



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados

**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**

Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho

AUTOR
José Esteban Albornoz Gabilán.
PROFESOR GUÍA
Claudio Moraga Klenner.

Santiago de Chile
2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1.- ANTECEDENTES GENERALES DEL DEBIDO PROCESO	7
1.1. Antecedentes históricos y fuentes del debido proceso.	7
1.2. El Debido Proceso.	11
1.2.1. Conceptos de Debido Proceso.....	12
1.2.2. La visión del Debido Proceso en Chile	15
1.2.3. El Debido Proceso en Chile.....	17
1.3. Desarrollo normativo del principio del Debido Proceso Administrativo	22
1.4. Estándares procesales mínimos en los procedimientos disciplinarios.	25
1.5. El Debido Proceso Y El Derecho A La Defensa.	27
1.5.1. Desarrollo y Relación de conceptos	27
1.5.2. Doctrina y jurisprudencia nacional.....	28
1.5.3. Doctrina y jurisprudencia Internacional.....	31
1.5.4. Elementos comunes. Unificando conceptos	32
2.- EL DEBIDO PROCESO PROCESAL Y EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	33
2.1. Alcances a la distinción.....	33
2.2. El caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Distinción jurisprudencial entre Debido Proceso Procesal y Debido Proceso Administrativo	33
3.- LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 18.834 SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO	37
3.1. Principios que lo Rigen	37
3.2. Estructura y desarrollo de los procedimientos.....	46
3.2.1 Investigaciones Sumarias	46
3.2.2 El Sumario Administrativo	54
3.2.3 Los Recursos Que Proceden En El Sumario Administrativo Y En La Investigación Sumaria.....	84
3.3. Cumplimiento de los estándares procesales mínimos en los procedimientos disciplinarios	90
4.- RECURSOS Y ACCIONES APLICABLES EN CASO DE VULNERACIÓN O AUSENCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.	101
4.1. Naturaleza del procedimiento recursivo ¿Es reparatorio o correctivo?	108
5.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.....	109
5.1. ¿Progresividad al Interior de la Administración del Estado? El Rol y Herramientas de los Jefes de Servicio y de la Contraloría General de la República.	112
BIBLIOGRAFÍA.....	117
ANEXO.....	120

INTRODUCCIÓN.-

La democracia, como régimen político imperante y universalmente aceptado funda su estabilidad en factores los cuales, debidamente administrados, van a dar fuerza y permanencia a sus cimientos más esenciales, permitiendo la existencia de buenos y legítimos gobiernos, con un aparato administrativo que funciona correctamente y que consecuentemente hace perdurable la institucionalidad nacional.

Por ello, es legítimo sostener, que la democracia es el único régimen dotado de la capacidad de dar seguridad y garantía a los derechos fundamentales de la personas, y en este contexto debemos entender que las obligaciones estatales dentro del marco democrático no se circunscriben a las relaciones entre los ciudadanos, sino también en cuanto el Estado, detentador un poder punitivo único y que ejerce en razón de que el pueblo se lo ha entregado y acepta que así sea, poder el cual puede presentarse de varias formas según el contexto de su aplicación. Así, en el derecho penal, tenemos al Estado sancionando al infractor de normas que se fundamentan en una idea de paz social, cuyo quebrantamiento está sujeto a las penas legalmente reguladas y mediante un procedimiento también establecido, pero al que la Constitución ha venido en asegurar que debe respetar ciertos parámetros que hacen que el sujeto que será sancionado, lo sea al menos de una forma racional y justa, tanto en cuanto a la sanción propiamente tal, como en la forma como se va a llegar a determinar las circunstancias que configuran su actuar delictual, hasta la sanción que se le habrá de aplicar por aquello. Y este poder punitivo también puede vislumbrarse en otros ámbitos del derecho público, así por ejemplo, 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 lo que aparece fiscalizando o regulando en virtud de algún título de intervención administrativa; aspectos, los cuales, en que puede relacionarse con los administrados en el ejercicio de su poder punitivo, y que, por cierto, debe hacerlo de un modo que no vulnere las otras garantías que se le han entregado a las personas.

Por último, y no menos importante, existe otro tipo de relación, en la cual está

enfocado este trabajo, y que se hace presente en la forma en que el Estado sanciona a quienes son parte del aparato administrativo estatal, es decir, a sus funcionarios; esto, porque la responsabilidad es un principio rector en el ejercicio de las labores que han sido encomendadas a los órganos del estado y a sus agentes, y tal como lo señala el inciso tercero del artículo 6° de nuestra Constitución Política, la infracción a este precepto, va a generar, respecto de aquellos, las “responsabilidades y sanciones que determine la ley” .

Pues bien, entre nosotros, el marco normativo que define estas responsabilidades y sanciones está dado por la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, la cual señala en su artículo 1° que “las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por el presente Estatuto Administrativo...”. Señala también dicha norma a quienes no se les aplica, haciendo referencia expresa al inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional, la cual enumera los órganos e instituciones que se rigen por sus propios estatutos o leyes orgánicas, así como a corporaciones o empresas publicas creadas por ley y regidas por normas especiales.

Las relaciones señaladas confluyen en algunos aspectos que unifican los procedimientos, pero una idea es la que da fuerza y seguridad jurídica e institucional a todas las demás, el Debido Proceso, el cual, en el campo del presente trabajo, se centra en los procedimientos sancionatorios al interior de la Administración del Estado y según lo estatuido en la Ley 18.843, la cual, como veremos establece todo un sistema para sancionar a los funcionarios que, en el ejercicio de sus funciones, realizan actos o incurrir en omisiones que infrinjan sus deberes funcionarios, causando perjuicios, yendo contra la probidad administrativa o simplemente desobedeciendo las obligaciones o prohibiciones que les han sido impuestas por el estatuto y que se entienden aceptadas por ellos desde que aceptan sus nombramientos y comienzan a ejercer sus funciones. Pero, no obstante esto, los funcionarios mantienen todos los derechos que la Constitución les ha asegurado aún cuando se enfrenten al aparato administrativo en calidad de inculpados en el marco de una investigación o sumario

administrativo, los cuales también están sujetos a normas y principios cuya finalidad última es velar por el correcto ejercicio y respeto de estos derechos, por lo que circunscribiéndolo a esta idea podríamos hablar de un Debido Proceso Administrativo, con los mismos principios generales, más aquellos que, adecuados a la realidad funcionaria, podrían dar aún más seguridad al ejercicio de los derechos que nuestra Constitución y las leyes reconocen.

1.- ANTECEDENTES GENERALES DEL DEBIDO PROCESO.

1.1. Antecedentes históricos y fuentes del debido proceso.

Como primer paso en el acercamiento a un concepto del debido proceso, debemos remontarnos a 1215, año en el que los barones ingleses se alzaron en armas, ya cansados de la tiranía del Rey Juan sin Tierra, quien, ante la posibilidad de la rebelión y una guerra civil, y de acuerdo a las exigencias de aquellos, concede y dicta la Carta Magna, la cual fue reeditada en 1216, 1217, y nuevamente en 1225 con algunas modificaciones. En dicho documento y más precisamente en su capítulo XXXIX se estableció “Que ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país o del reino”, o en jerga anglosajona “*the law of the land*”. El texto citado, que será analizado extensamente más adelante, conformó el antecedente directo del “*due process of law*” o debido proceso legal, cuyo alcance es tan sustantivo como adjetivo¹. Esto es, en cuanto al contenido de la norma que regula la materia objeto del proceso, como el procedimiento propiamente tal. La Carta Magna fue el primer documento de este tipo, en que los sujetos obligados no son sólo la persona del rey, sino también todos sus herederos, integrándose así, a las leyes de la tierra o cómo era conocida en latín, la *lex terrae*, cuyo concepto envuelve la idea de ser parte de las leyes propias de un reino y para ese reino en particular, siendo la norma suprema que informa todo su ordenamiento jurídico. Con ello, entonces, se consigue que ningún hombre, ni aún el rey, queden por encima de la ley.

La Carta se ordenó leer a través del reino, y al momento de establecer nuevas tierras una copia de la Carta era llevada y leída allí de manera que los nuevos habitantes se enteraran de la garantía de la libertad concedida por el rey.

¹ ARAZI, Roland, *et al.* Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba. Santa Fe, Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003. Pág. 132.

Todo lo anterior suena bastante bien, sobre todo si lo vemos a la luz de aquello que la Carta Magna ha generado hasta nuestros días, al considerarse el antecedente de los regímenes políticos, por eso, no deja de sorprender que un Decano de la facultad de Derecho de Harvard sostenga que “Quienquiera que haya leído la Magna Carta, ya sea en latín² o en su traducción inglesa se habrá quedado sorprendido de lo que encontró allí o de lo poco que encontró allí³, y SATRÚSTEGUI cita esto porque considera que en su conjunto, la Carta Magna no contiene el esquema de una Constitución o de un sistema de Gobierno, sino que en realidad se “trata de un misceláneo de normas de la más diversa índole y significación (algunas por cierto absolutamente sorprendentes para un lector actual) y sólo unas pocas tratan de asuntos que hoy se consideran propios del Derecho Constitucional”⁴, entre las cuales, y para bien de la presente investigación, se incluye la sección XXXIX.

Como ya se ha mencionado, el Debido Proceso encuentra sus raíces más ancestrales en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra y dispone: "No free man shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or deprived in his standing in any other way, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land."⁵

Con esto, los Barones normandos, sus autores, logran frenar al Rey Juan sin Tierra, y le imponen un proceso limpio, eliminando la arbitrariedad real y dando un

² “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.”

³ ERWIN, Griswold. “Introduction. *The Great Charter. Four Essays on Magna Carta and the History of Our Liberty*”, citado por SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel, en “La Magna Carta: Realidad Y Mito Del Constitucionalismo Pactista Medieval”, Revista Historia Constitucional N° 10, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, edición online págs. 243 a 262.

<http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/issue/view/12/showToc>

⁴ SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Op. Cit. Pág.246.

⁵ En español, distintos autores lo han traducido del siguiente modo: “Ningún hombre libre podrá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma ser molestado, y no iremos en su busca ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”, lo cual es una imprecisión no menor al tratar de determinar el origen del debido proceso, el texto, correctamente traducido debe leerse como: “Ningún hombre libre será detenido o encarcelado o desposeído o proscrito o exiliado o de alguna manera molestado, ni vamos a atacarlo o enviar a nadie a atacarlo, excepto por un juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra”.

verdadero sentido a los procesos garantizando dos puntos jamás antes tratados y que dan, a través de esta cláusula, a la Carta Magna, la fama que tiene. Porque si bien, no crea el procedimiento de “*habeas corpus*”, como a veces se afirma, lo que este texto consagra es la doble garantía del “*iudicium parium suorum*” y de la “*lex terrae*”. Lo primero significa el juicio por jurados, por definición imparciales, y excluía que nadie pudiera ser condenado por un tribunal o una comisión especial dependiente del Rey. La segunda exigencia, alternativa o complementaria de la anterior (según se interpretara la conjunción disyuntiva que las enlaza en el texto), consiste en que el juicio se haga “conforme a las leyes del país”, lo que aseguraba que una legalidad procesal⁶.

Poco después, esta idea fue recogida en el derecho medieval aragonés, en su regulación foral, en el cual aparecen figuras procesales bastante comparables a las garantías contenidas en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna, tal como lo comenta FAIRÉN⁷, donde por ejemplo se establecía la institución del Justicia Mayor, que venía a ser como un “juez intermedio” entre el monarca y la nobleza. Su nombramiento correspondía al rey quien debía seleccionarlo dentro del estamento o Brazo de los Caballeros. Su jurisdicción se refería a los pleitos entre el rey y los nobles o a los de éstos entre sí; además, estas causas sólo podían ser juzgadas por el Justicia Mayor “con el consejo de los ricos hombres y caballeros que estén en la corte”. No se trataba, sin embargo, de un juicio por jurados, como el “*iudicium parium suorum*” de la Carta Magna, porque la opinión de la corte no era vinculante para el Justicia Mayor y además, porque el enjuiciamiento por el Justicia Mayor estuvo inicialmente reservado a las categorías nobiliarias, aunque se extendió a partir de 1283 a “los ciudadanos y hombres buenos de las villas”.

Por su parte, la cláusula de la “*lex terrae*” también aparece en el Fuero aragonés, desde las Cortes celebradas en Zaragoza en 1348, y con una redacción que, como lo ha destacado FAIRÉN, recuerda el Capítulo XXXIX de la Carta Magna,

⁶ SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO. Op. Cit. Págs.250 y 251.

⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “El Proceso aragonés de Manifestación y el británico de Habeas Corpus”, en *Temas del ordenamiento procesal*. Tomo I. Madrid. Editorial Tecnos. 1969. Págs. 133 a 170.

por la forma en que enumera los compromisos del rey en materia procesal: "...no mataremos ni extremaremos ni exiliaremos, ni matar, extremar o exiliar mandaremos, ni faremos ni preso o presos, alguno o algunos, contra fueros, privilegios, libertades, usos et costumbres de Aragón..."(sic). De hecho, el parecido es tanto, que no cabe excluir una eventual inspiración de esta norma foral aragonesa en la Magna Carta inglesa⁸.

Esta corriente garantista de libertades ciudadanas se propagó por Europa peninsular, sin éxito, dada la presión del absolutismo de los siglos XVI y XVII, que acabó con cualquier atisbo establecer un sistema legal que protegiera a los ciudadanos ante el poder del rey. No obstante, subsistió en Europa insular y se desarrolló duraderamente en el constitucionalismo inglés y norteamericano, el cual, con el ya mencionado juicio por jurados y la *lex terrae*, sigue en vigor en Gran Bretaña hoy e indirectamente también en los Estados Unidos, al haberse incorporado a su Derecho Constitucional. Esto se debe principalmente a su utilización e instrumentación como un mito poderoso por parte de los agentes que llevaron a cabo la "Revolución Constitucionalista" en Inglaterra, desde mediados del siglo XV hasta mediados del siglo XVII; esos agentes –entre los que destacan grandes juristas como Sir Edward Coke– argumentaron con la Magna Carta y la reinterpretaron para controlar el ejercicio de la prerrogativa regia e, incluso, para reforzar el poder del Parlamento. Y aunque la "Gloriosa Revolución" de 1688⁹ abrió, desde luego, un horizonte político y cultural radicalmente distinto al de la Carta Magna, no hizo tabla rasa de ella, sino que la incorporó y la acomodó como un precedente del nuevo paradigma constitucional británico.

Resumiendo esta idea, Lord Chatham dijo en el siglo XVIII que la Magna Carta, la *Petition of Right* y la *Bill of Rights* forman la "Biblia de la Constitución Británica". Pero habría que añadir que fue el triunfo de la revolución, representado por la *Bill of Rights*

⁸ SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO. Op. Cit. Págs. 260 y 261.

⁹ Hecho con el que comenzó la democracia parlamentaria moderna inglesa, desde cuando el monarca nunca volvería a tener el poder absoluto, y la Declaración de Derechos se convertiría en uno de los documentos más importantes de Gran Bretaña.

de 1689, lo que dotó de proyección y expandió el significado del viejo precedente, que es la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215¹⁰.

Por cierto que los revolucionarios independentistas latinoamericanos tuvieron presentes las normas implementadas en el sistema anglosajón y, especialmente, en el norteamericano, el cual, junto al espíritu de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emanada de la Revolución Francesa, sentó las bases de lo que fueron, ya en Chile, nuestras primeras normas constitucionales, las cuales ya venían con el germen de la garantía del debido proceso en su enunciado como se verá en el apartado siguiente.

1.2. El Debido Proceso.

Luego del estudio, desde el prisma histórico, del Debido Proceso, es necesario establecer, al menos, un concepto del mismo, en base al cual continuar el análisis de esta institución entre nosotros y, específicamente, al interior de la Administración del Estado.

De este modo, y antes de saber si es “debido”, valga estudiar brevemente la etimología de la palabra proceso. Ésta deriva del sustantivo latino *processus*, la que a su vez da origen al verbo *procedere*, constituido por la idea de fases sucesivas de un fenómeno en un cierto lapso, avanzando hacia un fin determinado. Asimismo, el diccionario de la RAE define “proceso” como “acción de ir hacia adelante” y en su tercera acepción agrega “Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”.

Llevado esto al plano del Derecho, entonces, viene a configurar una serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico, o como procesalmente se ha definido: "la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión"¹¹.

¹⁰ SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO. Op. Cit. Pág. 262.

¹¹ COUTURE, Eduardo. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Ediciones De Palma. Buenos Aires.

Así las cosas, hemos establecido que el proceso es la secuencia de actos por medio de los cuales se busca la solución de un conflicto sometido a decisión de autoridad competente; y consecuentemente, este proceso será “debido” en la medida que se respeten las garantías que el ordenamiento jurídico ha establecido para su prosecución.

Por lo tanto, debemos entender el concepto de debido proceso, como aquella garantía de carácter fundamental, que protege al ciudadano de cualquier tipo de arbitrariedad en que pudiera eventualmente incurrir la autoridad jurisdiccional, en lo referente a la solución del conflicto sometido a su decisión.

La garantía del debido proceso es, entonces, un continente, cuyo contenido está compuesto por aquellos derechos y principios, constitucionales y legales, que deben ser respetados por la autoridad jurisdiccional al momento de decidir el conflicto sometido a su decisión mediante el procedimiento.

1.2.1. Conceptos de Debido Proceso.

Brevemente, debe señalarse que existen dos corrientes referentes al Debido Proceso, una instrumental y otra sustancial.

Las primeras ven a ésta garantía como un continente de diversos derechos, los cuales pueden cambiar según varían las valoraciones sociales en el tiempo y en el espacio, las segundas corrientes ven a ésta garantía como la justicia en sí misma, con derechos que la componen, pero derechos que deben sustentarse en procesos legítimos y que estén de acuerdo a un Estado Democrático.

Las primeras corrientes instrumentales, ven justamente al Debido Proceso, como una figura de carácter instrumental, continente de numerosas garantías constituidas en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de un derecho

fundamental reconocido desde el Derecho Internacional y en la mayoría de constituciones modernas: núcleo integrante de numerosos principios procesales constitucionales que son de aplicación inmediata. Su consagración como derecho fundamental ratifica su prevalencia sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico procesal.

Así, las corrientes instrumentalistas conceptualizan al Debido Proceso como “una institución, porque constituye una idea común, compleja y objetiva -integrada en un todo unitaria que es la Constitución- a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, pero que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y goce efectivo de los derechos”¹², entendiendo, de esta manera al Debido Proceso como el pilar fundamental del Derecho Procesal y que contiene los principios necesarios para el ejercicio y aplicación de un derecho justo.

Y siguiendo este orden de ideas, HOYOS, concluye que el debido Proceso es “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes, en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad razonable de ser oídas por una tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”¹³.

Por su parte, EVANS, también adhiere a esta corriente, y lo hace de una manera más restringida, estableciendo presupuestos procesales definidos que constituyen la garantía del Debido Proceso, a saber: notificación y audiencia del afectado, pudiéndose proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado;

¹² HOYOS, Arturo. "El Debido Proceso". Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998. p. 54

¹³ HOYOS. Op. Cit. Pág. 55.

presentación de la pruebas, recepción de ellas y de su examen; sentencia dictada en un plazo razonable; sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva”¹⁴.

La segunda corriente, la sustancial, tiene entre sus exponentes más destacados a Eduardo Couture, quien se refiere a esta garantía como “...de orden estrictamente procesal, que ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía del Debido Proceso consiste, en último término en no ser privado de la vida, la libertad o propiedad, sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario”¹⁵.

De la definición de COUTURE resalta una idea principal, cual es que la ley que contenga derechos y normas que deban ser respetadas en un debido proceso, deben generarse de una forma legítima y cumpliendo con la normativa parlamentaria, conforme al ordenamiento jurídico constitucional, además de entregar herramientas de protección a estas garantías.

Esta visión sustancial contrasta con la opinión de EVANS, para quién no tiene una trascendencia mayor el hecho de que hayan emanado de una actividad parlamentaria democrática, ni los principios que haya detrás de esa legislación, sino que importa –considera- sólo que se encuentren presentes ciertos presupuestos considerados esenciales por una sociedad en un momento determinado¹⁶.

Por otra parte, esta visión se basa en que estaríamos ante un debido proceso y no un debido procedimiento. El origen de esto radica en la traducción del concepto anglosajón del “Due Process of Law”, el cual suele interpretarse como “procedimiento

¹⁴ EVANS de la Cuadra, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1999. Pág. 29.

¹⁵ COUTURE, Eduardo. “Estudios de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Editorial Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1979. pág. 51.

¹⁶ EVANS de la Cuadra, Enrique. Op. Cit. Pag. 30.

debido”, lo que sería un yerro, ya que es “debido proceso” la forma correcta de traducirlo¹⁷.

La idea de la precisión anterior, es aclarar el sentido que COUTURE le da a la garantía del debido proceso, dejando fuera de él todo aquello que implique catálogos de derechos y de presupuestos que son propios del procedimiento judicial. Ello, porque, según él, no hay debido proceso sólo con la existencia de un catálogo de derechos a respetar, estos deben ser producto de un trámite parlamentario que haya seguido la normativa constitucional y además se deben proporcionar los recursos necesarios para que estos derechos tengan una tutela efectiva.

No obstante lo anterior, la corriente sustancial no deja de considerar el hecho de que la garantía del debido proceso debe tener un sustrato de continente de garantía de derechos fundamentales básicos para el desarrollo de un juicio justo. La gran diferencia con la instrumental, entonces, radica en que la corriente sustancial no entiende como objeto del debido proceso a esa gama de derechos, sino que entiende, como eje central de la garantía su valor como tal, la garantía del debido proceso como la justicia en si misma.

1.2.2. La visión del Debido Proceso en Chile.

El Debido Proceso como garantía se encuentra contenido en el Artículo 19, N° 3 inciso 5°, de la Constitución Política de la República que dispone: “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”

Al tenor de lo ya estudiado, es necesario precisar cual es la corriente a la que adhiere nuestra Constitución a la hora de recoger el Debido Proceso. Ante esto, podemos sostener que nuestro ordenamiento jurídico entiende la garantía del debido

¹⁷ COLOMBO Campbell, Juan, “El Debido Proceso Constitucional”. Cuadernos del Tribunal Constitucional. N° 32. Santiago de Chile. 2006. pp. 29 y 30.

proceso¹⁸ desde una visión instrumental, ya que ordena al legislador a establecer las garantías que debe contener un procedimiento –proceso- racional y justo. Es decir, le encomienda determinar cuál va a ser el contenido de este continente vacío que sería la garantía del debido proceso.

Una vía para cumplir con esta orden constitucional se encuentra recogida en su propio articulado, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, modificado por la Ley N°18.825 de Reforma Constitucional y que permite remitirnos a normas internacionales que sí han tratado la materia, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° contiene las denominadas Garantías Judiciales¹⁹, entre las que se detallan aquellos elementos que dan forma al debido proceso tal como es entendido entre nosotros.

¹⁸ Imprecisión mediante, ya que como vimos al tenor de la traducción de la expresión “*Due Process of Law*”, debe garantizarse un justo y racional proceso, y no “procedimiento” como lo señala la norma del Artículo 19, N° 3 inciso 5° de la Constitución, en su parte final.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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.

“En consecuencia, podemos señalar que el proceso no sólo debe ser ‘legalmente tramitado’ y ‘racional y justo’, conforme anota mezquinamente nuestra Constitución, sino que además debe ajustarse a los parámetros que el artículo ya citado (el 5º, inciso 2º de la Constitución) obliga en relación a los tratados internacionales, dada la calidad de éstos de leyes de la república de rango constitucional”²⁰.

Por último, ha de señalarse que el concepto de Debido Proceso quedará entregado a las visiones que se tengan tanto del proceso, como de un estado democrático y de la importancia que se le atribuya a esta garantía en relación a la protección del ciudadano frente al Estado, pero indudablemente quedará abierta la definición lo que “puede deberse a que las ideas políticas y jurídicas fundamentales, de la misma manera que las grandes obras de arte, se resisten a una decisión final, e incluso y posiblemente a una definitiva comprensión”²¹.

1.2.3. El Debido Proceso en Chile.

Nuestra doctrina ha incorporado la acepción del Debido Proceso dentro del concepto de las igualdades, el que como antecedente histórico ya se encontraba reconocida, entre nosotros, como un germen que contenía la idea, en el Reglamento Constitucional de 1812²², en la Constitución de 1925²³ -que es una reproducción casi idéntica de la norma del artículo 133 de la Constitución de 1833- y, por supuesto, en la Constitución Política de la República de 1980²⁴, que nos rige hasta hoy. Es por esto, además, que nuestra jurisprudencia ha sostenido que “la igualdad ante la ley significa

²⁰ VÁSQUEZ Espina, Marcos. “El Debido Proceso, Una Perspectiva Procedimental Práctica”. Editorial Contrapunto. Santiago de Chile. 2004. Pág. 23.

²¹ MATORANA Miquel, Cristian. “Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento”. Apuntes de Clases. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2003. Pág. 29.

²² REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO, Sancionado en 26 de Octubre de 1812, Artículo XVIII. “Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”.

²³ Artículo 11º. “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”

²⁴ Artículo 19, N°3, Inciso 5º, “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.”

que toda persona que habite en el territorio nacional está sujeta, en identidad de condiciones, a unas mismas normas jurídicas, para disfrutar de unos mismos derechos y acatar idénticas obligaciones, pero la consagración de esta igualdad jurídica y legal no significa que la legislación no pueda dictar normas de excepción que, no obstante alterar la regla general fijada para una determinada situación, no transgrede el principio de igualdad ante la ley, si tal legislación diferente está llamada a que esas disposiciones de excepción sean aplicables a todos aquellos que se encuentran en condiciones similares, sea frente al derecho público como al derecho privado”²⁵.

Esta declaración de nuestros tribunales no es azarosa, por cuanto nos indica que no basta con que la ley establezca ciertos derechos, sino que debe ser capaz de crear medios para asegurarlos adecuadamente. De ahí que cualquier persona que concurra ante los tribunales requiriendo de justicia debe ser atendido por éstos²⁶, pero, además, debe serlo sujetándose a las mismas leyes y al mismo procedimiento aplicados para casos de la misma naturaleza, lo cual justifica la existencia de justicia especializada como los extintos Tribunales de Menores, cuyas materias son actualmente conocidas por los Tribunales de Familia, también especializados, así como otras sedes judiciales especiales, tales como los Tribunales Orales en lo Penal, Juzgados de Garantía y los Juzgados Laborales, los cuales en ningún caso vulneran la mencionada garantía, sino que por el contrario, procuran “asegurar la especialización de la judicatura, y la expedición y eficacia en la resolución de estos asuntos específicos.”²⁷

En este sentido y jurídicamente hablando, el *proceso* debe entenderse como el instrumento a través del cual el Estado dota a sus ciudadanos para que estos resuelvan sus conflictos de relevancia jurídica. Asimismo, es entregado a los órganos, en tanto tengan facultades jurisdiccionales y deban pronunciarse en aquellas

²⁵ Corte Suprema. 03 – 12 – 1986. Revista de Derecho y Jurisprudencia N° 39. Pág. 16. Santiago de Chile.

²⁶ Ello, en virtud del Principio de Inexcusabilidad establecido en el inciso 2° del artículo 76 de nuestra Constitución Política, que señala: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

²⁷ VERDUGO MARINKOVIC, Mario *et al.*, 1994. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 369 Págs.

situaciones en las que se requiere una sentencia o una resolución.

Dicha sentencia o resolución “puede emanar de cualquier órgano que ejerza jurisdicción y en este sentido, no es exclusivamente un órgano judicial el que puede emitir una sentencia o resolución, puesto que el concepto de órgano dotado de facultades jurisdiccionales implica cualquier autoridad por un lado y por otro, se requiere que afecte derechos esenciales de la persona humana”²⁸.

El proceso se integra por diversos actos tanto de las partes, del juez o del órgano que conozca y, en muchos casos, de terceros; actos, los cuales, deben estar previamente establecidos en una norma.

A su vez, este proceso debe llevarse a cabo mediante la aplicación de ciertas reglas, llamadas procesales, y que en su conjunto conforman el procedimiento, en el cual, por supuesto, debe existir la garantía de la igualdad, la cual se traduce, en palabras de nuestro constituyente, en la obligación del legislador de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

No obstante lo anterior, y como lo señala el profesor y ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, don Eduardo Meins Olivares, “el debido proceso constituye una garantía de otros derechos, permite que ellos se hagan efectivos cuando entran en conflicto y son llevados para su solución en sede jurisdiccional”²⁹. Esta afirmación nos lleva a sostener que el debido proceso, como derecho autónomo, en sí, constituye, además, un derecho ejecutor que posibilita el desarrollo de las demás garantías del debido proceso, las cuales, debidamente respetadas, legitiman cualquier proceso y de cualquier índole, lo que incluye, por supuesto, al proceso sancionatorio administrativo, además de hacer lo propio con las eventuales sanciones que se puedan imponer en virtud del mismo.

²⁸ AROS CHIA, Rodrigo Marcelo, “El Debido Proceso Como Principio de Constitucionalización de la Acción Procesal”, en ACTAS, XXXIV Jornadas de Derecho Público. 2004. Santiago de Chile. LexisNexis. Pág. 171.

²⁹ MEINS OLIVARES, Eduardo. 1999. El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo código de procedimiento penal. EN: Ius et Praxis. Derecho en la región. Libertad personal, seguridad individual y debido proceso. Talca, Chile. Editorial Universidad de Talca. Pp. 445-460.

Así, en sede administrativa, el ejercicio de estos derechos debe de reconocerse desde que el procedimiento se inicie contra el involucrado, dado que en esta etapa es cuando asoma el ejercicio del derecho a la defensa, cuyo objeto es dejar en igualdad de condiciones al sumariado o investigado con el fiscal o investigador, y se constituye en elementos esenciales tales como el derecho a ser oído, lo que en la práctica se traduce en que el funcionario envuelto en una investigación tiene el derecho a entregar su versión de los hechos que se le imputan y, por supuesto, invocar las circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad que estime pertinentes.

Cabe hacer presente que nuestra Constitución Política no contempla expresamente el derecho a ser oído, sino que debe desprenderse de otros derechos, como los consagrados en el artículo 19 números 3 y 14, a propósito del derecho de petición y del derecho a la defensa respectivamente. Por su parte, el Estatuto Administrativo, ha tomado esta idea y la ha adjetivizado en los artículos 126, incisos 3° y 4°, y 138, los cuales con todas la críticas que les pueda hacer, al menos dan pie para que el imputado haga presente sus descargos y alegaciones, todo ello, claro, luego de que le fueran notificados los cargos, producto de una etapa sumaria y reservada de la investigación, en la que, en miras del éxito de ésta, se evita que ciertos pormenores trasciendan al inculpado, pero que, una vez concluida, pierde ese carácter al tenor de lo dispuesto en el artículo 137 del Estatuto Administrativo.

Otro elemento del debido proceso que también está presente en los procedimientos de marras, es el derecho a la impugnación, el cual se entiende comprendido dentro de la idea de un racional y justo procedimiento.

Quisiera detenerme en el desarrollo de estas ideas, para tocar un punto evidente a estas alturas de la exposición, en torno a que es cierta la falta de reconocimiento expreso en la Constitución de los elementos que la doctrina considera como parte del debido proceso. Respecto de aquellos, EVANS hace un resumen de la siguiente manera: *“Los elementos que constituyen un racional y justo procedimiento son los siguientes, de un modo muy escueto: 1) Notificación y audiencia del afectado,*

pudiéndose proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado; 2) Presentación de la pruebas, recepción de ellas y de su examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable; 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva”³⁰.

Pues bien, estos elementos no están señalados en el artículo 19 N°3, inciso 5° de la Carta Fundamental como parte de la idea del debido proceso. Y es que no necesariamente deben estarlo, ello en razón de la importancia jurídica de los tratados internacionales que tocan el tema y que se encuentran ratificados por Chile y vigentes. Así “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas”, suscrito el 16 de diciembre de 1966 y promulgado el 29 de abril de 1989, y la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrito el 22 de noviembre de 1969 y promulgado el 5 de enero de 1991, en sus artículo 14 N° 12 letra d, y en el artículo 8 N° 2 letra d, respectivamente, se consagran las garantías judiciales en términos casi idénticos.

Por su parte, y siguiendo la idea de los Derechos Fundamentales, es perfectamente operativa la garantía del artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución, por cuanto la protección a la esencialidad de los derechos también protege a las personas cuando la ley pretenda imponer procedimientos o investigaciones irracionales o injustas.

Para concluir este acápite, puede decirse, en palabras del profesor Pablo Rodríguez Grez, que no habrá debido proceso si la persona a quien se le imputa una falta al orden jurídico “no tiene posibilidad de defenderse personalmente, cualquiera sea la razón que se tenga para ello, escoger sus abogados, reconstituir los hechos en que se atribuye participación, intervenir en las diligencias que se decreten a su respecto e interactuar con el tribunal, aportar las pruebas que estime necesarias, etc.”³¹

³⁰ EVANS de la Cuadra, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1999. Pág. 29.

³¹ RODRIGEZ GREZ Pablo. “El debido proceso a la luz de la ley chilena”. En: Actualidad Jurídica.

1.3. Desarrollo normativo del principio del Debido Proceso Administrativo.

El Debido Proceso Administrativo es la aplicación, al campo administrativo, del principio del debido proceso, establecido en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política.

Dicha norma señala que “*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*”. Esto nos lleva al entendido de que es el legislador el mandatado para indicar las garantías que debe contener un proceso³² para que sea racional y justo, y en este sentido debe velar porque en cada norma que contenga un procedimiento en que se haga presente el poder punitivo del Estado. Así, en el aspecto administrativo, se encuentra claramente consagrado en el artículo 18, inciso 2°, de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, cuando señala: “En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.

Ahora bien, es menester circunscribir (en palabras sencillas) al debido proceso como parte integrante y fundamental del procedimiento administrativo. Para ello, basta la comprensión del principio fundamental de todo Estado de Derecho, según el cual “nadie puede ser condenado sin ser oído”. Esto debe ser considerado de aplicación general en el sentido de que la garantía constitucional que aparece en todos los

Santiago- Concepción. Facultad de Derecho. Universidad Desarrollo. 2001. Págs. 7 a19.

³² Valga la precisión de que es el *proceso* el que debe ser racional y justo, pues tal como lo ha definido Couture: “*es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un juicio de autoridad el conflicto sometido a su decisión*”; (COUTURE, Eduardo. “Obras Completas”. Tomo I, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Punto Lex, Santiago de Chile. 2010. pág. 23) el procedimiento, en cambio, es el conjunto de reglas y plazos que tanto las partes como el tribunal deben seguir en el desarrollo de dichos actos y actuaciones. A mayor abundamiento y respecto del Procedimiento Administrativo, dentro del cual –por supuesto- se encuentra encasillado el sancionatorio, La ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, define a aquellos, en su art. 18, como “*una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal*”.

ordenamientos positivos, particularmente en el nuestro en el Art. 19 N°3 in. 5° de la Constitución Política de la República, tendiente a asegurar la vigencia de tal principio, ha de aplicarse siempre que los derechos esenciales de la persona humana puedan ser afectados por los actos de los poderes públicos. En este orden de cosas, para asegurar el respeto a estos derechos por parte de la autoridad es preciso que la ley regule “el proceso” a que se someta el ejercicio legítimo del poder y, en esa regulación, que se prevean las formas e instancias de audiencia, de publicidad, de prueba y de defensa de los afectados o interesados. Es lo que se conoce como un “debido proceso”, el cual tiene un aspecto sustantivo (reconocimiento del derecho de toda persona a ser respetada en sus libertades) y otro adjetivo (establecimiento de un sistema de normas procesales que aseguren tal derecho).

Así la cosas, la noción de debido proceso, en tanto regla general, por estar contenida en nuestra Constitución Política de la República y en normas internacionales de rango constitucional, es aplicable no sólo al proceso judicial, sino que también al procedimiento administrativo, en cuanto aquél conduzca a un acto de la Administración que afecte los derechos que se reconocen a las personas de un Estado de Derecho. En este caso, el procedimiento administrativo ha de establecer instancias de audiencia, publicidad y defensa en favor de los administrados o, en el caso que nos interesa, de los funcionarios, consagrando los medios de impugnación de los actos que puedan estimarse lesivos para sus derechos; y, claramente el ser sujeto pasivo de una investigación, en tanto puede ser objeto de una sanción, debe ésta apearse a lo estatuido en nuestra carta fundamental y que dice relación con derechos tales como la defensa jurídica, la igualdad ante la ley; y por supuesto que sea llevada a cabo en el marco de un proceso legalmente tramitado, previo a la sanción y en el que se garantice la justicia y racionalidad de los mismos.

Por todo esto es que cabe la pregunta sobre qué garantías ofrece el debido proceso. La respuesta a ello, básicamente, es que este principio exige que todo funcionario que aparezca implicado en una investigación disciplinaria tiene derecho a que se le comunique oportunamente de su condición de inculpado y a que se le proporcione toda la información debida que no atente contra el secreto o reserva que

se disponga para el mejor éxito de la investigación; a ser oído en sus declaraciones y alegaciones; a que se le dé conocimiento personal de los cargos que se le formulen; a acceder sin restricciones al proceso y sus antecedentes luego de la formulación de cargos; a ofrecer y producir pruebas; a hacerse representar por profesionales letrados; y a impugnar, mediante los recursos idóneos y ante órganos de jerarquía superior, el acto administrativo que le afecta.

Así, podríamos sintetizar el respeto a este principio, o lo que es lo mismo, al debido proceso como garantía, en dos aspectos básicos: la exigencia de formulación de cargos previos y el derecho a defensa del inculpado.

Sobre la exigencia de formulación cargos previos, el artículo 140, inciso 3º del Estatuto Administrativo prescribe sobre el particular que *“ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos”*. Lo que se traduce en que dichos cargos deben formularse por escrito al inculpado y serles notificados personalmente o por carta certificada, tal como lo dispone el art. 125 del Estatuto Administrativo. Por otra parte, los cargos deben formularse en forma concreta, precisando específicamente los hechos constitutivos de la infracción, no siendo posible imputar al inculpado conductas genéricas o imprecisas, de modo que impidan asumir adecuadamente su defensa³³. Además, dichos cargos deben ser formulados en la etapa procesal pertinente, esto es, antes del cierre del proceso³⁴.

Por su parte, y referente al Derecho a defensa del inculpado, de lo dispuesto en el artículo 138 del Estatuto Administrativo se desprende que todo funcionario tiene derecho a defenderse, para cuyo efecto deben notificársele los cargos y concedérsele un plazo para formular sus descargos, defensas o presentar pruebas. Además, el artículo 140, inciso 4º de la misma ley, agrega que *“la aplicación de toda medida disciplinaria deberá ser notificada al afectado”*.

³³ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 32274/89, 616/96, 19690/00, 5446/06, 26917/06 y 51678/06, entre otros.

³⁴ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 23461/91 y 10489/93

Así, entonces, los dos requisitos enunciados anteriormente vienen a configurar el mayor postulado sobre el derecho a un racional y justo proceso, de modo que la omisión de cualquiera de dichas exigencias configura un vicio de procedimiento de carácter esencial que, según se deduce de lo prescrito en el artículo 144 del Estatuto Administrativo, invalidan el procedimiento sumarial.

Este principio traduce también la idea de que el superior jerárquico puede aplicar un castigo disciplinario específico de acuerdo con el procedimiento correspondiente, ya sea una investigación sumaria o sumario administrativo, y no en forma discrecional o como consecuencia de otro procedimiento que no sea alguno de los señalados.

1.4. Estándares procesales mínimos en los procedimientos disciplinarios.

A la luz de las normas constitucionales e internacionales ya revisadas, entonces, podemos determinar cuales son los estándares procesales mínimos con que deben cumplir los procedimientos disciplinarios, para poder sostener si estamos en presencia un respeto a la garantía del debido proceso o no.

Nuestra constitución política de la república, mediante el artículo 19 N°3, inciso 5°, radica en el legislador la tarea de establecer las garantías de justicia y racionalidad en los procesos e investigaciones. De ahí que necesariamente tengamos que remitirnos al Estatuto Administrativo para ver si, efectivamente, se ha cumplido con ese mandato. Pero previo a ello, es menester determinar cuáles son esos elementos que componen el debido proceso.

Así, necesariamente debemos remitirnos a aquella norma de rango constitucional que sí los contiene, para poder establecer ese piso mínimo con el que deben cumplir los procesos en general, y particularmente, aquellos llevados al interior de la Administración del Estado.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Chile y vigente³⁵, contempla las Garantías Judiciales que deben respetar los Estados Partes de la Convención. Estas garantías, en general están referidas a los procedimientos llevados ante los tribunales de los Estados, pero nada obsta, para configurar entre nosotros la garantía del debido proceso, que se apliquen a las investigaciones sumarias y a los sumarios administrativos, toda vez que en su substanciación de ellos, lo que en definitiva se aplica, es el poder punitivo del Estado.

Así, el artículo 8 de la Convención, detalla cuáles son estas garantías, las que podemos enumerar y adecuar al procedimiento sancionatorio, para configurar los estándares procesales mínimos, del siguiente modo:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída.
2. Toda persona inculpada de una falta administrativa tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad.
3. El inculpado debe ser comunicado detalladamente de la acusación formulada.
4. Debe concedérsele al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.
5. El inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección.
6. Toda persona, contra quién se ha determinado la existencia de responsabilidad, tiene derecho de recurrir de la resolución ante un órgano superior.

Por último, señala el artículo 8 de la Convención, que el *“proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*. Lo que, llevado a los procesos disciplinarios, nos indica que es perfectamente posible que haya una etapa secreta, siempre y cuando, ésta, tenga por finalidad resguardar el éxito de la investigación.

³⁵ Aprobada mediante el Decreto N° 873 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

Con la anterior enumeración, la Convención, ha establecido, en subsidio de la Constitución, cual es el piso mínimo que debe tener en cuenta el legislador al establecer los procedimientos mediante los que va a perseguir la responsabilidad administrativa de los funcionarios, lo que podremos contrastar luego que estudiemos particularmente cada uno de ellos.

1.5. El Debido Proceso Y El Derecho A La Defensa.

1.5.1. Desarrollo y Relación de conceptos.

Luego de lo expuesto en el capítulo anterior, puede quedar un dejo de duda entre los conceptos de debido proceso y el derecho a la defensa; conceptos los que poseen una carga jurídica similar en cuanto al objetivo que persiguen, pero son esencialmente distintos dado que el derecho a la defensa puede concebirse como una idea autónoma de la anterior, no así el debido proceso, cuya naturaleza comprende al derecho a la defensa.

El profesor Enrique Evans conceptúa el derecho a defensa jurídica como el *“derecho a solicitar y obtener la intervención de abogado para la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no sólo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”*³⁶ lo que sin perjuicio de ser un concepto bastante genérico, se ajusta enormemente a lo que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución trató de establecer³⁷. Además, como se desprende de lo anteriormente transcrito, se deja muy en claro que esta garantía tiene aplicación cuando se actúa ante cualquier clase de organismo con facultades jurisdiccionales, dando así una verdadera protección al principio en estudio.

En materia administrativa, por su parte, el derecho a defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia sino también como expresión del

³⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. Pág. 27.

³⁷ Esto podría parecer bastante obvio, sobretodo sabiendo que el señor Evans integró dicha comisión.

principio de eficacia, ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que ella sea más justa. Efectivamente, la garantía del debido proceso que reconoce el Art. 19 N° 3 inc. 5º, en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: por una parte, el derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el afectado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas; y, también, como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos³⁸.

Así pues, 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 titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración³⁹.

1.5.2. Doctrina y jurisprudencia nacional.

Consagrada en el inciso 2º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política la República, señala que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. No obstante esta norma, el Estatuto Administrativo sí distingue, y señala expresamente cuando puede ser requerida la presencia de un abogado que asuma la defensa del inculpado, y este momento es cuando finaliza la etapa indagatoria secreta, lo que sucede con la notificación de los cargos al inculpado, tal como lo señala el art. 137 del Estatuto y como lo ha sostenido la Contraloría General de la República en diversos dictámenes⁴⁰. Por esto es que es tan delicado, dentro del contexto de un proceso administrativo

³⁸ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. “El Derecho A La Defensa Del Interesado En El Procedimiento Administrativo”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, Chile, 1999. Pág. 272.

³⁹ Ídem ant.

⁴⁰ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 40714/99, 10792/00, 18108/02, entre otros.

sancionatorio, este tema y se hace preciso entender cuándo efectivamente puede hacerse valer el derecho a la defensa por parte de un funcionario público, ello, porque como se desprende del texto de la norma y de la lógica del procedimiento, una persona no va tener la calidad de inculpado sino hasta que no se le cite expresamente en tal calidad, esto, en virtud de un acto administrativo especial denominado “Formulación de Cargos”.

Además como antecedente histórico, es pertinente agregar que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, intentó establecer ciertos requisitos mínimos del debido proceso, idea que fue desechada con el prudente fin de no limitar los derechos que, en general, se pretendía proteger.

Lo que, en definitiva, se estableció en el texto de la Constitución Política de la República fue una guía que contiene los elementos fundamentales de un racional y justo procedimiento, los que pertenecen a su esencia de debido proceso y que no se agotan en sí mismos sino que pueden desarrollarse en cuanto vienen a ser directrices de comportamiento procesal de cualquier índole, a saber: que los actos estén legalmente establecidos y que se hayan cumplido previamente a la dictación de la sentencia (o acto administrativo que aplica la sanción, en nuestro caso), que la acción sea ejercida y conocida oportunamente, la adecuada defensa del imputado, la libre producción de la prueba en la medida que ésta se ciña a lo establecido en la ley, la publicidad y el conocimiento de las actuaciones, el derecho a la acción, el emplazamiento, el examen y objeción a la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, el derecho a recurrir, la fundamentación de la sentencia y el derecho a impugnar la misma.

Con todo, es necesario precisar que los elementos señalados no son los requisitos mínimos y ni aún los únicos dentro de un proceso. Sólo son, como ya se indicó, algunos de los presupuestos que se deben entender como previos dentro del proceso que genera una resolución final, sea esta de naturaleza jurídica o administrativa, de tal manera que sea justo en lo sustantivo y racional en el procedimiento. Esa forma de entenderlo, genera respecto del debido proceso, un piso

mínimo que debe cumplirse para que opere, y que *per se*, se convierta en una garantía, desde el punto de vista de las normas procesales y sustantivas, las cuales pueden perfectamente modificar o ampliar el concepto de justo y racional procedimiento, pero bajo ninguna circunstancia, podrá ser acotado.

Pero esta concepción no debe limitarse a existir como contenido de una norma, ya que la práctica jurídica tiene diversas formas de generar derecho y no podemos descartar como fuentes, entre otras, a la jurisprudencia judicial y administrativa. Y en este punto es necesario acotar el tema objeto del presente trabajo en cuanto a las partes sobre las que recaerá la decisión final, pues ya se ha precisado que el ámbito de aplicación de la garantía del debido proceso es todo conflicto o controversia sometidos a conocimiento de un órgano decisorio, sea un juez, sea la autoridad administrativa competente para resolver.

En la administración pública, y más precisamente en el procedimiento sancionatorio administrativo, las partes son las siguientes: como sujeto pasivo, el funcionario público que ha cometido un acto u omisión presuntivamente configurador de una falta administrativa que debe ser sancionada al tenor del Estatuto Administrativo, tanto en su parte sustantiva como adjetiva. Por otro lado, está el sujeto activo del procedimiento, que es la autoridad administrativa, mediante un fiscal o investigador, quien amparado por la protección de los intereses fiscales y de la no trasgresión de los principios que rigen el Derecho Público y Administrativo, busca investigar dicha acción u omisión, ello en virtud del principio de control jerárquico, en los términos que señala el artículo 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y, especialmente, a lo precisado en su inciso 2° cuando acota “este control se extenderá (...) a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”, proveyendo con esto a la autoridad administrativa de facultades sancionatorias de aquel comportamiento funcionario que configuren, por ejemplo, figuras tan importantes dentro de nuestra doctrina administrativa, como el que se desprende de la falta de servicio.

1.5.3. Doctrina y jurisprudencia Internacional.

Para visualizar doctrinariamente el concepto de debido proceso podemos tomar, a modo ejemplar, las dos grandes convenciones internacionales adoptadas e internalizadas por Chile. Por una parte, el **Pacto de San José de Costa Rica** hace referencia al derecho de ser oído en juicio con las debidas garantías y plazos razonables; derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; derecho a que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad; derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no se comprende o no se habla el mismo idioma del juzgado o tribunal; derecho a recibir comunicación previa y detallada de la acusación formulada; derecho a que se conceda tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa; derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él; derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculcado no se defendiere a sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido en la ley; derecho a interrogar a los testigos presentes y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pueden arrojar luz sobre los hechos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; derecho a que sólo se considere válida la confesión si ella ha sido hecha sin coacción de ninguna naturaleza; derecho a que si el inculcado es absuelto por sentencia firme, no sea sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; derecho a que el juicio sea público, salvo en lo que sea necesario la reserva para preservar los intereses de la justicia.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega a los ya mencionados el derecho de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a hallarse presente en el juicio respectivo; derecho a ser indemnizado cuando la persona condenada haya sufrido una pena como consecuencia de un error de la sentencia, derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

1.5.4. Elementos comunes. Unificando conceptos.

A modo de resumen, por lo tanto, se puede señalar lo siguiente:

1.- El derecho a la defensa y el debido proceso son dos conceptos distintos, pero unidos por el fin de garantizar el ejercicio de un principio fundamental, a saber, de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas.

2.- Así, el derecho a la defensa puede definirse como 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.

3.- Por su parte, el debido proceso es el conjunto de garantías y derechos que suponen el presupuesto básico del ejercicio de la jurisdicción (o, en el caso de la Administración Pública, del control disciplinario-jerárquico) respecto de las personas.

Es, entonces, esta última idea, la que será desarrollada en los siguientes capítulos con el objeto de articular la estructura del debido proceso al interior de nuestra Administración, en los procedimientos seguidos contra sus funcionarios.

2.- EL DEBIDO PROCESO PROCESAL Y EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2.1. Alcances a la distinción.

Como ya se insinúa en el título, el Debido Proceso comprende en su definición dos acepciones que es necesario precisar. Ellas son el Debido Proceso Procesal y el Sustantivo. Dichas acepciones son creaciones doctrinarias y jurisprudenciales nacidas de la evidente amplitud del concepto de debido proceso. Su internalización también ha pasado por un proceso doctrinario y jurisprudencial, por lo que para una mejor ilustración se revisará una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que trata el tema, refiriéndose en lo pertinente al objeto del trabajo y que esclarece casuísticamente el contenido ambivalente y la aplicación en los hechos del concepto en estudio

2.2. El caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Distinción jurisprudencial entre Debido Proceso Procesal y Debido Proceso Administrativo.

La Sentencia sobre Debido Proceso ante la Administración del Estado dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, de 19 de Septiembre de 2006⁴¹, hizo una clara distinción en orden al contenido de las decisiones jurisdiccionales según el órgano que la pronuncie. En ella se reconoce expresamente que la garantía establecida en el artículo 8° de la Convención “se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁴², es decir, se refiere a todas las instancias procesales, aplicándose consecuentemente a los órganos tanto jurisdiccionales, propiamente tales,

⁴¹ Ver anexo.

⁴² Fundamento 116 del fallo, en anexo

y administrativos, cuyas decisiones afecten derechos y, en esta última situación, por extensión, debe comprenderse a las decisiones jurisdiccionales tomadas al interior de la Administración en la que las partes son el Estado y el funcionario que infringió la norma estatutaria.

Este fallo, como señala BORDALÍ, “es una excelente oportunidad para comentar el sentido de la expresión debido proceso y sus dos formas más corrientes en que se utiliza: como debido proceso procesal y debido proceso sustantivo”⁴³.

El debido proceso procesal es el conjunto de garantías de carácter adjetivo cuya función es estructurar un proceso justo y racional y que propenda a la adecuada defensa de las personas.

El debido proceso sustantivo, en cambio, extiende su garantía incluso a lo resolutorio del fallo o resolución, en el sentido de que su contenido asegure la interdicción de la arbitrariedad y en la medida que su decisión comprometa la determinación de un derecho.

Por su parte, y para entender en qué consiste cada uno, en la práctica, debe distinguirse entre el voto de mayoría y el de minoría en el fallo en cuestión, a saber:

El primero pone atención en que algunas de las garantías judiciales que reconoce la Convención, entre las que se cuenta –por supuesto- el debido proceso, sólo serán aplicadas respecto de órganos jurisdiccionales propiamente tales, ello porque cuentan con la suficiente independencia e imparcialidad, condiciones que no pueden exigirse de un órgano administrativo, y menos de un ente coadyuvante del mismo, que aparece en los procesos seguidos en su interior, cuales son, los fiscales e investigadores administrativos y la autoridad competente que en definitiva resuelven los casos investigados. Lo que, en todo caso, no obsta a que la decisión del órgano

⁴³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Sentencia Sobre el Debido Proceso Ante la Administración del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos). Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, sentencia de 19 de Septiembre de 2006. Comentario. Revista de Derecho. Vol. XX – N° 1 - Julio 2007. Páginas 289 a 328.

administrativo esté debidamente justificada y fundamentada; debiendo, por lo tanto, siempre estar presente el debido proceso en su aspecto sustantivo.

Es decir, 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 8° de la Convención en cuanto a garantizar la interdicción de la arbitrariedad en la decisión estatal.

El voto de minoría, por otra parte, rechaza la idea de un debido proceso sustantivo aplicable a las autoridades administrativas en la medida que se cumpla un presupuesto fundamental: la capacidad de los mismos de determinar el derecho o afectar el mismo, creando con sus decisiones controversias jurídicas. Es decir, si el órgano es capaz de determinar el derecho, sea ese órgano judicial, administrativo o legislativo, se le aplicarán todas las garantías del artículo 8° de la Convención. Y si el órgano, normalmente el administrativo, afecta y no determina un derecho, no le es exigible, en absoluto, las garantías del artículo 8° de la Convención.

Sobre lo expuesto, BORDALÍ, en su comentario al fallo⁴⁴, destaca la contradicción en la que incurre el voto de minoría. En efecto, señalan los jueces de minoría que el artículo 8° de la Convención debe aplicarse íntegramente a aquellos entes públicos que tienen el poder de determinar los derechos de las personas y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Entonces, si ello es así, se pregunta el comentarista, ¿cómo explican que a un órgano administrativo que por definición carece de independencia e imparcialidad se le puedan exigir dichas características?

Sobre el particular, concluye BORDALÍ, si el legislador atribuye a un órgano administrativo el poder para determinar el derecho en un caso concreto, y si esa decisión no constituye una vía previa que podría ser impugnada en su integridad ante un verdadero tribunal de justicia, es decir iniciando un proceso de primera instancia, se

⁴⁴ BORDALÍ. Op. Cit.

estará siempre violando el artículo 8.1. de la Convención, que garantiza el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.

Así, con este razonamiento, no es consistente en esta parte el voto de minoría. Lo razonable es exigir todas las garantías del artículo 8º sólo a los tribunales de justicia u órganos jurisdiccionales y sólo algunas de ellas a los demás poderes públicos que son capaces de determinar los derechos de las personas. En esta última situación están los órganos de la Administración del Estado⁴⁵.

⁴⁵ Ibid, pág 326

3.- LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 18.834 SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO.

3.1. Principios que lo Rigen.

El procedimiento sancionatorio, como manifestación del poder punitivo del Estado, en lo que nos concierne, al interior de la Administración, tiene principios que deben conformarse no sólo de lo que podemos extraer del texto de la ley 18.834, sino también de aquéllos que nos entregan tanto la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, podemos enumerar los siguientes:

1.-Responsabilidad.

Bien sabido es que los funcionarios públicos son responsables por los actos que realicen en la medida que infrinjan sus deberes legales y estatutarios, en el ejercicio de sus funciones. Sobre el particular, valga precisar que esta responsabilidad puede ser civil, si el hecho u omisión genera para el funcionario la obligación de indemnizar; penal, si el hecho u omisión además es constitutivo de delito; administrativa, si su actuar está enmarcado dentro de las prohibiciones y obligaciones establecidas en el Estatuto Administrativo; y por último, será política cuando se trate de “específicas responsabilidades derivadas de las altas funciones de dirección que se otorgan a quienes puede hacérseles efectiva”.⁴⁶

⁴⁶ SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. La Función Pública”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1999. Pág. 79.

La responsabilidad que nos ocupa, es la administrativa⁴⁷. Y para configurarla como un principio, es menester entender el término “responsabilidad” en cuanto a su acepción, la que podemos extraer del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que la define como la “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”

Emanan de esta definición tres palabras que llaman la atención y merecen ser analizadas: la “capacidad”, las “consecuencias” y el término “libremente”, las cuales, llevadas al ámbito que nos ocupa, cobran perfecto sentido.

La capacidad de ser responsable se desprende de aquellas normas que sitúan al funcionario público en la necesidad de responder por sus actos y, principalmente, son dos las que nos ilustran en este sentido: el artículo 15 de la Ley 18.575 que reza “El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones”, y el artículo 118 del Estatuto Administrativo que señala, “El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias”. Esto nos remite a la fuente de esta responsabilidad que no es otra que la ley, y más específicamente, el propio Estatuto Administrativo, tal como se señala en el artículo 1° del citado cuerpo legal, a saber, “Las relaciones entre el Estado y el Personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo... ”.

Las “consecuencias” son los efectos que producen los actos del funcionario público, las cuales, acotadas al tema en estudio, pueden ser algunas de las enunciadas en el artículo 119, inciso 1°, del Estatuto Administrativo, a saber:

⁴⁷ Sobre el particular, SILVA CIMMA hace el alcance respecto a la distinción que algunos hacen entre una responsabilidad administrativa propiamente tal y una responsabilidad propiamente disciplinaria, la que vendría a ser una especie de la anterior y que comprende las transgresiones al orden propiamente estatutario y al concepto de disciplina obligante para todo empleado. Dicha discusión la considera irrelevante en el terreno de los principios porque ambas se someten a idénticas normativas. Op. Cit. Pág. 76.

anotaciones de demérito y la aplicación de medidas disciplinarias. A mayor abundamiento, señala, el inciso 2° de esta norma, que se incurre en responsabilidad administrativa cuando la infracción a [los] deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria. Lo que nos remite, por cierto, a todas aquellas normas que contienen una prohibición o un deber que pueda ser infringido o incumplido, y qué están regladas en el Estatuto Administrativo, por ejemplo en los artículos 61⁴⁸ (que establece las obligaciones funcionarias) y 84⁴⁹ (que trata de las prohibiciones de los funcionarios públicos).

⁴⁸ Artículo 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

- a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación;
- b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan;
- c) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución;
- d) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico;
- e) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga autoridad competente;
- f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;
- g) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado;
- h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales;
- i) Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo;
- j) Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos;
- k) Denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquéllos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la ley N° 18.575.
- l) Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y
- m) Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que éste le fije, atendidas las circunstancias del caso.

⁴⁹ Artículo 84.- El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:

- a) Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas;
- b) Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción;
- c) Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañea directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción;

Por supuesto que “libremente” debemos asociarlo a la intencionalidad en la comisión de la falta administrativa o del hecho que genera responsabilidad administrativa, lo cual, por cierto, debe ser considerado al momento de sugerir la sanción -el investigador o fiscal- o aplicarla – la autoridad correspondiente-.

Ciertamente, el Estatuto Administrativo enumera ciertas conductas que generan responsabilidad. Pero, son las personas ya indicadas –investigador o fiscal y la autoridad-, las que tienen el deber de considerar el grado de culpa del imputado y conforme a ello, sugerir o aplicar –en su caso- una sanción proporcional al hecho investigado, tomando en cuenta todos los demás antecedentes recabados.

Así, el elemento subjetivo, dolo o negligencia, no va a ser gravitante a la hora de perseguir y determinar la responsabilidad del investigado, ello porque será uno de otros tantos elementos que deben tenerse en cuenta para sugerir o aplicar la sanción, según la hipótesis ante la que se encuentre el investigador o fiscal. Es decir, la determinación del grado de culpabilidad del afectado será parte de la investigación, junto con aquellos otros elementos que propiamente pertenezcan al hecho objeto del procedimiento administrativo.

-
- d) Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico;
 - e) Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes;
 - f) Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros;
 - g) Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales;
 - h) Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones;
 - i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;
 - j) Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro, y
 - k) Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.

Esto, nos lleva a concluir que, el hecho de que una infracción haya sido cometida con dolo o culpa, no la hace, *per se*, sancionable con mayor o menor gravedad, ya que esto será materia de la investigación; y, al serlo, se está afirmando, además, que el elemento subjetivo no debe presumirse, sino que, por el contrario, ha de determinarse con pruebas concretas que lo sostengan.

Lo anterior, porque el Estatuto castiga conductas que se encuentran redactadas de tal forma, que no se visualiza el propósito del legislador de considerar la intención del funcionario, bastando que se configure lo descrito para dar lugar a una sanción.

2.-Bilateralidad o Contradicción.

Si bien el procedimiento administrativo está enfocado desde un punto de vista jerárquico, por cuanto no existe, por decirlo de alguna forma, igualdad de las partes intervinientes, toda vez que quien ordena materialmente la investigación será siempre el superior jerárquico del inculpado y en definitiva, será el mismo que aplique la sanción, se debe permitir, dentro del marco de la racionalidad y justicia a que nos obliga el debido proceso, la existencia de un contradictorio, es decir la posibilidad de expresar lo contrario, permitir que el investigado pueda hacer valer sus derechos legítimos, lo que no es otra cosa que la puerta de entrada para el pleno ejercicio del derecho a la defensa. Y así lo entiende el Estatuto Administrativo cuando señala que una vez finalizada la investigación y formulados los cargos deben estos ser comunicados a aquella persona con la que éstos dicen relación. Para completar lo anterior, debe además darse un plazo al acusado para que pueda defenderse formalmente de aquello que se le imputa.

La diferencia, en este punto, entre la investigación administrativa y el sumario administrativo radica en los plazos establecidos en la ley para la que el inculpado se defiende, siendo de dos días en el caso del primero (art. 126 inciso 3º) y de cinco días en el segundo (art. 138). Pero, el punto de partida en ambos casos es el mismo: la formulación de cargos y su notificación.

Ahora, ¿cómo expresa sus puntos de vista contradictorios aquella persona en contra de la cual se han formulado cargos? A través de sus descargos. El plazo señalado en el párrafo anterior tiene por objeto que el inculpado haga presente al investigador o fiscal sus puntos de vista respecto de aquello que se le señala como actuar contrario al ordenamiento estatutario.

En la investigación administrativa, dice el inciso 3° del art. 126, que en el plazo de dos días, desde la notificación, el inculpado deberá responder de estos; a continuación, en el inciso siguiente señala que éste puede solicitar rendir prueba, para lo cual se le dará un plazo que no puede exceder de los tres días.

Valga hacer una precisión en este punto, específicamente en la parte en que el texto del inciso 3° del art. 126 dice: "...se formularán cargos, si procedieren, *debiendo* el afectado responder de los mismos en el plazo de dos días, a contar de la fecha de notificación de éstos". Pues bien, al parecer el Estatuto Administrativo establece una obligación al inculpado de responder de los cargos que se le imputan al utilizar la palabra "debiendo".

Sobre el particular la Contraloría General de la República no se ha pronunciado, pero, en mi opinión y experiencia, no es otra cosa que un imperativo entregado a la Administración activa más que al funcionario, en tanto la obliga, al menos, a hacerle presente a éste que tiene un plazo dentro del cual puede hacer presente sus descargos, los que pueden contener observaciones y defensas, además de darle la posibilidad de solicitar o presentar pruebas. No existe, por otra parte, jurídicamente, ninguna herramienta para asegurar que lo haga. De hecho, lo que podría viciar el procedimiento y vulnerar con ello el debido proceso no es que el inculpado no presente sus descargos, sino que el investigador no le haga presente que le asiste esta facultad, lo cual se materializa en la notificación escrita que se le hace de los cargos.

En el sumario administrativo, este plazo es aumentado a cinco días prorrogables por cinco más, y el término probatorio, si se pide, no puede exceder en total de veinte días, tal como lo señala el art. 138.

3.-Defensa.

La defensa, como principio, se deriva del anterior y ha de entenderse como aquel elemento que permite al inculpado hacer presente por sí o por medio de un letrado sus puntos de vista y objeciones a los cargos resultantes de la investigación o sumario administrativo y se deriva del derecho reconocido constitucionalmente en el art. 19 N° 3 al decir que “toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale...”. En este sentido, en las Actas de las sesiones de la Comisión de estudio de la Nueva Constitución consta, “don Sergio Diez puntualizó que el concepto de “defensa” implica asumir patrocinio y representación del defendido”⁵⁰. Esto lo recoge el art. 137 del Estatuto Administrativo, al hacer referencia a la asistencia letrada del inculpado, cuando señala que el sumario dejará de ser secreto para éste y el abogado que asumiere su defensa desde la fecha de la formulación de cargos⁵¹, lo que a mi juicio, en muchos sentidos y casos es de vital importancia a la hora de proteger los derechos de éste, asegurando que se cumpla con el debido proceso administrativo en el caso de las investigaciones y sumarios⁵².

Valga el alcance de que el secreto en la etapa de investigación radica en la idea del éxito de la misma, por ello, es que luego deja de serlo sólo para el inculpado y el abogado que asumiere su defensa.

⁵⁰ Sesión 103. Pág. 5.

⁵¹ Valga hacer la precisión que si bien la ley establece “...la fecha de formulación de cargos” como el momento en que el sumario deja de ser secreto, en la práctica esto ocurrirá cuando se le notifiquen al inculpado, lo que puede ocurrir en un momento distinto.

Por su parte, es menester extender la aplicación de esta norma a la formulación de cargos en la investigación sumaria, la que también tiene una etapa secreta, que asimismo, culmina con la notificación de los cargos y, dado que esta idea deriva de una norma de rango constitucional, también debe entenderse aplicada a estos procedimientos.

⁵² Por otro lado, no deja de llamar la atención que un texto editado por la Contraloría General de la República, trata doctrinal y jurisprudencialmente los principios que rigen la responsabilidad administrativa; pero dentro de aquellos acápites titulados “Principio del Debido Proceso o Debido Juzgamiento” y “Principio de la Debida Defensa”, no tocan, ni aún tangencialmente, la posibilidad de la asistencia de un letrado para aquella persona a la que se le han formulado cargos. (Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado, División de Coordinación e Información Jurídica de la Contraloría General de la República, 2008, págs. 473 y 474)

4.-Doble instancia.

Otro principio presente en los procedimientos administrativos sancionatorios es la doble instancia, cuyo objetivo es asegurar la posibilidad de revisar tanto las resoluciones, como los vicios del procedimiento que pudieran influir en ésta cuando en definitiva sancione al inculpado, otorgando con ello un resguardo legal que viene a reforzar la idea de un procedimiento justo y racional, toda vez que es un ente jerárquicamente superior el que, en general, revisará la sanción. Y esto, por cierto, está presente en el estatuto administrativo, en el artículo 141, el que será analizado más latamente en el capítulo correspondiente, y que señala que contra la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria procederán los recursos de reposición, ante la misma autoridad que la dictó y el de apelación ante el superior jerárquico de aquél que impuso la medida disciplinaria. Agrega, además, que el recurso de apelación sólo puede interponerse con el carácter de subsidiario del de reposición, lo que en la práctica es la regla general.

Cabe apuntar que la jurisprudencia administrativa se ha pronunciado en el sentido de que la Contraloría General de la República no puede conocer de recursos contra medidas disciplinarias en tanto el artículo 141 señala expresamente ante qué autoridades puede entablarse algún tipo de recurso también expresamente contemplado en la ley estatutaria⁵³

5.- Juridicidad.

Por último, pero no menos importante, el principio de juridicidad presente en todo lo que se encuentre sujeto al Derecho Público, es el pilar que sostiene el sistema. Y, por supuesto, que es el que rige al debido proceso, toda vez que en el desarrollo de un procedimiento sancionatorio no debe dejar de atenderse la llamada “Regla de Oro del Derecho Público Chileno”, que no es otra que el artículo 6°, inciso 1° de nuestra Constitución Política, en tanto señala que los órganos del Estado deben someter su

⁵³ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 18239/90, 21104/95 y 15060/01

acción (tanto jurídica como material⁵⁴), a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”; la cual, ciertamente, debe entenderse complementada con el artículo 7° de la Carta.

Debe concebirse este principio como aquel que va mas allá de la norma legal que regula ciertos ámbitos del Derecho Público en particular, como por ejemplo, el Derecho Administrativo, en este caso, y más particularmente, las normas contenidas en el Estatuto Administrativo. Debe, además, armonizarse con toda la estructura del Derecho Público chileno, en miras de abarcar un aspecto más amplio de observancia jurídica. Es decir, que no basta con estarse, en el caso que nos compete, a la norma estatutaria, sino que hay que situarse en el entorno jurídico en el cual ésta se desarrolla, para complementar, de un modo aún más adecuado, la aplicación de las leyes. Sobre todo cuando lo que se está revisando, es el actuar funcionario de una persona, con derechos establecidos y protegidos, y quién lo hace, a través de un agente competente, es el propio Estado, con todas las herramientas punitivas que de suyo le corresponden.

Así, como una 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 que a continuación revisaremos.

⁵⁴ El desarrollo de este tema puede leerse en “Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad” del Profesor Claudio Moraga Klenner, contenido en DERECHO ADMINISTRATIVO, 120 Años de Cátedra. PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coordinador). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2008. Págs.277 a 323.

3.2. Estructura y desarrollo de los procedimientos.

3.2.1 Investigaciones Sumarias.

Consiste en un procedimiento breve que se instruye con el objeto de investigar y esclarecer hechos que constituyen faltas administrativas de poca gravedad, susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria no expulsiva, según lo estimare el Jefe respectivo, o en el caso de así disponerlo expresamente la ley (Artículo 126 del Estatuto Administrativo).

En síntesis, diremos entonces que la Investigación Sumaria es un procedimiento breve, destinado a verificar la existencia de hechos que constituyen infracción administrativa, individualizar a los responsables y determinar cuál es el grado de participación en los hechos investigados.

Sus características más relevantes son:

- 1) Es un proceso verbal que debe concluir con un acta general, que incluye todas las actuaciones que se lleven a cabo durante la investigación;
- 2) Es breve, toda vez que la investigación no puede exceder de cinco días;
- 3) Se emplea para investigar hechos constitutivos de infracciones de menor importancia;
- 4) Por su intermedio no se puede aplicar la medida disciplinaria de destitución, salvo excepciones legales expresas;
- 5) Actúa sólo un investigador, sin la asistencia de un ministro de fe o actuario;
- 6) Es un procedimiento secreto durante la investigación o etapa indagatoria y reservado a partir a partir de la formulación de cargos o etapa acusatoria. Esto último significa que el proceso disciplinario sólo será público para el inculpado y su abogado;
- 7) Se puede sobreseer al acusado en cualquier estado del proceso;
- 8) Los plazos, tanto para las autoridades como para los afectados deben entenderse de días hábiles y, por lo tanto, no comprenden los días sábado; y

- 9) Los vicios del procedimiento que inciden en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados de la investigación, o lo que es lo mismo, los no esenciales, no afectarán la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria.

1. Causales.

Se puede afirmar que este procedimiento se emplea, como lo señala el artículo 126 de la ley estatutaria, “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...”

Es decir, las causas que pueden dar origen a la Investigación Sumaria son:

a) La existencia de hechos susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria.

b) Que la ley exija en determinados casos específicos la instrucción de una investigación sumaria.

Debe señalarse que la ley estatutaria autoriza a elevar el procedimiento a sumario administrativo, si después de iniciada una investigación sumaria, se comprueba que los hechos tipifican infracciones de mayor gravedad (art. 127 Estatuto Administrativo).

2. Quiénes pueden ordenar una Investigación Sumaria.

Las personas facultadas para ordenar esta investigación son el Jefe Superior de la Institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda. Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 126 del Estatuto Administrativo.

3. Características.

Tal como se indicara precedentemente, se trata de un procedimiento breve y si bien el Estatuto Administrativo señala que será fundamentalmente verbal, en la práctica se deja constancia escrita de las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación, no debiendo durar más de cinco días hábiles, y es esencial en su desarrollo notificar personalmente al funcionario inculcado de la iniciación de la investigación y de los eventuales cargos que se formularen, otorgándosele un plazo de dos días, a contar de la fecha de su notificación, para que responda a ellos; en la eventualidad de existir un funcionario con carácter de inculcado.

4. Tramitación.

a) Notificación al Investigador.

La primera etapa en el desarrollo de una investigación sumaria tiene lugar cuando se nombra al Investigador, y éste acepta el cargo. Esto significa que una vez dictada la resolución o el decreto que ordena la investigación y designa al Investigador, debe notificarse a éste. De lo anterior, podemos concluir que la investigación sumaria la dirige una sola autoridad, llamada Investigador, quien facultativamente puede designar un actuario cuando la naturaleza de la investigación así lo requiera.

Esta circunstancia distingue a la investigación sumaria del sumario administrativo, en el cual intervienen obligatoriamente dos agentes: el Fiscal y el Actuario.

Luego de ser notificado, el Investigador debe aceptar el cargo o declararse inhabilitado, si hay alguna causal que le reste imparcialidad. Desde la fecha de la notificación, comienza a correr el plazo que el Investigador tiene para cumplir con su cometido, esto significa que comienza la Etapa Indagatoria, cuya finalidad es verificar la existencia de la infracción denunciada, determinar la individualización del o de los inculcados y fijar el grado de participación de los mismos.

b) Notificación a los inculpados.

Las notificaciones deben hacerse personalmente. Si el funcionario no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se lo notificará por carta certificada, de lo cual deberá dejarse constancia en el expediente. En esta última circunstancia, el funcionario se entenderá notificado transcurridos tres días desde que la carta haya sido despachada. En ambos casos se deberá dejar copia íntegra de la resolución respectiva.

En el expediente sumarial, cualquiera que fuere la notificación realizada, deberá dejarse constancia expresa del hecho de haberse practicado ésta.

Cuando se trata de las notificaciones personales, el notificado debe firmar una copia de la misma la cual se agregará al expediente sumarial y, tratándose de notificaciones por carta certificada, debe acompañarse al expediente el comprobante de envío de la misma que entrega el correo.

La jurisprudencia administrativa ha declarado que “si la notificación de los cargos formulados al afectado se verifica mediante la entrega del acta a una persona adulta en el domicilio que el inculpadado registra en su hoja de vida, se vulnera el artículo 120, (actual 126) inciso 2º de la ley 18.834, que exige que las notificaciones que se efectúen durante la substanciación de una investigación sumaria deben hacerse personalmente, salvo que el funcionario no fuese habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, evento en el cual se notifica por carta certificada, ya sea, según el artículo 126, inciso 2º, al domicilio fijado por el sumariado en su primera comparecencia, o bien, si no lo ha hecho, a aquel registrado en la Institución.

Es preciso hacer un alcance en relación a la expresión “sumario administrativo”, usada por la ley 18.834, la que es genérica e incluye a la investigación sumaria, considerando que, según la ley 18.834, artículo 114, ambos procesos disciplinarios

constituyen los medios idóneos con que cuenta la administración para hacer efectiva la responsabilidad del empleado que infringe sus obligaciones y deberes funcionarios.”⁵⁵

La jurisprudencia ha resuelto, también, que “el día sábado debe considerarse inhábil para el cómputo de los plazos que, en materia de responsabilidad administrativa, prevé la ley 18.834, título V.”⁵⁶

c) Primera comparecencia.

Es conveniente que en su primera comparecencia en calidad de inculpado, el funcionario señale un domicilio en el cual pueda ser notificado, y aunque la ley no lo diga, podrá, en esa misma oportunidad, hacer valer causales de recusación que tenga en contra del Investigador.

Cabe señalar que en todo lo que procediere, a propósito de las comparecencias, se aplicarán supletoriamente las normas establecidas para el Sumario Administrativo.

d) Plazo para efectuar la Investigación.

La investigación no debiera durar más de cinco días, al término de la cual finaliza la etapa indagatoria y el Investigador cierra la investigación, dictando al efecto la resolución que corresponda con arreglo al mérito de los hechos acreditados. Estas conclusiones pueden ser: sobreseer y archivar el proceso, cuando no se acreditó la existencia de los hechos denunciados o cuando estando acreditados, no fue posible determinar la individualización del o de los inculpados, o bien, puede formular cargos al o a los inculpados, para que éste o éstos contesten en el plazo de dos días.

⁵⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República número 13824/91.

⁵⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República número 10021/91.

El incumplimiento de este plazo de investigación no vicia de nulidad el procedimiento, sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa que podría afectar al Investigador.

Ahora bien, en caso de determinarse responsabilidad administrativa del funcionario inculpado, comienza la Etapa Acusatoria, que conlleva, a su vez, dos instancias: la formulación de cargos al inculpado y los descargos de éste.

Los cargos son las imputaciones que se formulan al inculpado referidas a hechos concretos y verificados que impliquen infracción a los deberes y prohibiciones funcionarios.

Los descargos constituyen la defensa que formula el inculpado, la que debe evacuar dentro del plazo de dos días a contar de la fecha de notificación de los cargos.

e) Prueba.

Por otra parte, en su defensa, el afectado puede solicitar rendir prueba sobre los hechos materia de la investigación sumaria, evento en el cual el investigador señalará un plazo para rendirla, que no podrá exceder de tres días. La prueba puede consistir en acompañar documentos, solicitar se cite a declarar a determinadas personas, oficiar a alguna institución, entre otras.

5. Piezas y Documentos de la Investigación Sumaria.

Como se ha señalado, este procedimiento será fundamentalmente verbal, aun cuando debe levantarse un informe de todo lo obrado. Este informe se iniciará con la Resolución de la autoridad que la ordenó, conteniendo esta última la enunciación breve de los hechos que deben investigarse, la designación de la persona que va a desempeñarse como investigador y el plazo dentro del cual debe evacuar su informe.

El expediente deberá contener, además, las actas en que consten las declaraciones del inculpado y de los testigos, en su caso. Además de los documentos probatorios que correspondan y que ordene agregar el investigador, junto con aquéllos que presente el inculpado en apoyo de su defensa.

Es importante dejar establecido los cargos que se formulen por parte del investigador al inculpado.

Además, debe dejarse constancia si el afectado respondió a los cargos, en el término que la ley le otorga, o no lo hizo.

En todo caso, la pieza fundamental del expediente es el informe del investigador.

6. Informe del Investigador.

El funcionario encargado de realizar la investigación sumaria debe emitir su informe dentro del plazo que la ley le señala. Este término depende de la actitud que asuma el inculpado frente a los cargos notificados, ya sea que formule sus descargos, o si, por el contrario, mantiene una actitud pasiva y no lo hace.

En el primer evento, el informe debe confeccionarse dentro del plazo de dos días, contados desde los descargos del inculpado o del vencimiento del periodo destinado a rendir prueba, si ésta hubiere sido solicitada por el inculpado, que en todo caso, no puede exceder de tres días; en el segundo caso, cuando venza el plazo de que disponía el inculpado para defenderse.

Este informe debe contener la relación de los hechos, los fundamentos y conclusiones a que se hubiere llegado, formulando la proposición que estimare procedente. Así lo señala el artículo 126, inciso 5º, del Estatuto Administrativo.

En consecuencia, en su Informe o Vista, el Investigador puede proponer:

1. El sobreseimiento de la causa, siempre que no haya formulado cargos.
2. Que se le absuelva o sancione, señalando en este último caso, la medida disciplinaria que a su juicio debería aplicarse al inculpado, y
- 3 La elevación de la investigación a sumario administrativo, si resulta que las faltas cometidas revisten mayor gravedad de lo previsto en un principio.

7. Sanciones.

En este momento entramos en la Etapa Resolutiva.

En esta parte interviene la autoridad facultada para ordenar esta investigación, a la que se hizo referencia en el punto 3 precedente, debiendo dictar su resolución en el plazo de dos días, la que, conforme al mérito de la investigación, podrá absolver al inculpado o aplicarle una medida disciplinaria.

Si de la investigación se comprueba que el agente inculpado es responsable de omisiones o infracciones de sus obligaciones, deberes o prohibiciones funcionarios, si son efectivos los hechos que se le imputan y no los pudo desvirtuar en sus descargos, la autoridad respectiva estará facultada para aplicarle alguna de las sanciones que contempla el Estatuto Administrativo.

En este procedimiento las sanciones que pueden aplicarse son de tres clases:

- a) Censura por escrito.
- b) Multa.
- c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses.

De conformidad con lo señalado por el inciso 6º del artículo 126, del Estatuto Administrativo, como resultado de una investigación sumaria no podrá aplicarse la

sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados específicamente en la ley.

Estas medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.

En este sentido, es importante señalar que sólo puede aplicarse una medida disciplinaria por el total de las imputaciones.

“Es improcedente aplicar al inculpado en una investigación sumaria o en un sumario administrativo, dos medidas disciplinarias por unos mismos hechos investigados, ya que al afectado con un proceso de esta naturaleza sólo puede aplicársele una medida disciplinaria por la totalidad de las imputaciones establecidas en su contra.”⁵⁷

8. Recursos que Proceden.

Esta materia se trata en el acápite 5.2.3 “Recursos que proceden en las Investigaciones Sumarias y Sumario Administrativo”, por cuanto son comunes a ambos tipos de procedimiento.

3.2.2 El Sumario Administrativo.

El Estatuto Administrativo establece un procedimiento absolutamente reglado para perseguir la responsabilidad que le quepa a los funcionarios públicos sujetos a sus normas, en el ejercicio de sus labores como tales. En cada una de sus etapas, el debido proceso debe ser una constante. No obstante, como veremos, existen algunas instancias, más bien prácticas, en las que eso no es tan claro.

Sus características más significativas son:

⁵⁷ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 27108/69; 21815/83.

- 1) Es un proceso escrito, articulado en fases o etapas procedimentales: Constitución de la fiscalía; apercibimiento para señalar domicilio y plantear causales de recusación; período de investigación; formulación de los cargos y su notificación; presentación de descargos; periodo de prueba; dictamen o vista fiscal; remisión del expediente a la autoridad con potestad sancionadora; aplicación de la sanción, absolución o sobreseimiento mediante un acto administrativo; notificación de dicho acto; etapa de revisión, esto es, cuando se interponen los recursos de reposición y apelación, en su caso; toma de razón del acto terminal y notificación de la medida disciplinaria definitivamente aplicada.
- 2) Tiene una extensión mayor que la investigación sumaria, por ejemplo, la etapa indagatoria o de investigación dura veinte días, prorrogables hasta por sesenta días.
- 3) Se utiliza para investigar hechos que tipifican infracciones graves.
- 4) Por su intermedio se pueden imponer las cuatro medidas disciplinarias consultadas en el artículo 121 del Estatuto Administrativo.
- 5) Está a cargo de un fiscal instructor, quien designará, a su vez, un actuario o ministro de fe.
- 6) Es secreto durante la investigación o etapa indagatoria y reservado a partir de la formulación de los cargos o etapa acusatoria. Esto último significa que el proceso disciplinario sólo es público para el inculpado y su abogado.
- 7) Se puede sobreseer al acusado en cualquier estado del proceso.
- 8) Los plazos, tanto para las autoridades como para los afectados, son de días hábiles y, por lo tanto, no comprenden los días sábado.
- 9) Los vicios de procedimiento que inciden en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados de la investigación -esto es, los no esenciales- no afectarán la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria.

Este procedimiento contempla, en general, las siguientes etapas:

1. Resolución de inicio e Instalación de la Fiscalía.
2. Etapa Indagatoria.
3. Etapa Acusatoria.
4. Etapa Resolutiva

1. Resolución de Inicio e Instalación de la Fiscalía.

(Art. 128, 129, 130, inciso1º, del Estatuto Administrativo)

a) Inicio.

Según lo dispuesto en los artículos 128 y 129 de Estatuto Administrativo la autoridad encargada de disponer la instrucción de un sumario administrativo es el Jefe Superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, quién, mediante resolución, designará al fiscal que estará a cargo del mismo. Es precisamente en este punto dónde nos encontramos con la primera, y a mi juicio, una de las más importantes barreras atentatorias al debido proceso y que repercutirán, de aquí en más, en el respectivo proceso sancionatorio: la independencia del investigador.

Es cierto que el Estatuto Administrativo establece una quién puede ser designado para llevar a cabo la investigación, estableciendo, como requisito, que tenga al menos el mismo grado de aquella persona que va a investigar. Sin embargo, esto no obsta a que si aparece, en el marco de la investigación, un involucrado de mayor grado o jerarquía que éste, a que la investigación continúe hasta el cierre de la misma⁵⁸.

Pero ello no suprime el hecho de que en la generalidad de los casos el investigador esté bajo la subordinación jerárquica de quien lo ha designado y, por lo tanto, podría, de alguna forma, verse compelido a actuar o encauzar su investigación del modo como se le ha presentado. Y no existe un mecanismo para que ello no ocurra.

⁵⁸ 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.

Si designado el fiscal, apareciere involucrado en los hechos investigados un funcionario de mayor grado o jerarquía, continuará aquél sustanciando el procedimiento hasta que disponga el cierre de la investigación.

El grado del investigador en relación al investigado viene a crear una separación entre ellos, con el claro objeto de asegurar que la investigación no sea sesgada en cuanto a que no haya, además, menor jerarquía desde el punto de vista del investigador; y en este sentido la idea de la jerarquía entre ambos obedece a un criterio predominante en la Administración del Estado y que dice relación con la verticalidad de las relaciones entre los funcionarios.

Esta exigencia que consulta el artículo 129 del Estatuto Administrativo procura garantizar la idoneidad del fiscal, su independencia e imparcialidad.

Pero, no obstante lo anterior, la figura del, por ejemplo, director regional que ordenó la apertura del sumario, sigue presente por sobre el fiscal, el cual debe actuar en la medida de su criterio y de la legalidad que le otorga el Estatuto Administrativo.

Pero, ¿qué sucede si está bajo presión del Director? Este caso hipotético no cabe dentro de ninguna de las reglas de investigación y queda sujeta a la forma como el investigador quiera desarrollar su trabajo. Es extremadamente hipotético, claro, pero evidentemente es un caso que puede existir, a veces, por sí solo, como una especie de temor reverencial basado en la necesidad de hacer lo que el superior manda, tornándose en algunos casos el sumario administrativo en una herramienta arbitraria de determinación de responsabilidades que escapa a la humanidad del investigador en el sentido de que, si bien quien impone las sanciones es el superior, él debe, por una parte, investigar aquello para lo que fue designado y, por otra, velar porque el investigado no sea objeto de arbitrariedades que pueda cometer el mismo investigador. En una palabra, estamos hablando de autocontrol, el que radica en una zona inaccesible para la ley: el fuero interno.

Así expuesto, pareciera que estamos sujetos a una legislación algo atrasada, en el sentido de la forma como se protegen los derechos de las personas respecto de las cuales se está llevando a cabo una investigación y ello es así porque entrados ya en el siglo XXI, podemos ver a nuestro alrededor, como el ejercicio de la jurisdicción, sobre todo en lo que respecta a la aplicación del poder punitivo del Estado, ha

cambiado radicalmente, en cuanto a su estructura y propósito, y ha dejado atrás el nefasto sistema inquisitivo que nos había regido desde siempre. Por cierto, aquello no ha alcanzado las esferas de la administración por tantas razones como políticas públicas existan en contrario, las que van desde costos de implementación a postergaciones en pro de la solución de conflictos de mayor profundidad social.

Así las cosas y continuando con el desarrollo de la presente exposición, una vez designado el fiscal o investigador, el sumario tendrá lugar si la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad así lo exigiere, lo que procederá cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que aparezca la existencia de una situación irregular.

b) Que ella sea de tal gravedad que no sea posible aclararla, a juicio de la autoridad competente, mediante una simple investigación sumaria, ello, porque en principio ha de entenderse que dada su naturaleza y la brevedad de sus plazos es la primera opción para investigar y resolver las situaciones anómalas que se presenten.

La Resolución Administrativa que se dicte para estos efectos debe reunir los siguientes requisitos:

1. Ser dictada por autoridad competente. Para estos efectos, tal como lo dispone el art. 126 del Estatuto administrativo en su parte inicial, dicha facultad corresponde al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional en los servicios nacionales desconcentrados.
2. Contener los fundamentos de hecho, es decir, una relación breve o sucinta de la irregularidad o falta cuyo esclarecimiento se persigue; y de derecho que motivan la orden de iniciar un sumario administrativo.
3. La designación del Fiscal.
4. Contener la orden de notificar al Fiscal.
5. Cuando corresponda, se indicará los nombres de los funcionarios presumiblemente implicados en los hechos, lo que no significa aventurar un juicio previo sobre ellos. Por otra parte, desde el punto de vista del objeto del presente

estudio, este requisito es muy relevante, ya que determina al o los sujetos respecto de quienes se debe aplicar la defensa jurídica; esto, porque, es en relación a ellos, que en este preciso momento el debido proceso comienza a actuar en su favor y, por lo tanto, marca el punto de inicio del respeto de las garantías y principios que emanan de esta figura. Ello, en razón de que es ahí cuando conocemos al sujeto (el funcionario público, dentro de contexto de la presente investigación) sobre el cual eventualmente recaería el actuar del poder punitivo del Estado, y respecto de quién deben hacerse efectivos, por ejemplo, los principios de la defensa y la bilateralidad.

b) Instalación.

De las normas de los artículos 129, inciso 1º, y 130, inciso 1º, de la ley estatutaria, se infiere que los requisitos para que se entienda instalada la Fiscalía, son:

- a) Que la autoridad competente designe formalmente al Fiscal, lo que hace emitiendo una resolución exenta de nombramiento, la que generalmente es la misma con que da curso a la instrucción del sumario administrativo.
- b) Notificación de la Resolución que designa al Fiscal
- c) Que el Fiscal no tenga inhabilidad que le impida aceptar el cargo.
- d) Que el Fiscal designe Actuario.

2) Etapa Indagatoria.

a) Definición y Características.

Es aquella fase del sumario que tiene por finalidad averiguar la efectividad de los hechos investigados y comprobar el real grado de participación que pudiere haber en ello a los funcionarios que aparezcan comprometidos.

En esta etapa, el Fiscal debe realizar todas las diligencias legalmente procedentes para establecer los hechos y la responsabilidad que de los mismos se pueda derivar.

En consecuencia, para cumplir estos propósitos, el Fiscal debe someter su actuar a ciertos parámetros de conducta, relativos a la investigación, y que derivan de las exigencias legales del artículo 137, de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, plenamente aplicable a los procedimientos disciplinarios regulados por el Estatuto Administrativo, a saber: su discreción, su rapidez, su imparcialidad y la capacidad de síntesis del Fiscal.

b) Investigación Propiamente Tal.

El Fiscal, una vez constituido legalmente, habiendo designado al Actuario que servirá de Ministro de Fe, si no ha sido recusado dentro del plazo legal, debe citar a su presencia al o los inculpados para iniciar la investigación de los hechos.

Todos los funcionarios que sean citados a declarar ante el Fiscal de un sumario administrativo en cualquiera calidad, vale decir, como inculpados, testigos o denunciadores, deben cumplir, en su primera comparecencia, con la obligación esencial de fijar un domicilio dentro del radio urbano en que la fiscalía ejerza sus funciones, bajo apercibimiento de que si este deber no se cumple, se entenderá por domicilio de los interesados el que tengan registrado en el Servicio, y en el evento de que no exista esta información, se considerará como tal la oficina o lugar de trabajo del afectado (art.131, inc. 2º, Estatuto Administrativo)

Nos detendremos un momento para precisar algunos aspectos referentes a la calidad con que se cite a un funcionario, y, particularmente, si se hace en calidad “inculpado”.

Pues bien, es relevante esta expresión porque abre la posibilidad de ser citado en el marco de la investigación en tal calidad, aún no existiendo cargos, los que tienen por finalidad formalizar ese estatus. Así las cosas, una persona citada como “inculpado” cae dentro de la hipótesis del deber del fiscal de resguardar al declarante en sus derechos, debiendo entenderse como un deber, el señalarle que ha sido citado

en tal calidad y que, por lo tanto, puede ejercer plenamente derechos tan básicos como la no autoincriminación; que si bien es propia de una investigación criminal, puede perfectamente extenderse al ámbito administrativo. Esto, pues el fin perseguido es exactamente el mismo, caer en una indefensión circunstancial que deriva de la confesión de un hecho, que no obstante prueba válida, puede no haber sido prestada con aquella intención. Es decir, el declarante puede confirmar, por sí, el hecho por el cual se le investiga, desconociendo el real motivo que dio origen al sumario, el cual, en miras del éxito de la investigación, puede no ser claramente revelado al sujeto, lo que si bien puede entenderse como estrategia, atenta contra la defensa del inculpado, al que se le restarían armas para hacerlo.

Continuando, entonces, lo relevante de esta exigencia –de fijar un domicilio, en la primera citación, en el radio urbano donde ejerza sus funciones la fiscalía- radica en que dicho antecedente es indispensable para efectuar las notificaciones correspondientes.

Sistema de notificaciones en el sumario administrativo.

Es similar al examinado a propósito del régimen de notificaciones en la investigación sumaria.

En consecuencia, la primera regla es que las actuaciones y diligencias decretadas en el procedimiento sumarial y de las cuales deban tomar conocimiento el o los inculpados, testigos, denunciadores o cualquier otro destinatario que tenga la calidad de funcionario público, se notifiquen personalmente al afectado, considerándose como lugares idóneos para practicar la diligencia, el domicilio registrado en la institución y, en subsidio, la oficina o lugar de trabajo de aquéllos (art. 131, inc. 1º, primera parte, en relación con el inc. 2º del mismo artículo).

Si, en tales condiciones, el funcionario a quien se pretende notificar no fuere habido por dos días consecutivos, se le notificará por carta certificada dirigida a los lugares pre señalados, de lo cual deberá dejarse constancia en el expediente sumarial,

evento en el cual la notificación se entenderá practicada cumplidos tres días contados desde que la carta haya sido despachada (art. 131, inc. 1º, segunda parte, e inc. 3º del mismo artículo, del Estatuto Administrativo).

Acumulación de los antecedentes de cargo.

En esta etapa se persigue el establecimiento de los hechos constitutivos de la irregularidad que se investiga y de la participación que pudiere haberles en ellos al o a los inculcados.

Una de las primeras obligaciones que pesa sobre el Fiscal al asumir sus funciones es agregar al expediente todos los antecedentes, informes, notas o denuncias que se refieran a los hechos objeto de la investigación.

En este sentido, el Fiscal debe extremar su celo funcionario no sólo para acompañar y tener presente aquellos escritos que comprometan a un funcionario, sino también aquellos otros que pudieran favorecerlo o, incluso, eximirlo de responsabilidad administrativa. En el fondo, el Fiscal debe actuar con el máximo de imparcialidad y sin ningún prejuicio que pudiere derivar en una acusación injustificada y anticipada del inculcado.

Medios Probatorios.

El Estatuto Administrativo no ha preestablecido los medios probatorios de que puede valerse el Fiscal para acreditar los hechos, con lo que queda claro que el legislador no quiso limitarlos en manera alguna, de modo que éste, el inculcado y su abogado pueden, conforme al artículo 138, del Estatuto Administrativo, presentar pruebas o solicitar al Fiscal actuaciones necesarias para la defensa, acompañar documentos o puntos para interrogar testigos, llevar testigos y requerir careos, pero corresponde al Fiscal exclusivamente, realizar las diligencias, no siendo posible que el afectado o su representante interroguen y contrainterroguen a los testigos.

A continuación, haremos una enumeración de los medios de prueba que señala el derecho común y que son aplicables al sumario administrativo:

a) Instrumentos o documentos.

El Fiscal, encargado de una investigación en un sumario administrativo, para esclarecer los hechos, puede valerse de la prueba instrumental o documental.

Se puede definir el instrumento (en su sentido de medio de prueba jurídico) como “todo documento escrito en que se deja constancia de un hecho o acto jurídico y que tiene por objeto servir de medio de prueba.”⁵⁹

No obstante lo anterior, en un sentido moderno, los instrumentos son todo elemento que da testimonio de un hecho y que tiene el carácter de conservable, es decir, los instrumentos deben entenderse en un sentido genérico, dentro de los cuales, una especie serían los documentos. En general, entonces, los instrumentos son aquellos medios de prueba que constan en un soporte escrito, impreso o grabado; lo cual, por cierto, integra a los medios analógicos aquellos que puedan soportarse de forma digital, a saber: correos electrónicos, páginas web, videos o audios.

Es así, como estos instrumentos pueden ser públicos o privados y ambos son notables medios de prueba en un sumario administrativo.

Los Instrumentos públicos.

Como lo señala el artículo 1699 del Código Civil, instrumento público "es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario".

De esta norma podemos inferir los elementos que hacen que estemos frente a un instrumento de esta clase, a saber:

1. – Que sea autorizado por un funcionario público.

⁵⁹ CAPPONI GALLETI, Francisco, “El Instrumento Privado en el Derecho Civil”. Memoria de prueba. Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción. Chile. 1952. Pág. 19.

2. – Que este funcionario sea competente, es decir, que esté autorizado por la ley para intervenir en la dación de este instrumento.
3. – Que este funcionario haya actuado dentro de sus atribuciones.
4. – Que todo el quehacer de este funcionario sea realizado dentro de su territorio jurisdiccional.
5. – Y, además, el artículo 1699 del Código Civil exige que ese instrumento sea otorgado con las solemnidades legales, las que van a variar de un tipo de instrumento a otro y dependerá de la naturaleza de éste.

Los instrumentos públicos son susceptibles de distinguirse entre:

- A) Los instrumentos públicos propiamente tales: es decir, aquellos a los que se refiere el artículo 1699 del Código Civil.
- B) Escrituras públicas: cuya definición se encuentra en el art. 403 del Código Orgánico de Tribunales, que señala: "es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público".

Además de éstos, hay ciertos documentos que se consideran como instrumentos públicos, señalados en el art. 342 Código de Procedimiento Civil, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que les dan este carácter:

- 1.- Los documentos originales, que son aquéllos en que consta el acto mismo o aquéllos en que se ha suscrito el acto mismo. art.342 N°1.
- 2.- Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona, o a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer, se les llama *testimonios* o *traslados*. Art.342 N°2.
- 3.- Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria. Art.342 N°3.

Esta norma se refiere a las llamadas "copias simples", que son aquéllas que se han otorgado sin haberse cumplido en su dación los requisitos señalados por la ley, pero

para que estas copias puedan ser consideradas como instrumentos públicos, es menester que no sean objetadas.

4.- Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conformes con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto del investigado. Art.342 N°4.

Los Instrumentos privados.

Nuestra legislación no le reconoce valor probatorio al instrumento privado, mientras no haya sido reconocido por la parte contra quien se hace valer o mandado tener por reconocido

Cuando este instrumento privado es reconocido por la parte contra quien se opone o mandado a tener por reconocido, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito. De tal modo lo prescribe el artículo 1702 del Código Civil.

Así, entonces, la ley reglamenta en qué casos estos instrumentos se reputan auténticos y en qué casos tienen fecha cierta.

Como vimos, el art. 1702 del Código Civil dice va a ser auténtico cuando ha sido reconocido o mandado a tener por reconocido; y va a tener fecha cierta en las situaciones señaladas en los artículos 1703 del Código Civil y 419 del Código Orgánico de Tribunales. Según esta última norma, y respecto de terceros, va a adquirir fecha cierta desde su anotación en el repertorio.

Para analizar los efectos del reconocimiento del instrumento privado, hay que distinguir si se trata de instrumentos emanados de las partes o de terceros.

1.- Si se trata de instrumentos privados que emanan de las partes.

Aplicado al ámbito administrativo, hay dos maneras de conseguir esto, lo que se desprende del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil:

- Reconocimiento expreso. Art. 346 N° 1 y 2.

Estaremos ante este tipo de reconocimiento, en primer lugar, cuando así lo ha declarado, en el curso de la investigación, la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento y contra quien se hace valer.

También se configura cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en un proceso diverso.

- Reconocimiento tácito.

Para que proceda es menester que el instrumento se ponga en conocimiento de la parte contra la que se pretende hacer valer y que no se alegue su falsedad o falta de integridad.

2-. Si se trata de Instrumentos privados emanados de terceros.

Nuestra jurisprudencia civil ha señalado que el reconocimiento de instrumentos privados, cualquiera que sea la forma del reconocimiento, solamente puede afectar a la parte de la cual emana, el que, para el caso, vendría a ser el investigado.

Es decir, y aplicado esto al proceso administrativo sancionatorio, que si ese instrumento emana de un tercero ajeno a la investigación, por mucho que se le haya hecho presente a aquel contra quién se pretende hacer valer, dándole la oportunidad para que lo objete, y no lo haya hecho, no puede sostenerse que este instrumento adquiere valor probatorio.

Resumiendo, entonces, serán instrumentos públicos los que extiende un funcionario competente para ello, con las solemnidades legales, como ocurre con las escrituras públicas, certificados de nacimiento u otros que se emitan en la forma

señalada, como sucede también con las certificaciones que otorgue un funcionario autorizado de una entidad pública.

Por su parte, serán privados los que se expiden por cualquier persona sin formalidad alguna.

Los instrumentos o documentos, tanto públicos como privados, constituyen medios de prueba que el Fiscal debe agregar al expediente sumarial, cuando sean conducentes a la finalidad perseguida en la etapa indagatoria.

Se levantará un acta que señale los medios probatorios que incidan en el proceso y que por su naturaleza no puedan incorporarse al expediente, los que permanecerán, de ser posible, en poder del Fiscal. En caso contrario, se precisará su ubicación, las medidas de resguardo adoptadas y el funcionario responsable de su custodia.

Todos los documentos se agregarán por orden del Fiscal instructor, quien estampará la fecha en que se incorporan al proceso.

b) Testigos.

Esta prueba en general, está constituida por las declaraciones que puede hacer una persona respecto de hechos que están en su conocimiento, quienes tienen la calidad de testigo. Estas declaraciones, en el caso de los sumarios administrativos, pueden emanar de funcionarios o de particulares que comparezcan voluntariamente.

Luego, el testigo es aquella persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa y da testimonio de ello.

El Fiscal citará a las personas cuyas declaraciones puedan ser útiles para establecer la verdad de las imputaciones en contra del o de los inculpados o la efectividad de los hechos investigados. Estas personas declararán en presencia del

Fiscal y del Actuario, quien es el ministro de fe. En cuanto sea posible, estas declaraciones se irán consignando a medida que se vayan sucediendo.

En todo caso, los funcionarios están obligados a prestar declaración. (Art. 135, inciso 1º, Estatuto Administrativo).

A su vez, cuando se reciben declaraciones de dos o más personas en forma separada, sobre una misma materia, y las respuestas son contradictorias, se podría citar a los declarantes nuevamente para un careo, esto es, con el objeto de aclarar un punto oscuro o contradictorio.

En tal evento, el Fiscal citará a una audiencia para que expliquen las contradicciones o se pongan de acuerdo en la verdad. El Fiscal señalará los puntos contradictorios y los exhortará a ponerse de acuerdo.

c) Inspección ocular del Fiscal.

Tratándose del Sumario Administrativo, es el desplazamiento que realiza el Fiscal, acompañado del Actuario, al lugar donde ocurrieron los hechos que se precisa aclarar, para una observación personal y directa.

De la diligencia de la inspección, se levantará un acta en la cual se indicará el día, hora y lugar en que se practicó y a que conclusión llegó el Fiscal. Esta acta será firmada por el Fiscal, el Actuario y las partes que asistan, salvo que con esto último se perjudique el secreto del sumario.

d) Informe de peritos.

Tratándose de algunos Sumarios Administrativos y para la debida apreciación de los hechos que se investigan, es necesario recurrir a conocimientos técnicos de alguna ciencia o arte. En estos casos la ley exige el informe de peritos.

Peritos son los terceros que tienen un determinado conocimiento de alguna especialidad, y que informan acerca de ciertos hechos para cuya debida apreciación se requiere tener dominio técnico sobre alguna ciencia o arte.

El Fiscal puede solicitar informes periciales en el periodo indagatorio, lo que no obsta a que se requieran en otra etapa del proceso, incluso a petición de alguno de los afectados por el sumario, si se considera que son necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Entre los informes de uso más frecuente, se encuentran los peritajes caligráficos o los referentes a la determinación del valor de un objeto o de los daños causados a un bien estatal.

e) Presunciones.

Procesalmente, se puede conceptualizar como las consecuencias jurídicas que la ley o el tribunal infiere de ciertos antecedentes o de hechos conocidos para llegar a establecer un hecho desconocido.

En el ámbito administrativo, una presunción vendrían a ser "...la consecuencia que de hechos establecidos en el sumario deduce la fiscalía, sea en cuanto a la materia investigada o a la responsabilidad de los inculpados".⁶⁰

Para que las presunciones resulten suficientes para dar por probada una situación, es menester que se funden en hechos debidamente establecidos en el proceso a través de otros medios probatorios que, además, sean múltiples, directas, graves, precisas y concuerden unas con otras.

Que sean graves, quiere decir, que tengan una fuerte probabilidad de ser verdad, conforme a los demás antecedentes recabados en la investigación. Que sean

⁶⁰ OJEDA OJEDA, Bernardo. "Manual Práctico De Sumarios Administrativos". LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2002. Pág. 96.

precisas, significa que ellas no deben ser vagas, difusas o susceptibles de aplicarse a diversas circunstancias o situaciones; además, deben tener relación directa con el hecho investigado. Y, por último, el que sean concordantes, está relacionado con el hecho de que deben ser compatibles entre sí, lo que supone, a su vez, que ellas deben ser más de una, es decir, múltiples.

La Contraloría General de la República señaló en el Dictamen N° 40.909/72 “que no es posible sancionar a un funcionario cuando los cargos se basan sólo en el mérito de presunciones que no bastan para configurarlos, ya que en este caso la conducta pública no se ha podido comprobar en forma irredargüible”.

f) Confesión de los inculpados.

Es el reconocimiento de un hecho efectuado por el declarante que produce consecuencias jurídicas en su contra: Sólo los inculpados confiesan, los testigos declaran. La confesión como medio probatorio en el sumario administrativo es la que se presta ante la Fiscalía.

La confesión puede ser espontánea o provocada. Es confesión espontánea la voluntaria que efectúan las personas sin presión externa y es provocada la que se realiza bajo el peso de las circunstancias que el Fiscal expone. La confesión para que sea válida debe ser prestada libre y conscientemente.

Eventualmente, y como se mencionaba a propósito de la citación a declarar, se puede producir una situación que el fiscal debe manejar, en atención al respeto de un debido proceso. En el interrogatorio, es menester que el citado sepa en qué calidad está declarando, ya que si lo hace como inculpadado, y no tiene conocimiento de esta circunstancia, puede, sin querer, confesar el hecho investigado, cayendo en la auto inculpación. Lo que, sin duda, va a perjudicar su defensa. Por ello, es preciso que se le informe al funcionario en qué calidad está prestando su declaración, pues la idea es que si va a confesar, lo haga sabiendo las consecuencias que para su persona puede generar este hecho.

En cuanto a su valor probatorio, la confesión tiene el valor de plena prueba y no podrá el inculpado revocarla, a menos que pruebe error de hecho.

Ahora, cuando la declaración está destinada a confirmar una denuncia o una declaración anterior de la misma persona, recibe el nombre de ratificación.

Las declaraciones deben cumplir con los requisitos mínimos que permitan conocer a la persona que depone, el lugar, fecha, hechos circunstanciados, la firma del declarante, del fiscal y del actuario.

Si la persona se niega a firmar su testimonio, debe consignarse expresamente esta circunstancia, sin perjuicio que si se trata de un funcionario público se adopten a su respecto las correspondientes medidas de apremio.

Asimismo, teniendo presente los principios de celeridad y brevedad del procedimiento, las declaraciones deben consignarse en un estilo breve, resumido y preciso a menos que el sumariado exija que ella sea transcrita literalmente.

Finalmente, el Fiscal puede negarse a incorporar declaraciones que incidan en materias manifiestamente ajenas al problema planteado o que no tengan incidencia alguna en la materia del sumario, sin perjuicio del derecho de los inculpados a hacer su planteamiento por escrito.

Alcances sobre los medios probatorios.

La enunciación de los medios probatorios efectuada, especialmente en cuanto se ha ejemplarizado, no es en caso alguno de carácter taxativo, especialmente si se considera que pueden revestir diversas modalidades.

Es así como los registros contables o las copias de la parte pertinente de ellos, tienen el carácter de prueba instrumental o documental, y como un escrito

privado, que se complementa con la declaración de la persona que lo expidió, puede llegar a tener el valor de una prueba de índole testimonial.

No existen reglas fijas en cuanto al mérito probatorio de cada uno de los medios a que se ha hecho referencia, por lo cual, en principio, existe cierta discrecionalidad para su apreciación.

Así, en este orden de cosas y en el campo de los procedimientos sancionatorios administrativos, la apreciación de la prueba se rige por las reglas de la sana crítica. Este es un sistema racional, que se ubica en una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.

Según Couture⁶¹, este sistema está basado en la aplicación de dos principios:

- a) Actuar de acuerdo a las reglas de la lógica, que son reglas universales, estables e invariables en el espacio y tiempo, propias del razonamiento humano; y
- b) Aplicar reglas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia son un conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio. O, siguiendo a STEIN, "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"⁶².

La crítica debe ser sana, en cuanto a que el investigador haga una ponderación acuciosa, imparcial y orientada con los datos científicos y morales

⁶¹ COUTURE. Op. Cit. Pág. 244.

⁶² STEIN, Friedrich, "El Conocimiento Privado Del Juez". Editorial Temis Colombia, Bogotá. 1988, Pág. 27.

pertinentes a la materia y caso que se trate. Es un razonamiento intelectual, interno y subjetivo que debe realizar para la apreciación en cada proceso de los hechos.

Ponderación de la prueba.

Corresponde a la Fiscalía ponderar el valor de los diversos medios probatorios. Entre dos o más pruebas contradictorias deberá preferir la que aparezca como más cercana a la verdad y con el mérito que, en general, emane de los demás antecedentes del sumario.

Sin embargo, si alguno de los medios de prueba es suficiente para acreditar un hecho de una manera irrefutable, que no es desvirtuado por otros, necesariamente se le deberá dar un valor probatorio absoluto.

Suspensión preventiva y la destinación transitoria.

En el Estatuto Administrativo se contemplan medidas cautelares, para asegurar el éxito de la investigación o evitar que se sigan cometiendo irregularidades, que puede dictar el fiscal instructor del sumario administrativo, consistentes en la suspensión preventiva o destinación transitoria a otro cargo, del funcionario inculcado.

a) Suspensión de funciones preventiva.

La suspensión preventiva, no es en sí misma una medida disciplinaria, sino una medida provisoria por la cual la Administración aleja momentáneamente de sus tareas a un funcionario.

Según el artículo 136 del Estatuto Administrativo, en el curso de un Sumario Administrativo, el Fiscal podrá suspender de sus funciones al o a los inculcados, como medida preventiva.

El inciso 2°, modificado por la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa, agrega que la medida adoptada terminará al dictarse el sobreseimiento, que será notificado personalmente y por escrito por el actuario, o al emitirse el dictamen del fiscal, según corresponda.

La suspensión preventiva debe materializarse en una resolución escrita dictada dentro del sumario por el Fiscal instructor, con indicación de la fecha desde la cual registrá. Además, debe notificarse por escrito al afectado.

El efecto de la suspensión preventiva, ordenada en un sumario administrativo, es que impide al empleado desempeñar sus funciones desde el momento en que se le notifica de la resolución dictada. Sin embargo, el funcionario se encuentra obligado a concurrir a declarar a la fiscalía, cada vez que ésta lo cite y a prestar su más amplia colaboración para el éxito de la investigación.

La suspensión preventiva termina por resolución de la fiscalía, cuando ésta estima que no es necesaria su mantención por haberse logrado los fines para los que se ordenó. Esto se materializa mediante una Resolución exenta que debe agregarse al expediente sumarial.

En el caso que la suspensión preventiva termine por resolución de la fiscalía, cuando ésta estima innecesario mantenerla por haberse logrado los fines que se pretendían cuando se ordenó, se hará en virtud de una resolución exenta que debe agregarse en el propio expediente sumarial.

La medida de suspensión termina por la sola dictación del sobreseimiento, el que debe ser notificado personalmente y por escrito por el actuario, o por haberse emitido el dictamen fiscal (artículo 136, inciso 2° del Estatuto Administrativo).

El no reintegro al trabajo del funcionario, una vez notificado del término de la suspensión, obliga a practicarle las deducciones correspondientes por el tiempo no trabajado. Pero el funcionario que no haya sido notificado del término de la suspensión

o no haya sido aceptado en su puesto de trabajo, tiene derecho a percibir la totalidad de sus remuneraciones ya que su inasistencia al trabajo no le es imputable.

Cabe destacar que si el empleado ha tomado conocimiento del hecho de la dictación de la vista fiscal por otro medio que la notificación escrita y cumpliéndose ciertos supuestos, da origen a una notificación tácita. Esto, porque como se colige del texto de la norma del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, la notificación será tácita, cuando se realice cualquier gestión que suponga el conocimiento de la resolución que debe notificarse, sin que ésta se haya realizado de forma alguna o si se ha hecho de un modo distinto al legal.

Es decir, dados estos supuestos y habiendo hechos que inequívocamente revelen que el funcionario ha tomado conocimiento de la resolución, como, por ejemplo, al hacer presentaciones escritas que así lo manifestaran o realizar diligencias que demuestren que ha tenido oportuna noticia de que la vista fiscal fue dictada, se le tendrá por tácitamente notificado y aquello será tan válido como una notificación formal⁶³.

En este sentido, considera la Contraloría General de la República, que la suspensión preventiva termina de pleno derecho cuando se evacua la vista fiscal, renaciendo en ese instante el derecho del inculpado para ejercer su cargo. La notificación en este caso debe referirse al “hecho” de haberse emitido esa vista fiscal, toda vez que el reintegro del funcionario, es sólo una consecuencia del término automático de la suspensión preventiva, efecto éste, que el encausado no puede ignorar en virtud de la presunción de derecho contenida en el Código Civil⁶⁴.

⁶³ Dictamen de la Contraloría General de la República número 26.711/90.

⁶⁴ En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República, en sus dictámenes números 24.391 de 1965 y 26.711 de 1990.

b) Destinación transitoria.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 136 del Estatuto Administrativo, el Fiscal puede disponer el alejamiento inmediato del funcionario sumariado, dándole una destinación transitoria. Esta medida sólo puede disponerse durante el período indagatorio.

El Fiscal puede solicitar la destinación transitoria del inculpado por las mismas causas que permiten la suspensión del empleado, esto es, evitar que el sumariado entorpezca la investigación o para cautelar en mejor forma los bienes o recursos del Estado.

La resolución que ordene la destinación transitoria debe ser fundada, está exenta del trámite de toma de razón, debe incorporarse en el expediente sumarial y notificarse al inculpado y a las otras autoridades pertinentes, tales como su superior jerárquico y la jefatura de la sección o Unidad a la que va destinado.

c) Cierre de la investigación y formulación de cargos.

Transcurrido el plazo legal, el Fiscal declarará cerrada la investigación y se formularán cargos al o los afectados o se solicitará el sobreseimiento de la causa. Esta obligación debe cumplirse en el plazo de tres días a contar de la fecha de cierre de la investigación, todo ello según lo dispone el artículo 135, inciso 2º del Estatuto Administrativo.

Entramos de esta forma a la Etapa Acusatoria, que es el período que sigue al cierre del sumario y que termina con la emisión del informe o dictamen del Fiscal.

3) Etapa Acusatoria.

Reiterada jurisprudencia administrativa, contenida, v.gr., en dictamen N° 8.857, de 1980, ha establecido que los cargos deben formularse en forma concreta,

precisando específicamente la o las infracciones en que habrían incurrido el o los inculpados, como única manera de que éstos puedan asumir adecuadamente su defensa.

En este sentido, no es admisible formular cargos indicando que se han transgredido determinados artículos del Estatuto Administrativo, menciones que por su extensión e imprecisión no reúnen las características antes señaladas.

Ahora bien, es en esta fase cuando la ley reconoce a los funcionarios el derecho a defenderse de las imputaciones que les fueren hechas durante el curso de los sumarios administrativos (artículo 138 del Estatuto Administrativo).

Decretado el cierre del sumario, el Fiscal instructor puede arbitrar, dentro del plazo de tres días (inciso 2° artículo 135 del Estatuto Administrativo), alguna de las siguientes medidas: formular cargos o proponer al jefe superior el sobreseimiento de la causa.

a) Formulación de cargos.

Tiene lugar cuando concurren dos circunstancias copulativas: que los hechos constitutivos de las infracciones investigadas existan y se encuentre acreditada la participación de algún funcionario en los hechos investigados.

Esta representación formal debe materializarse en una descripción objetiva de la conducta que se trate, y en los cargos se señalará la intervención que les hubiere correspondido a los inculpados en los hechos materia de la investigación.

Cumplidas esas exigencias, se procede a la formulación de los cargos pertinentes.

La formulación de cargos, según la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, entre otros, Dictamen 12.813, de 1992, “es una diligencia procesal

indispensable dentro de un sumario, pues tiende a asegurar la debida defensa del inculpado.”

El dictamen de la Fiscalía por el cual se formulan cargos, se notificará al inculpado, según lo señalado en el artículo 138, una vez agotado el período indagatorio o de investigación.

Es deber del fiscal, en este acto, poner en conocimiento del inculpado las faltas que se le imputan, ya que de omitirse estos trámites se vulneraría el legítimo derecho a defensa que asiste al afectado.

Los principales efectos de la formulación de cargos son:

- a) A contar de la notificación de los cargos, comienzan a correr los plazos para que el inculpado pueda gestionar su defensa.
- b) Hace público el sumario para el inculpado y su abogado (art.137).
- 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).
- d) El inculpado puede defenderse mediante los descargos, pedir diligencias o rendir pruebas.

b) Sobreseimiento.

Se propone el sobreseimiento cuando no hay mérito para formular cargos, por cuanto no ha sido posible a la Fiscalía acreditar la existencia de los hechos constitutivos de la infracción estatutaria investigada y/o cuando no se ha podido individualizar al o a los responsables de tales conductas.

Es importante no olvidar en este punto lo que dispone el artículo 137, inciso 1º, del Estatuto Administrativo, que señala: “En el evento de proponer el fiscal el sobreseimiento se enviarán los antecedentes al jefe superior de la institución, al Secretario Regional Ministerial o al Director Regional de servicios nacionales

desconcentrados, en su caso, quien estará facultado para aprobar o rechazar tal proposición. En el caso de rechazarla, dispondrá que se complete la investigación dentro del plazo de cinco días”.

c) Descargos.

Es la contestación por escrito que realiza el inculpado para rebatir el o los cargos que se le imputan.

El o los inculpados disponen de un plazo de cinco días hábiles para presentar sus descargos, plazo que comienza a correr desde la notificación de los cargos y se deben agregar al expediente todas las piezas, documentos y pruebas que se acompañen en apoyo de su defensa.

En casos calificados debidamente, el Fiscal podrá prorrogar este plazo hasta por otros cinco días, siempre que la prórroga haya sido solicitada antes del vencimiento del plazo. Así lo señala expresamente el artículo 138.

Si el inculpado solicitare rendir prueba, el Fiscal señalará plazo para tal efecto, el que no podrá exceder en total de veinte días.

d) Dictamen del Fiscal.

Esta etapa se inicia con la vista o dictamen del Fiscal y la posterior remisión de los antecedentes a la autoridad superior, terminando con la resolución del Jefe del Servicio que se pronuncia sobre el sumario. (Artículo 139, inciso 1° Estatuto Administrativo)

El dictamen del Fiscal debe contener los siguientes elementos:

- a) La individualización del o de los inculpados;

- b) La relación de los hechos investigados y la forma como se ha llegado a comprobarlos;
- c) La participación y grado de culpabilidad que les hubiere correspondido a los sumariados;
- d) La anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes; y
- e) La proposición a la autoridad respectiva de las sanciones que estimare procedente aplicar, la absolución, o el sobreseimiento de la causa, en su caso.

Si se dispone la aplicación de una medida disciplinaria, hay que estarse a los hechos debidamente comprobados en el curso de la investigación y que han sido materia de cargos. En cuanto a la medida propuesta por el Fiscal, esa autoridad no está obligada a adoptarla, ya que ella es sólo una proposición del Fiscal.

El dictamen del Fiscal se divide en tres grandes partes:

a) Expositiva. En ella se contiene una enumeración en orden correlativo de las diligencias de mayor trascendencia llevadas a cabo durante la tramitación del sumario.

b) Considerativa. Está constituida por las razones legales, reglamentarias o de equidad, que el Fiscal ha deducido de los antecedentes acumulados y contenidos en la parte expositiva. Aquí se establecen la participación y el grado de culpabilidad que les hubiere correspondido a los sumariados y la anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad que concurran en favor o en contra de los inculpados.

En esta parte deben analizarse los descargos o defensas del o de los inculpados.

c) Resolutiva. En esta parte se contiene las conclusiones del Fiscal sobre la existencia o no de responsabilidad administrativa. Asimismo, propone a la autoridad

respectiva las sanciones que estimare procedente aplicar o la absolución de uno o más de los inculpados.

No debe olvidarse que al cierre de la etapa indagatoria, el Fiscal puede concluir que procede el sobreseimiento del proceso, para lo cual deberá evacuar un dictamen, conteniendo los mismos elementos antes anotados. Con todo, en este caso, el dictamen del Fiscal debe expresar fundadamente por qué se propone el sobreseimiento, esto es, dar razones suficientes para señalar que ha sido imposible establecer los hechos de la investigación; que aquéllos no son constitutivos de infracción administrativa; que no ha sido posible encontrar funcionarios responsables, etc.

Se señala, también, en la Ley Estatutaria que cuando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudiesen importar la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes, el dictamen deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes al Ministerio Público, sin perjuicio de la denuncia que de los delitos debió hacerse en la oportunidad debida.

4. Etapa Resolutiva.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 140, incisos 1º y 2º, emitido el dictamen, el Fiscal elevará los antecedentes del sumario al Jefe Superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso, quién resolverá en el plazo de cinco días, dictando al efecto una resolución en la cual absolverá al inculpado o aplicará la medida disciplinaria, que corresponda. Tratándose de la medida de destitución, los antecedentes se elevarán a la autoridad facultada para hacer el nombramiento.

No obstante, la autoridad correspondiente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos. Si de las diligencias ordenadas resultaren nuevos cargos, se notificarán

sin más trámite al afectado, quien tendrá un plazo de tres días para hacer observaciones.

Respecto de la reapertura de un sumario administrativo, se ha resuelto que: “puede ser ordenada mientras el proceso se encuentra en tramitación, con el objeto de completar trámites, allegar antecedentes o salvar alguna irregularidad, o después de aplicada la medida disciplinaria, pero en este caso sólo para conocer antecedentes nuevos, no ponderados en el curso del procedimiento, que sean de tal entidad que alteren substancialmente lo resuelto en el sumario ya afinado. Además, la reapertura no implica necesariamente la modificación de la sanción ya aplicada, lo que sólo dependerá del mérito de los nuevos antecedentes que se alleguen.”⁶⁵

- Atenuantes, Agravantes y Eximentes de Responsabilidad Administrativa

Cabe señalar que, si bien el Estatuto Administrativo no regula las eximentes de responsabilidad, en el inciso 2° del artículo 139 del Estatuto Administrativo se señala que en el dictamen del Fiscal se debe contener la anotación de las circunstancias atenuantes o agravantes.

En general, no habrá responsabilidad en sentido amplio, si concurre una situación que la excluya, como el error excusable, o no le es exigible una actuación diversa, por haber procedido en virtud de una fuerza física o moral. Además de estas circunstancias, que pueden impedir que se genere la responsabilidad y que, por lo tanto, se denominan eximentes, existen otras que la aminoran, es decir, las atenuantes; o aquellas que, por otro lado, la intensifican, estas son las agravantes, y que, por lo mismo, son esenciales para graduar la sanción.

Se puede señalar, a modo de ejemplo, como causales eximentes de responsabilidad las siguientes:

⁶⁵ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 11.025 y 13.346 de 1990.

- Privación de razón, en cuyo caso corresponderá a la Comisión Médica, Preventiva e Invalidez (COMPIN) pronunciarse acerca de la salud mental del afectado.

- Estado de necesidad o fuerza mayor. Esta situación se produce cuando se incurre en una contravención para evitar un mal mayor. Sin embargo, la Contraloría General de la República la ha rechazado cuando se aduce un grave problema económico, personal o familiar.

- La representación, por escrito, de órdenes que el funcionario considere ilegales. Contendida en el artículo 62 del Estatuto Administrativo, configura una excepción a la obligación funcionaria del artículo 61, letra f) del mismo cuerpo legal que señala: “Serán obligaciones de cada funcionario: f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico”. Ante lo que el artículo 62 prescribe que “si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden”. A continuación, agrega la norma, deben, el funcionario y su superior jerárquico, enviar copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro del plazo de cinco días siguientes a la última de éstas. Este artículo consagra el principio de la obediencia reflexiva y configura un sistema que consulta requisitos formales y de fondo que dan lugar a la eximente. Los primeros se encuentran contenidos en las exigencias de que tanto la orden que se reitera como la representación que se formula, deben ser escritas, y por el envío de las respectivas comunicaciones a la autoridad que la norma señala. Los requisitos de fondo, por su parte, consisten en los fundamentos jurídicos de los hechos y de las conductas asumidas tanto por el empleado como por su superior jerárquico⁶⁶.

Como causales atenuantes, a vía ejemplar se pueden señalar las siguientes:

⁶⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado”. División de Coordinación e Información Jurídica de la Contraloría General de la República. 2008. Pág. 228.

- Buena conducta anterior, para lo cual se requerirá por el Fiscal copia de la hoja de vida funcionaria o informe al Departamento de Personal.

- Reparación del mal causado, que puede ser económica o administrativa cuando adopta las medidas necesarias para corregir su falta o impedir que cause un daño mayor.

Como causales agravantes y, también, a de manera, ejemplar se pueden mencionar las siguientes:

- Reincidencia esto es cuando el inculpado ha sido sancionado antes por faltas análogas o similares.

- Premeditación, en este caso, el funcionario al tramar la ejecución de su falta, ha tenido tiempo para desistirse de la misma.

3.2.3 Los Recursos Que Proceden En El Sumario Administrativo Y En La Investigación Sumaria.

1. Concepto y Definición.

Los recursos son los medios que la ley concede a los funcionarios afectados, para obtener que la resolución que los agravia sea revisada por la autoridad que legalmente corresponda.

En tal sentido, podemos decir que dichos recursos constituyen los diferentes medios que franquea la ley para que los empleados sancionados con una medida disciplinaria puedan lograr que la autoridad competente, por la vía administrativa, modifique o invalide la medida impugnada.

Dichos recursos sólo pueden ser entablados por los funcionarios que hubieren sido sancionados disciplinariamente, ya que serán los únicos que tendrán interés

directo y real en la invalidación, reforma o sustitución del acto. Para que aquellos empleados públicos puedan lograr algunos de estos fines, mediante la interposición del respectivo recurso, deberán ser, desde luego, debidamente notificados de la sanción que se les hubiere aplicado, según lo dispone expresamente el artículo 126 para la investigación sumaria y 140, para sumarios administrativos. En cuanto a la forma de practicar esta notificación, deben respetarse las reglas que contiene el artículo 131 del Estatuto Administrativo.

Los artículos 141 y 160 permiten interponer los siguientes recursos, en contra de la Resolución que aplica una medida disciplinaria en un sumario administrativo:

- Recurso de Reposición, y
- Recurso de Apelación

Cabe destacar que el inciso final del artículo 140 del Estatuto Administrativo establece para ambos recursos un plazo común de cinco días desde la notificación de la resolución que aplica la sanción y tiene, la autoridad ante la que se recurrió, cinco días para resolverlo.

Trataremos a continuación cada uno de ellos:

a) Recurso de Reposición.

El artículo 141 establece que “en contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

- a) de reposición, ante la misma autoridad que la hubiere dictado.”

El recurso de reposición se caracteriza principalmente porque es dirigido a la misma autoridad que resolvió la aplicación de la medida disciplinaria que se impugna, a la cual corresponde fallarlo.

Sobre el particular, ha señalado la Contraloría General de la República que la decisión de acoger o denegar el recurso de reposición constituye un trámite interno del proceso disciplinario y, por ende, no susceptible de toma de razón⁶⁷.

b) Recurso de Apelación.

En nuestro derecho disciplinario de carácter estatutario se aprecia que el legislador ha adoptado el criterio de precaver o enmendar el gravamen causado injustamente. En efecto, el artículo 141 dispone que “en contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

b) De apelación, ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria.”

La norma transcrita consagra, entonces, el recurso de alzada o de apelación propiamente tal, ya que se desprende de su tenor literal que concurren todos los requisitos que configuran dicha clase de recurso en los términos antes señalados. El recurso de apelación o de alzada “es aquel que se entabla ante el superior jerárquico de aquel que dictó la resolución apelada, con el objeto de obtener su invalidación, revocación o modificación.”

En la materia que nos ocupa, el recurso de apelación se interpone para ante el superior jerárquico de la autoridad que resolvió la aplicación del castigo que se impugna, recurso que sólo tiene un carácter subsidiario, es decir, que únicamente se admite a tramitación para el evento de que se rechace el recurso de reposición.

Es importante señalar que la jurisprudencia administrativa ha dejado en claro que para la correcta procedencia de este recurso, es requisito *sine qua non*, que exista un superior jerárquico, cual es el caso de los servicios desconcentrados. Así, cuando la medida disciplinaria es aplicada por el Jefe Superior de un servicio descentralizado no cabe el recurso de apelación, ya que éste sólo procede en el supuesto que exista subordinación jerárquica, de la cual carecen, por su naturaleza, esta clase de

⁶⁷ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 22309/90, 7734/91 y 12186/91

Servicios, pudiendo en ellos operar solamente el recurso de reposición (Dictámenes números 24119/90, 30095/92, 7571/93, 1182/96, 26677/97 y 2890/98, de la Contraloría General de la República).

Del examen del artículo 141 se desprende que la interposición del recurso en estudio confiere al superior jerárquico amplias facultades y atribuciones para fallar debidamente dicha reclamación.

Para resolver un recurso de apelación, deducido por el afectado en tiempo y forma, la competencia del superior jerárquico le permite pronunciarse derechamente sobre el fondo del sumario, vale decir, estimar la inocencia o culpabilidad del funcionario con entera libertad. Con este fin podrá, entonces, pronunciarse acerca de la aplicación de la sanción y revisar el juicio que sobre el particular haya emitido la autoridad administrativa.

El precepto contenido en el artículo 142 corrobora lo anterior, pues previene que “acogida la apelación o propuesta la aplicación de una medida disciplinaria distinta, se devolverá la resolución correspondiente con el sumario, a fin de que se dicte en el plazo de cinco días la que corresponda por la autoridad competente”.

2. Interposición de los Recursos Administrativos.

Lo primero que debemos señalar en este punto, es que los recursos administrativos en estudio deben ser interpuestos por la parte interesada, entendiéndose como tal, a aquella que se estima agraviada por un acto administrativo⁶⁸.

Así, en los casos en estudio, será interesado quien considere que la resolución que aplica la sanción va en contra de sus propios intereses.

⁶⁸ POBLETE VINAIXA, Julia. “Actos y Contratos Administrativos”. LexisNexis. Santiago de Chile. 2005. Pág. 65.

Por su parte, el Estatuto Administrativo señala, en el artículo 140, inciso final, que “la aplicación de toda medida disciplinaria deberá ser notificada al afectado”, lo que nos lleva a identificar al interesado como aquel sujeto sobre el que recae una sanción, siendo él quien puede interponer los recursos que la ley le franquea para que la resolución sea revisada.

En cuanto a la forma de interposición de los recursos, debe exigirse, sin duda, que ellos sean presentados por escrito. Además, nuestra ley dispone que dichos reclamos deban ser fundados.

La ley no lo señala, ni existe pronunciamiento al respecto, por parte de la Contraloría General de la República, sobre si se puede recurrir por medios electrónicos. Pero nada obsta a que se haga de esa manera, toda vez que es posible que se puedan respaldar físicamente. Además, los medios actuales, permiten que exista registro del envío y recepción de correos electrónicos; lo que posibilita, por una parte, el objetivo de ejercer el derecho a solicitar la revisión de la resolución; y por otra parte, facilita que se haga oportunamente.

Tratándose del recurso de apelación, éste sólo podrá interponerse con el carácter de subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que ésta no sea acogida. Por lo demás, la Contraloría General de la República ha sostenido que debe indicarse al funcionario inculcado el derecho que le asiste para apelar subsidiariamente.

Ha de entenderse que la forma más idónea de informar al funcionario del derecho que le asiste, es mediante la resolución que aplica la sanción, de lo cual quedará, por cierto, constancia escrita en el expediente de haberse realizado. Ello, en virtud del carácter formal del procedimiento.

El artículo 141 establece que “los recursos deberán interponerse en el plazo de cinco días, contado desde la notificación.” La necesidad de que la decisión administrativa sancionatoria adquiera estabilidad a la brevedad posible ha hecho

imprescindible el establecimiento del plazo indicado. En consecuencia, el vencimiento de dicho plazo, sin que el afectado impugne la sanción, o la interposición extemporánea del recurso, hace caducar el derecho del empleado o exige que aquél sea rechazado de plano, según corresponda.

3. Resolución de los Recursos y Efectos de la Impugnación.

Presentado en tiempo y forma el recurso de apelación ante la autoridad competente, corresponde que ella se pronuncie sobre la petición que le formula el empleado afectado.

El artículo 141 dispone que los recursos deben ser resueltos en un plazo no superior a cinco días, contado desde el momento en que hayan sido interpuestos.

Debe dejarse en claro que el plazo señalado no reviste el carácter de fatal, esto es, la falta de cumplimiento de dicho plazo no invalida su resolución posterior y su incumplimiento no priva de validez a los pronunciamientos emitidos con posterioridad a su expiración.

Ahora bien, en relación con la interposición de estos recursos administrativos destinados a impugnar una medida disciplinaria surge un problema que es necesario aclarar: si el inculpado deduce un recurso en tiempo y forma ¿se suspenden o no los efectos del acto objetado?

Desde luego, debe señalarse que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha establecido, invariablemente, que ninguna medida disciplinaria debe hacerse efectiva mientras el organismo contralor no apruebe la sanción al tomar razón del decreto o resolución que la impone.

Lo normal será, entonces, que la Contraloría, antes de tomar razón de los mencionados decretos o resoluciones, exija propiamente que la autoridad respectiva falle el recurso interpuesto por el inculpado, si aún no aparece resuelto, ya que es una obligación, para ella, pronunciarse acerca de la reclamación respectiva, diligencia que,

por lo demás, debe considerarse que integra el procedimiento legal de formación de esos actos, en la medida en que, de ser omitida, autoriza para estimar no afinado el procedimiento en cuestión.

Del mismo modo, el órgano contralor no tomará razón de aquellos documentos que aplican sanciones, si en contra de dichas medidas, los inculpados hubieren deducido el recurso de apelación o de alzada y éste se encontrare pendiente en su resolución.

De lo anterior, podemos concluir que, siendo la toma de razón del decreto o resolución, un trámite esencial y determinante para que una medida disciplinaria pueda ejecutarse, previa comunicación al afectado de esta circunstancia, como asimismo, constituyendo el fallo de los recursos, una obligación para las autoridades llamadas a resolverlos y una diligencia importante dentro del procedimiento disciplinario y, por lo tanto, plenamente exigible por la Contraloría General de la República al examinar la legalidad del castigo administrativo, la interposición de los distintos recursos que franquea la ley a los funcionarios sancionados suspende verdaderamente los efectos del acto impugnado, los cuales quedan deferidos hasta el momento en que se les notifique la total tramitación del decreto o resolución que lo impone.

3.3. Cumplimiento de los estándares procesales mínimos en los procedimientos disciplinarios.

Anteriormente, y al tenor de lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hemos listado una serie de garantías. Éstas constituyen el piso mínimo con que deben cumplir los procedimientos disciplinarios al interior de la Administración del Estado, para entender si el legislador ha cumplido con la orden constitucional que se le ha entregado en el artículo 19 N°3, inciso 5°, y si, en definitiva, el Estatuto Administrativo ha establecido un proceso racional y justo para determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios del Estado.

Utilizando esa misma lista, analizaremos, al tenor de lo visto en el estudio de las investigaciones y los sumarios administrativos, cual es el panorama normativo chileno en relación con el respeto a la garantía del debido proceso.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída.

El derecho a ser oído se traduce, en la práctica, en que el funcionario envuelto en una investigación tiene el derecho a entregar su versión de los hechos que se le imputan y a invocar las circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad que estime pertinentes.

En este sentido, el Estatuto Administrativo, en los artículos 126, incisos 3° y 4°, y 138, contempla la posibilidad de que el imputado haga presente sus descargos y alegaciones, una vez que le han notificados los cargos, producto de una etapa sumaria y reservada de la investigación.

El plazo establecido para que el afectado pueda presentar sus descargos y alegaciones, es de dos días en el caso de las investigaciones sumarias y de cinco, prorrogables por otros cinco -en casos debidamente calificados-, en los sumarios administrativos. Esta diferencia de plazos podría justificarse dada la naturaleza abreviada de la investigación sumaria; pero, sin embargo, no hace sentido la discriminación en cuanto a la imposibilidad de solicitar una prórroga en las investigaciones, no obstante, puede, perfectamente, haber un caso debidamente calificado para otorgarla.

Con esto, se limita el derecho del funcionario afectado a ser oído en sus alegaciones, contraviniendo, en el sentido comentado, este estándar.

Por otro lado, el inculpado o su abogado en un proceso sumarial pueden, siempre, presentar pruebas o solicitar al fiscal las actuaciones necesarias para la

defensa, acompañar documentos o puntos para interrogar testigos y requerir careos⁶⁹. Esto, por cierto, con el fin de garantizar que en el proceso esté permanentemente abierta la posibilidad de su participación activa y en la forma que estime más idónea para asegurar su defensa.

Aún más, la Contraloría General de la República ha estimado que este derecho está establecido en favor del inculpado⁷⁰, por lo que, formulada la petición, al fiscal sólo le corresponde proveerla y fijar el término dentro del cual deberán producirse las diligencias probatorias, con la sola limitación del plazo máximo señalado los artículos 126 y 138 del Estatuto, siendo estos de tres, en la investigación sumaria y de veinte días, en el sumario administrativo, respectivamente.

Asimismo, estas normas, dada su naturaleza de garantía, impiden al fiscal evaluar la procedencia o improcedencia de la rendición de prueba y su correlativa rendición⁷¹, obligándolo a proveerlas.

Valga, además, hacer presente que para que la resolución que otorga el término probatorio produzca efecto, es necesario que el inculpado sea notificado de tal hecho, ya sea personalmente o por carta certificada, conforme a lo dispuesto por el artículo 131 del Estatuto Administrativo. La omisión de dicha notificación, según lo previsto en el artículo 144 del Estatuto, afectará la legalidad de la sanción disciplinara que eventualmente se le aplique, en la medida que ello hubiere implicado que no tuvo conocimiento de la referida resolución, privándosele, en consecuencia, de su derecho a rendir prueba⁷².

Todo lo anteriormente señalado, nos lleva a concluir que la Norma Estatutaria cumple en parte con el estándar internacional, ya que, por un lado se otorga al inculpado las herramientas y garantías para que haga valer, en el procedimiento, su derecho a ser oído; pero por otro, adolece del grave defecto de discriminar entre los

⁶⁹ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 10369/91, 3965/94 y 17769/94.

⁷⁰ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 25594/93, 6420/96 y 22601/96.

⁷¹ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 18108/02 y 38136/05.

⁷² Dictamen de la Contraloría General de la República número 55290/06.

procedimientos en el aspecto del otorgamiento de plazos para hacerlo.

2. Toda persona inculpada de una falta administrativa tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad.

La presunción de inocencia no está expresamente señalada en el Estatuto, pero la interpretación armónica del procedimiento apuntaría a que ello sea de esa manera, y podría entenderse que se ha respetado, cuando el procedimiento se ha llevado a cabo conforme a lo establecido en la ley. Pero, como veremos, ello no es tan así.

Este entendimiento se puede desprender del uso, a lo largo del proceso reglado, de la palabra “inculpada”⁷³, que significa: “Que es objeto de la acusación en un procedimiento penal o sancionador”. Es decir, que se está determinando, mediante el procedimiento, si la responsabilidad por aquello que se le imputa al funcionario, efectivamente, le corresponde. Y, si así se determina, sólo surtirá sus efectos, considerándosele culpable, en la medida que se dicte una resolución que lo declare y que aplique la correspondiente sanción administrativa (artículo 119, relacionado con el 140 del Estatuto Administrativo).

No obstante, no está clara la función del investigador o fiscal en orden a dar con aquellos elementos que atenúen la responsabilidad del inculpada o que lo eximan de ella. De hecho, la *praxis* administrativa puede darnos esta idea, toda vez que en la vista fiscal y en la aplicación de la sanción, debe siempre tenerse en cuenta aquellos antecedentes que apunten a la inocencia del funcionario afectado. Pero lo que en realidad sucede, es el resultado de un ejercicio de consideraciones de declaraciones, circunstancias y hechos que obran en el proceso.

Como veremos más adelante, el derecho a la defensa del inculpada se convierte en una carga para él, pasando a ser parte activa del procedimiento, en la medida que tenga los medios o los conocimientos para poder ejercerlo.

⁷³ Artículos N° 63, 126, 132, 133, 136, 137, 138, 139 y 140, del Estatuto Administrativo.

Así, el cumplimiento de este estándar, no depende ya de la forma como se ha reglado el procedimiento o del trato que en el texto de la norma se da al inculpado, sino más bien de la voluntad del investigador que, teniendo las herramientas para hacerlo, verá, discrecionalmente, la conveniencia de llevar el curso de la investigación conforme vayan apareciendo los antecedentes o el imputado vaya ejerciendo su defensa.

3. El inculpado debe ser comunicado detalladamente de la acusación formulada.

Entre nosotros, una persona no va tener la calidad de inculpado sino hasta que no se le cite expresamente en tal calidad, esto, en virtud de un acto administrativo especial denominado “Formulación de Cargos”.

De este modo, los cargos deben formularse al inculpado por escrito, además deben serles notificados personalmente o por carta certificada, tal como lo dispone el art. 125 del Estatuto Administrativo.

Los cargos deben formularse en forma concreta, precisando específicamente los hechos constitutivos de la infracción, por lo que no es posible imputar al inculpado conductas genéricas o imprecisas, de modo que impidan asumir adecuadamente su defensa⁷⁴. Además, dichos cargos deben ser formulados en la etapa procesal pertinente, esto es, antes del cierre del proceso⁷⁵.

Por otra parte, como se vio en su oportunidad, 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 le está investigando tiene una serie de consecuencias que se evidencian desde su notificación, a saber:

⁷⁴ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 32274/89, 616/96, 19690/00, 5446/06, 26917/06 y 51678/06, entre otros.

⁷⁵ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 23461/91 y 10489/93.

a) A contar de la notificación de los cargos, comienzan a correr los plazos para que el inculpado pueda gestionar su defensa.

b) Hace público el sumario para el inculpado y su abogado (art.137 del Estatuto Administrativo).

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).

d) El inculpado puede defenderse mediante los descargos, pedir diligencias o rendir pruebas.

Por su lado, la Contraloría General de la República, ha señalado que se la formulación de cargos es considerado un trámite que tienen una influencia decisiva en los resultados del sumario administrativo, pues su omisión priva al afectado de su derecho a defenderse oportunamente. Y las consecuencias de esto inciden en la imposibilidad de dar curso a la aplicación de la medida disciplinaria.

Así, esta garantía está estrechamente relacionada con el derecho a ser oído, en tanto que, para que ello opere, debe tener conocimiento cabal del hecho que se le imputa y de los antecedentes que han llevado al fiscal a formular los cargos y, del mismo modo, el Estatuto prevé los efectos de su omisión, en su artículo 144, por lo que también estamos ante el cumplimiento del estándar internacional correspondiente.

4. Debe concedérsele al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Desde la notificación de los cargos, comienza a correr, para el inculpado, el plazo establecido por el Estatuto Administrativo para que pueda defenderse apropiadamente. Estos plazos van a variar según se trate de una investigación sumaria, dos días (art. 126 inciso 3°), y de cinco días, prorrogables por otros cinco, si se trata de un sumario administrativo (art. 138).

La primera línea de defensa del inculpado serán los descargos, esto es, la manifestación de sus puntos de vista y opiniones respecto de aquello que se le imputa. No obstante, además, puede valerse de medios de prueba para sostener su inocencia.

Sobre el particular, el Estatuto Administrativo no señala los medios probatorios de que pueden valerse las partes del proceso, con lo que se entiende que el legislador no ha querido limitarlos, de modo que el inculpado puede, conforme al artículo 138 del Estatuto Administrativo, presentar pruebas o solicitar al Fiscal actuaciones necesarias para la defensa, acompañar documentos o puntos para interrogar testigos, llevar testigos y requerir careos. Pero corresponderá al Fiscal, exclusivamente, realizar las diligencias, no siendo posible que el afectado o su representante interroguen y contrainterroguen a los testigos.

Puede, por lo tanto, entenderse parcialmente cumplido el estándar internacional en este punto, toda vez que no se limita la forma como ha de defenderse el inculpado, estableciendo la ley, de un modo general y abierto, las alternativas que éste tiene para hacerlo. Pero, en relación a lo visto a propósito del derecho a ser oído, persiste, como una traba al ejercicio pleno de este derecho, la discriminación entre los plazos para presentar los descargos y defensas en el sumario y la investigación, en lo referente a la prórroga que sí existe en el primero.

5. El inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección.

Señala el Estatuto Administrativo, en el inciso segundo del artículo 137, que el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos y que, a partir de su notificación, dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa.

Así, este secreto es absoluto hasta antes de la formulación de cargos, es decir, nadie, salvo el investigador, tendrá acceso al sumario. Una vez formulados los cargos,

el secreto se mantiene, pero de un modo relativo, ya que se abre sólo para el inculpado y su abogado.

En este contexto, la Contraloría, ha declarado que el secreto sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso sólo quedarán a firme una vez que éste quede totalmente tramitado⁷⁶.

Sobre el particular, la fase secreta de las investigaciones también ha sido objeto de consideración internacional, toda vez que, si bien el artículo 8, número 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que el proceso debe ser público, indica, como excepción a la regla, el caso en que el secreto sea necesario para preservar los intereses de la justicia, fin que, como ya se dijo, es uno de los perseguidos en esta etapa.

Continuando con el análisis de la norma estatutaria, podemos ver, entonces, como regula expresamente la posibilidad de que el funcionario inculpado tenga asistencia letrada en su defensa. Claro que al manifestarlo como un deseo o una posibilidad (“asumiere”), deja abierta, por otra parte, la opción de que la defensa sea asumida personalmente.

El único alcance que cabría hacer a esta disposición, es que en la práctica, un funcionario sin conocimientos jurídicos, podría verse perjudicado en su defensa si la asumiera en forma personal, por lo que la asistencia letrada debiera ser una constante en los procesos administrativos sancionadores. Amén del costo que esto implica, no deja de ser un ideal que podría plasmarse como un requisito obligatorio, con una especie de defensoría administrativa, que haga contrapeso jurídico al fiscal.

⁷⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República número 14807/04

Lo anteriormente dicho, permite concluir, respecto de los procedimientos disciplinarios llevados al interior de la Administración del Estado, que el estándar internacional en comento está presente sólo en parte. Por un lado, hay norma expresa respecto a que el afectado tiene el derecho recurrir a un abogado para que lo asista en su defensa; pero por otro, el costo de esta asesoría debe ser asumido enteramente por él, lo que limita el ejercicio de este derecho.

No ocurre lo mismo en otras materias (civiles y penales, por ejemplo), en las que la existencia de corporaciones de asistencia judicial o de defensorías penales públicas, permiten cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 número 3, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, donde se mandata a la ley para que arbitre los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Por esta razón, mientras no se dicte una norma que regule su situación, los inculcados en procesos administrativos, quedarán a merced de sus propias posibilidades, no obstante lo preceptuado en el artículo 8, número 2 letra e) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que señala expresamente y como derecho irrenunciable del inculcado, el ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si éste no se defendiere por sí mismo ni nombrare un defensor.

Por último, no está demás señalar, a propósito de la investigación sumaria, que nada dice la ley sobre la asistencia de un abogado, pero dado que es un derecho fundamental, perfectamente podría el inculcado recurrir a un letrado de confianza para que asuma su defensa.

6. Toda persona, contra quién se ha determinado la existencia de responsabilidad, tiene derecho de recurrir de la resolución ante un órgano superior.

La doble instancia es una constante en los procedimientos administrativos sancionatorios por expresa disposición de la ley, la cual señala los recursos, reposición

y apelación, de los que puede valerse el funcionario sancionado, para pedir que la resolución sea revisada.

Con todo, la jurisprudencia administrativa ha establecido, para el caso de la apelación, que es un requisito primordial que exista un superior jerárquico, lo que ocurre en los servicios desconcentrados. Por lo tanto, cuando la medida disciplinaria es aplicada por el Jefe Superior de un servicio descentralizado no cabe la interposición de este recurso, ya que sólo procede en el supuesto que exista subordinación jerárquica, de la cual carecen, por su naturaleza, esta clase de servicios, pudiendo en ellos operar solamente el recurso de reposición⁷⁷.

En mi opinión, la unívoca interpretación de la Norma Administrativa, es abiertamente discriminatoria, toda vez que impide a algunas personas interponer un recurso de apelación por el solo hecho de que el Jefe Superior del Servicio que les aplicó la sanción, lo es de un Servicio descentralizado. Esto, escapa a toda racionalidad, sobre todo si, en este contexto, consideramos que el ejercicio de su derecho a recurrir depende única y exclusivamente de la posición orgánica de su superior.

Ante este panorama, el Contralor General de la República, ha sugerido una enmienda legislativa en el sentido de restablecer el recurso de apelación ante la Contraloría General de la República, tal como lo contemplaba el anterior Estatuto Administrativo –DFL 338 de 1960-, respecto de los procedimientos disciplinarios instruidos en los Servicios Públicos, a fin de cautelar en su integridad la garantía constitucional del debido proceso y los derechos del empleado, velando por la imparcialidad, independencia y juridicidad de los actos de la Administración del Estado⁷⁸.

⁷⁷ Dictamen de la Contraloría General de la República número 28497/05.

⁷⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Op. Cit. Pág. 563.

Conclusión.

Luego de lo expuesto en las páginas precedentes y dados los estándares procesales mínimos que deben existir en los procedimientos administrativos sancionatorios, podemos establecer que estos se cumplen mayormente, mas no íntegramente, tal como se ha desarrollado en este apartado, donde si bien podemos apreciar un esfuerzo del legislador, en orden a cumplir con aquellos, aún existen ciertos temas no puestos al corriente del devenir jurídico internacional en la materia.

Es decir, el Estatuto Administrativo ha recogido, sólo en general, el mandato constitucional de establecer las garantías de un proceso racional y justo, en la determinación de las responsabilidades administrativas en el marco de un procedimiento disciplinario.

Pero aún existen temas donde el Estado debe hacerse cargo, a saber: respecto de los plazos que limitan al afectado su derecho a ser oído y en la preparación de su defensa; sobre la falta de mención expresa de la presunción de inocencia y su resguardo; respecto del mandato constitucional a la ley de arbitrar los medios para obtener, el afectado, una adecuada defensa, la que queda entregada a su propia capacidad de procurársela; y respecto de la apelación, en aquellos casos en que se ha dispuesto que no procede por el hecho de haber sido aplicada la sanción por una jefatura, que a su vez, es el Jefe Superior de un Servicio descentralizado.

4.- RECURSOS Y ACCIONES APLICABLES EN CASO DE VULNERACIÓN O AUSENCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

La doble instancia es un elemento muy importante dentro del concepto de debido proceso en los procedimientos sancionatorios de la Administración que a lo largo de este trabajo hemos ido elaborando.

Así, también, lo ha declarado la propia Contraloría General de la República al señalar que, si bien, el principio de la doble instancia, está consagrado respecto de la investigación sumaria y el sumario administrativo, ello no significa que sea aplicable en todos los procesos llevados a cabo al interior de la Administración, ya que la apelación sólo es admisible en la medida que se cumpla la exigencia de existir un superior jerárquico al que el órgano sancionador esté subordinado. Esta condición no se verifica tratándose de los Servicios Públicos descentralizados por no existir en ellos un vínculo de subordinación jerárquica con el Presidente de la República, sino una relación de supervigilancia a través del Ministerio respectivo, por lo que la Jefatura Superior de esta clase de organismos carece de superior jerárquico, razón por la cual sólo procede el recurso de reposición⁷⁹.

Es decir, según el entender de la Contraloría, este principio no se vulnera a sí mismo, aunque se establezca una exigencia de carácter orgánico que implique la existencia de un superior jerárquico al que el sancionador esté subordinado, porque, no obstante, existan situaciones en que esto no ocurra, siempre habrá al menos un modo de requerir la revisión de las sanciones.

Cabe hacer presente, además, que existe un límite al análisis de la legalidad de la resolución que aplique una medida disciplinaria, la cual está contenida en el artículo 144 del Estatuto Administrativo, y que se refiere a que los vicios del procedimiento no

⁷⁹ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 30095/92, 30984/93, 2190/95, 1182/96, 26677/97 y 2890/98.

van a afectar su legalidad cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario.

Respecto de esto, la Contraloría General de la República ha señalado que se considerarán trámites que tienen una influencia decisiva en los resultados del sumario administrativo, aquéllos cuya omisión priven al afectado de su derecho a defenderse oportunamente, como ocurre con la declaración del inculpado, la formulación de cargos concretos o su formulación tardía, así como la notificación de estos o de la sanción que se pretende aplicar. Y las consecuencias de esto inciden en la imposibilidad de dar curso a la aplicación de la medida disciplinaria.

Por el contrario, ha señalado la Contraloría, que no vician el procedimiento sumarial, por ejemplo, el hecho de haberse ordenado sustanciar por autoridad incompetente, u omitiendo el apercibimiento a recusar al fiscal o actuario, ya que, considera, se tratan de elementos no esenciales del procedimiento, lo mismo la inobservancia de los plazos, los que, en general, sólo traen aparejada para el infractor, responsabilidad administrativa⁸⁰.

A mi entender, la Contraloría General de la República, ha interpretado el texto del artículo 144 del Estatuto Administrativo⁸¹, en el sentido de considerar esencial el vicio del procedimiento que priva al afectado sólo del derecho a defenderse, entendiendo a los demás como no esenciales y, por lo tanto, que no afectan la legalidad de la resolución⁸².

Dicha interpretación, considero, es un tanto sesgada desde el punto de vista del cumplimiento de los estándares internacionales estudiados, en tanto pasa por alto el hecho de que el debido proceso comprende un conjunto de principios que deben ser respetados a lo largo del todo procedimiento, estructurándose éste en un todo

⁸⁰ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 32919/95, 2690/99, 46796/99, 3737/99 y 24414/07, entre otros.

⁸¹ “Artículo 144.- Los vicios de procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario”.

⁸² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Op. Cit. Pág. 569.

armónico, cuyo objetivo es dar al afectado la seguridad de que dicho proceso se va a cumplir paso a paso, del modo establecido en la ley y no sólo tomando en cuenta los vicios que hayan afectado lo decisivo de la resolución y que conlleven una nulidad en el proceso disciplinario, lo que como veremos a propósito del análisis del artículo 160 del Estatuto, también tiene un alcance limitado.

Los recursos pueden clasificarse en nacionales e internacionales. Dentro de los nacionales, y por las razones que más adelante veremos, solo existen dos, el de reposición y el de apelación.

Lamentablemente, entre nosotros, no existe una acción constitucional que dé protección al debido proceso establecido en el artículo 19, N° 3, inciso quinto. El artículo 20 de nuestra constitución, a propósito de la acción de protección, sólo se refiere al inciso cuarto de dicha norma, excluyendo toda posibilidad de recurrir ante los tribunales superiores de justicia para pedir amparo en caso de que dicho derecho sea privado, amenazado o perturbado en su ejercicio.

Respecto de los recursos nacionales, y dada su naturaleza de procedimiento especial, el debido proceso sólo puede protegerse mediante aquellos establecidos expresamente en el Estatuto Administrativo, y no otros, tal como lo ha declarado la propia Contraloría y sin perjuicio de las facultades del órgano contralor para conocer e informar sobre la legalidad del proceso disciplinario en el trámite de la toma de razón del acto administrativo terminal⁸³.

Lo anterior, configura un límite nacional a la protección de un derecho mencionado en el catálogo de la Constitución y de los estándares internacionales sobre la materia, en tanto, no existe en nuestra legislación la posibilidad de que un órgano ajeno a la Administración y, por lo tanto, imparcial, pueda tomar conocimiento de hechos o actos que atenten contra el debido proceso en el marco de un procedimiento disciplinario.

⁸³ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 29208/93, 5150/96, 9471/01.

Por otro lado, del estudio del Estatuto, nos encontramos con una norma que establece la institución del reclamo, la que, como una acción genérica, permite a los funcionarios, como su nombre lo dice, reclamar ante la Contraloría General de la República, por cualquier vicio de legalidad en que incurran los órganos de la Administración y que impliquen la violación de sus derechos estatutarios.

Se encuentra contenido en el artículo 160 y señala lo siguiente:

“Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.

Igual derecho tendrán las personas que postulen a un concurso público para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

La Contraloría General de la República deberá resolver el reclamo, previo informe del jefe superior, Secretario Regional Ministerial o Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. El informe deberá ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud que le formule la Contraloría. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles”.

Sobre el particular, la Contraloría se ha manifestado en el sentido de que en los sumarios administrativos no procede interponer este reclamo porque los procedimientos disciplinarios que los sustentan están suficientemente reglados en todas sus etapas de acuerdo al Estatuto Administrativo, donde existen –continúas– varias instancias en las que los afectados pueden hacer valer sus planteamientos con

el objeto de garantizarles una adecuada defensa y configurar un debido proceso, por lo que no caben otras instancias que las ya mencionadas⁸⁴.

Es decir, al amparo de las normas del Estatuto Administrativo, la Contraloría General de la República, en su jurisprudencia, se ha limitado a su consideración de suficiencia normativa del los procedimientos disciplinarios, pero como hemos visto, la ley interna en algunos aspectos es insuficiente y debe ser suplida por las normas internacionales que al respecto existen.

No obstante, valga el alcance hecho por el mismo Órgano Contralor, en el sentido de abrirse a la posibilidad de considerar los antecedentes de una presentación hecha mediante un reclamo de ilegalidad, al momento de llevar a cabo el trámite de la toma de razón a que están afectos los actos que aplican medidas disciplinarias⁸⁵.

Así, la revisión de los procesos por un órgano imparcial e independiente de aquel que lo sustanció, debe ser una posibilidad siempre abierta en tanto existan las herramientas para aquello, en miras de cumplir cabalmente con los estándares procesales mínimos que deben estar presentes en los procedimientos disciplinarios, quedando como única alternativa, el recurrir a instancias internacionales en busca de la protección a la garantía del debido proceso.

Dentro de los recursos internacionales, destaca aquel que puede presentarse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado que éste sí está normado y protegido en su articulado.

Este emana de lo reglado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos a propósito de las garantías judiciales. Así, en la región, el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos se encuentra en el marco de la Organización de Estados Americanos, cuya Carta fue aprobada en 1948, y en 1969, en la Conferencia de Interamericana especializada en Derechos Humanos (San José de

⁸⁴ Ídem ant.

⁸⁵ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 3634/91, 2190/95, 19763/96 y 15060/01.

Costa Rica), se adoptó la citada Convención o Pacto de San José de Costa Rica, que entró en vigor en 1970, y fue ratificado por el Estado de Chile donde tiene plena vigencia.

La Convención establece en su artículo 33, como organismos componentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos por los Estados Partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y es la Corte la que finalmente conoce de las materias de derechos humanos, la cual, para poder hacerlo, se establece que se hayan agotado los procedimientos establecidos para la resolución del conflicto ante la Comisión, cuya función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, siendo ésta la puerta de entrada al sistema interamericano de protección de derechos humanos, y su llave, el hecho de que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna (artículo 46, letra a) de la Convención).

Los requisitos básicos para la presentación de una petición individual están establecidos en los artículos 44, 45, 46 y 47 de la Convención Americana, y 28, 31, 32, 33 y 34 del Reglamento de la Comisión Interamericana. Estos requisitos, básicamente, son: 1) que los hechos caractericen una violación a la Convención Americana; 2) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna; 3) que la solicitud sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que se haya notificado la decisión definitiva; y 4) que la materia no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

El procedimiento de una petición individual ante la Comisión está compuesto por cuatro etapas: una etapa previa de estudio sobre la tramitabilidad de la petición, la etapa de admisibilidad, la etapa de fondo y la etapa de seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones o, en caso de que se envíe el caso a la Corte, de litigio ante este tribunal. Dictado un informe de fondo conforme al artículo 50 de la Convención, la Comisión debe notificar a los peticionarios sobre su emisión y solicitarles su opinión acerca de presentar o no el caso a la Corte. El actual Reglamento de la CIDH consagra

la presunción de que todos los casos deben ser remitidos a la Corte, salvo de decisión motivada en contrario.

Una vez agotado esto, se puede iniciar ante la Corte el procedimiento, para lo cual debe interponerse una demanda ante la Secretaría de la Corte, la cual en definitiva puede adoptar las medidas que explicita en el artículo 63 de la Convención, a saber:

“1.- Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de estos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2.- En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

Así pues, en el ámbito nacional, los recursos con los que contamos para la protección del debido proceso, en el marco de los procedimientos sancionatorios llevados a cabo al interior de la Administración del Estado, son solamente aquellos establecidos en el Estatuto Administrativo, donde se agotan, tal como lo ha señalado la Contraloría General de la República en distintos dictámenes⁸⁶. Luego de esto, es la vía internacional la última instancia a la cual se podría, formalmente, recurrir.

En todo caso, es lamentable para el objeto del presente estudio, la ausencia de jurisprudencia en este sentido, lo que no quiere decir necesariamente que en nuestro país haya un pleno respeto por el debido proceso administrativo, pues como se le

⁸⁶ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 33336/1, 31606/03 y 36814/05.

llama en estadísticas, hay un área gris en esta materia y que queda circunscrita al ámbito interno de los servicios u órganos regidos por el Estatuto Administrativo.

4.1. Naturaleza del procedimiento recursivo ¿Es reparatorio o correctivo?

Sobre la base de lo ya estudiado podríamos decir que los recursos nacionales son claramente correctivos, pues se enfocan en el procedimiento y cómo este debe llevarse de la mejor forma y siempre apegado a la legalidad, razón por la cual, en caso de haberse vulnerado alguno de los elementos esenciales del procedimiento y que afecten su legalidad, habrá de reabrirse el sumario o investigación en ese preciso momento para continuar con la investigación una vez salvado el vicio de que se trate⁸⁷. De ahí su naturaleza correctiva, porque la idea es siempre llegar al acto terminal en base a un procedimiento totalmente ajustado a la normativa, para dar legitimidad a la sanción aplicada en caso de que se resuelva de este modo.

Los recursos internacionales, en cambio, tienen ambas características, porque, como se vio, la idea es corregir el procedimiento si internamente no se ha hecho; pero si la vulneración es tal, que afecte profundamente las garantías establecidas en la Convención, queda claro que puede aplicar medidas indemnizatorias para el funcionario cuyos derechos han sido transgredidos, en caso de resolverse de ese modo por la Corte.

⁸⁷ Dictámenes de la Contraloría General de la República números 23461/91 y 10483/93

5.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

A lo largo del presente trabajo se ha intentado circunscribir al debido proceso como parte integrante y fundamental del procedimiento administrativo. Es más, para dejar este punto claro e identificado con el marco en el cual se desarrolló el estudio se le llamó el “Debido Proceso Administrativo”, con el claro objetivo de darle a este principio un sentido de pertenencia al campo del derecho dentro del cual se encuadra.

Desde sus orígenes, el debido proceso ha tenido como misión el resguardo de una serie de garantías que permiten que una persona sometida al poder punitivo del Estado, en cualquiera de sus formas, lo haga lo suficientemente protegido en cuanto al ejercicio de aquellos derechos que el sujeto posee cuando se ve enfrentado a estas circunstancias.

Ahora bien, el funcionario público, que en el ejercicio de sus funciones ha atentado contra las prohibiciones y obligaciones que son consustanciales a su labor, puede ser sujeto de un procedimiento administrativo cuyo objetivo es determinar su responsabilidad en el hecho u omisión y, conforme a ello, aplicar una medida disciplinaria en los términos y de la forma como lo ha reglamentado el Estatuto Administrativo.

Claramente, su estatus especial, regulado también por una norma especial, no lo aleja la protección que emana de los principios establecidos en nuestra Constitución y que se han asegurado a todas las personas, principios que deben entenderse como parte del ordenamiento jurídico en su conjunto. Más aún, si normas internacionales, ratificadas por Chile y vigentes, como lo es la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establecen, como un derecho que debe protegerse, el universal principio presente en todo Estado de Derecho, según el cual, nadie puede ser condenado sin ser oído y con las debidas garantías.

Siguiendo este orden de ideas, debe entenderse parte de los procesos sancionatorios al interior de la Administración del Estado el respeto por el debido

proceso, tal como puede desprenderse de la norma estatutaria, lo que se ve manifestado en una serie de reglas siempre presentes en ella y tendientes a asegurar la vigencia de tal principio en cada una de sus etapas.

Así las cosas, para asegurar el respeto a estos derechos, por parte de la autoridad, es preciso que la ley regule “el proceso” a que se someta el ejercicio legítimo del poder y, en esa regulación, que se prevean las formas e instancias de audiencia, de publicidad, de prueba y de defensa de los afectados o interesados. Es lo que configura lo que hemos conocido como “el debido proceso administrativo”, el cual tiene un aspecto sustantivo (reconocimiento del derecho de toda persona a ser respetada en sus libertades) y otro adjetivo (establecimiento de un sistema de normas procesales que aseguren tal derecho). Y para el caso de que la ley no lo haga, como sí lo hace en el Estatuto Administrativo, deben entenderse de todas formas protegidos por el ordenamiento jurídico, pues así se ha establecido en las normas del más alto rango.

Por lo anteriormente expuesto, la noción de debido proceso es aplicable no sólo al proceso judicial, sino que también al procedimiento administrativo, en cuanto aquél conduzca a un acto de la Administración que afecte los derechos que se reconocen a las personas; y en este sentido, los procedimientos administrativos en general, como ya se indicó, han de establecer instancias de audiencia, publicidad y defensa en favor de los administrados o, en el caso que nos interesa, de los funcionarios, consagrando los medios de impugnación de los actos que puedan estimarse lesivos para sus derechos; y, claramente el ser objeto de una investigación, en tanto puede concluir en una sanción, debe apegarse a lo estatuido en nuestra Carta Fundamental y que dice relación con derechos, tales como, la defensa jurídica, la igualdad ante la ley; y, por supuesto, que ésta sea llevada a cabo en el marco de un proceso legalmente tramitado, previo a la sanción y en el que se garantice la justicia y racionalidad de los mismos.

Por su parte, nuestra legislación, ha debido sujetarse a ciertos estándares procesales mínimos para dar cumplimiento a lo preceptuado internacionalmente, en

materia de debido proceso. Y en ese sentido, como vimos, el Estatuto Administrativo ha cumplido sólo en parte con aquellos, dando lugar a ciertas deficiencias en el desarrollo normativo de los procesos disciplinarios, donde aún existen temas, respecto de los cuales, el legislador debe hacerse cargo, a saber: en lo referente a los plazos que limitan al afectado su derecho a ser oído y en la preparación de su defensa; acerca de a la falta de mención expresa de la presunción de inocencia y su resguardo; en relación con el mandato constitucional a la ley de arbitrar los medios para obtener, el afectado, una adecuada defensa, la que queda entregada a su propia capacidad de procurársela; y respecto de la apelación, en aquellos casos en que se ha dispuesto que no procede por el hecho de haber sido aplicada la sanción por una jefatura, que a su vez, es el Jefe Superior de un Servicio descentralizado.

Por todo esto, es que ante la pregunta sobre qué garantías ofrece el debido proceso, se debe responder que, básicamente, este principio exige que todo funcionario que aparezca implicado en una investigación disciplinaria tenga derecho a ser informado oportunamente de su condición de inculcado; a ser oído en sus declaraciones y alegaciones, a que se le dé conocimiento personal de los cargos que se le formulen; a que en general, se le proporcione toda la información debida que no atente contra el secreto o reserva que se disponga para el mejor éxito de la investigación; a ofrecer y producir pruebas; a hacerse representar por profesionales letrados; y a impugnar, mediante los recursos idóneos y ante órganos de jerarquía superior, el acto administrativo que le afecta.

Otro factor, no menor, que salta a la vista en la substanciación de un procedimiento sancionatorio es el subjetivo, pues del otro lado la investigación está el sujeto activo de la misma, el fiscal o investigador, sobre el cual pesa la responsabilidad de llevar a cabo este de un modo objetivo, es decir, atento a todas aquellas circunstancias que configuran la falta, pero también a todas aquellas que pueden atenuar o eximir de responsabilidad administrativa, lo que, en algunos casos, puede poner peligrosamente al investigado a merced de otros factores que pueden influir en su vista y a la larga en la decisión final del sumario administrativo o investigación sumaria.

Por último, y como se mencionó en su oportunidad, sería prudente regular de un modo más bien típico aquellas conductas que implican responsabilidad administrativa, pues las señaladas en el Estatuto Administrativo son de un carácter abierto en cuanto a su interpretación y dejan fuera factores que quedan exclusivamente a criterio del investigador o fiscal. Esto, lo ayudaría bastante, en el sentido de que se convertiría en una guía muy útil para aquellas personas a las que toque esta tarea, pero que carezcan de suficiente criterio jurídico para resolver ciertas situaciones que puedan darse en el curso de la investigación. Ello, por supuesto, en miras de la protección de los derechos del afectado y de que el procedimiento sea correctamente llevado a cabo. Es cierto que esto tiene un costo, tal vez un costo muy alto, pero que en mi apreciación lo vale, desde que se entiende al Estado como uno de los mayores empleadores, del que depende una gran cantidad de personas que velan por su buen funcionamiento para el logro de los objetivos que, en miras del bien común, se ha planteado.

5.1. ¿Progresividad al Interior de la Administración del Estado? El Rol y Herramientas de los Jefes de Servicio y de la Contraloría General de la República.

Una reflexión final, que es necesario hacer, dice relación con la forma como la Administración del Estado cumple, o está en posición de cumplir, con la necesidad de proteger y favorecer el principio del debido proceso en sus procedimientos disciplinarios, en tanto mandato constitucional e internacional.

Así, surge la idea de la progresividad al interior de la Administración del Estado, la que, como lo indica el diccionario de la RAE, está relacionado con la “cualidad de progresivo”, y progresivo es, en palabras del mismo diccionario: “que avanza, favorece el avance o lo procura” y “que progresa o aumenta en cantidad o en perfección”. Así, la idea es, dadas las herramientas jurídicas que actualmente existen, ver cómo pueden todos los órganos y sujetos con capacidad decisoria, contribuir desde sus atribuciones y funciones al respeto del debido proceso como principio siempre presente en los

procedimientos llevados al interior de la Administración en el que se persiga la responsabilidad administrativa de sus funcionarios.

En este orden de ideas, a lo largo del presente trabajo y basándonos fundamentalmente en el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el Estatuto Administrativo de la Ley 18.834, hemos visto cómo el legislador se ha preocupado de establecer ciertas bases que den sustento al resguardo efectivo del Debido Proceso en tanto principio rector del buen ejercicio del poder punitivo del Estado, al interior de éste y en relación con sus funcionarios.

Hemos podido identificar las fases en que se encuentra presente y, también, en aquellas en que su ausencia puede parecer sutil⁸⁸, pero no obstante aquello, deja al funcionario a la merced del investigador, fiscal o autoridad encargada de llevar a cabo el procedimiento o ejecutar la sanción, dado que las facultades discrecionales de estos pueden, en alguna medida, afectar los derechos de los imputados o investigados. En este sentido, esta discrecionalidad puede convertirse en un talón de Aquiles a la hora de administrar justicia al interior de la Administración del Estado, en tanto el órgano persecutor, carece de un marco en el que pueda moverse a la hora de, por ejemplo, sugerir una sanción, ya que no existe una proporcionalidad claramente establecida ni en la ley ni en los dictámenes de la Contraloría al respecto.

De lo anterior, entonces, surge la pregunta sobre cómo se puede garantizar una investigación y un procedimiento justo y racional, y consecuentemente, una sanción justa, en oposición a caprichosa o desproporcionada; y, cómo puede velar la Administración toda para que el desarrollo de sus procedimientos sea realizado al amparo de las normas nacionales e internacionales que rigen la materia y que protegen al funcionario público que ha cometido alguna falta, en el ejercicio de sus funciones, frente al Estado persecutor.

⁸⁸ Por ejemplo, en el caso tratado a propósito de la citación del funcionario y en qué calidad se hace. O en cuanto a la forma como debe apreciarse la prueba por no existir, entre nosotros, un sistema reglado.

La Contraloría General de la República, dentro de sus atribuciones, tal como lo dispone su Ley Orgánica Constitucional, N° 10.366, tiene la de “pronunciarse sobre la constitucionalidad y la legalidad de (...) las resoluciones de los Jefes de Servicio, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo”⁸⁹, lo que se concreta con el trámite de la toma de razón. Así, esta norma ubica a la Contraloría en el tope de las instancias fiscalizadoras, en tanto tiene a su cargo la vigilancia del cumplimiento del Estatuto y, en dicha función, su control ciertamente recae sobre los procesos administrativos sancionatorios, y en especial, en la aplicación de las sanciones, las cuales pasan por un análisis, tal como lo ha indicado la Contraloría en sus dictámenes.⁹⁰ Esto, “porque el control previo de legalidad que constituye la toma de razón de los actos que afinan los sumarios administrativos, tiene por objeto verificar si en estos procesos se ha respetado la ley estatutaria y cumplido las reglas de procedimiento que los regulan”⁹¹.

Por su parte, los Jefes de Servicio cumplen también un rol gravitante en este tema, pero al interior de la Administración y en particular dentro del servicio que encabezan, toda vez que dentro de sus atribuciones, se encuentra la de establecer y ejecutar las políticas relativas al personal del servicio, y una de ellas, por cierto, es la relación de los funcionarios frente a la autoridad ante las faltas que cometan.

En este sentido, por ejemplo, podemos entender que hay progresividad al interior de la Administración del Estado, cuando el jefe de servicio ha tomado conciencia de la necesidad de mejorar la protección de los empleados, en virtud de las normas constitucionales e internacionales tratadas, y ha dispuesto medidas tales como la elaboración de manuales, que se conviertan en documentos oficiales al interior de la repartición que dirigen, y que contengan procedimientos claramente explicados y de acceso general a los funcionarios, ya que cada uno de ellos, eventualmente, puede ser

⁸⁹ Art. 1°, inc. 1° de la Ley 10.366 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

⁹⁰ Entre otros: Ns.Dictámenes de la Contraloría General de la República números 10754/66, 13563/90, 16893/90, 31891/90, 30022/93 y 616/96, entre otros.

⁹¹ Dictamen N° 16893 de la Contraloría General de la República número 16893/90

susceptible de una investigación, sea como investigado o inculpado, sea como investigador o fiscal.

Otra medida que pueden ser adoptadas desde la jefatura es la realización de capacitaciones, sea entregando a los funcionarios herramientas jurídicas, sea poniéndolos en conocimiento de los derechos que les asisten y obligaciones a las que están sujetos en caso de estar en uno u otro lado de la investigación administrativa.

También como se insinuó, un avance necesario en el conocimiento y aplicación de estos derechos y deberes pasa por estructurar los procedimientos de tal forma que su instrucción no quede sujeta sólo al criterio, por ejemplo del investigador o sancionador, sino que haya un marco normativo que lo oriente en su actuar y sobretodo en su decidir. Ello, porque actualmente, la única guía válida para resolver dudas de tipo procedimental o sustantivo son los dictámenes emitidos por la Contraloría, los cuales sientan jurisprudencia y obligan a los órganos de la Administración, pero que en algún punto pueden resultar insuficientes según se vayan presentando nuevas situaciones. A lo anterior, hay que agregar que, en caso de surgir una nueva hipótesis, la que se desee consultar al organismo contralor, su respuesta puede exceder el período establecido para los procesos.

Por supuesto que, en este sentido, la tarea pasa por una serie de ajustes legislativos o reglamentarios al Estatuto Administrativo que, por ejemplo, permitan determinar conductas e infracciones de un modo más bien típico, en vez de casuístico.

Además, podría plantearse la idea de cambiar la estructura del proceso actual, que es inquisitivo y con todas las dificultades que trae aparejadas, empezando por la posición de investigador, acusador y sancionador⁹² radicada de un solo funcionario, y que sólo hace mella en su imparcialidad, por un sistema más acusatorio, en el que estas labores estén claramente definidas y realizadas por entes distintos, de manera

⁹² Si bien dice la ley que la labor del investigador o fiscal concluye cuando sobresee o “sugiere” una sanción, no debe dejarse de lado que generalmente será su sugerencia la que derive en la sanción finalmente aplicada, en virtud del hecho de que se entiende que ha sido designado por su idoneidad y porque tiene un conocimiento absoluto del caso investigado.

tal, que la ecuanimidad esté garantizada al menos en la etapa final de aplicación de la sanción.

Y, como ya vimos, la resolución que aplique una sanción debe necesariamente ser revisada por la Contraloría General de la República quien puede objetar el procedimiento y su decisión final si considera que se ha faltado a lo mandado por la Constitución y las Leyes.

Ciertamente, un cambio tan radical puede implicar un costo para los Servicios, pero se hace necesario si se quiere garantizar en todas las etapas del procedimiento el respeto al debido proceso tal como se ha planteado a lo largo de este trabajo.

Pero, por otra parte, medidas tan simples como eliminar que el investigador o fiscal sugiera la sanción a aplicar, puede hacer esta tarea más cercana al cumplimiento del principio, porque será el jefe superior el que tome la decisión sin antecedente alguno más que el mérito del proceso, y aún consultando a sus propios asesores en caso de que éste, el jefe de servicio, carezca de conocimientos jurídicos, lo que puede ser una circunstancia normal según su especialización y la naturaleza de servicio en el que ejerce su jefatura.

BIBLIOGRAFÍA

- ACTAS, XXXIV Jornadas de Derecho Público. Santiago de Chile. LexisNexis. 2004.
- AGUERREA MELLA, Pedro. “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: Regulación y Nuevo Intervencionismo”. Universidad Santo Tomás. Santiago. Chile. 2005.
- .ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. “El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales”. Editorial Thomson Civitas. Madrid, España. 2008.
- ARAZI, Roland; BARBOSA, M, José Carlos y otros. “Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba”. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Buenos Aires. 2003.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Sentencia Sobre el Debido Proceso Ante la Administración del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos). Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, sentencia de 19 de Septiembre de 2006. Comentario. Revista de Derecho. Vol. XX – N° 1 - Julio 2007.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (Coordinador) “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”. Universidad Austral de Chile. Editorial LexisNexis. Santiago. Chile. 2007.
- CAPPONI GALLETI, Francisco. “El instrumento privado en el derecho civil. Memoria de prueba”. Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción. 1952.
- CHEMERINSKY, Edwin. “Constitutional Law, Principles and Policies”. Aspen Publishers. New York. U.S.A. 2002.
- COBO OLVERA, Tomás. “El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo”. Editorial Bosch. Barcelona. España. 2001.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. “El Debido Proceso Constitucional”. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°36. Santiago. Chile. 2006.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado”. División de Coordinación e Información Jurídica de la Contraloría General de la República, Santiago. Chile. 2008.
- COUTURE, Eduardo. “Obras Completas”. Tomo I “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Punto Lex. Santiago. Chile. 2010.
- EVANS DE LA CUANDRA, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1999.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “El Proceso aragonés de Manifestación y el británico de Habeas Corpus”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1969.
- GAJARDO ORELLANA, Tania y Guerrero Rojas, Samuel, “El Debido Proceso en los Procedimientos Administrativos Sancionadores”, Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago. Chile. 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe. “El procedimiento Administrativo Sancionador”. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. España. 2001.
- GRISWOLD Erwin N., “Introduction”, *The Great Charter. Four Essays on Magna Carta and the History of Our Liberty*, citado por SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel en “La Magna Carta: Realidad Y Mito Del Constitucionalismo Pactista Medieval”, Revista Historia Constitucional N° 10, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, edición online.
<http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/issue/view/12/showToc>
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”. Editorial Porrúa. Ciudad de México. México. 2004.
- LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki. “Las Relaciones de Sujeción Especial”. Editorial Civitas. Madrid. España. 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. “Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción”. Editorial Civitas. Madrid. España. 1994.
- LORENZO, Susana. “Sanciones Administrativas”. Editorial B. de F. Montevideo. Uruguay. 1996.
- MEINS OLIVARES, Eduardo. “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo código de procedimiento penal”. EN: *Ius et Praxis. Derecho en la región. Libertad personal, seguridad individual y debido proceso*. Talca, Chile. Editorial Universidad de Talca. 1999.
- OJEDA OJEDA, Bernardo. “Manual Práctico De Sumarios Administrativos”. LOM Ediciones. Santiago. Chile. 2002.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando. “Estatuto Administrativo Interpretado” Actualizado, Coordinado y Sistematizado. Dos Tomos. Séptima edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2007.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coordinador), “Derecho Administrativo, 120 Años De Cátedra”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Chile. 2008.
- Proyecto de Ley que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios (Boletín 3475-06).
- RODRIGEZ GREZ; Pablo. “El Debido Proceso a la luz de la Ley Chilena”. EN: *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Santiago - Concepción. Chile. 2001.

- SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. La Función Pública. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1999.
- STEIN, Friedrich. “El Conocimiento Privado Del Juez”. Editorial Temis. Colombia. Bogotá. 1988.
- TRAYTER, Juan Manuel. “Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos”. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1992
- VERDUGO M, Mario; PFEFFER U, Emilio; NOGUEIRA A, Humberto. “Derecho Constitucional”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1994.

ANEXO

SENTENCIA SOBRE DEBIDO PROCESO ANTE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS) CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2006

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces*:

Sergio García Ramírez, Presidente;
Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente;
Antônio A. Cançado Trindade, Juez;
Cecilia Medina Quiroga, Jueza;
Manuel E. Ventura Robles, Juez; y
Diego García-Sayán, Juez;

Presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta;

De conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 29, 31, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia.

I. Introducción de la Causa

1. El 8 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile (en adelante “el Estado” o “Chile”). Dicha demanda se originó en la denuncia No. 12.108, recibida en la Secretaría de la Comisión el 17 de diciembre de 1998.

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13

(Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la misma, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

3. Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”. La Comisión indicó que tal negativa se dio sin que el Estado “argumentar[a] una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena”, así como a que supuestamente “no [les] otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información” y “no [les] aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública”.

4. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda. Por último, solicitó al Tribunal que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano.

II. Competencia

5. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención, en razón de que Chile es Estado Parte en la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte ese mismo día.

III. Procedimiento ante la Comisión

[...]

IV. Procedimiento ante la Corte

[...]

V. Prueba

[...]

VI. Hechos Probados

57. Con fundamento en las pruebas aportadas y considerando las manifestaciones formuladas por las partes, la Corte considera probados los siguientes hechos: *El Comité de Inversiones Extranjeras y el mecanismo de inversión extranjera regulado por el Decreto Legislativo N° 600*

57.1 El Decreto Legislativo N° 600 de 1974, con texto refundido, coordinado y sistematizado mediante Decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción No. 523 de 3 de septiembre de 1993, contiene el Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile, el cual es uno de los mecanismos legales para materializar dicha inversión, que otorga determinados beneficios al inversor. Dicho Decreto Legislativo contempla la normativa que rige a “las personas naturales y jurídicas extranjeras, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera”¹. Dicho Decreto regula la celebración de contratos de inversión extranjera, los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros y los regímenes aplicables a éstos, así como las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras y de la Vicepresidencia Ejecutiva ².

57.2 El Comité de Inversiones Extranjeras “es una persona jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, con patrimonio propio, [...] que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”. El Comité se encuentra integrado por: 1) el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, quien preside; 2) el Ministro de Hacienda; 3) el Ministro de Relaciones Exteriores; 4) el Ministro del ramo respectivo cuando se trate de solicitudes de inversiones vinculadas con materias que digan relación con Ministerios no representados en este Comité; 5) el Ministro de Planificación y Cooperación, y 6) el Presidente del Banco Central de Chile³.

57.3 Dicho Comité es “el único organismo autorizado, en representación del Estado de Chile, para aceptar el ingreso de capitales del exterior acogidos al [...] Decreto ley [N° 600] y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos” y se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Para el cumplimiento de sus atribuciones y obligaciones “el Comité [de Inversiones Extranjeras] actuará representado por su Presidente en los casos de [...] inversiones que requieran de[l] acuerdo del Comité, según lo dispuesto en el artículo 16 [de dicho decreto], en caso contrario, actuará representado por su Vicepresidente Ejecutivo”⁴.

57.4 La Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras, para el cumplimiento de sus atribuciones y obligaciones, tendrá las siguientes funciones: a) recibir, estudiar e informar las solicitudes de inversiones extranjeras y las demás que se presenten a la consideración del Comité; b) actuar como órgano administrativo del Comité, preparando los antecedentes y estudios que requiera; c) cumplir funciones de información, registro, estadística y coordinación respecto de las inversiones extranjeras; d) centralizar la información y el resultado del control que deban ejercer los organismos públicos respecto de las obligaciones que contraigan los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en que éstos participen y denunciar ante los poderes y organismos públicos competentes, los delitos o infracciones de que tome conocimiento; e) realizar y agilizar los trámites ante los diferentes organismos que deban informar o dar su autorización previa para la aprobación de las diversas solicitudes que el Comité debe resolver y para la debida materialización de los contratos y resoluciones correspondientes; y f) investigar en Chile o en el extranjero sobre la idoneidad y seriedad de los peticionarios o interesados [5](#).

57.5 El Comité de Inversiones Extranjeras recibe solicitudes de inversión extranjera en Chile a través de su Vicepresidente, a las cuales se adjuntan antecedentes de los solicitantes. Cuando los solicitantes son personas jurídicas, los antecedentes consisten, entre otros, en: nombre o razón social; tipo de sociedad; nombres de principales accionistas y otros antecedentes sociales; domicilio; actividad económica; antecedentes económicos del último año; capital social; patrimonio; utilidades; países en que tienen inversiones; representante legal en Chile; descripción económica del proyecto; sector económico; región de destino de la inversión; empleos nuevos que el proyecto generará; mercado de destino; monto, objeto y composición del aporte; y datos de la sociedad receptora del aporte [6](#).

*Respecto del contrato de inversión para la realización del “Proyecto Río Cóndor”
[...]*

Respecto de la solicitud de información de Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero al Comité de Inversiones Extranjeras y la respuesta a dicha solicitud

57.12 El señor Marcel Claude Reyes es economista. En 1983 trabajó en el Banco Central como asesor del Comité de Inversiones Extranjeras y en la Unidad de Cuentas Ambientales y fue Director Ejecutivo de la Fundación Terram desde 1997 hasta 2003. Dicha organización no gubernamental tiene por finalidad, entre otras, promover la capacidad de la sociedad civil para responder a decisiones públicas sobre inversiones relacionadas con el uso de los recursos naturales, así como “participar activamente en el debate público y en la producción de información sólida científica [...] en relación al desarrollo sustentable en [Chile]” [7](#).

57.13 El 7 de mayo de 1998 el señor Marcel Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, remitió una comunicación al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante la cual indicó que dicha organización se propuso “evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto [Río Cóndor], medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia en el desarrollo del proyecto de explotación Río Cóndor”⁸. En la referida comunicación el Director Ejecutivo de la Fundación Terram solicitó al Comité de Inversiones que suministrara la siguiente información “de interés público”⁹:

- “1. Contratos celebrados entre el Estado de Chile y el Inversionista Extranjero referidos al proyecto denominado Río Cóndor, expresando fecha y Notaría en la que se suscribieron y facilitando copia de los mismos.
2. Identidad de los inversionistas de este proyecto, extranjeros y/o nacionales.
3. Antecedentes que el Comité de Inversiones Extranjeras tuvo a la vista, en Chile y en el extranjero, para asegurar la seriedad e idoneidad de (los) Inversionista(s) y los acuerdos de dicho Comité en que se tuvieron dichos antecedentes por suficientes.
4. Monto total de la inversión autorizada relacionada con el Proyecto denominado Río Cóndor, forma y plazos de ingreso del capital y existencia de créditos asociados a la misma.
5. Capital efectivamente ingresado al país a la fecha, como capitales propios, aportes de capital y créditos asociados.
6. Información que obre en poder del Comité y/o que haya demandado a otras entidades públicas o privadas referida al control respecto de las obligaciones que contraigan los titulares de inversiones extranjeras o las empresas que estos participen y si el Comité ha tomado conocimiento de alguna infracción o delito.
7. Información respecto de si el Vicepresidente Ejecutivo de[el] Comité ha ejercido la atribución que le confiere el artículo 15 bis del D[ecreto Ley Nº] 600, en el sentido de solicitar de todos los servicios o empresas de los sectores público y privado, los informes y antecedentes que requiera para el cumplimiento de los fines del Comité y en el evento que así fuera, poner la misma a disposición de la Fundación”¹⁰.

57.14 El 19 de mayo de 1998 el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras se reunió con el señor Marcel Claude Reyes y con el diputado Arturo Longton Guerrero¹¹. El referido Vicepresidente entregó “una hoja conteniendo tanto el nombre del inversionista, su razón social, como el capital que había solicitado ingresar al país”¹², cuándo se había aprobado el proyecto, cuáles eran las empresas, los flujos de inversiones que se habían hecho hasta la fecha, qué tipo de proyecto era y su localización¹³.

57.15 El 19 de mayo de 1998 el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras remitió al señor Marcel Claude Reyes una comunicación de una página, vía facsimilar, mediante la cual manifestó que “[d]e acuerdo a lo conversado, efectivamente las cifras entregadas sólo corresponden a capital, que e[ra] lo único que se ha[b]ía materializado[, que e]l Proyecto t[enía] autorización para ingresar ‘créditos asociados’ por US\$ 102.000.000 pero no ha[b]ía hecho uso de tal autorización[, y que el capital] autorizado correspond[ía] a un total de US\$ 78.500.000”[14](#).

57.16 Los días 3 de junio y 2 de julio de 1998 el señor Marcel Claude Reyes remitió dos comunicaciones al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante las cuales reiteró su pedido de información, con base en “la obligación de transparencia a que se encuentra[n] sujet[os] los agentes del Estado y el derecho de acceso a [la] información pública tal cual se encuentra contemplado en [la] Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile”. Además, en dichas comunicaciones el señor Claude Reyes indicó que “no se ha[b]ía recibido respuesta por parte de[l] Comité de Inversiones Extranjeras frente a la solicitud planteada” y no realizó indicación alguna sobre la información que ya había sido entregada (*supra* párr. 57.14 y 57.15)[15](#).

57.17 El Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita en la cual fundamentara la denegatoria de entregar la información solicitada en los puntos 3, 6 y 7 del pedido de información original (*supra* párr. 57.13)[16](#).

57.18 En el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*supra* párr. 13), el 30 de junio de 2005 el Estado remitió a la Comisión Interamericana copia de los contratos de inversión extranjera y de cesión relativos al proyecto “Río Cóndor”[17](#).

57.19 El Estado entregó a los señores Claude Reyes y Longton Guerrero, de forma oral o escrita, la información correspondiente a la solicitada en los puntos 1, 2, 4 y 5 del pedido de información original (*supra* párr. 57.13)[18](#).

57.20 El 3 de abril de 2006 el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras en la época en que el señor Claude Reyes presentó su solicitud de información, manifestó durante la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana, *inter alia*, que no suministró la información solicitada:

a) en el punto 3 (*supra* párr. 57.13), ya que “el Comité de Inversiones Extranjeras [...] no entregó antecedentes financieros propios de la empresa teniendo presente que la entrega de aquellos antecedentes iba contra el interés colectivo”, el cual era “el desarrollo del país”. “[N]o podía darse el caso de que las empresas extranjeras que acudían al Comité de Inversiones Extranjeras tuvieran que hacer pública esa forma

información financiera, que podía ser muy relevante para ellos en relación a su competencia y, por lo tanto, ello podría inhibir el proceso de inversión extranjera”. Era una práctica del Comité de Inversiones no entregar a terceros la información financiera de la empresa que pudiera afectarla en su competencia. El Comité y el Vicepresidente definían qué era de interés colectivo;

b) en el punto 6 (*supra* párr. 57.13), dado que “no existía” la información de los antecedentes que podría solicitar el Comité a otras instituciones, y el Comité “no es un organismo de carácter policial”; y

c) en el punto 7 (*supra* párr. 57.13), dado que “[e]l Comité de Inversiones Extranjeras no tenía la función ni la capacidad propia para evaluar cada proyecto en sus méritos, contaba con algo más de 20 funcionarios, y no era tampoco necesario dado que lo que hace el Comité de Inversiones Extranjeras es que autoriza el ingreso de los capitales y el tratamiento de los capitales y hay una institucionalidad propia del país en cada uno de los campos sectoriales”[19](#).

Respecto de la práctica de la Vicepresidencia del Comité de Inversiones Extranjeras sobre entrega de información

57.21 La Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras hasta el 2002 “mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular”, tenía la práctica de no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora[20](#), y consideraba que era de “carácter reservado la información referida a terceros, tales como antecedentes comerciales, propiedad intelectual o industrial, tecnología y en general los aspectos particulares del proyecto de inversión que los inversionistas extranjeros pretendían desarrollar, [...] por tratarse de antecedentes de carácter privado, propios del inversionista, que de hacerse públicos podían lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad”[21](#).

57.22 El 13 de noviembre de 2002 el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción dictó la Resolución Exenta No 113, publicada en el Diario Oficial el 24 de marzo de 2003. Dicha Resolución establece en su artículo 1 que “tendrán el carácter secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público”, enumerando en 5 incisos los supuestos comprendidos por dicha Resolución. Además, en su artículo 2 establece en qué supuestos los actos, documentos y antecedentes tendrán el carácter de secretos o reservados en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés privado de los administrados[22](#).

Respecto de las actuaciones judiciales

57.23 El 27 de julio de 1998 los señores “Marcel Claude Reyes, por sí y en representación de Fundación Terram, Sebastián Cox Urrejola, por sí y en representación de la ONG FORJA y Arturo Longton Guerrero, por sí, y en su calidad de [d]iputado de la República”, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago²³. Dicho recurso se fundamentó en la supuesta violación por parte de Chile al derecho de los recurrentes a la libertad de expresión y de acceso a información en poder del Estado, garantizado por el artículo 19.12 de la Constitución chilena, en relación con el artículo 5.2 de la misma; el artículo 13.1 de la Convención Americana y el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Solicitaron a la referida Corte de Apelaciones que ordenara al Comité de Inversiones Extranjeras que respondiera al pedido de información y pusiera a disposición de las presuntas víctimas la información, en un plazo razonable. En el texto del referido recurso de protección los recurrentes no hicieron referencia a la reunión sostenida con el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, ni a la información que éste les habría proporcionado (*supra* párr. 57.14 y 57.15).

57.24 El artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile regula el recurso de protección, el cual puede ser interpuesto por una persona “por sí o por cualquiera a su nombre” ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando por “causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en determinados numerales del artículo 19 específicamente descritos en el artículo 20. Procederá también el recurso de protección en el caso del número 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. Además, dicho artículo 20 también establece que la referida Corte “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” ²⁴.

57.25 El 29 de julio de 1998 la Corte de Apelaciones de Santiago emitió una resolución, mediante la cual declaró inadmisibile el recurso de protección interpuesto, con base en que de “los hechos descritos [...] y de los antecedentes aparejados al recurso, se desprende que éste adolece de manifiesta falta de fundamento”. Además, la Corte de Apelaciones señaló que tenía presente que “el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales”. La referida resolución no contiene otra fundamentación que la señalada anteriormente, y

se indica que se adopta dicha decisión de “conformidad con lo dispuesto en el No. 2 del Auto Acordado de [la] Excma. Corte Suprema [publicado el] 9 de junio de [1998]”²⁵. 57.26 El Auto Acordado de la Corte Suprema de Chile “sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales” emitido el 24 de junio de 1992, fue modificado por “Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección el 4 de mayo de 1998, publicado el 9 de junio de 1998. En el No. 2 de este último, la Corte Suprema acordó que: “el Tribunal examinará si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisibile desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal”²⁶.

57.27 El 31 de julio de 1998 el abogado de las presuntas víctimas interpuso un recurso de reposición ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual solicitó a dicha Corte “se sirva reponer la resolución de [...] 29 de julio [de 1998 ...] dejándola sin efecto, declarando admisible el [recurso de protección]”²⁷. En dicho recurso, además de exponer los alegatos de derecho sobre la supuesta violación del derecho a acceder a la información solicitada, indicó que dicha resolución no contiene justificación de fondo relacionada con la declaración de inadmisibilidad y “no se condice con lo dispuesto en el No. 2 del Autoacordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección”, el cual dispone que “la declaración de inadmisibilidad deberá ser ‘someramente fundada’”. En dicho recurso el referido abogado señaló que la declaración de inadmisibilidad “importa una violación a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la C[onstitución ...] en relación con el artículo 25 de la Convención Americana” .

57.28 El 31 de julio de 1998 el abogado de las presuntas víctimas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago que firmaron la resolución de 29 de julio de 1998 (*supra* párr. 57.25) y requirió que se dispusiera que “los recurridos informen en el menor tiempo posible, y en definitiva, hacer lugar al mismo, poniendo inmediato remedio al mal que lo motiva, enmendando conforme a derecho la resolución adoptada con falta grave o abuso y adoptando las demás medidas que correspondan de acuerdo a la ley”²⁸.

57.29 El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales establece que el recurso de queja tiene por finalidad “corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario”²⁹.

57.30 El 6 de agosto de 1998 la Corte de Apelaciones de Santiago declaró “no ha lugar a la reposición solicitada”[30](#) (*supra* párr. 57.27).

57.31 El 18 de agosto de 1998 la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de queja interpuesto por el abogado de las presuntas víctimas (*supra* párr. 57.28), con base en que “no se da en la especie el presupuesto de admisibilidad”, dado que la resolución que declaró inadmisibile el recurso de protección (*supra* párr. 57.25), de conformidad con el auto acordado sobre tramitación y fallo de dicho recurso, era recurrible a través del recurso de reposición[31](#).

Respecto del marco jurídico del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y la reserva o secreto de actos y documentos en Chile

57.32 La Constitución Política de Chile en su artículo 19 número 12 asegura a todas las personas “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”[32](#). Dicho artículo también contempla “[e]l 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”[33](#).

57.33 La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 de 1986, vigente en la época de los hechos, no contenía disposiciones que hicieran referencia al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y a los principios de transparencia y publicidad de la Administración. Dicha ley tampoco consagraba un procedimiento para poder acceder a la información que tuvieran los órganos administrativos[34](#).

57.34 El 18 de abril de 1994 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 423, mediante el cual se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, *inter alia*, con el propósito de promover una reflexión informada sobre el tema de la ética pública, involucrando de manera activa a los distintos poderes del Estado y sectores de la ciudadanía. En dicho decreto se enfatizó la necesidad de “modernizar la gestión pública, orientar el desarrollo de sus funciones para el cumplimiento de sus objetivos, mejorando la eficiencia, la productividad y la calidad de las prestaciones que otorgan los servicios públicos”[35](#).

57.35 El 14 de diciembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile la Ley N° 19.653 sobre “Probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado”. La Ley N° 19.653 incorporó los principios de probidad, transparencia y publicidad y fijó el “derecho a recurrir al juez de letras en lo civil”,

solicitando amparo al derecho a requerir por escrito cierta información³⁶. El 17 de noviembre de 2001 se publicó el Decreto con fuerza de ley (DFL) 1/19.653 que fijó el “texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley No. 18.575” (*supra* párr. 57.33). Dicha ley dispuso, *inter alia*, que³⁷:

a) “son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”. La publicidad se “extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto [...] de la Ley [...] sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma”;

b) en caso que la información “no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo”;

c) el jefe del servicio podrá denegar el acceso a la información por las causales estipuladas en la ley, pero denegada la petición por causal distinta de la de seguridad de la Nación o el interés nacional, el interesado tiene derecho a recurrir al Juez de Letras en lo Civil, y contra la sentencia que dicte ese juez se puede interponer el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. En caso de que la causal invocada fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación del requirente deberá deducirse ante la Corte Suprema;

d) si la información requerida puede afectar los derechos o intereses de terceros, éstos tienen la facultad de oponerse a la entrega de los documentos solicitados mediante la presentación de un escrito que no requiere expresión de causa, luego de que se le otorga oportunidad para ello. Aún sin oposición de los terceros, el jefe superior del órgano requerido puede estimar que “la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma”;

e) el jefe superior del órgano requerido debe proporcionar la documentación que se le solicite, salvo que concurra alguna de las causales que lo autorizan a negarse. La negativa debe formularse por escrito y contener las razones que motivan tal decisión. Las únicas causales por las cuales el Estado puede denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos a la Administración son:

- 1) la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias;
- 2) que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;
- 3) la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos;

- 4) que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido; y
- 5) que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.
- f) uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.

57.36 El 28 de enero de 2001 el Ministro Secretario General de la Presidencia promulgó el Decreto Supremo Nº 26, que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, el cual fue publicado el 7 de mayo de 2001. Dicho reglamento establece que para que el órgano administrativo esté en condiciones de entregar la información requerida, ésta debe referirse a actos administrativos o a documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial³⁸ y define lo que debe entenderse por acto administrativo, documento, documento de respaldo, sustento o complemento directo, sustento o complemento esencial y actos o documentos que se encuentran a disposición permanente del público³⁹. Además, el mencionado Reglamento establece que:

- a) son públicos los informes de las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública o empresas cuyo dueño sea el Estado o en que designe dos o más directores de Sociedades Anónimas, en tanto que la documentación requerida corresponda a los informes y antecedentes que dichas empresas proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización; que tales antecedentes e informes sean de interés público; que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa; y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma⁴⁰;
- b) se encuentran a disposición permanente del público, aquellos actos y documentos que han sido objeto de publicación íntegra en el Diario Oficial y que están consignados en el índice que deberá llevar cada servicio⁴¹;
- c) la declaración de reserva o de secreto la realiza el Jefe Superior de Servicio, mediante resolución fundada⁴²;
- d) los actos y documentos de carácter “secreto” serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución. Los actos y documentos de carácter “reservado” serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos⁴³;
- e) “[s]ólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados”, de conformidad con los criterios señalados en el artículo 8 del Reglamento, el cual incorpora dentro del interés público causales de reserva como la defensa, seguridad nacional, política exterior, relaciones internacionales, política

monetaria, entre otros, y dentro del interés privado causales de reserva como expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza, y expedientes médicos o sanitarios, entre otros⁴⁴;

f) los órganos de la Administración del Estado deberán clasificar los actos o documentos conforme a los criterios explicitados, en atención al grado de protección que requieren⁴⁵; y los actos y documentos de carácter “reservado” o “secreto” mantendrán dicho carácter por el plazo de 20 años, a menos que el Jefe de Servicio respectivo lo excluya de estas categorías a través de resolución fundada⁴⁶.

57.37 Después de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 26 que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado (*supra* párr. 57.36), se emitieron aproximadamente 90 resoluciones, otorgando el carácter de secreto o reservados a una serie de actos administrativos, documentos y antecedentes en manos de órganos del Estado⁴⁷.

57.38 El 29 de mayo de 2003 se publicó la Ley N° 19.880⁴⁸ sobre procedimientos administrativos, en la cual se incorporó el principio de publicidad en sus artículos 16, 17 incisos a) y d) y 39. En el artículo 16 se estipula que “salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial”.

57.39 El 4 de octubre de 2004 la Contraloría General de la República emitió el Dictamen N° 49.883⁴⁹, en respuesta a una petición presentada por varias personas y organizaciones, quienes impugnaron la legalidad de 49 resoluciones de declaración de secreto o reserva. Dicho dictamen señaló que “en numerosas resoluciones se excede la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, y que “en diversas resoluciones se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento”. En el referido dictamen la Contraloría señaló que “debe observarse que en distintas resoluciones no se advierte el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos”. Con base en las anteriores consideraciones, la Contraloría ordenó de manera perentoria a todas las reparticiones que “las reexaminen a la brevedad [...] y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento”.

57.40 El 4 de enero de 2005 dos senadores presentaron un proyecto de ley sobre acceso a la información pública⁵⁰. En la exposición de motivos se señaló que “[a] pesar de los esfuerzos legislativos [realizados a través de la Ley de Probidad de 1999 y la Ley No. 19.880 de 29 de mayo de 2003], en la práctica [l]os principios de

transparencia y de acceso a la información pública, se encuentran seriamente limitados, llegando a convertir estas leyes en letra muerta [...], lo cual se debe al hecho que la misma ley de probidad dispone que uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de la administración del Estado, lo que constituye una seria barrera al derecho de acceso a la información pública establecido en la ley”.

57.41 El 26 de agosto de 2005 entró en vigencia la Ley N° 20.050, mediante la cual se realizó una reforma a la Constitución Política de la República. Entre otras reformas sustantivas, incorpora un nuevo artículo 8° que establece que [e]l 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 nacional⁵¹.

La disposición transitoria quinta de la Constitución de Chile establece que “[s]e entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”⁵².

57.42 El 7 de octubre de 2005 el Senado de la República de Chile aprobó al Proyecto de Ley sobre acceso a la información pública que modifica el Decreto con fuerza de ley N° 1 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica sobre Bases Generales de la Administración del Estado, para “alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas [y facilitar] la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos”⁵³. Actualmente dicho proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional.

57.43 El 12 de diciembre de 2005 el Ministerio Secretaría General de la Presidencia emitió el Decreto N° 134, mediante el cual derogó el Decreto Supremo No. 26 de 2001 (*supra* párr. 57.36), con fundamento en que luego de la reforma que introdujo el nuevo artículo 8 de la Constitución (*supra* párr. 57.40) el contenido del referido Decreto “se ha transformado en contrario a la norma constitucional, no pudiendo, por tanto subsistir en el ordenamiento jurídico”⁵⁴.

57.44 El 30 de enero de 2006 el Ministro Secretario General de la Presidencia remitió a diversas autoridades del Estado una comunicación, la cual consiste en una “guía que

describe los criterios y reglas actualmente aplicables en materia de publicidad y acceso a la información administrativa”, dado que, como “consecuencia de la derogación [del Decreto No. 26,] han quedado también derogadas tácitamente todas las Resoluciones dictadas al amparo de dicho Reglamento que establecieron casos de secreto o reserva de actos y documentos de la Administración”[55](#).

57.45 El 15 de febrero de 2006 la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas[56](#) informó a la Corte que “ha tomado iniciativa frente a algunos organismos de la Administración del Estado para exhortarlos, de manera oficiosa, a que den respuesta a las demandas de obtención de información planteadas por particulares y, especialmente, por personas jurídicas sin fines de lucro”. Sin embargo, dicha Comisión informó que en general los resultados han sido “infructuosos por cuanto la legislación vigente en la materia reserva a un procedimiento contencioso administrativo especial [...] la dilucidación del conflicto planteado entre el requirente de la información y el servicio público requerido. [...] Estando pues reservada a la competencia judicial la decisión sobre si procede o no entregar la información pública que el ciudadano demanda, la lógica inclinación de los jefes de servicios ante esta clase de requerimientos es esperar que el tribunal competente se los ordene”, dado que sólo así se “relevará de responsabilidad ante eventuales reclamos de terceros”[57](#).

Sobre las costas y gastos

[...]

VII. Violación del artículo 13 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (libertad de pensamiento y de expresión)

[...]

VIII. Artículo 23 (Derechos Políticos) de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma

[...]

IX. Violación de los artículos 8 y 25 (Garantías Judiciales y Protección Judicial) de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma

108. La Comisión no alegó ninguna violación del artículo 8 de la Convención, pero en cuanto al artículo 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, indicó que:

- a) la falta de un recurso judicial efectivo para reparar violaciones de derechos protegidos por la Convención constituye una violación de la misma. La efectividad del recurso implica que el órgano judicial evalúe los méritos de la denuncia; y
- b) el Estado tiene la obligación de brindar un recurso judicial efectivo ante las presuntas violaciones al derecho de acceso a la información. Chile no otorgó ese

recurso a las presuntas víctimas de este caso, toda vez que “la justicia chilena nunca intentó siquiera superficialmente determinar los derechos de las víctimas”, “ni ha asegurado un mecanismo o un procedimiento adecuado para que una persona pueda acceder a una instancia judicial reguladora independiente y eficaz para garantizar el derecho del acceso a la información de los requirentes”.

109. El representante de las presuntas víctimas presentó sus alegatos sobre las presuntas violaciones a los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, de forma conjunta, por lo que así se resumen a continuación:

a) la Corte de Apelaciones de Santiago no conoció la petición de los recurrentes, sino que la declaró inadmisibile “sin desarrollar en forma alguna el razonamiento para arribar a dicha conclusión”, y ese criterio fue ratificado por la Corte Suprema. Dicha “declaración de inadmisibilidad del recurso impidió que las víctimas fuer[a]n oídas con las debidas garantías para la satisfacción del derecho reclamado”; y

b) en sus alegatos finales señaló que el Estado incumplió lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención, ya que el procedimiento formal de tramitación del recurso judicial para la protección de los derechos fundamentales, contenido en el artículo 20 de la Constitución chilena, no se encuentra incorporado al ordenamiento mediante ley como lo exige la Convención, sino mediante resolución de la Corte Suprema. La práctica del Poder Judicial muestra una aplicación restrictiva de los criterios de admisibilidad de dicho recurso. Solicitó a la Corte que declare que el auto acordado de la Corte Suprema de Justicia que regula el referido recurso “vulnera [los] artículo[s] 8 y 25 de la Convención”.

110. El Estado no se refirió a la supuesta violación del artículo 8 de la Convención Americana, pero en relación al artículo 25 indicó que:

a) el artículo 25 de la Convención “impone al Estado una obligación de medios y no de resultados”. A partir de 1999, Chile cuenta con un recurso de habeas data que ofrece “todas las garantías necesarias para obtener el acceso a la información pública”. Este recurso puede ser interpuesto en cualquier momento, por lo tanto las supuestas víctimas, en caso de negativa de información, pudieron haberlo interpuesto; y

b) las presuntas víctimas, “entre las que se encontraba el Diputado Arturo Longton”, disponían además de otro recurso en el orden interno ante la Cámara de Diputados, el cual pudieron interponer. Anunciaron su interposición, pero nunca lo hicieron a pesar de su efectividad. Mediante este recurso cualquier diputado “podrá solicitar, en el tiempo destinado a los incidentes, informes o antecedentes específicos a los organismos de la Administración del Estado a través de la Secretaría de la Cámara de Diputados”.

Consideraciones de la Corte

111. En cuanto a la alegada violación del artículo 8 de la Convención, esta Corte reitera su jurisprudencia sobre la posibilidad de que las presuntas víctimas o sus representantes invoquen derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión⁵⁸.

112. Como ha quedado establecido en los hechos probados (*supra* párr. 57.12 a 57.17 y 57.23 a 57.30), el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras (en el ámbito administrativo) y la Corte de Apelaciones de Santiago (en el ámbito judicial) adoptaron decisiones en relación con la solicitud de acceso a información bajo el control del Estado realizada por los señores Claude Reyes y Longton Guerrero.

113. En primer término, la Corte analizará si la referida decisión administrativa fue adoptada de conformidad con la garantía de la debida fundamentación protegida en el artículo 8.1 de la Convención. En segundo lugar, el Tribunal determinará si la decisión judicial cumplió con dicha garantía y si, en el presente caso, Chile garantizó el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo consagrado en el artículo 25.1 de la Convención.

1) Aplicación del artículo 8.1 de la Convención respecto de la decisión del órgano administrativo

114. El artículo 8.1 de la Convención señala que: 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.

115. Seguidamente, la Corte analizará si en el presente caso Chile cumplió con la garantía de la fundamentación de la decisión adoptada por el Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, de acuerdo a la cual no se entregó una parte de la información solicitada.

116. El artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁵⁹.

117. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso⁶⁰. El

incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional.

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos⁶¹, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

120. La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁶².

121. Como ha quedado probado (*supra* párr. 57.17), frente a la solicitud de información bajo control del Estado planteada por los señores Claude Reyes y Longton Guerrero, el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras decidió negar una parte de la información. Como ha sido analizado por este Tribunal (*supra* párrs. 88 a 103), la referida decisión que adoptó dicho funcionario afectó negativamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.

122. En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención.

123. Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la autoridad administrativa violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.

2) Aplicación del artículo 8.1 de la Convención respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago y Derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo consagrado en el artículo 25.1 de la Convención

124. El artículo 25.1 de la Convención señala que: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la [...] Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

125. El artículo 2 establece que [s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

126. La Corte ha establecido que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana⁶³.

127. El Tribunal ha señalado que el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la misma, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)⁶⁴. Por ello, el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención.

128. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley⁶⁵.

129. La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos⁶⁶. La

inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión⁶⁷.

130. La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte⁶⁸. Los Estados Partes en la Convención tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de dicho recurso efectivo.

131. Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad⁶⁹, en los términos de aquél precepto. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁷⁰. Esta Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente⁷¹.

132. En el presente caso los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de julio de 1998 (*supra* párr. 57.23), con fundamento, *inter alia*, en que “la conducta omisiva del Comité de Inversiones Extranjeras” afectaba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 12 (“libertad de emitir opinión y de informar”) de la Constitución Política, “en relación con el artículo 5° inciso 2 de la misma⁷² y los artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que por su intermedio se configura[ba] una omisión arbitraria en el acceso a información pública, no permitida por el ordenamiento jurídico que inhabilita a los recurrentes [...] a efecto[s d]el control social sobre los órganos de la Administración del Estado”.

133. El referido recurso de protección se encuentra contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política, el cual puede ser interpuesto por una persona “por sí o por cualquiera a su nombre” ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando por “causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” establecidos en determinados numerales del artículo 19 de la Constitución (*supra* párr. 57.24).

134. Al pronunciarse sobre dicho recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto (*supra* párr. 57.25).

135. En primer término, este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada. La Corte de Apelaciones de Santiago únicamente señaló que adoptaba tal decisión con base en que de “los hechos descritos [...] y de los antecedentes aparejados al recurso, se desprende que éste adolece de manifiesta falta de fundamento”. Además, la Corte de Apelaciones señaló que tenía presente que “el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales”, sin desarrollar ninguna consideración al respecto.

136. La referida resolución judicial no contiene otra fundamentación que la señalada anteriormente. La Corte de Apelaciones de Santiago no realizó ni la más mínima indicación respecto de las razones por las que se “desprend[ía]” de los “hechos” y “antecedentes” del recurso su “manifiesta falta de fundamento”. Tampoco realizó una evaluación respecto de si la actuación de la autoridad administrativa, al no entregar una parte de la información solicitada, guardaba relación con alguna de las garantías que pueden ser objeto del recurso de protección, o si procedía algún otro recurso ante los tribunales ordinarios.

137. El Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo.

138. Respecto de la alegada violación del artículo 25 de la Convención, Chile se limitó a señalar que “los peticionarios ejercieron el recurso de protección de las garantías constitucionales sin obtener los resultados apropiados a sus pretensiones”, y explicó las reformas realizadas a partir de noviembre de 1999 que, *inter alia*, establecieron un “recurso [judicial] específico en materia de acceso a la información”.

139. La Corte considera que en el presente caso Chile no cumplió con garantizar un recurso judicial efectivo que fuera resuelto de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención y que permitiera que se resolviera el fondo de la controversia sobre la

solicitud de información bajo el control del Estado, es decir, que se determinara si el Comité de Inversiones Extranjeras debía o no dar acceso a la información solicitada.

140. La Corte valora los esfuerzos realizados por Chile en 1999 al crear un recurso judicial especial para amparar el acceso a la información pública. Sin embargo, es preciso indicar que las violaciones en el presente caso ocurrieron antes de que el Estado realizara tal avance en su legislación, por lo que no es de recibo el argumento del Estado de que las presuntas víctimas de este caso “pudieron haberlo interpuesto”, ya que no se encontraba consagrado en la época de los hechos de este caso.

141. La Corte considera como víctimas a las tres personas que interpusieron el recurso judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quienes son los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, ya que no obstante este Tribunal ha determinado que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión solamente de Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero (*supra* párrs. 69-71 y 103), correspondía al órgano judicial chileno pronunciarse en caso de que no hubiere lugar al recurso respecto de alguno de los recurrentes por motivos de legitimación activa.

142. Con base en lo expuesto, el Tribunal concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, al no garantizarles un recurso sencillo, rápido y efectivo que les amparara ante actuaciones estatales que alegaban como violatorias de su derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

143. Asimismo, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibile el recurso de protección no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola.

144. La pretendida violación a los artículos 8 y 25 de la Convención respecto de la regulación del procedimiento formal de tramitación del recurso judicial para la protección de los derechos fundamentales (*supra* párr. 109.b), no fue alegada por el representante en su debida oportunidad procesal. Sin embargo, la Corte estima necesario recordar que la regulación de la tramitación del recurso a que se refiere el artículo 25 de la Convención debe ser compatible con dicho tratado.

X. Reparaciones

Aplicación del artículo 63.1 de la Convención

Obligación de Reparar

[...]

Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

C.1) Solicitud de información bajo el control del Estado

157. En cuanto al argumento sostenido por Chile ante este Tribunal en el sentido de que ya no existe interés en la entrega de la información dado que el Proyecto “Río Cóndor” no se realizó, es preciso señalar que el control social que se buscaba con el acceso a la información bajo el control del Estado y el carácter de la información solicitada son motivos suficientes para atender al requerimiento de información, sin que deba exigirse al requirente que acredite una afectación directa o un interés específico.

158. Por lo tanto, debido a que en este caso el Estado no ha entregado una parte de la información solicitada y tampoco ha emitido una decisión fundamentada respecto de la petición de información, la Corte considera que el Estado, a través de la entidad correspondiente, debe entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto.

159. Si el Estado considera que no correspondía al Comité de Inversiones Extranjeras procurar una parte de la información que fue solicitada por las víctimas de este caso, deberá explicar fundamentadamente por qué no dio la información.

C.2) Publicación de las partes pertinentes de la presente Sentencia

160. Como lo ha dispuesto en otros casos, como medida de satisfacción⁷³, el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, los párrafos 69 a 71, 73, 74, 77, 88 a 103, 117 a 123, 132 a 137 y 139 a 143 de la presente Sentencia, que corresponden a los capítulos VII y VIII sobre las violaciones declaradas por la Corte, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma. Para esta publicación se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.

C.3) Adopción de las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado

161. La Corte también estima importante recordar al Estado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, si el ejercicio de los derechos y

libertades protegidos por dicho tratado no estuviere ya garantizado, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

162. La Corte valora los importantes avances normativos que Chile ha emprendido en materia de acceso a información bajo el control del Estado, que se encuentra en trámite un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, así como los esfuerzos realizados al crear un recurso judicial especial para amparar el acceso a la información pública (*supra* párr. 57.35).

163. Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (*supra* párr. 64). Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.

C.4) Realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos sobre el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado

164. En el presente caso la autoridad administrativa encargada de resolver la solicitud de información de los señores Claude Reyes y Longton Guerrero observó una actitud vulneratoria del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado. Al respecto, este Tribunal observa con preocupación que diversos elementos probatorios aportados al expediente de este caso coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información.

165. La Corte considera que el Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información (*supra* párrs. 77 y 88 a 101).

D) Costas y Gastos

[...]

E) Modalidad de Cumplimiento

[...]

XI. Puntos Resolutivos

174. Por tanto,

LA CORTE DECLARA,

Por unanimidad, que:

1. El Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 61 a 103 de la presente Sentencia.

Por cuatro votos contra dos, que:

2. El Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, con respecto a la decisión de la autoridad administrativa de no entregar información, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 114 a 123 de la presente Sentencia. Disienten el Juez Abreu Burelli y la Jueza Medina Quiroga.

Por unanimidad, que:

3. El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, con respecto a la decisión judicial del recurso de protección, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 124 a 144 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

4. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación, en los términos del párrafo 156 de la misma.

Y DECIDE,

Por unanimidad, que:

5. El Estado debe, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto, en los términos de los párrafos 157 a 159 y 168 de la presente Sentencia.

6. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, los párrafos 69 a 71, 73, 74, 77, 88 a 103, 117 a 123, 132 a 137 y 139 a 143 de la presente Sentencia, que corresponden a los capítulos VII y VIII sobre las violaciones declaradas por la Corte, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma, en los términos de los párrafos 160 y 168 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información, en los términos de los párrafos 164, 165 y 168 de la presente Sentencia.

9. El Estado debe pagar a los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, en el plazo de un año, por concepto de costas y gastos, la cantidad fijada en el párrafo 167 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 167 y 169 a 172.

10. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 173 de la presente Sentencia.

El Juez Abreu Burelli y la Jueza Medina Quiroga hicieron conocer a la Corte su Voto Disidente conjunto sobre el punto resolutive segundo. El Juez García Ramírez hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente Razonado sobre el punto resolutive segundo.

Dichos votos acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 19 de septiembre de 2006.

Sergio García Ramírez
Presidente

Alirio Abreu Burelli
Cecilia Medina Quiroga

Antônio A. Cançado Trindade
Manuel E. Ventura

Robles Diego García-Sayán

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Sergio García Ramírez
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO DISIDENTE DE LOS JUECES ALIRIO ABREU BURELLI Y CECILIA MEDINA QUIROGA

1. Lamentamos disentir de la decisión de la Corte de aplicar el artículo 8.1 a la decisión del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras de negar una información a las víctimas de este caso (ver párrafos 115 a 123 de la sentencia). El artículo 8.1 consagra el derecho a ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter”. Esta disposición busca proteger el derecho de los individuos a que se resuelvan con la máxima justicia posible, las controversias que se susciten

entre dos partes, sean ellas particulares u órganos del Estado y se refieran ellas a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos. Esta disposición es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho. Estimamos que su importancia no puede ser trivializada aplicándola a situaciones que, en nuestra opinión, no pueden ser objeto de esta regulación.

2. Es presupuesto para la aplicación de este derecho que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que éste no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular. Producida la negación de un derecho la Convención crea a través del artículo 8 el derecho para las personas de que un órgano con las características que dicha disposición señala resuelva la controversia, es decir, el derecho a que se inicie un proceso, donde las partes que discrepan puedan, *inter alia*, argumentar en su favor, presentar pruebas, objetar al contrario.

3. Es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso. Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no son un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. Transformar la secuencia “petición-negativa” en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables para el peticionario en términos de dificultades y plazos. Significaría, a su vez, exigir para casos no penales la obligación de dos procedimientos jurisdiccionales, uno que regule la petición de la información y otro que revise su denegación, lo que no es una obligación de los Estados que emane de la Convención.

4. El hecho de que el artículo 8.1 se aplica a los procesos que determinan (y no que afectan) derechos u obligaciones y que se abre cuando un acto del Estado ha afectado un derecho, aparece claramente establecido por la Corte en los precedentes que cita en este fallo. En el caso del Tribunal Constitucional, en el que se examinaba la aplicación de una sanción de destitución de las tres víctimas por parte del Poder

Legislativo (párr. 67), parte por sostener en su considerando 69 que, a pesar de que se titula “Garantías Judiciales”, la aplicación del artículo 8.1 no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que constituye “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Agrega que el ejercicio del poder sancionatorio del Estado “no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención (párr. 68). En el considerando 71 enfatiza que “si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo”, agregando que, en consecuencia, la expresión “juez o tribunal competente” exigible para la “determinación” de derechos, se refiere “a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. La Corte concluye este razonamiento sosteniendo que “cualquier órgano del Estado que ejerza *funciones de carácter materialmente jurisdiccional*, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

Esto significa que el artículo 8 se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular. Acorde con su posición, la Corte, en el caso del Tribunal Constitucional, procede a examinar si la destitución de los jueces, presuntas víctimas en el caso, cumplió con todos y cada uno de los requisitos que este artículo exige, tales como la imparcialidad, independencia y competencia del órgano como el derecho de defensa del afectado (considerandos 74, 77, 81-84).

5. En el caso Baena, la Corte tiene esta misma posición, siendo la naturaleza del asunto semejante, pues se trataba también del ejercicio del poder sancionatorio del Estado (ver considerandos 124 y 131). En el caso Bronstein, el considerando 105 repite el párrafo 171 de la sentencia del Tribunal Constitucional y establece como fundamento de la violación del artículo 8, los impedimentos que se le habían puesto a la víctima para defenderse, tales como no informarle de la pérdida de su expediente, no permitirle reconstruirlo, no comunicarle los cargos de que se le acusaba ni permitirle que presentara testigos (considerando 106). En el caso Yatama, la Corte repite su posición de que el artículo 8 se aplica a las “instancias procesales” (párrafo 147); sostiene que en el caso el Consejo Supremo Electoral ejercía funciones jurisdiccionales, no sólo por las actuaciones que realizó en ese caso sino porque la propia normativa nicaragüense describía esas funciones como jurisdiccionales (párrafo 151).

6. Nada de esto corresponde al caso que se examina. El acto que afectó el derecho del señor Claude Reyes y otros fue la negativa de un funcionario de permitir a un particular el acceso a una información; el proceso mediante el cual se reclamó de esta negativa fue el del recurso de protección y es por eso que hemos concurrido con la Corte a encontrar una violación del artículo 25, puesto que el tribunal de apelación chileno no cumplió con la norma mínima de toda resolución judicial, la de ser fundamentada.

7. Esta conclusión, sin embargo, no implica dejar el derecho de solicitar el acceso a una información al libre arbitrio del Estado. El derecho de petición a la autoridad, consagrado de manera general en los ordenamientos jurídicos de los países de la región y ciertamente en Chile (artículo 19, No. 14 de la Constitución Política de Chile) exige una respuesta del Estado, que debe ser, en las palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “clara, pronta y sustancial”⁷⁴. El derecho de petición no tendría sentido ni efecto útil si no exigiera esto del Estado. La falta de esta respuesta al señor Claude Reyes y otros ha constituido, en nuestra opinión, una violación al derecho constitucional de petición y, como esta petición era la de acceder a una información, reconocida en la Convención Americana como parte del derecho a la libertad de expresión, viola a ésta.

Alirio Abreu Burelli
Juez

Cecilia Medina Quiroga
Jueza
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ PARA LA SENTENCIA
DICTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL
CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2006**

1. En un cuarto de siglo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha debido explorar el sentido y alcance de numerosos derechos y libertades contenidos en la Convención Americana. Esta relectura del ordenamiento internacional, a la luz del objeto y fin del tratado –que se concentran en la tutela más amplia de los derechos humanos– y bajo el apremio de circunstancias renovadas, ha llevado a precisar evolutivamente el significado de los preceptos convencionales sin extraviar el rumbo de la Convención ni alterar su signo fundamental. Por el contrario, éstos se han afirmado y fortalecido. La relectura de los textos –característica de los tribunales constitucionales

en el sistema nacional y de los tribunales convencionales en el internacional– permite mantener al día la tutela de los derechos y responder a las novedades que aporta el desarrollo en las relaciones entre el individuo y el poder público.

2. Así adquiere vigencia el concepto sustentado por la Corte Interamericana, informada en este extremo por la jurisprudencia europea, cuando afirma que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el (...) artículo 29 (de la Convención Americana), así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

3. Desde luego, nada de esto implica que el tribunal ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquella, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor. En esta dirección ha marchado la jurisprudencia interamericana, gobernada por las disposiciones suscritas en 1969, en las que ha sabido encontrar, generalmente, el significado actual y pertinente para enfrentar y resolver las condiciones de cada nueva etapa. Abundan los ejemplos de este desarrollo.

4. Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión –esencial para la tutela de los derechos humanos– con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes –en múltiples vertientes– lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio.

5. Si el destinatario de la tutela que ofrece la Convención y el aplicador de ésta se detienen en la letra de las expresiones, conforme fueron escritas hace varias décadas, limitará la expectativa de protección –aquél– y la posibilidad de otorgarla –éste– a los supuestos de juicio formal seguido ante los órganos judiciales. En efecto, el artículo 8º

alude a garantías “judiciales”, y en seguida se refiere a un “juez o tribunal”. Sin embargo, este alcance limitado sería notoriamente insuficiente, hoy día, para alcanzar los objetivos que se ha propuesto el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si las garantías provistas por el artículo 8º, que gobierna los más relevantes asuntos de la tutela procesal, se contrajeran al desempeño de los órganos judiciales, quedaría en desamparo la definición de derechos y libertades que se realiza por otras vías, formalmente distintas de la judicial, pero materialmente cercanas a ésta en cuanto sirven al mismo fin: definir derechos y fijar deberes.

6. Por ejemplo, en diversos países la solución de las controversias entre la Administración Pública y el ciudadano se encomienda a los órganos judiciales; en otros, se entrega a órganos localizados fuera del Poder Judicial, bajo rubros jurisdiccionales o administrativos. En algunos Estados, la investigación de los delitos y la decisión sobre el empleo de la vía penal, una vez establecidos ciertos datos de hecho y derecho, queda en manos de una autoridad administrativa, el Ministerio Público –que ciertamente no es juez o tribunal–, mientras en otros se confía a jueces de instrucción, que tienen aquella naturaleza formal y material. Algunas decisiones trascendentales sobre afectación de propiedades, definición de derechos entre miembros de distintos sectores sociales, responsabilidad de servidores públicos y medidas de protección de niños y adolescentes (diferentes de las que son consecuencia de la violación de la ley penal) se han depositado en instancias judiciales, pero otras –que implican privación de derechos y sujeción a deberes– quedan a cargo de instancias de carácter diferente. Las experiencias nacionales históricas y contemporáneas permitirían agregar nuevos y abundantes ejemplos.

7. La jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito del debido proceso, la tutela judicial, las garantías procesales o la preparación y el ejercicio de la defensa de los particulares –expresiones que coinciden en una sola preocupación– ha desarrollado en sentido progresivo –invariablemente garantista– los datos del debido proceso. Esa jurisprudencia ha establecido, de esta forma, lo que denominé la “frontera actual del procedimiento” (*Voto razonado a la Opinión Consultiva OC-16*), que se mueve como resulta necesario, sin capricho ni aventura, para ajustar la defensa de los seres humanos frente a requerimientos emergentes.

8. Así, la Corte ha establecido que el derecho del detenido extranjero a ser informado acerca de la asistencia consular que puede recibir –un derecho que no se plantea frente a órganos judiciales– constituye un derecho dentro del marco del debido proceso; que las garantías previstas en el proceso penal –contempladas en el párrafo 2 del artículo 8º– son igualmente aplicables al procedimiento administrativo, en tanto éste implica, como aquél, una expresión del poder sancionador del Estado; que los derechos estatuidos en favor del inculcado en el ámbito penal deben ser atraídos,

igualmente, a otros órdenes del procedimiento, en cuanto resulte aplicable a éstos, etcétera.

9. Todo ello –y desde luego me percató de que se trata de hipótesis de distinto signo, pero vinculadas por un mismo hilo conductor– pone de manifiesto una sola orientación tutelar que se identifica por el propósito de que las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales, cualesquiera que aquéllas y éstos sean, satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad.

10. En el *Caso Claude Reyes* he sostenido que la decisión del órgano administrativo que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, constituyó un acto de definición de derechos –en la especie, el derecho de buscar y recibir determinada información, en los términos del artículo 13 del Pacto de San José– en cuya emisión no se observaron ciertas garantías previstas en el artículo 8º de la misma Convención. Esta inobservancia determinó que además de la afectación del artículo 13, sobre libertad de pensamiento y expresión, declarada por unanimidad de los integrantes de la Corte Interamericana, se presentase una vulneración del artículo 8º, a juicio de la mayoría, no seguido por dos integrantes de la Corte, por cuyo parecer tengo el mayor aprecio. De ahí que me permita expresar, en consecuencia de ese aprecio que me merecen mis colegas –lo mismo cuando coinciden que cuando difieren–, mis puntos de vista personales en un cotejo de opiniones legítimo y constructivo.

11. Obviamente, en la etapa administrativa de sus gestiones, los solicitantes de información no se encontraban dentro de un proceso judicial seguido ante un juez o tribunal, sino intervenían en un procedimiento administrativo desarrollado ante una autoridad de esta naturaleza. Sin embargo, ésta se hallaba obligada –en mi concepto– a actuar dentro del mismo cauce previsto por el artículo 8º, en todo lo que resultase pertinente y aplicable, en la medida en que su decisión definiría el derecho de los solicitantes.

12. La necesidad de atender las exigencias del artículo 8º no deriva, a mi entender, del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la naturaleza de la función que ésta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano que comparece ante ella, esgrimiendo el derecho que considera tener y aguardando la decisión fundada que debe recaer a la pretensión que manifiesta.

13. La decisión de aquella autoridad administrativa podía ser combatida ante un órgano judicial –como en efecto se intentó– para que éste dispusiera en definitiva, y la garantía

del artículo 8.1 de la Convención era claramente aplicable al mencionado órgano judicial. Sin embargo, también es cierto que la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que éstas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial. En rigor, es preciso observar las garantías en todas las etapas, cada una de las cuales lleva, de manera provisional o definitiva, a la determinación de los derechos. El control que la última etapa promete al particular, no justifica que en la primera –cualquiera que sea, técnicamente, su encadenamiento– se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibirlas posteriormente.

14. Considero, en fin, que las garantías del artículo 8º, en el sentido que encuentra en ellas la actual jurisprudencia de la Corte, no se aplican solamente al juicio o proceso, sino al procedimiento del que depende, como he señalado reiteradamente, la definición de derechos y deberes. De nuevo subrayo que esa aplicabilidad tiene el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento correspondiente. Por ello me refiero al deber de fundamentación y no a todos y cada uno de los deberes abarcados en el artículo 8º, tanto literalmente como a través de los renovados alcances que ha establecido la jurisprudencia interamericana.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario