (eléctrico) que se siente con mayor fuerza la presencia del principio de congruencia, al pasar a manos del Superintendente la **propuesta de sanción**:

“Eventualmente, puede ocurrir que el Superintendente, sin cuestionar el mérito investigativo del procedimiento, no comparta la entidad de la sanción propuesta, en cuyo caso, indicará a la División la sanción que, en su opinión, se adecua al mérito del proceso, organismo que deberá evacuar un nuevo proyecto de resolución.

Si bien el reglamento no hace referencia a cuál o cuáles son las menciones que debe poseer la resolución final del Superintendente,

³⁸⁹ ALBORNOZ GABILAN, Op. Cit., págs. 94 y 95.

³⁹⁰ SALINAS BRUZZONE, Op. Cit., pág. 202.

estimamos que ésta debe contener idénticas menciones a que hace referencia el artículo 19 del referido Decreto 119 , debiendo llamarse la atención, además, que de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de éste, nadie podrá ser sancionado, por hechos que no hayan sido motivo de los cargos, debidamente notificados, afirmación que comporta un reconocimiento al principio de la congruencia procesal...³⁹¹ (el subrayado es nuestro).

Otro autor nacional que desarrolla la formulación de cargos como manifestación de la congruencia es Moraga Kleener, respecto a Superintendencia de Medio Ambiente:

“Como garantía procesal para el presunto infractor, el art. 54.3 LO-SMA prescribe que “Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”. Esta norma nos permite hacer al menos tres comentarios. Primero, la ley hace suya la idea ya contenida en la jurisprudencia de los procedimientos de investigación funcionaria de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, de que una sanción que se aplique a cargos que no fueron conocidos del infractor, lo hace incurrir en indefensión, afectándose así los más fundamentales estándares del debido proceso.

Segundo, la disposición legal que comentamos hace ver que la formulación de cargos es un trámite esencial del procedimiento sancionatorio, de manera que de faltar o de desenvolverse con infracción de la ley, debe entenderse que configura una causal suficiente para invalidar o anular el procedimiento sancionatorio y la decisión final sancionatoria que hubiere dictado el superintendente. Y, tercero, el art. 54.3 obliga al instructor a mantener la debida congruencia entre la formulación de cargos, con que dio inicio a la instrucción del procedimiento, y el dictamen, es decir, el informe que contiene el resultado final de la función investigadora que desplegó³⁹² (el subrayado es nuestro).

³⁹¹ Ibid, pág. 203.

³⁹² MORAGA KLEENER. Op. cit., pág. 203.

b) Doctrina extranjera.

Desde luego que la doctrina foránea le ha dado tratamiento especial a este principio, inclusive ha dado mayor énfasis a la aplicación de éste en sede administrativo-sancionadora tal como lo atestiguan las siguientes líneas:

“...la resolución debe ser congruente y decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento...La congruencia exige que no se resuelvan cuestiones distintas a las planteadas en el proceso, pero no exige una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la resolución. El TS, en numerosas sentencias...ha declarado que “el principio de congruencia en el orden contencioso-administrativo es más riguroso que en el proceso civil (...) y obliga a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición el subrayado es nuestro).”

Garberí Llobregat habla derechamente de **deber de congruencia**, y lo explica de la siguiente manera:

“Junto al deber de motivación de la resolución sancionadora, el apartado primero del artículo 138 también impone al órgano competente para decidir el procedimiento administrativo sancionador el *deber de congruencia*, mediante la exigencia de que dicha decisión final del expediente haya de resolver <<todas las cuestiones planteadas>>...”³⁹³.

Delimita, eso sí, el autor al alcance del principio de congruencia, y de ésta manera, cambios en la calificación jurídica de los cargos no son atentativos a su vigencia:

“A diferencia de lo que ocurre con los hechos, la introducción <<ex officio>> de una nueva calificación jurídica de los mismos en el trámite de

³⁹³ GARBERI LLOBREGAT, José. El procedimiento administrativo sancionador. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. Cuarta Edición. 1814p. 2001. Págs. 414 y 415.

resolución del procedimiento no tiene por qué generar ni incongruencia ni atentado alguno al derecho de defensa del presunto responsable. Tal y como se tuvo ocasión de señalar en el análisis del derecho a conocer los términos de la acusación...dichos términos son propiamente los hechos, no la calificación jurídica respecto de la cual, y a la hora de emitir la decisión final, no se produce vinculación de ningún tipo entre la apreciada por el instructor en la propuesta y la concretada en la resolución por la autoridad decisora”³⁹⁴.

V.-Límite a delegación de funciones.

La delegación de funciones sólo nos interesa, para los fines de este trabajo, en tanto sea la potestad sancionadora la que sea objeto de delegación. Esta delegación en especial sólo procede respecto de las superintendencias, razón por la cual el objeto de estudio en esta sección sólo considerará a éstas.

En efecto, la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado permite que las Superintendencias, en cuanto entes integrantes de la Administración, deleguen funciones relativas al procedimiento administrativo en funcionarios dependientes, en virtud del artículo 43 de la ley:

Artículo 43.- El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

- a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;
- b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;
- c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;
- d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio

³⁹⁴ Ibid, pág. 419.

de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización, y

e) La delegación será esencialmente revocable.

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación. Podrá, igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada.

El peligro para la vigencia de la imparcialidad radica acá: ¿qué pasa si el Superintendente delega la potestad de conocer, o bien la de fallar el procedimiento sancionador, o ambas?

Esta problemática ya fue detectada en el procedimiento penal anterior a la reforma procesal penal vigente, toda vez que, era una práctica usual la delegación de funciones que efectuaba el juez penal al actuario, incluso la facultar de dictar resoluciones.

La situación descrita causa grave perjuicio al debido proceso, pues es evidente que, quien no conoció la prueba ni las distintas etapas de tramitación del proceso va a poder dictar una resolución resolviendo sea un trámite, incidente o incluso la sentencia definitiva del mismo proceso, sin embargo, bajo la vigencia del procedimiento penal antiguo era posible que, el actuario dictara resoluciones “a ciegas”, con el consecuente perjuicio para las partes del juicio.

La injusticia patente de esta situación se subsanó, en materia penal, con la reforma procesal penal, al prohibirse expresamente la delegación de funciones

en el proceso penal, mediante la dictación del Código Procesal Penal, el que en su artículo 35 proscribe y sanciona la delegación de esta manera:

Art. 35. Nulidad de las actuaciones delegadas. La delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas.

Sin embargo, dicha prohibición de delegación no se halla presente en ninguna de las leyes analizadas en el presente trabajo, por lo que nada impide que se deleguen potestades sancionadoras, con la consiguiente lesión al debido proceso. Esperemos que pronto el legislador tome nota de esta grave omisión y reforme las leyes respectivas a fin de garantizar los derechos de todo ciudadano al momento de enfrentar a la Administración en un procedimiento.

La omisión anterior queda aún más en relieve si consideramos las experiencias del derecho comparado, en donde sí se prohíbe la delegación de potestad sancionatoria, basta ver la experiencia en España:

“La primera redacción de la LRJ-PAC prohibía la delegación del ejercicio de la potestad sancionadora (art. 127.2)...(...)... se adoptó para asegurar que una potestad restrictiva de derechos y tan incisiva como la sancionadora no era ejercida por otro órgano -distinto del competente en virtud de la normativa aplicable- por la mera voluntad de este último”³⁹⁵.

Como se pudo ver en el artículo 43 precedentemente invocado a propósito de la delegación, esta norma en su inciso final consagra la facultad de delegación de firma, que efectúa el jefe de servicio a sus subalternos para determinadas

³⁹⁵ GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit., pág. 758.

actuaciones. Pues bien, esta delegación a diferencia de la mencionada precedentemente no atenta contra el debido proceso, ya que, conforme a lo establecido en España donde hay prohibición expresa, ella no implica transferir competencias desde el delegante al subalterno:

“...mientras la delegación implica transferencia del ejercicio de la competencia...(...)...la delegación de firma no altera la competencia del órgano delegante...(..)... esto es, ni la titularidad ni el ejercicio”³⁹⁶.

En nuestro país, sin embargo, la jurisprudencia administrativa se ha pronunciado a favor de esta delegación de potestad sin mayores ataduras:

“Sin perjuicio de la exigencia de que las sanciones administrativas sean aplicadas por la autoridad facultada legalmente para ello, la jurisprudencia administrativa ha reconocido la posibilidad de delegar potestades sancionadoras, siempre que se cumpla con las exigencias previstas en la ley.

La Contraloría, en dictamen N° 3.592, de 10 de febrero de 1993, atendido lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ha estimado que las facultades sancionadoras del Superintendente pueden ser delegadas, en la forma prevista por la ley”³⁹⁷.

Considerando lo anterior, no faltan las voces en la doctrina nacional aprensivas de esta situación, podemos leer a Bermúdez Soto entre ellas:

“En la práctica, el legislador no atribuye expresamente la potestad sancionadora, no la señala entre las competencias, sino que se desprende sólo de la tipificación de infracciones y sanciones. La Administración, a través de un reglamento, no podría autoatribuirse esta potestad, y aquellos órganos que no cuentan con ella, no pueden ejercerla, porque sólo es la

³⁹⁶ Ibid, pág. 759.

³⁹⁷ SALAS PINO, Carolina. La potestad sancionadora de la administración. Principios que la informan. Tratamiento Jurisprudencial. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2001. 221 p. Pág. 193.

ley la que puede otorgarla. Esta potestad *no es delegable*, respecto de un órgano inferior, y sólo puede ser ejercida por aquél que la tiene atribuída”³⁹⁸ (la cursiva es nuestra).

Otra opinión crítica es entregada por Moraga Kleener, en relación a la Superintendencia de Medio Ambiente:

“El Superintendente, además, es el órgano que detenta la potestad sancionadora; es más, se trata del único órgano adscrito a la organización de esa superintendencia, competente en la materia (titulariza, por tanto una *potestad privativa*). Es, en este ámbito, la única unidad decisora formal de la SMA que puede sancionar o absolver en el procedimiento sancionador, y le está vedado delegar su ejercicio en otras autoridades o funcionarios de su dependencia...”³⁹⁹ (el subrayado es nuestro).

Profundizando aún más en su prevención anterior:

“No pareciera posible que el instructor delegue el ejercicio de los actos de instrucción del procedimiento sancionatorio: primero, la LO-SMA no contempla una disposición que autorice esa delegación y, segundo, el fiscal instructor no tiene funcionarios de su dependencia que pudieren recibir delegaciones de ejercicio de atribuciones propias de aquél.

Ahora bien, nada impide que el instructor pueda solicitar de otros funcionarios de la SMA que le colaboren en las diligencias que deban practicarse (por ejemplo, entregándole la información o antecedentes que tuvieren en su poder; o acompañándolo en inspecciones oculares que pudiere disponer sobre el objeto investigado, etc.). Pero, lo anterior no supone habilitar una delegación de ejercicio de la función de instructor a un tercero, ni que el tercero pueda acometer la diligencia propia de investigación, prueba o dictamen, en reemplazo del instructor”⁴⁰⁰.

³⁹⁸ BERMUDEZ SOTO, Op.cit., pág. 185.

³⁹⁹ MORAGA KLEENER. Op cit., pág. 186.

⁴⁰⁰ Ibid, pág 187.

VI.- Proscripción de la avocación.

La **avocación**, es una figura jurídica, de origen procesal, concebida como "...el derecho atribuído a una jurisdicción superior para sacar un proceso tramitado o a tramitarse en un tribunal inferior, de su competencia"⁴⁰¹.

Aplicada al ámbito administrativo sancionador, se entiende como la facultad de avocarse un asunto por parte del órgano superior jerárquico de quien conoce un procedimiento sancionador.

Es nociva a la imparcialidad y por ende, al debido proceso, toda vez que resulta de ella una regresión a la concentración de funciones, obstáculo principal a la imparcialidad en todo proceso, el cual ya fue superado en muchos ordenamientos tales como el penal.

Así, no tendría efecto entonces que haya un funcionario instructor que investigó e instruyó un proceso si puede ser sustituido en cualquier momento por su superior jerárquico, produciéndose en definitiva la contaminación en la valoración de la prueba ya que sería el mismo órgano fallador quien recaba y falla, concentración de funciones criticada y superada por doctrina y legislación nacional e internacional como ya quedó fehacientemente demostrado en este trabajo.

⁴⁰¹ LERNER, Bernardo. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1033p. 1954. Pág. 1030.

En la misma línea con esta consideración sobre la avocación, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales efectúan un análisis sobre la avocación y su relación con la imparcialidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

“...la avocación tiene por objeto <<el conocimiento de un asunto>> (cfr. art. 14.1 LRJ-PAC) y no el ejercicio de una competencia (el conocimiento y resolución de todos los asuntos incluidos en dicha competencia). Por lo tanto, el riesgo de pérdida de objetividad de en el enjuiciamiento de ese asunto es mucho mayor (sic), porque el superior jerárquico no está sometido a los criterios interpretativos discrecionales con que actúa el órgano competente, de tal forma que la igualdad puede verse seriamente comprometida, y la desviación de poder en la resolución del asunto es una posibilidad muy cercana. Y todo ello tiene especial trascendencia a la luz del incisivo carácter de la potestad sancionadora”⁴⁰².

Hay una referencia también a esta proscripción en nuestra doctrina nacional, es Moraga Kleener quien apunta a eso:

“c) La formulación de cargos es una atribución exclusiva del instructor, que no puede ser delegada ni avocada para sí por ninguna autoridad de la SMA

La formulación de cargos solamente puede ser hecha por el fiscal instructor. Por ello, no sería correcto asumir, por ejemplo, que en la misma resolución que dicta el Superintendente ordenando la instrucción del procedimiento y designando a la persona del infractor, sea factible formular, además, los cargos al presunto infractor.

En otras palabras, entendemos que la “formulación de cargos” es una actuación propia del funcionario que tiene a su cargo la investigación. De esto se sigue, primero, que no es factible una eventual delegación de ejercicio de esta atribución tan especial por el instructor en otro funcionario de la SMA; y, segundo, que no es procedente que la formulación de cargos sea hecho por la autoridad llamada a resolver el procedimiento

⁴⁰² GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit.,pág. 762.

sancionatorio, ya que de lo contrario se confundiría con el papel de “investigador”, con el de “resolutor”, lo que infringe el art. 7° LO-SMA⁴⁰³ (el subrayado es nuestro).

VII.- La propuesta de resolución vinculante.

Mediante este mecanismo de **proposición sancionatoria** el legislador logra evitar que, el órgano de la Administración se contamine con los prejuicios propios de quien lleva adelante la investigación en el proceso, cautelando así el juicio de quien está dotado de facultades sancionatorias para conservar su imparcialidad.

Sin embargo, este mecanismo no cautela la imparcialidad en forma completa mientras la propuesta no sea **vinculante**. Una propuesta de resolución vinculante es aquella en la cual, el instructor, quien efectúa esta propuesta, no puede cambiarla ni en cuanto a la persona imputada, ni a los hechos imputados, ni a la calificación jurídica de dichos hechos.

Una propuesta de resolución vinculante entonces, es aquella que, una vez propuesta y aprobada por el órgano con potestades sancionatorias no puede variar ni en cuanto a los hechos imputados, ni a las personas imputadas, ni a la calificación jurídica de dicha imputación.

⁴⁰³ MORAGA KLEENER. Op. cit., pág. 199.

La propuesta vinculante beneficia al sujeto pasivo del procedimiento administrativo de variadas maneras, puesto que, en primer lugar, le da la certeza necesaria en cuanto a la infracción que se le imputa, requisito esencial para la defensa y contradicción de éstos, luego esta figura propende a la vigencia de la contradictoriedad.

En segundo lugar, una propuesta de resolución vinculante garantiza la debida separación de funciones, puesto que impide que el instructor usurpe la función de determinar la sanción propia del órgano con potestad sancionatoria.

Y en tercer lugar, proscribire la posibilidad de que haya lugar a la reformatio in peius, figura de origen procesal cuyo significado literal es “reforma a peor”, o “reforma en perjuicio”, y que concurre cuando, quien impugna una resolución, recibe un peor resultado que el impugnado en la resolución de dicha impugnación por parte del órgano que dictó tal resolución.

La reformatio in peius se presenta en el procedimiento administrativo sancionador cuando, la sanción aplicada por el órgano con potestades sancionatorias supera a la sugerida en la propuesta de resolución, una vez aprobada ésta.

Hay reconocimiento de la proscripción de esta reformatio in peius en cuanto al procedimiento administrativo sancionador por parte de la doctrina, si bien ya se vio en detalle el desarrollo doctrinario sobre la imparcialidad en la sección “La

imparcialidad, parte especial” de este trabajo, veremos las distintas posiciones doctrinales del tema en esta sección para comodidad del lector y su inmediata asociación con la figura de la propuesta de resolución, propia de este análisis sobre imparcialidad en particular.

En España se prohíbe expresamente la posibilidad de *reformatio in peius*, de ello dan cuenta Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, además de exhibir cómo el Tribunal Constitucional percibe tal mecanismo:

“Se dirige a posibilitar a los interesados la oposición a los nuevos elementos de la imputación que hayan resultado de la fase instructora. Por eso, el TC ha afirmado la vinculación del derecho a conocer la propuesta de resolución con el derecho a la tutela judicial...”⁴⁰⁴.

De una manera más específica señalan la prohibición legal, contenida en la Ley de Regímenes Jurídicos de la Administración española:

“Como establece el art. 138.2 LRJ-PAC, en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica”⁴⁰⁵.

Beltrán Aguirre y los demás autores del respectivo texto terminan acotando sobre la propuesta de resolución que:

“La propuesta de resolución no vincula al órgano sancionador como regla general, no obstante, si el órgano competente para resolver pretende desviarse de la propuesta y modificar la calificación de la infracción o de la sanción a imponer, en el sentido de agraviar la situación del interesado, tiene obligación no sólo de concederle audiencia, sino también de formular

⁴⁰⁴ GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit., pág. 845.

⁴⁰⁵ Ibid, pág. 14.

cumplida y justificada explicación o motivación de por qué el órgano sancionador se aparta de las sanciones propuestas por el Instructor en la propuesta de resolución”⁴⁰⁶ .

Hubiese sido deseable que, se replicara la fórmula en los distintos procedimientos sancionadores, sobre todo aquellos en los cuales vemos grandes falencias en la vigencia del principio de imparcialidad, tal como ocurre en la mayor parte de los procedimientos relativos a las diversas superintendencias del sector, de lo cual daremos cuenta en la sección respectiva de este trabajo.

Sección 4: La Imparcialidad, parte especial. Aplicación en diversos procedimientos administrativos sancionatorios.

Para efectuar un cabal y completo análisis del principio de imparcialidad en nuestra legislación terminamos este capítulo revisando qué sucede con la aplicación de éste en aquellos procedimientos administrativos sancionadores de relevancia para los alcances de este trabajo, y éstos son todos aquellos en los cuales hay un órgano investido de potestad sancionadora que eventualmente pueda aplicarla en contra de un particular a raíz de una supuesta infracción a normativa pertinente.

⁴⁰⁶ BELTRAN AGUIRRE y otros, Op. cit., pág. 152.

Casi la totalidad de esta potestad sancionadora ha sido conferida por el legislador a las diversas superintendencias dentro de sus ámbitos competenciales respectivos correspondientes a los distintos rubros de nuestra sociedad tales como la salud, el mercado financiero, la seguridad social, entre otros, si bien hay ciertos órganos que, sin ser superintendencias, también poseen dicha facultad, ejemplo de ellos son el Servicio Agrícola Ganadero (SAG), el Ministerio de Obras Públicas (MOP), la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), entre otros.

Para visualizar tanto el desarrollo del principio de imparcialidad en cada una de las normativas a analizar en esta sección, como asimismo la evolución en la aplicación del mismo, las diversas instituciones y figuras basadas en éste, y especialmente la recepción de los distintos mecanismos de cautela del mismo detallados en la sección precedente, es que esta sección se organiza con un criterio consistente en la mayor o menor recepción de dichos mecanismos en las diversas leyes reguladoras del respectivo órgano o superintendencia de la Administración, dotados con potestad sancionadora.

Dichas leyes además, se sitúan en posición cronológica, a fin de ilustrar al lector en qué momento se van incorporando estos mecanismos a la legislación nacional.

Debido a la gran cantidad de artículos citados correspondientes a las leyes que confieren potestades sancionadoras, y a fin de dar mayor claridad al lector y posibilitar la lectura fluida de esta sección, es que, salvo aquellas de mayor relevancia, estas normas se incluirán en un anexo ubicado al final de este trabajo, de manera tal que sólo se indicará en esta sección, el número del artículo pertinente.

1.- Recepción del mecanismo de inhabilidades, implicancias y recusaciones.

Si bien esta figura cautelar de la imparcialidad no es de origen administrativo, si no procesal, es acertado su análisis, toda vez que demuestra cuánta preocupación tiene el legislador en cuanto a la vigencia de la imparcialidad.

Dicho lo anterior, señalamos que tales figuras se consagran discretamente, de esta manera tan sólo se pueden hallar en a) Ley General de Bancos de 1925, DL N ° 559, arts. 3° y 4°; y b) Ley 20.417 de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, artículo 5°.

2.- Recepción del mecanismo de propuesta de sanciones.

La consagración legal de esta figura ha sido más abundante, así consta en los siguientes cuerpos legales:

a) Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, art. 48°; b) Decreto N° 119, de 1989, que Aprueba Reglamento de Sanciones en Materia de Electricidad y Combustibles, art. 7°; c) Ley 19.995, de 2005, que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego, art. 42°, numeral 17; d) Ley 19.937 que Modifica el DL N° 2763 de 1979, con la Finalidad de Establecer una nueva Concepción de la Autoridad Sanitaria, Distintas Modalidades de Gestión y Fortalecer la Participación Ciudadana (Ley sobre Superintendencia de Salud), art. 15; e) Ley 20.417 de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, art. 54.

3.- Recepción del mecanismo de separación de funciones.

Este fundamental resguardo de la imparcialidad, en nuestra opinión el más importante de todos, se recoge sin embargo escasamente en la legislación respectiva, así lo encontramos tan sólo en: a) Ley 16.395, de 1966, que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social y su respectivo reglamento, art. 9°,

complementado por el art. 35° del Reglamento Orgánico de la Superintendencia, D.S. N° 1 de 1972; b) Ley 18.755 de 1989, que Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, art. 14 y c) Ley 20.417 de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, arts. 3°, letra j) y 7°.

4.- Recepción del mecanismo de límite a la delegación de facultades instructoras y sancionadoras.

Como se pudo comprobar tras el análisis correspondiente, recibe aplicación esta figura en un único y reciente cuerpo legal: Ley 20.417 de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, art. 3°, letra j).

I.- Análisis al proyecto de ley que Crea la Comisión de Valores y Seguros.

Con fecha 2 de julio de 2013, ingresa a la Cámara de Diputados el mensaje de S.E. El Presidente de la República, N° 011-361, con el que Crea la Comisión de Valores y Seguros. Dicho mensaje es muy importante para los fines de este trabajo, toda vez que, en él se recogen y perfeccionan conceptos claves estudiados en este trabajo, tales como la imparcialidad, la vigencia del debido proceso, lo cual atestigua cuánta consideración tiene el legislador (en este caso

el Presidente, en uso de su Potestad Legislativa) respecto de la importancia y relevancia del derecho administrativo sancionador.

En otras palabras, esta reforma en trámite tiene como norte muchas de las propuestas estudiadas y elaboradas en el presente trabajo. Reconoce asimismo, de manera tácita, a uno de los fundamentos postulados en este trabajo del derecho administrativo sancionador: la sociedad del riesgo.

De la lectura del preámbulo de este proyecto de ley podemos ver que, en la enumeración de sus fundamentos, se encuentra explícitamente:

“ante mercados cada vez más dinámicos e integrados, productos financieros de creciente complejidad y en constante evolución y con un acceso cada vez más masivo al mercado por parte de inversionistas y asegurados de distintos perfiles, resulta crucial contar con una estructura de regulación efectiva y adecuada a las nuevas características de los mercados.

En esta materia nuestro país tiene una gran tarea pendiente, ya que la transformación de los mercados antes descrita no ha tenido como contrapartida un proceso simultáneo de modernización de los sistemas de regulación y supervisión que permita hacer frente de mejor forma a los *nuevos riesgos y desafíos* que ésta implica”⁴⁰⁷.

Dentro de la sección sobre las debilidades de la actual estructura de supervisión de los mercados de valores y seguros, encontramos referencia expresa a la imparcialidad:

⁴⁰⁷ CHILE, Ministerio del Interior, 2013. MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE CREA LA COMISION DE VALORES Y SEGUROS, N° 011-361. Págs. 2 y 3.

“b. La actual estructura de la Superintendencia, en cuanto órgano que investiga posibles infracciones y resuelve en un procedimiento sancionatorio, concentra dichas facultades en el Superintendente, lo que genera riesgos de cuestionamientos a la imparcialidad,”⁴⁰⁸ (el subrayado es nuestro).

En la exposición que contiene el proyecto sobre los objetivos de la ley, se postula como fundamento de la instauración de un ente colegiado a la imparcialidad. En efecto:

“Un ente colegiado se considera necesario para: a. crear las bases para que el legislador, descansando en la imparcialidad, y especialización del organismo de supervisión, a medida que las necesidades del mercado lo hagan necesario, conceda al regulador de valores y seguros atribuciones más amplias para actuar con eficacia frente a mercados en constante evolución”⁴⁰⁹.

Esta transición desde un ente unipersonal a órgano colegiado apunta además a la interdicción de la arbitrariedad, tal como lo declara el mensaje:

“En términos generales, la estructura de gobierno corporativo contenida en este proyecto aumenta la legitimidad técnica y política del organismo, equilibra adecuadamente la renovación y continuidad de su alta dirección y *reduce sensiblemente el espacio a la discrecionalidad* en la adopción de decisiones relevantes...”⁴¹⁰.

Cabe señalar que, dicho ente colegiado, la comisión, se compondrá de 5 miembros, y el nombramiento de éstos se realiza mediante intervención del Presidente de la República, con aprobación del Senado.

⁴⁰⁸ Ibid, pág. 5.

⁴⁰⁹ Ibid, pág. 6.

⁴¹⁰ Ibid, pág. 7.

En cuanto al debido proceso, se le da capital tratamiento en este proyecto, de hecho uno de los objetivos de la ley que enumera se titula precisamente:

“2.Favorecer la legitimidad y debido proceso en la aplicación de sanciones”. En el epígrafe de dicho título además, se describe como se adopta el mecanismo de *separación de funciones* en este ámbito, mecanismo ya aplicado en otras áreas sancionadoras tales como la seguridad social, lo cual ya tratamos en este trabajo en la sección “Recepción del mecanismo de separación de funciones”: Se separan por primera vez las funciones de investigación y formulación de cargos, de la adopción de las decisiones de sanción o absolución de una determinada conducta, generando una segregación de roles que hoy concurren en el Superintendente , lo cual contribuye a fortalecer las garantías del debido proceso”⁴¹¹.

Por otra parte, respecto del procedimiento administrativo sancionador, se insta en el proyecto, expresamente, a: **“c. Mejoramiento del proceso administrativo sancionatorio, dando mayores garantías de objetividad e imparcialidad a los fiscalizados”**. Y la forma de mejorar tal proceso sería de esta manera:

“A través de las mejoras institucionales antes planteadas se busca favorecer la legitimidad y el debido proceso en la aplicación de sanciones administrativas por infracciones a la legislación vigente.

El proyecto de ley busca mejorar el proceso sancionador por la vía de explicitar los principios y etapas del procedimiento aplicable con toda claridad en la ley y centralizar las funciones de investigación administrativa y formulación de cargos en una unidad transversal, en el sentido de abarcar tanto el mercado de valores como el de seguros, e independiente de quienes deciden en definitiva la aplicación de sanciones.

Asimismo, el proyecto de ley establece que corresponde al Consejo colegiado la aplicación de sanciones, sin que éste intervenga de modo

⁴¹¹ Ibid.

alguno en la investigación de infracciones a ser sancionadas”⁴¹² (el subrayado es nuestro).

II.- Aplicación de la imparcialidad en el Consejo Nacional de Televisión:

Creado en 1989 por ley N° 18.838, este órgano tiene incluso rango constitucional ya que se incorpora al artículo 19 de la Constitución, catálogo de derechos fundamentales, durante el mismo año en virtud de la ley 18.825.

Esta entidad tiene patrimonio propio y es autónoma. Veamos cómo el legislador dotó a este cuerpo de facultades sancionatorias, aplicables a todos aquellos quienes infrinjan el correcto funcionamiento de los servicios de televisión:

-El Consejo, órgano colegiado y de composición mixta, ya que intervienen los poderes Ejecutivo y Legislativo en el nombramiento de sus 11 miembros está dotado de potestad sancionadora en su artículo 5°, numerales 1° y 2° y en su artículo 12° letra i).

Peculiar es el hecho de que, este Consejo tiene además normativa sancionadora “mixta”, toda vez que, las sanciones por infracción a la forma de constituirse como titular de concesión de servicio de radiodifusión, son aplicadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, así lo prescribe el

⁴¹² Ibid, pág 11.

artículo 18°, el cual se remite al artículo 46° de la ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

-La imparcialidad es protegida en cuanto a su vigencia mediante inhabilidades enumeradas en su artículo 8°.

-Por último, la ley 18.838 vela por el debido proceso al exigir que se notifique a las concesionarias los cargos en su contra, al tenor del artículo 34°.

Con el panorama claro acerca de cómo opera la imparcialidad en este órgano, bueno es tener a la vista una visión crítica sobre dicha operatividad de aquél principio, especialmente enfocada en la composición del Consejo. Kittsteiner detecta las siguientes falencias:

“La situación de que un consejero sea de libre elección del Presidente, se vuelva aún más cuestionable al contemplarse, en la norma recién transcrita, que será este consejero elegido libremente por el Primer Mandatario él que ocupará el cargo de Presidente del CNTV.

(...)

Es decir, será una persona de libre elección del Presidente de la República, máxima autoridad política del país, quien asumirá la posición del juez en todos aquellos casos en que el CNTV ejerza la función jurisdiccional, presidiendo además, las sesiones en que se debatan los asuntos sometidos a decisión de este órgano. Esta situación, difícilmente puede entenderse ajustada al requisito de un debido nombramiento en orden de garantizar la independencia del tribunal”⁴¹³.

⁴¹³ KITTSTEINER BUSQUETS, María. La facultad sancionadora del Consejo Nacional de Televisión a la luz de las garantías constitucionales. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 132 p. 2010. Págs. 108 y 109.

III.- Aplicación de la imparcialidad en el Consejo para la Transparencia:

La Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, N° 20.238, instaura en nuestra institucionalidad el Consejo para la Transparencia, órgano colegiado, de patrimonio propio y con personalidad jurídica, cuya naturaleza es la de corporación autónoma de derecho público. Consta de cuatro miembros, nombrados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado.

Cuentan, como facultades sancionadoras, las siguientes potestades establecidas en la correspondiente ley:

-Compete al Consejo la facultad de sancionar las infracciones a la respectiva ley conforme al artículo 33°, letra a).

-Una vez más, mediante un catálogo de inhabilidades, se garantiza la imparcialidad, así lo prescribe su artículo 37°.

-Al director de Consejo, se le faculta expresamente la delegación de funciones, en el artículo 42°, letra f).

-El procedimiento sancionatorio aplicable a los infractores a la Ley de Transparencia en comento lo ordena el artículo 49°, el que aplica

supletoriamente el Estatuto Administrativo, en específico, tanto el procedimiento de investigación sumaria como el de sumario administrativo.

Sección 5: La contradictoriedad: corolario y consecuencia del principio de imparcialidad.

Al finalizar nuestro estudio sobre la vigencia y aplicación del principio de imparcialidad en los procedimientos sancionadores en nuestro país, pudimos constatar que, siempre que a ésta se le daba acogida, ya sea en mayor o menor medida, en las diversas leyes sectoriales analizadas en el capítulo presente, se consagraba en la misma ley respectiva además, mecanismos tendientes a establecer y resguardar a la **contradictoriedad**, noción de origen y desarrollo por parte de la doctrina procesal, la cual le da incluso **status de principio integrante del debido proceso**, hecho del que se dará cuenta en las próximas líneas de este trabajo.

La noción de contradictoriedad es consecuencia necesaria y posterior del principio de imparcialidad, es su corolario y complemento, y para que ésta opere y, por lo tanto, tenga vigencia a cabalidad el debido proceso en todos los

aspectos de un juicio, es perentorio que éste sea abarcativo de todos los sujetos integrantes del mismo juicio.

Para lograr el cometido anterior y facilitar la comprensión acerca de la aplicación de la contradictoriedad, es que aplicaremos al procedimiento administrativo sancionador el concepto de **relación jurídica procesal** teoría explicativa de la naturaleza jurídica del proceso, cuyo origen se ubica en la doctrina procesal internacional, pero es perfectamente aplicable al procedimiento administrativo sancionador por ser éste, al fin y al cabo, un proceso.

Esta tesis da una estructura a todo juicio que hacemos extensiva a los procedimientos sancionadores-administrativos por su utilidad a la hora de dar vigencia al debido proceso, la cual desarrollaremos a continuación.

El profesor Mario Mosquera define relación jurídica procesal como:

“Vínculo jurídico creado a petición de parte, en razón de la actuación del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales que impone a todos sus intervinientes una forma de actuar regulada según la naturaleza del asunto, para la obtención de la solución del conflicto a través de una sentencia que produzca cosa juzgada”⁴¹⁴.

Se han propuesto por la doctrina procesal varias concepciones de relación jurídica procesal, dentro de las cuales acogimos la tesis de Wach⁴¹⁵, por ser

⁴¹⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián. Disposiciones comunes a todo procedimiento. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Departamento de Derecho Procesal. 160 p. 2003. Pág. 51.

⁴¹⁵ Ibid, Págs. 51 y 52.

comprensiva tanto del juez como de las partes, considerando vínculos entre unos y otros recíprocamente, y por lo tanto, susceptible de considerar tanto a la imparcialidad en el vínculo juez-partes, como a la contradictoriedad en el vínculo entre partes.

Recordemos que, conforme a las nociones más básicas de derecho procesal, la relación jurídica procesal se compone de juez y partes. Mientras el principio de imparcialidad pone su foco en el juez, la contradictoriedad fija el suyo en las partes, pues busca garantizar el equilibrio de oportunidades procesales entre uno y otro, con el fin de que ambas partes de un juicio tengan las mismas posibilidades de obtener una sentencia favorable a sus intereses.

En cuanto al significado del término “contradictoriedad”, tenemos que, la palabra contradictoriedad no se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española, su símil más próximo es “contradictorio”, definido en él con dos acepciones: “Que tiene contradicción con algo” y “Cada una de las dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas”.

Mucho más cercana a los fines de este trabajo es la definición de procedimiento contradictorio, “El que permite impugnar lo que en él se pretende”⁴¹⁶, si bien es

⁴¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 22^{ava} edición. 2001 [en línea]. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imparcialidad> [consulta: 13 abril 2012].

algo imprecisa, ya que el concepto de impugnación se vincula principalmente con el hecho de que la parte puede objetar los actos del juez, desviándose el foco de la relación entre partes, propia de la contradictoriedad, lo cual queda de manifiesto si se considera que, perfectamente alguien puede impugnar actos jurídicos procesales sin necesidad de la existencia de contraparte en un procedimiento no contencioso, siendo en cambio esencial para la existencia del contradictorio la existencia de contraparte.

Nos resulta mucho más acertada la siguiente definición, contenida en la tesis de magister precitada en este trabajo, muy adecuada por lo demás, ya que permite subsumir en ella a los órganos administrativos:

“aquella facultad para ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico pone al alcance de las personas en miras de obtener su justicia cuando se ve involucrado en un conflicto o controversia, e independientemente de la naturaleza de la entidad contra la que se enfrenta”⁴¹⁷ (el subrayado es nuestro).

Inclusive hallamos dentro de la doctrina administrativista un concepto muy adecuado de “contradictorio”, a propósito del derecho a la defensa, consistente en que:

“es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer dentro del procedimiento los distintos intereses en juego, así como que esos distintos intereses puedan adecuadamente ser confrontados por sus respectivos

⁴¹⁷ ALBORNOZ GABILAN. Op. cit., pág. 32.

titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración”⁴¹⁸.

Considerado como principio, es conocido además como el principio “de la defensa o de refutación”⁴¹⁹, se le denomina comúnmente en latín como “Nulla probatio sine defensione”⁴²⁰.

Hace falta además una lectura a las definiciones dadas desde la doctrina procesalista penal por López Masle⁴²¹ y Duce⁴²², las cuales incluimos a pie de página a fin de hacer más fluida la lectura de la presente sección.

La contradictoriedad reconoce como término equivalente la expresión “derecho a la defensa” en el ámbito procesal penal, es a partir de esa expresión que se desarrolla el concepto, si bien no hay acuerdo doctrinal en cuanto a que una

⁴¹⁸ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El Derecho a la Defensa del Interesado en el Procedimiento Administrativo. 1999. En: ALBORNOZ GABILAN. Op. cit., pág. 28.

⁴¹⁹ MATORANA MIQUEL. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento, Op. cit., pág. 2.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ “consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. (...) se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos.

La defensa (la hace sinónima de contradicción) es el instrumento más importante de impulso y control del método de prueba acusatorio (...) consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes. A esta garantía aluden los instrumentos internacionales de derechos humanos (...) art. 14.3.e) PIDCP (...) art. 8.2.f) CADH”. HORVITZ y LOPEZ. Op. cit., pág. 253.

⁴²² “La contradicción (...) se encuentra recogida en normas tales como los artículos 8.2 f) de la Convención Americana y 14.3 e) del Pacto, que hacen referencia al derecho del acusado de interrogar a los testigos presentes en el juicio. (...) importa la posibilidad (...) de controvertir toda la información (ya sea que emane de la prueba o de la argumentación) que presente la contraparte en el juicio.

De esta forma, la contradicción busca que el acusado tenga la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal. En este sentido, la contradictoriedad -para la persona acusada- es una manifestación del derecho a defensa en juicio”. HORVITZ y LÓPEZ. Op. cit., pág. 77.

sea derivación o se halle incluida dentro de la otra noción, así por ejemplo, para Montero Aroca, el “*derecho de defensa* (...) se trataría de una de las facetas del *principio de contradicción*”⁴²³.

Está directamente vinculado con la igualdad, en cuanto a que, como principio, sólo queda como una mera declaración irrealizable en la práctica si hay una desigualdad de medios de defensa tal que haga ilusorio para una de las partes contradecir las pretensiones de la contraparte. Esta vinculación se puede constatar incluso a nivel constitucional como garantía fundamental, así lo consagra el artículo 19 en su numeral tercero del Texto Fundamental⁴²⁴.

Es perentorio señalar que, en cuanto “contradictorio”, este principio es parte de los elementos constitutivos del debido proceso según el profesor Maturana⁴²⁵, importante consideración por cuanto, ante las infracciones al debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico, los particulares cuentan con una gama de acciones y recursos procesales⁴²⁶ para proteger o reparar sus derechos

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas (...) 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...

⁴²⁵ MATURANA MIQUEL. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Op. cit., pág. 16.

⁴²⁶ Como por ejemplo, el recurso de casación en la forma por omisión de trámites esenciales en primera y segunda instancia, entre los cuales se cuenta el emplazamiento de las partes, la práctica de diligencias probatorias o la agregación de instrumentos presentados por las partes, requisitos todos del principio de contradictoriedad. (véase el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil). En el mismo sentido podemos citar el recurso de nulidad cuando la causal invocada es infracción sustancial a los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, dentro de los cuales está la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra en su artículo octavo el debido proceso (véase el artículo 373, a) del Código Procesal Penal).

vulnerados por dichas infracciones, por lo tanto, si se viola el principio de contradictoriedad, las partes pueden interponer los correspondientes recursos ante la autoridad competente.

En un sentido muy parecido al profesor Maturana, pero más precisa y pertinente al objeto de este trabajo, se pronuncia la costarricense Vargas López, quien también enumeró un listado de elementos mínimos del debido proceso pero en materia administrativa sancionatoria, dentro de los cuales por supuesto que encontramos la contradictoriedad bajo la forma de “derechos de audiencia y defensa”⁴²⁷.

Complementando con mayor especificidad lo sentado precedentemente, Aróstica Maldonado dice que la contradictoriedad es incluso parte integrante del proceso administrativo sancionador ya que el transplante de garantías penales a sede administrativa así lo incluye:

“Como aún tenemos que vérnosla con un abultado campo de sanciones administrativas, postulamos como paliativo, el transplante de las garantías jurídicas y procesales del derecho penal, cristalizadas luego de una larga acumulación de experiencias doctrinales y judiciales, tales como la presunción de inocencia, la legalidad, el procedimiento contradictorio o audiencia del afectado...”⁴²⁸ (la cursiva es nuestra).

El Tribunal Constitucional español también hace referencia al principio en cuestión, asimilándolo a la defensa en los siguientes términos:

⁴²⁷ VARGAS LOPEZ. Op. cit., pág. 64.

⁴²⁸ ARÓSTICA MALDONADO, Iván. Citado en SALINAS BRUZZONE. Op. cit., págs. 44 y 45.

“El Tribunal Constitucional, ha afirmado el principio de contradicción y defensa, pero entendido en el sentido de que el interesado conozca los cargos y las pruebas incriminatorias, y las pueda rebatir y obtener pruebas de signo contrario”⁴²⁹.

La Corte Constitucional de Colombia, de similar forma a su par español, se refiere a la contradictoriedad en dos fallos distintos, a propósito del principio de tipicidad y de legalidad, respectivamente:

“4.4.1. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa”⁴³⁰ (el subrayado es nuestro).

“Ahora bien, el principio de legalidad -como ya se afirmó- se aplica con menor rigidez en el derecho administrativo sancionador por cuanto éste busca hacer efectiva la actuación de la administración. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un *procedimiento que asegure el derecho de contradicción*”⁴³¹.

Terminando el círculo de opiniones de los jueces constitucionales iberoamericanos en cuanto a integrar la contradictoriedad en el espectro del debido proceso, resuelve el Tribunal Constitucional chileno:

“Elementos que componen la garantía del debido proceso (...) que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados

⁴²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Rol N° 56-1998.

⁴³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-713-2012.

⁴³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Rol N° C-853-2005.

de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten”⁴³².

“derecho impugnar lo resuelto a través de un tribunal”⁴³³(sic).

“derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal”⁴³⁴.

En sentido parecido se ha pronunciado Contraloría General de la República, asimilando contradictoriedad con impugnabilidad y considerando a ambos como principios:

“...en la especie no consta que se haya dado cumplimiento a los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, consagrados expresamente en la ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, pues en los antecedentes no figura trámite alguno destinado a hacer efectivo el derecho del afectado a ejercer los recursos que correspondan, a fin de impugnar en sede administrativa la sanción aplicada...”⁴³⁵.

Incluso un detractor de la elaboración del derecho administrativo sancionador, García de Enterría se pronuncia a favor de integrar la contradictoriedad en el debido proceso sancionador. Su planteamiento se desprende a contrario sensu de la descripción crítica que realiza (acorde a su postura sobre el tema) acerca del derecho sancionatorio administrativo, tachándolo de “represivo y arcaico”

⁴³² CARMONA SANTANDER y NAVARRO BELTRAN. Op. cit., pág. 108.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Ibid, pág. 109.

⁴³⁵ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen N° 33.727 de fecha 25-VI-2009. En idéntico sentido, Dictamen N° 29.452 de fecha 8-VI-2009.

por contar con "procedimientos sancionatorios no contradictorios"⁴³⁶, entre otros defectos.

La contradictoriedad es reconocida constitucionalmente en Italia, en su artículo 111, donde se adopta una interesante fórmula en su Carta Fundamental, ya que se vincula directamente con la imparcialidad y además se la subsume dentro del debido proceso:

Art. 111.- La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación⁴³⁷ entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley.
(...)

El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor.(el subrayado es nuestro).

Una autora italiana, Di Carlo, explica esta consagración constitucional de la contradictoriedad, situándola además, en el contexto de tratados internacionales al respecto:

"Se trata, en evidencia, de garantías procesales establecidas por la Constitución, casi como las otras constituciones europeas, se queda atrás lo que pasó en el mundo anglosajón, primero con la Carta Magna en 1215 y luego con el Habeas Corpus y la Declaración de Derechos; o en el contexto internacional, con la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en 1948 y en el Pacto posterior de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea

⁴³⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, citado en SALINAS BRUZZONE. Op. cit., pág. 59.

⁴³⁷ En su idioma original aparece utilizado el término "contraddittorio", por eso entendemos que la referencia es a la contradictoriedad.

General de las Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966, o, por último, en el contexto a nivel europeo con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950⁴³⁸.

Entremos ahora en el análisis de las distintas normas que recogen este principio. Teniendo en cuenta lo dicho en el párrafo anterior sobre debido proceso, habría que incluir la contradictoriedad en la escueta referencia que la Constitución hace al debido proceso en su artículo décimo noveno, numeral tercero, inciso quinto:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

(...)

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción (insistimos en que bajo esta noción se incluye al órgano administrativo) debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (el subrayado es nuestro).

En similar sentido se pronuncia la Ley General de Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo décimo octavo, que prescribe: “En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y

⁴³⁸ “Si tratta, all'evidenza, di garanzie processuali enunciate dalla nostra Costituzione, così come da altre Costituzioni europee, in ritardo rispetto a quanto è avvenuto nel mondo anglosassone, prima con la Magna Carta del 1215 e poi con l'Habeas Corpus e i Bill of Rights; ovvero nel contesto internazionale, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948 e con il successivo Patto sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966; o infine nel contesto europeo, con la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) siglata a Roma il 4 Novembre 1950”. CITADO DE: DI CARLO, Daniela. Il Principio di Contraddittorio nel Diritto Amministrativo: Profili Sostanziali, Procedimentali e Processuali. Roma Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, Tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico, Facoltà di Giurisprudenza. . 2007. 199p . Pág. 5.

justo procedimiento” (el subrayado es nuestro); si bien la aplicación de la norma es acotada en cuanto que sólo se dirige a los funcionarios estatales.

Por último, la ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, define textualmente este principio, estableciendo lo siguiente:

Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

La contradictoriedad se desenvuelve en el proceso en una serie de trámites e instancias, tales como el conocimiento que las partes adquieran de todas las actuaciones mediante notificaciones válidas (sobre todo la primera notificación que informa el inicio de un proceso en contra), la posibilidad de ser oído antes de que se decrete una actuación o respecto a una resolución del juez, el derecho a rendir prueba, entre otros.

Cabe destacar que, estas manifestaciones de contradictoriedad casi vieron la luz en el ordenamiento jurídico nacional, ya que se encontraban reunidas

específicamente en un artículo del proyecto de ley de bases de procedimientos administrativos sancionatorios, que prescribía al efecto:

Artículo 14.- Los presuntos responsables de una infracción administrativa tendrán garantizados los siguientes derechos en los respectivos procedimientos sancionadores:

a) A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

b) A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa y de prueba admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

c) Los demás derechos reconocidos en la Ley N° 19.880⁴³⁹ (el subrayado es nuestro).

Similar enumeración a la anterior, a propósito de la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos Que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado encontramos en una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en la prevención hecha por el ministro Viera-Gallo, quien plantea:

“El procedimiento administrativo es una garantía para los interesados, pues pueden hacer alegaciones (artículo 10, ley N° 19.880), acceder al expediente y conocer su estado (artículo 17), pedir prueba para acreditar hechos (artículo 35), acompañar documentos (artículo 10), presentar recursos (artículos 15, 55, 59 y 60)”⁴³⁹.

Este principio se ve vulnerado en el procedimiento administrativo sancionador, si se considera que, en realidad, muchas veces no se contempla por el legislador procedimiento alguno, efectuándose las sanciones administrativas de

⁴³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 3.073-2009, prevención del ministro Viera-Gallo N° 19.

plano, siendo la primera actuación del proceso la aplicación de la sanción misma al presunto infractor, el cual sólo desde ese momento puede apelar de la decisión, sin haberse siquiera hecho previamente una notificación con información básica como los cargos por los cuales se instruye un proceso en su contra, qué procedimiento e instancias se abren con dicha instrucción, medios para defenderse, etc.

Existe también violación de este principio cuando, pese a establecerse un procedimiento en el cual el ciudadano puede hacer efectivo su derecho a la defensa, éste es incompleto o insuficiente, sea por que dicho procedimiento no cumple con todos los elementos mínimos que debe contemplar una mínima expresión de derecho a defensa, tales como la comunicación adecuada al demandado de que existe una acción en su contra, un plazo razonable para que el mismo pueda preparar su defensa, etc.

Finalmente y a modo de cierre de esta sección, para Prieto Sanchís, la contradictoriedad es inherente al procedimiento sancionador, expresada en términos sinónimos en su trabajo:

"resulta inexcusable que la normativa sancionadora garantice principios y derechos esenciales como la posibilidad de acudir a Tribunales, de presentar alegaciones y proponer pruebas en el procedimiento gubernativo, etc"⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ PRIETO SANCHIS. Op. cit., pág. 111.

CONCLUSIONES

A la luz de todo el análisis y estudio hecho en esta tesis, conforme a la estructura planteada, y abarcando tópicos de áreas del derecho adicionales a nuestra rama de estudio que es el derecho administrativo sancionador, tales como derecho administrativo, constitucional, penal e incluso del derecho internacional de derechos humanos, hemos podido constatar la validez de la premisa, consistente en que, si hay imparcialidad en el debido procedimiento administrativo sancionador en Chile. Los resultados obtenidos son los siguientes:

1) Comparando a la potestad sancionadora de la Administración, propia del derecho administrativo sancionador, con el *ius puniendi* de origen penal, concluimos que, si bien ambos derechos sectoriales tienen la potestad de aplicar sanciones a los ciudadanos por infracciones, la potestad sancionatoria guarda diferencias tan radicales en cuanto a sus fundamentos (sociedad del riesgo e interés público), límites (desviación de poder), titularidad (órgano investido de potestad sancionatoria), forma de manifestarse a la vida jurídica (acto administrativo), regulación (ley 19.880, leyes propias de cada ordenamiento sectorial), etc., que, tanto la naturaleza de las instituciones mencionadas, como los principios y regulaciones de uno y otro sector, desmienten que estas potestades sean manifestación de un único *ius puniendi* estatal.

2) El derecho administrativo sancionador cumple sus fines propios mediante órganos públicos dotados expresamente por ley de potestad sancionadora. En la aplicación de esta potestad, que se efectúa dentro del marco de procedimientos administrativos sancionadores, se debe respetar en todo momento el debido proceso, sobre todo a fin de evitar y prevenir toda arbitrariedad en el actuar de la Administración, considerando las capitales diferencias entre ésta y la Jurisdicción al momento de aplicar sanciones por medio de sus jueces, diferencias dentro de las cuales el núcleo está constituido por el hecho de que la Administración actúa en pos del interés público mientras que la Jurisdicción no defiende interés alguno.

No obsta a ese respeto en modo alguno el hecho de que, en sede administrativa no se ejerce jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre en sede judicial, considerando que son procedimientos de índole administrativa y no judicial, tal como lo reconoce actualmente la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia tanto chilena como extranjera.

3) El legislador, para garantizar la vigencia del debido proceso en esta materia dictó la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, la cual tiene la virtud de tener aplicación supletoria respecto de estos procedimientos particulares, hecho que además consta en variados fallos del Tribunal Constitucional y dictámenes de Contraloría General de la República.

Sin embargo, esa supletoria aplicación es irregular y no está consagrada expresamente en todas esas regulaciones particulares. Por lo demás, la misma ley 19.880 no está exenta de vicios y defectos que obstan a un debido proceso pleno en todo procedimiento administrativo.

4) La doctrina, tanto administrativista como penal, nacional e internacional, en conjunto con la jurisprudencia patria y extranjera, ha propuesto con énfasis la vigencia de la imparcialidad en todo procedimiento, no solamente judicial si no también administrativo. Tenemos entonces a una imparcialidad vigente en sede jurisdiccional, administrativa y administrativo-sancionadora, operando en cada una de esas sedes con los matices correspondientes, sin que por ello se atempere su intensidad.

5) Doctrina especializada y jurisprudencia han ido elaborando numerosas figuras destinadas tanto a asegurar la presencia como a cautelar la vigencia de la imparcialidad en los diversos procedimientos sancionatorios. También se han reconocido aportes, muchas veces innovadores en las distintas leyes sancionadoras, a lo largo del tiempo en el país.

En esta tesis se denominan mecanismos de resguardo de la imparcialidad. Los mecanismos de resguardo más relevantes y aplicados actualmente son: i) la interdicción de la arbitrariedad (dentro de ella destacamos los planes de inspección), ii) la fundamentación de la resolución sancionadora, iii) la

separación de funciones de instrucción y sanción (y dos subprincipios complementarios que sirven de sostén a la separación: la proscripción de iniciar de oficio procedimiento sancionador y el principio de congruencia), iv) límite a la delegación de funciones, v) proscripción de la avocación y vi) propuesta de resolución vinculante.

6) La vigencia de la imparcialidad se debe observar no sólo durante toda la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador sino incluso hasta antes de dicha tramitación.

Su observancia debe ser con igual intensidad en la etapa previa al inicio del procedimiento, en la respectiva inspección administrativa. Lo anterior debe reflejarse en el acta que se levanta en esa inspección. A fin de cumplir con esta garantía se acude al derecho procesal penal, en especial al código correspondiente del ramo (Código Procesal Penal), para encontrar inspiración ya que en dicha sede se resguarda la imparcialidad en la investigación previa.

7) Junto con el principio de imparcialidad se despliega un subprincipio, consecuencia de éste: la contradictoriedad, al cual sometimos a la misma estructura de estudio que a la imparcialidad debido a su importancia complementaria.

En cuanto a los mecanismos mediante los cuales se despliega este subprincipio en el procedimiento sancionador, consideramos que son necesarios: i) la

formulación precisa de cargos, ii) la proscripción de las sanciones de plano, iii) proscripción de investigaciones secretas previas al inicio del procedimiento, iv) plazos razonables para efectuar defensas o descargos, v) amplitud de medios de prueba e instancias para rendirla y vi) impugnación vía recursos administrativos y no jurisdiccionales si estamos en presencia de procedimientos administrativos.

8) Todo lo precedentemente planteado no es opción si no obligación para el legislador, teniendo a la vista lo ordenado por la Constitución y los tratados internacionales reconocidos y vigentes en cuanto al debido proceso.

Son estándares mínimos que deberán incorporarse progresivamente a nuestra legislación sancionatoria además por los compromisos adoptados por nuestro país al ingresar a la OCDE. Por lo demás, estos necesarios cambios en materia administrativo-sancionatoria guardan congruencia con lo que se ha avanzado en materia de reformas procesales. Y por último, nuestro propósito, más que abogar por el perfeccionamiento de las leyes, es avanzar en el reconocimiento de los derechos de las personas ante la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS CONSULTADOS

AGUERREA MELLA, Pedro. Límites procesales a las potestades sancionadoras de la administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Sanciones administrativas y derechos fundamentales, Universidad Santo Tomás, Santiago, 77-95. 2006.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. Madrid, Thomson Civitas. 1a ed. 532 p. 2008.

ALBORNOZ GABILAN, José Esteban. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la administración del estado regidos por la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Memoria de Magister. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 119 p. 2011.

ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 498 p. 2013.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, y CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39): 337- 361. Valparaíso, 2012.

ALDUNATE RAMOS, Francisco. La Responsabilidad administrativa y procedimientos disciplinarios. Editorial Puntotex, Santiago, 162 p. 2011.

ALFARO, Sergio. Apuntes de estado: Derecho procesal. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, [s.a.], [s.p.].

ANEIROS PEREIRA, Jaime. Las sanciones tributarias. Editorial Marcial Pons, 2005. Madrid. 315 p.

AVENDAÑO URIBE, Jessica. El debido proceso como derecho fundamental en la actividad administrativa. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 30 p. 2003.

AVENDAÑO LEYTON, Ignacio. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC. Artículo publicado en www.lexweb.cl. 2012.

BALBÍN, Carlos, Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1070 p. 2008.

BARDAJI FUENTES, Joaquín. Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Thomson Aranzadi. Madrid, 2005. 1864 p.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid , Siglo Veintiuno, 290 p. 2002.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, ALVAREZ ASIAIN, Pilar, GARCIA GARCIA, María Pilar y SARASIBAR MARCO, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica. Comentarios, legislación y jurisprudencia. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Justicia e Interior. Instituto Navarro de Administración Pública. 194 p. 2009.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Editorial Legalpublishing. Santiago 349 p. 2010.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Las Relaciones Entre El Derecho Administrativo Y El Derecho Común. Derecho Positivo, Doctrina Y Jurisprudencia. Editorial Legalpublishing. Santiago, 134 p. 2012.

BLANQUER CRIADO, David. Derecho Administrativo II Los sujetos, la actividad y los principios. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1425 p. 2010.

BREWER-CARIAS, Allan. Principios del procedimiento administrativo en América Latina. México, 2003 344 p.

BOETTINGER PHILLIPS, Camila. El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Actualidad Jurídica N° 20, Tomo II. 577-596. Santiago, Universidad del Desarrollo. 2009.

BOLOÑA KELLY, Germán. El acto administrativo. Editorial LexisNexis, 2005. 321 p

BOQUERA OLIVER, José María. Estudios sobre el acto administrativo. Editorial Civitas. Madrid. 462 p. 1990.

CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ediciones Parlamento Limitada. Santiago. Primera edición.2001, 607 p.

CAMACHO CEPEDA, Gladys. La actividad sustancial de la Administración del Estado, En: Tratado de derecho administrativo. Santiago. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing Chile. 457p. 2010. págs. 189.

CANCINO ROJAS, Fernando. Problemas de inconstitucionalidad en nuestro derecho administrativo sancionador. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 43 p. 1998.

CANO CAMPOS, Tomás. Derecho Administrativo Sancionador, Revista Española de Derecho Constitucional, (43): 339-348, Madrid, 1998.

CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública (156): 191-250, Madrid, 2001.

CARCAMO RIGHETTI, Alejandro. La desmitificación del derecho administrativo sancionador correctivo. Análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Talca, Escuela de Derecho. Tomo I, 2007.

CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad II, la función administrativa. Apuntes de Clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

CARMONA SANTANDER, Carlos y NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, primera edición, Santiago, 2011.

CARRETERO PEREZ, Adolfo y CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 304p. 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II, Octava edición. Editorial LexisNexis. Buenos Aires, 2006, 847 p

CASTILLO BLANCO, Federico e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. Revista de Administración Pública (158): 7-49. Madrid, 2002.

CASTILLO VIAL, Javier y ROMERO ZELEDÓN, Andrés, La nulidad de derecho público: análisis de la jurisprudencia entre los años 1990 y 1999. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 230 p. 2000.

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. Reconocimiento jurisprudencial de la imparcialidad del tribunal como indispensable componente del debido proceso penal. Revista de la Justicia Penal (5):163-189. Editorial Librotecnia, Santiago. 268 p. 2009.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica. 142 p. 1980.

COMADIRA, Juan Rodolfo, y ESCOLA, Héctor. Derecho Administrativo Argentino. Editorial Porrúa, Ciudad de México. 1151 p. 2006

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS PERU. El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia. [s.a.] [s.p]

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de Derecho N° 2. (25): 131-157, Santiago. 2012.

DELLIS, Georges. Droit Pénal et Droit Administratif. L' influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif. Bibliotheque de droit public (184). 464 p. L.G.D.J. París. 1997.

DI CARLO, Daniela. Il Principio di Contraddittorio nel Diritto Amministrativo: Profili Sostanziali, Procedimentali e Processuali. Tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico. Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza. Roma. 199p. 2007.

DOMINGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho sancionador administrativo. Madrid. Editorial Marcial Pons. 382 p. 1997.

DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, onceava edición. 1630 p. 2006.

DROMI, José. Introducción al Derecho Administrativo. Editorial Grouz, Madrid. 261 p. 1986.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. 1ª ed, Santiago, 583 p. 2007.

ESCOLA, Héctor. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires, Editorial Depalma, 264p. 1989.

ESTEVE PARDO, José. Lecciones de derecho administrativo. Editorial Marcial Pons. Segunda Edición. Madrid. 573p. 2012.

FELIU Olga, PIERRY Pedro y MENDOZA, Ramiro. Estado Regulador e Injusto Administrativo. EN: Revista de Derecho de la Empresa, (5): 69-80. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2006.

FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. El derecho constitucional al debido proceso con especial aplicación al nuevo proceso penal. EN: Anales de la Facultad de Derecho, (2): 73-110. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

GAJARDO ORELLANA, Tania y GUERRERO ROJAS, Samuel. El debido proceso en los procedimientos administrativos sancionadores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 203 p. 2005.

GARBERI LLOBREGAT, José. El procedimiento administrativo sancionador. Editorial Tirant lo Blanch. Cuarta Edición. Valencia. 1814p. 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Décimo tercera edición. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona. 772 p. 2013.

GARCÍA MACHMAR, William. Aplicación de las garantías penales al Derecho Administrativo sancionador. La Semana Jurídica (368) 6-7. Santiago, 2008.

GARCÍA URETA, Agustín. La potestad inspectora de las administraciones públicas. Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales. Madrid.366 p. 2006.

GARRIDO FALLA, Fernando. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. Revista de Administración Pública (28): 11-50. Madrid, 1959.

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 397 p. 2001.

GOBIERNO DE CHILE. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Dirección Nacional del Servicio Civil. Segunda Edición. 189 p. 2009.

GONZALEZ PEREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo Común. Editorial Thomson-Civitas, tercera edición. 3271p. 2004.

GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, segunda edición. Madrid. Editorial Aranzadi, 1180 p., 2010.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Novena edición, México, UNAM, Porrúa y FDA, 2004, 866p.

HERNANDEZ VASQUEZ, Jairo. El derecho penal administrativo en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, 1974. 342 p.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente. D. Oficial 26 de enero, 2010. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 638 p. Santiago, 2002.

JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián. Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. En: Revista de Derecho Administrativo (3): 1-28. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.

JARA SCHNETTLER, Jaime. Apuntes sobre acto y procedimiento administrativo. Ley N° 19.880. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago.2009.

JUNCEDA MORENO, Javier. Derecho sancionador en materia de tráfico, en especial, la retirada del permiso de conducir. En: Revista de Administración Pública. (145): 399-430. Madrid, 1998.

KITTSTEINER BUSQUETS, María. La facultad sancionadora del Consejo Nacional de Televisión a la luz de las garantías constitucionales Santiago, Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho 2010. 132 h.

LARA ARROYO, José Luis. Procedimientos Administrativos Sancionadores y Supletoriedad de la Ley 19.880. ¿Es efectiva su aplicación? Conferencias Santo Tomás de Aquino, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago, 234p. 2003.

LERNER, Bernardo. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo I. 1033p. Buenos Aires, 1954.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre). Revista de Administración Pública. (129): 211-239. Madrid, 1992.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Diccionario de sanciones administrativas. Editorial lustel, Madrid. 1295 p. 2010.

MALJAR, Daniel. Derecho administrativo sancionador. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 425p. 2004.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Algunas disposiciones comunes a todo procedimiento y aspectos generales de la prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. 63 p. 2003.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Disposiciones comunes a todo procedimiento. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Departamento de Derecho Procesal. Santiago, 160 p. 2003.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Reforma procesal penal: génesis, historia sistematizada y concordancias. 1a. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 773 p. 2003.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Introducción al derecho procesal, la jurisdicción y la competencia. Santiago, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. 308 p. 2006.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. 176 p. Santiago, 2006.

MATURANA, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal. Segunda edición, Santiago, AbeledoPerrot-Legal Publishing/Thomson Reuters, 1245 p. 2012.

MASSONE PARODI, Pedro. Tribunales y procedimientos tributarios. Santiago. Editorial LegalPublishing, primera edición, 247 p. 2009

MEDINA OSORIO, Fabio. Corrupción y mala gestión de la res pública: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el Derecho administrativo sancionador brasileño. Revista de Administración Pública (149): 487-522. Madrid, 1999.

MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado, tomo VII. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile 1a. ed. 574 p. 2010.

MORAGA KLEENER, Claudio. Notas sobre el artículo 49 de la Ley sobre Superintendencia del Medio Ambiente y Supletoriedad de la Ley 19.880. EN: Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886. Editorial Legal Publishing. Santiago, 574 p. 2013.

MORELL OCAÑA, Luis. Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa. *Revista de Administración Pública* (156): 253-296. Madrid, 2001.

NASH, Claudio. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 200 p.2013.

NIETO GARCIA, Alejandro. Problemas Capitales del Derecho Disciplinario. *Revista de Administración Pública*. (63): 39-84. Madrid, 1970.

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Cuarta edición. Madrid, Tecnos. 592 p. 2005.

ORENA DOMINGUEZ, Aitor. Discrecionalidad, Arbitrariedad e Inicio de Actuaciones Inspectoras. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra. 210 p. 2006.

OJEDA SAN MARTIN, Soledad. Privilegios de la Administración del Estado: Solve et Repete e Inembargabilidad de Bienes de la Administración. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 297 p. 2009.

OKSENBERG GONZALEZ, Daniel. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: revisión crítica. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 190 p. 2009.

OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Legis, Segunda edición. Bogotá, 860 p. 2009.

PANTOJA BAUZA, Rolando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile 1a. ed. 371 p. 2010.

PARADA, José. Derecho Administrativo I. Parte General. Madrid. Editorial Marcial Pons, décimocuarta edición. 686 p. 2003.

PEÑA TORRES, Marisol, y ROSALES RIGOL, Cecilia. El interés público en el constitucionalismo postmoderno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (22): 483-502. Valparaíso, 2001.

PIERRY ARRAU, Pedro, FELIU, Olga y MENDOZA, Ramiro. Estado regulador e injusto administrativo. EN: *Revista de Derecho de la Empresa* (5) 69-80. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile, 2006.

PRIETO SANCHIS, Luis. La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, (4): 99-122. Madrid, 1982.

PONCE DE LEON, Sandra. Aplicación de los elementos del debido proceso al procedimiento administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. EN: Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886. Editorial Legal Publishing. Santiago, 574 p. 2013.

PONCE SOLE, Julio. Deber de Buena Administración y Derecho Al Procedimiento Administrativo Debido: Las Bases Constitucionales Del Procedimiento Administrativo y Del Ejercicio de la Discrecionalidad. Editorial Lex Nova, Madrid. 2001. 862 p.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal. Revista de Administración Pública (126): 253-296. Madrid, 1991.

QUIROS LOBO, José. Principios de derecho sancionador. Editorial COMARES. Granada, 136 p. 1996.

RADOVIC SCHOEPEN, Angela. Sistema sancionatorio tributario. Editorial Jurídica, segunda edición, Santiago. 241 p. 2010.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 535p. 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 22^{ava} edición. 2001 [en línea].

REBOLLO, Martín. Leyes Administrativas. Editorial Aranzadi, sexta edición, Madrid. 2784 p. [s.a].

RIOS DEL RIO, Jorge Andrés. La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 53 p. 2008.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. El estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración Madrid: Tecnos, 230 p. 2000.

ROMAN CORDERO, Cristian. Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o no ser? He ahí el dilema”. EN: Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 107-141. 2008.

ROMAN CORDERO, Cristian. El principio de a-legalidad en el derecho administrativo -posmoderno- sancionador eléctrico. Memoria de prueba para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 211 p. 2006.

ROMAN CORDERO, Cristian. El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista de Derecho Público (71): 183-214. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público. Santiago, 2009.

ROMAN CORDERO, Cristian. El Castigo en el Derecho Administrativo. Revista Derecho y Humanidades vol 1 (16): 151-171. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2010.

ROSAS BERTIN, Diego. El sistema sancionador laboral ante la Constitución:, EN: Revista Ius Novum (3): 215-246, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2010.

SALAS PINO, Carolina. La potestad sancionadora de la administración. Principios que la informan. Tratamiento Jurisprudencial. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 221 p. 2001.

SALINAS BRUZZONE, Carlos. Derecho administrativo sancionador: el régimen sancionador eléctrico en Chile. Thomson Reuter Puntotex, 446 p. Santiago, 2010.

SANCHEZ MORON, Manuel. Derecho Administrativo, parte general. Editorial Tecnos, Madrid. 952 p. Séptima edición. 2011.

SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, cuarta edición. Montevideo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1310 p. 2002.

SANCHEZ-TERAN HERNANDEZ, Juan Manuel. Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social. Editorial Lex Nova, Madrid, 468 p. 2007.

SUAY RINCON, José. Sanciones Administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 221p 1989.

VAN WEEZEL, Alex. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial LegalPublishing. Santiago, 234 p. 2011.

VARGAS LOPEZ, Karen. Principios del procedimiento administrativo sancionador. Revista Jurídica de Seguridad Social (14): 59-70. Caja costarricense del Seguro Social Costa Rica. 2008.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

CORTE SUPREMA DE CHILE.

CORTE DE APELACIONES DE CHILE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA.