



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

## DESMITIFICAR EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Alumno:

NICOLÁS LAUTARO ROSSELOT ALARCÓN

Profesor Guía:

RAÚL LETELIER WARTENBERG

Tesis escrita en el marco del Proyecto FONDECYT N° 1161037 a cargo del profesor Raúl  
Letelier Wartenberg.

Santiago – Chile

2018

## **Agradecimientos**

A mi familia y amigos, por escucharme y quererme. Especialmente a Carmen, Amelia, Fabiola y a mi abuela, Anneliese.

# Índice

Agradecimientos .....	2
<b>I. Marco teórico.</b> .....	4
<b>II. El origen de la cuestión.</b> .....	5
<b>III. La importancia de los conceptos.</b> .....	8
<b>IV. El debido proceso.</b> .....	10
4.1. Origen y evolución del ¿concepto? debido proceso. ....	10
4.2. Contenido del debido proceso.....	12
<b>V. El procedimiento administrativo.</b> .....	15
5.1. Garantistas. ....	16
5.1.1. Mecanismo de garantía de los afectados.....	17
5.1.2. Componer intereses y legitimar decisiones.....	19
5.2. Eficiencia y eficacia en los asuntos administrativos.....	22
5.2.1. Mecanismo de orden, celeridad y eficacia en la actividad administrativa. ....	23
5.2.2. Presupuesto necesario del control judicial.....	25
<b>VI. El debido proceso en el procedimiento administrativo.</b> .....	27
6.1. Subprincipios del debido proceso.....	32
6.1.1. Principio de presunción de inocencia.....	34
6.1.2. Derecho a defensa.....	40
6.1.3. Síntesis. ....	42
6.2. La imparcialidad con que debiese actuar la Administración en el procedimiento administrativo. .....	44
6.2.1. La doctrina de la Administración realizando funciones jurisdiccionales.....	44
6.2.2. La doctrina de la actividad meramente administrativa. ....	46
6.3. La aplicación del debido proceso produce ineficiencia.....	52
6.4. El rol garantista que pueden jugar los recursos administrativos.....	57
6.5. La relación funcional entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo.....	60
<b>VII. Conclusiones.</b> .....	70
<b>Bibliografía</b> .....	73

## **I. Marco teórico.**

“Esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, que ella tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares”<sup>1</sup>. Así se leía el fallo en el caso Blanco, hito fundante del derecho administrativo, pronunciándose por primera vez sobre el estatuto de responsabilidad aplicable para un caso en que el Estado había ocasionado daño a un particular. Esta frase ilustra un tema que cruza al derecho administrativo: el problema de determinar qué reglas le son propias.

Según la mayor parte de nuestros autores y autoras nacionales, el debido proceso se trata en derecho penal, en derecho civil, en derecho administrativo. Pero respecto de este último procede un trabajo de desmitificación. Eso es lo que responde este trabajo: ¿es aplicable el debido proceso al procedimiento administrativo? La respuesta debiese ser negativa por cuanto el debido proceso, propio del proceso jurisdiccional, no es aplicable al procedimiento administrativo, en función de sus específicos fines y naturaleza.

De esta forma, el siguiente trabajo analizará el origen de la discusión en torno a las garantías penales en el derecho administrativo, para luego revisar la importancia de contar con conceptos determinados al momento de hablar acerca de los fenómenos jurídicos. En tercer lugar, hablaremos del debido proceso, luego del procedimiento administrativo, para finalizar con el análisis del primero en el segundo. En esta última etapa nos centraremos en el trabajo de desmitificar la aplicación del debido proceso en el procedimiento administrativo. Para finalizar, veremos las conclusiones a las que nos ha llevado el estudio en cuestión.

---

<sup>1</sup> Long, Weil y Devolve (2000). P. 1.

## II. El origen de la cuestión.

Las sanciones administrativas y las penas penales han sido objeto de comparación durante un buen tiempo a esta parte. Las opiniones al respecto básicamente han sido dos: por un lado, una parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que a las sanciones administrativas se les aplican las garantías penales por cuanto ambos tipos de sanciones provienen del mismo *ius puniendi* propio del Estado (teorías cualitativas). Mientras que la otra parte de la doctrina ha sostenido que ambas sanciones pertenecen a ramas del derecho distintas, a saber: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, no existiendo esta conexión ontológica entre sanciones (teorías cuantitativas). En este sentido, la aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo no es otra cosa que una de las consecuencias de aplicar las garantías penales a las sanciones administrativas. Dicho de otro modo, es una aplicación de la comprensión de las teorías cuantitativas a la fase procesal del derecho administrativo.

El presente acápite tiene por objeto responder algunas preguntas como, por ejemplo, cuáles son los lineamientos generales de las teorías del *ius puniendi* y las de la independencia ontológica de manera comparativa. También responder acerca de cuál es la base legal o jurisprudencial sobre la que se sustentan estas teorías.

Los partidarios del “igual origen ontológico” temen una Administración robusta, que pueda vulnerar los derechos de los ciudadanos. Requieren de un Estado controlado y austero, temiendo las experiencias comparadas de entes burocráticos poderosos que terminan asfixiando los grupos intermedios y la iniciativa privada. En este sentido, Soto Kloss ve en la ejecutoriedad de los actos administrativos “una desmesura y prepotencia [que] parece propia de quien ejerce un poder absoluto, sin límites, al modo del tirano romano imperial [...] o del monarca borbón/francés o tudor/inglés, o de un sátrapa turco, o para no remontarse a épocas pasadas a la Rusia soviética, o a la Cuba castrista de hoy mismo”<sup>2</sup>.

Con todo, no todas las visiones son tan radicales y algunos simplemente quieren resguardar la debida igualdad de los administrados. En ese sentido, Cordero Vega sostiene que las “bases” del procedimiento administrativo busca fijar y controlar las garantías básicas de los ciudadanos frente a la actividad administrativa, comunes a todos los órganos de la Administración, para

---

<sup>2</sup> Soto Kloss (2005). P. 98.

“asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas”<sup>3</sup>. Por tanto, frente a la Administración, los administrados deben tener un conjunto de garantías que los protejan. Así, llamaremos a esta corriente la de los “garantistas”.

En la otra vereda se ubican quienes abogan por la “desconexión ontológica” entre sanciones penales y administrativas. Desde este frente, los autores creen que la Administración debe realizar sus fines en forma eficiente y eficaz, ya que se concibe al derecho administrativo como una ciencia de dirección. A este grupo de autores llamaremos los “eficientistas”.

Nos situamos en esta segunda corriente de autores por algunas razones ideológicas que es importante transparentar. Así, por ejemplo, luego del golpe de Estado en Chile, se instauró un modelo neoliberal en que surgen mitos como las bondades de la autorregulación, la conveniencia de la libertad absoluta de los grupos intermedios o de cómo el mercado es apto para satisfacer todas las necesidades en una comunidad, cuestiones que debiesen ser al menos cuestionadas. En ese sentido, “la regulación es necesaria debido a que los costos y beneficios sociales y privados, y por tanto los incentivos, están mal alineados”<sup>4</sup>. Tampoco creemos en un Estado subsidiario, ya que ello responde a una interpretación originalista, aunque se nos haya enseñado que tiene consagración constitucional. Se nos ha dicho que el Estado es un ente encargado de las tareas que los particulares no podían o no querían asumir. En este contexto, y luego del fracaso de la desregulación, el Estado vuelve a hacerse cargo de tareas de supervisión, fiscalización y corrección de mercados con fallas estructurales o la prestación de servicios básicos para las personas, faltando mucho aún para considerarnos un Estado garante de derechos sociales básicos para el pueblo.

En síntesis, la discusión doctrinaria y jurisprudencial se puede resumir como el desencuentro entre garantistas y eficientistas. Veamos entonces cuáles son los argumentos de una y otra corriente.

En 1996, el TC pronunciaría que los principios del orden penal contemplados en la Constitución deben aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, ya que

---

<sup>3</sup> Cordero (2015). P. 329

<sup>4</sup> Stiglitz (2010). P. 15.

ambos “son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>55</sup>. Diez años más tarde diría que dicha aplicación debe realizarse “con matices”<sup>56</sup>.

Ahora bien, el siguiente punto en discusión dice relación con un argumento de índole constitucional. El artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR), establece que “[t]oda 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”.

Del precepto citado, los garantistas han argumentado que, al sancionar, los órganos de la Administración lo que hacen es ejercer jurisdicción. Por lo tanto, al hacerlo, y mediante un procedimiento administrativo de por medio, deben contemplar las garantías que resguardan la función jurisdiccional. Más específicamente, las garantías que resguardan la función jurisdiccional en sede penal. Entre otras instituciones, nos encontramos con el debido proceso.

Del mismo precepto, los eficientistas arguyen que los órganos administrativos no ejercen una función jurisdiccional en la substanciación de un procedimiento administrativo sancionatorio. Por tanto, no debiese aplicarle a su respecto las garantías de la función jurisdiccional. Esto será tratado con mayor profundidad más abajo.

Ahora bien, nos topamos en este ámbito, como en muchos ámbitos del derecho, con conceptos que son bastante difíciles de dimensionar. Así, el *ius puniendi* y el debido proceso parecen ser instituciones incluso metajurídicas. A partir de esto surge la necesidad de hacer un análisis respecto de la utilidad de estos conceptos para el entendimiento y aplicación del derecho, cuestión que expone Silvia Díez Sastre.

---

<sup>55</sup> STC, Rol N°244 de 1996.

<sup>56</sup> STC, Rol N°479 de 2006.

### III. La importancia de los conceptos.

La autora plantea que poca importancia se le ha dado al estudio de los conceptos dogmáticos. Analiza que la abstracción es utilizada como herramienta para ofrecer soluciones a problemas jurídicos con cierto grado de generalización. Este grado de generalización serviría para: (1) otorgar coherencia, pudiendo prever la solución a cierto tipo de casos, lo que es una garantía de igualdad frente al derecho; y (2) racionalizar recursos, ya que permite predecir fenómenos y simplificar la toma de decisiones<sup>7</sup>. Por tanto, vemos que los conceptos interesan tanto a los garantistas por la igualdad frente al derecho como a los eficientistas por la racionalización de recursos.

Sin embargo, la confianza en las abstracciones podría llegar demasiado lejos y olvidar la realidad que le sirve de sustento. Esta concepción de un sistema jurídico con una estructura cerrada, auto referente y suficiente era idónea en una sociedad moderna, donde la idea suprema era el derecho subjetivo, en clave individualista. Además, “en el Derecho Público se pasa de una perspectiva del control a una nueva perspectiva de dirección y análisis de la eficacia del Derecho, que no puede articularse en torno a conceptos cerrados de aplicación binaria [...] La realidad jurídica exige concreción, dinamismo y elasticidad, frente al culto a la abstracción y rigidez decimonónicas”<sup>8</sup>.

Esto no significa que debemos abandonar la formación de conceptos, pero sí redefinirlos en clave de una dogmática jurídica renovada. Estos conceptos dogmáticos son, en lo que atañe a esta tesis: (1) generalizaciones o simplificaciones de la realidad con un grado de abstracción óptimo, por ejemplo, para aplicar un régimen jurídico determinado; (2) están suficientemente penetrados por el derecho, el que puede modular el contenido del concepto; (3) tienen un grado de precisión suficiente como para ordenar la realidad fuera o dentro del concepto, ya que los conceptos imprecisos son disfuncionales<sup>9</sup>.

Sobre el “concepto” debido proceso cabe preguntarse, por tanto, ¿tiene un grado de abstracción óptimo, como para aplicarse al procedimiento administrativo? ¿puede el derecho modular el concepto o es más bien un concepto “independiente”? ¿sirve para ordenar la realidad

---

<sup>7</sup> Díez Sastre (2014) Pp. 107 a 108.

<sup>8</sup> *Ibid*, P. 116.

<sup>9</sup> *Ibid*. Pp. 124 a 125.



o es demasiado impreciso? Para responder lo anterior debemos primeramente repasar el origen y la evolución del llamado debido proceso.

## IV. El debido proceso.

### 4.1. Origen y evolución del ¿concepto? debido proceso.

Couture, en su libro “fundamentos del proceso civil”, realiza un análisis histórico del debido proceso que podríamos resumir a grandes rasgos de la siguiente manera: en un primer término, el instituto propiamente tal surge en Inglaterra; luego, sería recogido en la quinta enmienda de la constitución estadounidense con su ratificación como parte de la *Bill of Rights* en el año 1791; y, finalmente, por la influencia de Estados Unidos, llega a las constituciones americanas y de otras partes del mundo.

En un primer término, diremos que el debido proceso se vincula con el derecho de petición. El derecho de petición sería el género y la acción civil sería la especie. Luego, cuando el reclamo formulado a la autoridad alcanza la esfera jurídica de un tercer sujeto de derecho, se formula la excepción. La justicia se desplaza hacia el demandado con el aforismo *auditur altera pars*, permitir a la otra parte ser escuchada, que constituye el principio del proceso llamado alteralidad o bilateralidad. Lo que se da al demandado es la eventualidad de la defensa, el contenido de la defensa podrá o no ejercerse<sup>10</sup>.

Este aforismo de *auditur altera pars* ya existía en el derecho clásico, pero es con la Carta Magna inglesa, del 15 de junio de 1215, por el rey Juan sin tierra de Inglaterra, que adquiere sus verdaderos significados políticos. Sus dos garantías principales tenían características procesales, a saber: (1) la garantía del juez competente, que no puede ser otro que el juez natural, el del fuero del demandado; y (2) la garantía de la ley preestablecida, que es aquella a la cual el individuo adecúa su conducta.<sup>11</sup>

Posteriormente, este concepto netamente procesal de la ley de la tierra o *law of the land*, se hace genérico en las primeras constituciones de Estados Unidos, en los términos del *due process of law*. Se pasa del juicio de los pares y de la ley de la tierra al derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente, respectivamente. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurrió en el mundo anglosajón, la inclusión de estas reglas procesales en

---

<sup>10</sup> Íbid. Pp. 35 a 36.

<sup>11</sup> Íbid. P. 36 a 38.

las constituciones de los países de la esfera continental tiene una existencia relativamente reciente, ya que “la generalidad de las Constituciones continentales, hasta antes de la primera mitad del siglo XX, no advirtieron la necesidad de incluir en el catálogo de derechos fundamentales, junto a las garantías sustanciales de libertad de los ciudadanos, algunas garantías específicas de contenido procesal”<sup>12</sup>.

Con todo, la enmienda V de la constitución norteamericana (“...nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”), fue el modelo que luego adoptarían casi todas las constituciones del mundo y, en especial, las americanas. Como explica Couture, “[l]a garantía del debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desarrollado en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario”<sup>13</sup>.

Y se trata de un “proceso”, y no un mero “procedimiento”, ya que “[u]n procedimiento, en el estilo que se da a esta palabra en el derecho policial, en ciertas ramas del derecho administrativo, o, aun, en el derecho judicial propiamente dicho al referirse a la jurisdicción voluntaria, no constituye garantía para nadie”<sup>14</sup>. Esto último nos parece una exageración, como veremos seguidamente, pero como dice el propio Couture “[e]l objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa. Los actos administrativos irreversibles para la administración pueden ser siempre revisados en la verificación jurisdiccional de los actos de ella”<sup>15</sup>.

Para Julián López, en cambio, la evolución del debido proceso se remonta a la Carta Magna Inglesa de 1215, aunque el principio mismo aparecería recién un siglo más tarde, en Inglaterra. Con todo, el rol protagónico del debido proceso lo podemos ver mediante su incorporación, en 1791, en la Quinta Enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos, y su mayor importancia viene recién en su incorporación a la Decimocuarta Enmienda, que rezaba en su sección 1: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado dictará ni hará cumplir ninguna ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a ninguna persona de su vida,

---

<sup>12</sup> Bordalí (2003). P. 251.

<sup>13</sup> Couture (2003). Pp. 38 a 39.

<sup>14</sup> Íbid. P. 43.

<sup>15</sup> Couture (2003), p. 43.

libertad o propiedad sin el debido proceso de ley; ni negará a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”<sup>16</sup>.

Mientras que en Estados Unidos el mayor desarrollo del debido proceso se dio a nivel jurisprudencial, la recepción de dicha cláusula en el derecho chileno se plasmó en la Constitución de 1980, en su artículo 19 N°3 inciso 5° donde se establecía que “[t]oda 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 racional y justo”. La intención de los redactores de la Constitución era que fuese un principio que abarcara múltiples garantías judiciales y que disciplinara la creación de nuevas leyes, evitando incorporar la discusión que ya se había dado a este respecto en Estados Unidos<sup>17</sup>.

Visto algo de la evolución histórica del debido proceso, debemos determinar, si acaso ello fuese posible, qué constituye o qué abarca el debido proceso.

#### 4.2. Contenido del debido proceso.

El debido proceso no puede ser considerado un concepto dogmático, en el sentido que se explicaba más arriba, por cuanto es un principio propiamente dicho. Como principio, el debido proceso incluiría una serie de derechos y garantías para las personas que sean partes en un proceso penal como civil, por lo que se puede analizar desde esta doble perspectiva. Sin embargo, el principio que se ha querido integrar al derecho administrativo sancionador proviene del proceso penal. Por lo tanto, en lo que sigue revisaremos cómo ha sido tratado el principio del debido proceso para terminar con un análisis de qué ha dicho la doctrina al respecto.

En el plano del derecho internacional, se ha dicho que la garantía del debido proceso está consagrada en el Pacto San José de Costa Rica, que en su artículo 8° establece una serie de garantías judiciales para las personas, como la de “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

---

<sup>16</sup> López (2006), pp. 182 y ss.

<sup>17</sup> Íbid, p. 190.

cualquier otro carácter”, así como “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En el plano nacional, como se ha interpretado en la doctrina y jurisprudencia nacional, el debido proceso tiene consagración constitucional. La recepción constitucional del *due process of law* está plasmada en el artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, como se ha dicho.

Bordalí, hablando del debido proceso en sede civil, considera que “el derecho a un debido proceso habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse [...] el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, entre otros contenidos.”<sup>18</sup>. La bilateralidad, contradicción, igualdad e imparcialidad del juzgador son las características que definen un debido proceso. Argumentaremos que ninguna de dichas características tiene lógica en el procedimiento administrativo.

En materia penal, la doctrina ha enunciado algunos de estos derechos y garantías, como son: (1) un juez predeterminado por la ley; (2) un juez independiente e imparcial; (3) la defensa jurídica y la asistencia letrada; (4) la asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas; (5) a ser asistido por un defensor público, por parte del imputado; (6) el asesoramiento gratuito por un traductor o intérprete, por parte del imputado; (7) la bilateralidad de la audiencia; (8) el debido emplazamiento; (9) la igualdad entre las partes; (10) presentar e impugnar pruebas; (11) obtener una resolución motivada sobre el fondo; (12) la aplicación del principio de congruencia penal; (13) revisión judicial por un tribunal superior, incluyendo este último el derecho a la doble instancia el derecho a la orden de no innovar.<sup>19</sup>

Otros autores sostienen que limitar el contenido del debido proceso va en contra de la esencia misma de este principio, es decir “[l]a idea de debido proceso muestra un fenómeno

---

<sup>18</sup> Bordalí (2003). P. 258.

<sup>19</sup> Contreras y García (2013). Pp. 238 a 241.

jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha sido definido con precisión absoluta, de modo tal que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del derecho”<sup>20</sup>.

Antes de entrar a hablar de la presunta aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo, debemos delimitar de qué trata el procedimiento mencionado y ver qué funciones le ha atribuido la doctrina.

---

<sup>20</sup> Marioni, Pérez y Núñez (2010). P. 30.

## V. El procedimiento administrativo.

El artículo 63 N°18 de la Constitución establece que “Sólo son materias de ley: 18) Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”. En virtud de dicho mandato constitucional se dicta la ley 19.880 que “establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (en adelante, LBPA) en mayo de 2003.

Considerando esta ley, debemos individualizar el procedimiento administrativo al que hacemos referencia y ver cuáles son las funciones que la doctrina le ha atribuido al mismo.

Respecto al procedimiento administrativo en sí, la ley citada, en su artículo 18, inciso 1°, lo describe de la siguiente manera: “[e]l procedimiento administrativo es 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”.

La Corte Suprema ha dicho que “[l]o relevante es que las leyes de bases establecen reglas y principios básicos que se deben aplicar de forma imperativa, sirviendo no solo para llenar vacíos legales en materias carentes de regulación expresa, sino que además deben orientar cualquier interpretación de normas ambiguas relacionadas con la materia regulada por ellas. En efecto, las leyes de bases de procedimientos administrativos, son generales, cuestión que se cumple en la Ley N°19.880, pues establece un régimen básico que se aplica a toda la Administración”<sup>21</sup>. Por lo tanto, las leyes de bases tendrían una doble función: (1) integrar vacíos de la legislación especial; e (2) interpretar las normas contenidas en los procedimientos especiales.

Cordero Quinzacara discrepa de esta posición. Ya que “una ley es de *bases*, en la medida que establece los principios y normas fundamentales que rigen a todo procedimiento administrativo. Por su parte, es *supletoria* en la medida que se aplica en el caso que no exista una regulación o norma en un procedimiento administrativo especial. En buenas cuentas, si fuese una ley supletoria tendría un carácter general y no básico.”<sup>22</sup>

El mismo autor sostiene que “en Chile no contamos con una Ley general sobre Infracciones y Sanciones Administrativas, de manera que la regulación de la potestad

---

<sup>21</sup> Sentencia Rol N°62.128-2016.

<sup>22</sup> Cordero (2018). P. 47.

sancionadora de la Administración se encuentra fragmentada en diversos textos legales en torno a materias específicas, como ocurre con el sector sanitario, ambiental, tributario, aduanero, laboral, financiero, etc. A su vez, esta regulación fragmentada condujo en un comienzo a la ausencia de unidad en la forma de afrontar los aspectos sustantivos y de procedimiento por parte del legislador, dando cuenta de la falta de una política represiva coherente, que permitiera coordinar el sistema punitivo administrativo con el ámbito penal”<sup>23</sup>. Sin embargo, como explica el mismo autor seguidamente, “la entrada en vigencia de la Ley N°19.880 ha permitido contar no solo con un procedimiento administrativo general, sino que también con un conjunto de principios que inciden directamente en los procedimientos administrativos especiales, dentro de los cuales se encuentran los procedimientos sancionadores”<sup>24</sup>.

Al procedimiento administrativo se le atribuyen diversas funciones desde la doctrina. En palabras de Soto Kloss “suelen clásicamente indicarse dos facetas típicamente diferenciadas que caracterizan al procedimiento administrativo: Una, la faz garantística, y que le viene de la idea misma de ser un procedimiento, idea largamente monopolizada por la jurisdicción: Procedimiento = conjunto de medios destinados a asegurar la efectividad de los derechos de las personas; pero esta misma idea ha venido también a mostrar la faz de “eficacia” en la acción, al regularla racionalmente por medio de normas tendientes a un fin y con unidad de afecto”<sup>25</sup>.

Por lo tanto, y siguiendo con la idea del autor, realizaremos una distinción entre la garantía, que serviría de sustento para los “garantistas” y la eficiencia, que sería la bandera de lucha de los “eficientistas”, pero es más probable que nos encontremos con un “garantista” puro que con un “eficientista” puro.

### 5.1. Garantistas.

Podemos decir que, en general, detrás de todas las ideas garantistas se encuentra la concepción de que el procedimiento administrativo debe ser un instrumento para evitar que la actividad de la Administración se torne arbitraria. En este sentido, Cordero Vega sostiene que “[b]ien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En

---

<sup>23</sup> Cordero (2018). P. 35.

<sup>24</sup> Cordero (2018). P. 36.

<sup>25</sup> Soto Kloss (2016). P. 117.



efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle es menester la existencia de un sistema que implique garantías de respeto e independencia de su gestión, así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad; es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente.”<sup>26</sup> Sostiene también que “las formas tienen por objeto amparar a las personas frente a la actividad de la Administración y con el indiscutible propósito que esa actividad se vuelva arbitraria y se cause un daño ilegítimo”<sup>27</sup> Para el autor, el procedimiento administrativo serviría como medio de seguridad jurídica y daría sustento a las decisiones de la Administración, materializando el interés público al caso concreto, gestionando los intereses de los ciudadanos y transformándose, así, en un sistema de garantía de derechos.<sup>28</sup>

En ese sentido, una ley de bases como es la LBPA tendría por objeto establecer y regular las garantías mínimas de los administrados frente a la actividad administrativa, garantías que deben regir a todos los órganos administrativos. De esta forma, el procedimiento administrativo representaría un sistema que busca incorporar cautelas y garantías a los administrados en los casos en que sus derechos puedan verse afectados por la actividad de la Administración.

Esta diversidad de actividades heterogéneas que constituyen las tareas de la Administración, estarían regidas por una diversidad de funcionalidades, cristalizadas todas ellas en el procedimiento administrativo común.

#### *5.1.1. Mecanismo de garantía de los afectados.*

Dentro del garantismo, nos encontramos con que algunos autores creen que el procedimiento administrativo es un mecanismo de protección de los derechos e intereses de los particulares, que pondría fin al secreto y evitaría la arbitrariedad. Se señala que la única posibilidad de llevar a cabo este fin sería dándole la posibilidad al administrado, que posiblemente será afectado por las cargas que le impondrá la Administración, de exponer su propio punto de vista. En otras palabras, el administrado debe tener el derecho a defensa material al interior del procedimiento. Por tanto, el principio que regiría en esta materia es el principio *audi alteram partem*

---

<sup>26</sup> Cordero (2015). P. 528.

<sup>27</sup> Ibid.. P. 327.

<sup>28</sup> Ibid.. P. 327.

o prohibición de resolver *inaudita parte*. Como ya se ha dicho, esta garantía estaría consagrada a nivel constitucional, en su artículo 19 N°3.

La idea que se encuentra detrás de esta función garantista es la de que los afectados por los actos administrativos dictados por la Administración se encontrarían en una situación de desprotección frente a este Estado ejerciendo su *ius puniendi*. El garantismo en sede de procedimiento administrativo viene a compensar los defectos de la protección de los derechos de los ciudadanos en una sede judicial *a posteriori*: la protección judicial vendría luego de que el acto administrativo ya ha producido todos sus efectos sobre los particulares, se trataría de una protección lenta donde los jueces tienen poca voluntad para suspender el acto y los administrados que tienen una sentencia favorable luego tienen dificultades para hacer cumplir lo resuelto por un juez. “[F]rente a las diversas fallas que la protección jurisdiccional ha ido demostrando tener, es que aparece necesario, conveniente, utilísimo, el procedimiento administrativo, como un complemento eficaz y a veces indispensable, para asegurar el respeto y la integridad de los derechos de los administrados.”<sup>29</sup>

Cordero Quinzacara señala que “el procedimiento constituye el mecanismo a través del cual se hacen efectivas un conjunto de garantías respecto de las personas que son objeto de alguna imputación y eventual sanción por parte de la autoridad administrativa”<sup>30</sup>, pero hace un “matiz”, al agregar un elemento de la función pública, ya que argumenta que el procedimiento administrativo sancionador tiene una doble función, ya que “es garantía del interés general que supone el ejercicio de todo poder público y, por otra, es una garantía de los derechos individuales de los particulares que pueden hacer efectivo a través del mismo”<sup>31</sup>.

Para Moraga, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial cuando se hacía referencia a la relación entre el individuo y el Estado, era únicamente para señalar qué cargas pesaban sobre el primero para con el último. Sin embargo, luego de dicho acontecimiento, se puede hablar de los derechos que las personas pueden hacer valer ante la Administración. Por tanto, desde ese momento cobra relevancia el procedimiento administrativo, como una forma de interacción entre autoridad y administrados, pudiendo estos últimos ser garantizados en sus derechos.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Soto Kloss (2016). P.

<sup>30</sup> Cordero (2018). P. 35.

<sup>31</sup> Cordero (2018). P. 36.

<sup>32</sup> Moraga (2009). P. 331.

### *5.1.2. Componer intereses y legitimizar decisiones.*

Se ha dicho que el procedimiento administrativo debería tener en cuenta la realidad en la que van a proyectarse los efectos jurídicos del acto administrativo terminal. Para que el procedimiento administrativo cumpla cabalmente esta misión, debe tener en cuenta los diferentes intereses en juego. Esto sólo puede lograrse si la resolución emitida por el órgano es imparcial y objetiva, cumpliendo así el mandato de la LBPA (art. 11).

El conocer los diversos intereses que están en juego sólo es posible mediante un procedimiento administrativo contradictorio, contrastando posiciones, argumentos y conocimientos de los diversos afectados por la decisión administrativa. De esta forma, el interés público abstracto que debe perseguir la Administración (imposible de definir para todos los casos a nivel legal) deja de ser abstracto y se concretiza mediante el procedimiento administrativo<sup>33</sup>. Sin embargo, dicha “composición” de intereses, significando la idea de ajustar un interés público a los intereses privados, no puede ser tomado como una máxima del procedimiento administrativo. Si bien los intereses privados deben ser adecuadamente considerados y ponderados para la dictación de un acto administrativo terminal, eso no implica que se deba perder de vista que la confrontación de dichos intereses privados se hace con el fin de asegurarse de que la consecución del interés público específico que se debe a la potestad pública no sea impedida por distintos obstáculos de intereses privados. No implicarían los actos de la Administración una resolución de contiendas entre partes, sino que únicamente cerciorarse de que no existan obstáculos al fin propio de la Administración, que es el interés público en juego.<sup>34</sup>

En el mismo sentido, Soto Kloss opina que el procedimiento administrativo debiese tener un fin de colaboración solidaria. Antiguamente, la invocación de la soberanía podía implicar que la Administración imponga sus actos a los ciudadanos, teniendo estos que soportarlos como un mal necesario. Sin embargo, hace bastante tiempo, con la asunción del Estado de su papel preponderante en lo económico y social, ha venido asumiendo tareas que afectan al ser humano en lo más vital de su existencia. Estas decisiones no pueden ser impuestas si no existe un mínimo de adhesión ciudadana, por lo tanto, la mejor manera de lograr la eficacia

---

<sup>33</sup> Ibid.. Pp. 345.

<sup>34</sup> Íbid. P. 331.

y obediencia de los actos administrativos es permitir que los afectados intervengan en el procedimiento y puedan aportar su punto de vista. Esto permitiría el desarrollo del ser humano en toda su plenitud, integrando a las tareas realizadoras del bien común a las personas directamente interesadas, logrando una síntesis integradora entre el bien común y el bien particular, administración y administrado, autoridad y ciudadano. Para la mayor eficacia en su acción de servicio, se dirige a la racionalidad del hombre y si lo integra a una tarea común “parece natural que esté asociado, que colabore, que no sea ajeno, a su propio bien como miembro de la comunidad”<sup>35</sup>.

El catedrático y ex rector de la Universidad de Madrid durante la dictadura franquista, Segismundo Royo-Villanova, creía que crear el Derecho procesal administrativo, parecido al judicial, tenía el fin de proporcionar a los particulares que acuden ante la Administración en defensa de sus derechos, la misma seguridad que ofrece el derecho procesal judicial cuando se acude ante los tribunales de justicia. La obligación del apego a ciertas formas es una garantía de que el resultado se ajustaría a derecho. La más eficaz de estas garantías, sería, según el autor, la colaboración que podrían prestar las personas que puedan ser afectados en sus derechos u obligaciones con el acto administrativo terminal.<sup>36</sup>

El profesor Jaime Jara opina que el procedimiento administrativo constituiría el medio en que los ciudadanos puedan participar de las decisiones que puedan afectarles. Esto, sobre todo en sectores donde la Administración debe gestionar competencias donde confluyen variados intereses y objetos, muchos de los cuales tienen carácter colectivo o naturaleza difusa. Así, podría reconocerse “una verdadera tendencia a la “democratización procedimental” que permite al ciudadano intervenir directamente en el proceso de gestación de las decisiones administrativas que lo afectaran.”<sup>37</sup>

Esta garantía encontraría justificación incluso a nivel constitucional, a través del llamado principio de participación consagrado en su artículo 1º que establece el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. De esta forma, las decisiones de los órganos de la administración dejarían de ser vistas como decisiones de expertos y pasarían a ser decisiones de políticas públicas con importancia

---

<sup>35</sup> Op cit. Pp. 232 y ss.

<sup>36</sup> Royo (1949). P. 64.

<sup>37</sup> Jara (2013). Pp. 47 y ss.

para la comunidad que gozan de legitimidad social. La calidad de interesado en la decisión administrativa no sólo recae sobre el sujeto que goza de un derecho susceptible de ser afectado, sino que también puede ser un titular colectivo.

Cabe reseñar en este punto lo que señala el profesor Jaime Jara respecto del rol que jugó la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en el origen de los principios formativos del procedimiento administrativo. Señala el profesor que “resulta ser el derecho de petición, como garantía fundamental, la institución que sirve de reducto y base primaria para la procedimentalización de la actividad administrativa”<sup>38</sup>. Estos principios derivan de razonamientos de la Contraloría de los elementos esenciales del ejercicio de derecho de petición, como también del examen de legalidad de diversos procedimientos especiales, todo esto con anterioridad a la dictación de la LBPA. Entre dichos principios se encontrarían algunos como la imparcialidad; el debido proceso; la gratuidad; la economía procedimental, entre otros. En definitiva, la regulación del derecho de petición, donde sí tiene importancia cuestiones como democratizar la actividad de los órganos del Estado, tuvo una influencia en la regulación de los principios que informan el procedimiento administrativo.

Como ya se adelantó, no se puede considerar que el procedimiento administrativo sirva para “sintetizar” intereses privados e intereses públicos, teniendo como resultado una suerte de interés híbrido, que incluye los intereses privados en el acto decisorio de la autoridad. En realidad, el fin sería lograr dictar un acto administrativo terminal, siguiendo los requisitos procedimentales del procedimiento administrativo, pero asegurándose que los intereses privados no constituyan un impedimento para lograr dicho interés público. No se constituye el procedimiento administrativo como una suerte de parlamento donde todos los interesados concurren a mostrar sus puntos de vista y entre ellos, la Administración deba encontrar el interés público particular para una situación dada. Es la Administración la encargada constitucional y legalmente para resolver cuál es el interés general que debe ser protegido en el sector de su competencia y en lo cotidiano, resolver que los intereses privados no sean un obstáculo para dicha consecución.

En síntesis, el procedimiento administrativo serviría como una importante garantía para los administrados frente a la administración, ya que sería una instancia de deliberación donde da

---

<sup>38</sup> Jara (2013). P. 70.

a conocer su punto de vista, generando un nuevo interés general, pero para el caso concreto. Como consecuencia de lo anterior, permitiría a la administración tomar una decisión que tenga una legitimación democrática, al momento de que el acto administrativo sea informado a los administrados y por tanto produzca todos sus efectos jurídicos.

## 5.2. Eficiencia y eficacia en los asuntos administrativos.

Al análisis descrito anteriormente ha respondido la doctrina de los eficientistas. Por ejemplo, en el caso del llamado derecho administrativo sancionador, estos autores han visto como el mismo “ha sido víctima de una hipersensibilidad hacia la vertiente garantista de los derechos de los infractores, que convive con una deliberada insensibilidad hacia los intereses públicos. Como explica Nieto, ello se debería al paso de un derecho administrativo al servicio de la eficiencia y eficacia de la actuación pública a un “*instrumento al servicio exclusivo de los litigantes*”, dejando de ser una ayuda a la Administración, constituyéndose en un entorpecimiento y un límite para ella”<sup>39</sup>.

Estos autores sostienen que la funcionalidad del procedimiento administrativo debería centrarse en la eficiencia y eficacia que deben perseguir los órganos administrativos. Esta función que puede atribuírsele al procedimiento administrativo también ha sido esgrimida por quienes sostienen tesis que hemos llamado “garantistas”, sin embargo, existe una tensión entre eficiencia y garantías, cuestión que no es exclusiva del derecho administrativo. Por poner un ejemplo, la reforma procesal penal vino a dar un giro en nuestra legislación hacia el avance del respeto de las garantías de los imputados dentro del proceso penal, cuestión que a mí parecer resulta del todo coherente en el derecho penal, que significa un mayor esfuerzo por parte del órgano persecutor en orden a diluir los presupuestos que constituyen el principio de inocencia. Sin embargo, debemos cuestionarnos la conveniencia de ver las garantías como un valor *per se*, sin cuestionarnos su idoneidad en otras sedes como la administrativa.

---

<sup>39</sup> Quezada (2017). Pp. 31 y ss.

### 5.2.1. Mecanismo de orden, celeridad y eficacia en la actividad administrativa.

El procedimiento administrativo, según los eficientistas, debería enfocarse en darle un cauce a la actuación de los órganos de la Administración. En ese sentido, debemos atenernos a la definición que nos da Merkl de procedimiento como “el camino o *iterprevia* y jurídicamente regulado, a través del cual una norma jurídica de plano superior (norma) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (norma subalterna o acto singular no normativo)<sup>40</sup>. Dicha definición engloba tanto el procedimiento legislativo, judicial y administrativo. Sin embargo, se enfatiza en las evidentes diferencias que estos dos últimos presentan: en cuanto a su naturaleza, sus funciones, y el lugar que ocupa el responsable de conducir el procedimiento.

Siguiendo este cauce o procedimiento establecido legislativamente, lo que se logra finalmente es establecer una actividad formalizada. Un desarrollo lógico al momento de tomar una decisión permite a la administración asegurar finalmente otros objetivos esta vez necesarios en el acto terminal, como el que este sea motivado.

En el mismo sentido, los profesores Jaime Jara y Cristián Maturana opinan que sólo un procedimiento puede conducir jurídicamente la dictación de un acto, asegurando que éste sea legítimo, racional y razonable. Asimismo, sostienen que el procedimiento es un mecanismo de “ordenación de la actividad administrativa, es decir, de una actuación uniforme de cada órgano de la administración pública, lo que se concreta a través de la exigencia de cumplimiento de plazos, de la formación de un expediente administrativo de tramitación, entre otras garantías”<sup>41</sup>. Con todo, cabe hacer la salvedad que dichos autores engloban esta función del procedimiento administrativo dentro de otras de carácter más garantista, a saber, ser una garantía formal de los derechos de los ciudadanos y servir de base para la participación y defensa de los derechos de los interesados.

Este orden, también tiene manifestaciones que recoge la LBPA, como es el llamado expediente administrativo, donde la Administración debe dejar constancia de los actos trámite y las diferentes actuaciones que vayan surgiendo a lo largo del procedimiento.

---

<sup>40</sup> Citado por Campos (2008). P. 16.

<sup>41</sup> Jara y Maturana (2009). P. 5.

En cuanto a la celeridad, este fin se puede desprender de la propia historia fidedigna de la LBPA. Así, en un primer momento, la ley fue pensada sólo con el propósito de regular los plazos y el silencio administrativo que rigen a la Administración. Esto, con el fin de imponer una mayor celeridad a la Administración, al momento de tomar sus decisiones. Sin embargo, este proyecto de ley sufrió un cambio radical durante su primer trámite en el Senado, donde se transformó en una ley de procedimiento administrativo, con indicación sustitutiva de quien fuera senador y profesor de derecho administrativo, Enrique Silva Cimma.

Así, la actividad de la Administración estaría llamada a ser eficiente. Ella tendría por objeto buscar el interés general de manera cotidiana, por lo que un actuar eficiente resultaría esencial no sólo para la Administración, sino que sobre todo para los mismos administrados.

Por ejemplo, Santiago Montt, si bien consideraba que el debido proceso debiese aplicarse al procedimiento administrativo, se pregunta qué tanto debería parecerse el procedimiento administrativo al procedimiento judicial para calificar como racional y justo. Cree el autor que la intensidad con que deba aplicarse la garantía del debido proceso dependerá de la naturaleza del acto que vaya a resultar del procedimiento. Mientras más gravoso sea el acto administrativo decisorio, el proceso deberá ajustarse con mayor intensidad a las garantías de imparcialidad del proceso judicial. Sin embargo, uno de los problemas de la dimensión garantística del procedimiento, radicaría en que tratar de proteger en términos formales los derechos de los administrados, puede llevar a “judicializar al proceso administrativo en exceso, impidiendo que los órganos cuenten con la flexibilidad, eficacia y eficiencia necesarias para una acertada toma de decisiones”<sup>42</sup>.

Con todo, parece que el autor recién reseñado ha cambiado su visión respecto a la aplicación de la garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador. En efecto, frente a la reciente tendencia de nuestros tribunales de considerar que las sanciones administrativas deben regirse por las garantías del derecho penal por derivarse del mismo *ius puniendi* estatal, el autor considera dicha formulación “crítica y meta-jurídica”<sup>43</sup>. Nuestros tribunales han calificado la sanción administrativa como una forma de represión estatal sujeta a cumplir con consideraciones y requisitos propios de la justicia retributiva, de índole garantista,

---

<sup>42</sup> Montt (2003). P. 129.

<sup>43</sup> Montt (2011). P. 17.



desarrollados en el derecho penal, “especialmente los de legalidad y debido proceso y culpabilidad”.

El derecho se orienta hacia la efectividad de sus postulados, es decir, poder cumplir con los resultados y objetivos que busca. La ciencia jurídica debe preocuparse de ser efectiva en la vida real, sin que pueda bastarle la construcción dogmática de sus instituciones. “[A]l Derecho Administrativo le interesan también las condiciones o presupuestos que una institución resulte eficaz o efectiva, que resulte operativa”<sup>44</sup>. En otras palabras, la ciencia del derecho administrativo debe ser entendida “como una *ciencia de dirección*, esto es, como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales”. Con todo, el autor reconoce que ha habido una sensibilización en el derecho administrativo por los derechos fundamentales de las personas. En particular, destaca “[l]a relevancia que ha adquirido el procedimiento administrativo en la tutela de las situaciones jurídicas individuales de carácter material.”<sup>45</sup>

Jaime Jara señala que el procedimiento administrativo o forma procedimental se establece como una garantía de legalidad y acierto de las decisiones administrativas. En ese sentido, el procedimiento serviría para lograr la legalidad de fondo de los actos administrativos que sean dictados por la autoridad, “para lograr con acierto y eficacia el pleno logro de los intereses generales”<sup>46</sup>. El procedimiento administrativo sería funcional a lograr el uso acertado de las potestades administrativas.

### 5.2.2. *Presupuesto necesario del control judicial.*

El procedimiento administrativo constituye uno de los elementos formales más importantes del acto administrativo. Es por ello que no podemos desligar el acto administrativo de su naturaleza esencialmente impugnabile. Al ser un elemento formal, el procedimiento administrativo deberá ser respetado por la Administración, dado que la posible posterior impugnación podría revocar el acto terminal dictado por esta. En términos de incentivos, la

---

<sup>44</sup> Schmidt-Assmann (2003). P. 44.

<sup>45</sup> Ibid. P. 62.

<sup>46</sup> Op cit. P. 46.

impugnación del acto terminal disciplina a la administración a crear un acto administrativo motivado, sujeto a la legalidad y que persiga el interés general.

El procedimiento administrativo es un presupuesto del posterior proceso jurisdiccional, sin embargo, ambas instituciones poseen diferencias fundamentales. Así, el profesor Cordero Vega, señala que “ [d]e acuerdo al principio de separación, ambos procedimientos son diferentes en cuanto a sus funciones, al papel que desempeñan las partes y la regulación jurídica, pero sobre todo, por lo que respecta a la posición del sujeto responsable del procedimiento: en el procedimiento administrativo, la administración está siempre vinculada a los intereses públicos (al interés público sectorial de que se trate en cada caso) y nunca es neutral, ni siquiera en los procedimientos en los que se enfrentan una pluralidad de intereses privados y le corresponde en cierto modo una función de resolución de conflicto. En cambio, el Tribunal sólo debe perseguir la tutela del ordenamiento jurídico, vinculado a la lesión del derecho. Incluso cuando su función se reduce a un control objetivo de la acción administrativa, no le corresponde lograr la satisfacción del interés público sectorial de que se trate en cada caso. La acción administrativa y su control se mueven en planos diferentes y tienen perspectivas que no deben confundirse”<sup>47</sup>. Es justamente en esa confusión en la que caen los garantistas, al traer la garantía del debido proceso al procedimiento administrativo.

En síntesis, los eficientistas enfocan su análisis en la celeridad, economía que debe regir la actividad de la administración. Si nos tomamos en serio que el Estado puede dirigir procesos sociales, generar planes y programas que tengan un determinado contenido político democrático, debemos reconocer que la eficiencia en el giro diario de la administración no es algo secundario. La mayor garantía para el administrado en una época posmoderna es un Estado prestador que actúe de manera eficiente, que ejerza roles de fiscalización de manera dinámica y en atención a la funcionalidad de la sanción. En definitiva, que los órganos de la Administración puedan perseguir el interés general que se les encomienda sin dilaciones indebidas.

---

<sup>47</sup> Ibidem.

## VI. El debido proceso en el procedimiento administrativo.

Luego de haber revisado el contenido del debido proceso y haber esbozado las funciones del procedimiento administrativo, veremos qué han entendido nuestra jurisprudencia, alguna jurisprudencia comparada, nuestra doctrina y alguna doctrina comparada respecto de la aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo.

Un *leading case*, como lo denomina Cordero Quinzacara<sup>48</sup>, fue el caso “Corpbanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras [SBIF]” donde se señala que “si bien la SBIF no ejerce funciones jurisdiccionales, lo cierto es que en su actuar igualmente debe regirse por los principios básicos del debido proceso al amparo de la norma constitucional antes referida [art. 19 N°3 CPR], toda vez que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por un órgano administrativo requiere del respeto de garantías de las que goza el administrado en el marco del denominado debido proceso administrativo, que constituye una manifestación del respeto del derecho a ser oído, que se materializa a través del derecho a defensa que debe ser observado por cualquier autoridad”<sup>49</sup>.

Desde la doctrina nacional, los autores Contreras y García sostienen que estos derechos y garantías del debido proceso penal serían aplicables al procedimiento administrativo, ya que el derecho administrativo sancionador, junto al derecho penal, serían parte del derecho punitivo único del Estado, o *ius puniendi* estatal. Habría un supra concepto de ilícito común entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, con un origen ontológico común. La ampliación de las garantías del debido proceso se habría dado por la ausencia de tribunales contenciosos-administrativos y por la intensidad regulatoria que se ha impuesto en el Estado, entre otros.<sup>50</sup>

En un sentido diverso, pero aún a favor de la aplicación del debido proceso en el procedimiento administrativo, Dougnac, siguiendo la interpretación del debido proceso como una institución que no puede definirse, cree que se trataría de un principio que contiene diversos derechos, que no han sido determinados con precisión absoluta. Esto significa que existe una indeterminación del “concepto” debido proceso, lo que implica que para los órganos de la Administración no bastaría ceñirse a la normativa vigente, sino que deberían interpretarla a la

---

<sup>48</sup> Cordero (2018). P. 53.

<sup>49</sup> SCS, Rol 62128, C. 17°.

<sup>50</sup> Contreras y García (2013). Pp. 238 y ss.

luz de los principios del debido proceso, los cuales, como recalcamos, no están completamente determinados y deben ser descubiertos por la jurisprudencia caso a caso<sup>51</sup>.

Respecto de la consagración constitucional del debido proceso, Quezada ha dicho que “indica un mandato al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En base a esta norma se ha creado la doctrina del Debido Proceso, aplicado a los procedimientos administrativos como Debido Procedimiento Administrativo y, respecto de los sancionadores, como el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”<sup>52</sup>. Es esta aplicación la que se encuentra en entredicho en el presente trabajo.

También en el mismo sentido, Montt opinó en su momento que segunda aparición del procedimiento administrativo en la Constitución (luego del artículo 7º, sobre la forma como uno de los requisitos con que debe actuar todo órgano del Estado) al encontraríamos en el artículo 19 N°3, inciso 5º. Según el autor, una lectura apresurada del artículo nos llevaría a concluir que la garantía del debido proceso únicamente es aplicable en sede judicial, pero en realidad tendría plena cabida en el ámbito administrativo. Respalda además esta aseveración en la historia fidedigna de la Constitución, ya que en la sesión N° 101 de las actas de la comisión Ortúzar, Sergio Diez indica que esta garantía no correspondía únicamente al individuo frente al Poder Judicial, sino que también frente a la Administración. ¿Cuánto debe parecerse el procedimiento administrativo al judicial para que se pueda calificar como justo y racional procedimiento? Dependerá de la naturaleza del acto administrativo que surja del procedimiento, dado que la cuestión no es estática. Por tanto, mientras más gravoso sea el acto resultante, más deberán seguirse las garantías y técnicas de imparcialidad del proceso judicial. Así las cosas, los elementos mínimos del debido proceso en el procedimiento administrativo serían: (1) citación y audiencia previa; (2) presentación de descargos en materia de hechos y de Derecho; y (3) facultad de presentar y rendir prueba; e (4) impugnación administrativa y jurisdiccional<sup>53</sup>.

Román señala que la Administración, en el ejercicio de potestades sancionadoras, debe siempre cumplir con los requisitos de un justo y racional procedimiento. Señala el autor que, en el plano sustantivo, se le aplicarían las garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionador, por regla general, es decir, con excepciones o atenuaciones (o matices). En el plano

---

<sup>51</sup>Dougnac (2016). P. 146.

<sup>52</sup> Quezada (2017). P. 44.

<sup>53</sup> Montt (2003). Pp. 120 y ss.

adjetivo o procedimental también podría decirse lo mismo, es decir, sería aplicable al derecho administrativo los principios propios del derecho procesal penal con matizaciones. Estas garantías insertas en el debido proceso serían: (1) el derecho a la defensa jurídica; (2) derecho a la presunción de inocencia; (3) el acceso a la justicia<sup>54</sup>. En el mismo sentido, Jara opina que “la finalidad útil de la ley de bases de procedimiento administrativo es traducir el marco constitucional del debido proceso al modo de ejercicio de la función administrativa”<sup>55</sup>.

Una posición ecléctica es la reseñada por Enteiche, quien entiende que las sanciones administrativas obligan al legislador a establecer un debido proceso previo a su aplicación. Por tanto, debe fijar un procedimiento expreso ante el órgano que la aplica y uno posterior ante el juez que controla dicha aplicación. Así, los procedimientos administrativos sancionadores deben cumplir los requisitos del debido proceso, que serían: (1) la existencia de formulación de cargos; y (2) la posibilidad del particular de defenderse de ellos, ante el órgano sancionador. La forma del debido proceso jurisdiccional es a través de la acción jurisdiccional, mediante la cual se pone en conocimiento de una reclamación a un tercero independiente e imparcial, que decidirá si su aplicación es o no jurídica. Sin embargo, existen casos en que no existe un debido proceso, donde no habrá un procedimiento administrativo establecido en la misma ley, pero requieren de la autorización judicial para poder desplegar todos sus efectos jurídicos. Igualmente señala que “la autotutela ejecutiva escinde parte del debido proceso administrativo y judicial, en aras de un extraordinario bien jurídico”<sup>56</sup>

Entre aquellos que sostienen que el debido proceso no aplica al procedimiento administrativo, algunos se lamentan de ello y otros entienden que esa es la interpretación correcta.

En el primer grupo encontramos a Soto Kloss, quien señala que en el procedimiento administrativo no suele existir ni imparcialidad ni independencia del órgano instructor, ya que el mismo órgano que determina que se ha infringido un deber administrativo actúa juzgando sin poseer ninguna potestad jurisdiccional, para luego sancionar una conducta sin tener ninguna consideración respecto al *quantum* (ya que no existiría la tipicidad de la sanción como se entiende en el orden penal), reconociendo que a veces existe una influencia de lo político y se infringen

---

<sup>54</sup> Román (2009). Pp. 199 y ss.

<sup>55</sup> Jara (2008). P. 289.

<sup>56</sup> Enteiche (2014). Pp. 7 y ss.

los principios de presunción de inocencia, equidad en el actuar y transparencia y probidad de los funcionarios públicos (arts. 3 y 11 bis incisos 1° y 2° de la ley 18.575). De esta forma, “en el orden procesal se da normalmente un debido proceso, con un contradictorio efectivo, rendición de pruebas, e imparcialidad e independencia del juez, lo que, por desgracia, no se da en los procedimientos administrativos sancionadores”<sup>57</sup>.

Es decir, no existiría independencia ni imparcialidad, no existiría la tipicidad de la sanción, se infringe la presunción de inocencia, equidad en el actuar y transparencia y probidad en los funcionarios públicos.

En el segundo grupo de autores, es decir, entre aquellos que creen que el debido proceso efectivamente no aplica al procedimiento administrativo y que es correcto interpretarlo de esa forma, se encuentran Osorio y Zúñiga. Los autores explican que “[d]esde otra perspectiva dogmática, y que compartimos, se ha rechazado la extensión del derecho fundamental del debido proceso a los procedimientos administrativos, en los términos del artículo 19 N°3, apelando al menos a dos razones. En primer término, a partir de una lectura histórico-jurídico, es posible señalar que la trasposición del debido proceso a los procedimientos administrativos se debió a una utilización laxa del concepto “órganos que ejercen jurisdicción” a las agencias administrativas que no se corresponde con nuestra tradición jurídica, sino a las formulaciones anglosajonas del debido proceso. En segundo lugar, la exigencia del debido proceso contenida en el artículo 19 N°3 de la Constitución y que comprende como una de sus garantías la existencia de un órgano imparcial e independiente sólo se cumplen respecto de los órganos jurisdiccionales y no de los administrativos, los cuales, al impulsar estos procedimientos, son juez y parte en el conocimiento del asunto. Finalmente, cabe señalar que en aquellos casos en los cuales la administración aplica sanciones, no lo hace a propósito de una supuesta facultad jurisdiccional, sino como la realización de una potestad administrativa de ordenación de la sociedad para el cumplimiento de las facultades públicas que le atribuyen a la Constitución y la ley”<sup>58</sup>.

Por tanto, ¿en qué se basan las posturas que abogan por la aplicación del debido proceso en el procedimiento administrativo y cuáles son sus consecuencias? Se basan en: (1a) el *ius puniendi* y un origen ontológico común; (2a) la historia fidedigna de la Constitución; (3a) se debe cumplir con los requisitos de un justo y racional procedimiento. Las consecuencias, por otro lado, son

---

<sup>57</sup> Soto Kloss (2005). P. 112.

<sup>58</sup> Osorio y Zúñiga (2016). P.476.

que: (1b) los órganos administrativos no sólo deben basarse en la legalidad, sino que recurrir a un principio superior como el debido proceso para corregir su actuar; (2b) su intensidad se regulará según qué tan gravoso sea el acto administrativo terminal; (3b) citación y audiencia previa; (4b) presentación de descargos en materia de hechos y de derecho; (5b) facultad de presentar y rendir prueba; (6b) impugnación administrativa y jurisdiccional; (7b) se aplicarían los principios propios del derecho procesal penal con matizaciones; (8b) presunción de inocencia.

Respecto a (1a) podemos resumir lo dicho precedentemente de la siguiente forma: incluso si asumiéramos que las sanciones penales y las sanciones administrativas tienen un mismo origen ontológico, eso no implica que deba aplicárseles las mismas garantías.

En cuanto a (2a), creemos que la historia fidedigna de una Constitución antidemocrática no resulta satisfactoria para entender el funcionamiento de las instituciones democráticas. Así, adherimos a lo dicho por Vallejo y Pardow, en el sentido de que no podemos basarnos únicamente en una interpretación originalista de la Constitución<sup>59</sup>.

Sobre (3a) resulta pertinente la opinión de Osorio y Zúñiga, en el sentido de que sólo debiese aplicarse un justo y racional procedimiento si consideramos que las agencias administrativas, en la substanciación de un procedimiento administrativo, ejercen funciones jurisdiccionales. Esto resulta impropio por cuanto el procedimiento administrativo no es jurisdiccional, sino que propiamente administrativo.

Respecto de las consecuencias que los autores atribuyen a la aplicación del debido proceso en el procedimiento administrativo encontramos que (1b) aplicar este principio metajurídico implica que no habría seguridad para las agencias administrativas sobre a qué atenerse en la tramitación de un acto jurídico terminal. Esto sin duda tiene graves consecuencias en la eficiencia y eficacia de un organismo que está llamado a implementar el derecho constitucional. Lo mismo se puede decir respecto de (2b).

Respecto de las consecuencias (3b), (4b), (5b) y (6b) diremos que implican recurrir como fundamento al debido proceso, siendo que todas esas exigencias cuentan con una consagración positiva al encontrarse plasmadas en la Ley 19.880.

---

<sup>59</sup> Vallejo y Pardow (2008). Pp. 136 y ss.

Al haber analizado el contenido del debido proceso trataremos sobre los subprincipios ((7b) y (8b)) que se desprenderían del debido proceso y su supuesta aplicación al procedimiento administrativo.

### 6.1. Subprincipios del debido proceso.

Para quienes el principio del debido proceso es aplicable en materia administrativa, una serie de subprincipios encontrarían su aplicación derivados del mismo.

La extensión de dichos principios es incierta y más bien pareciera que depende del voluntarismo del intérprete el darle su extensión. Así, por ejemplo, lo reconoce Clemente Dougnac al analizar el procedimiento administrativo sancionatorio seguido por la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, quien establece que al regirse éste por las normas generales que regulan los procedimientos administrativos no recogería garantías como la inalterabilidad de los hechos imputados, el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar en contra de sí mismo, entre otros.<sup>60</sup>

Así, respecto a la extensión de los principios que consagraría el debido proceso, el autor señala que: “[l]a fórmula mediante la cual se recoge el concepto de *Debido Proceso* en nuestra Constitución permite extraer criterios interpretativos, pero, consistentes con su carácter referencial, ellos no se agotan en el escueto texto de la disposición constitucional. De lo anterior se da cuenta en las discusiones mantenidas en el seno de la Comisión Constituyente, en la cual se repara en la dificultad de definir el *Debido Proceso*, como, asimismo, la negativa de los comisionados de adoptar dicha expresión en la Carta Fundamental, la cual se identifica con el estándar establecido por la jurisprudencia norteamericana. Por tanto, dicho concepto no puede considerarse agotado en la definición constitucional, sino que éste debe ser complementado con la elaboración que han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Tal como se indicó anteriormente, la conceptualización del *Debido Proceso* ha sido formulada mayoritariamente en términos negativos, cuestión que dificulta su aplicación como parámetro interpretativo.”<sup>61</sup> Luego,

---

<sup>60</sup> Dougnac (2016). P. 150.

<sup>61</sup> Ibid. Pp. 159 y ss.



enumera ciertos principios del debido proceso y realiza un trabajo de traslación hacia el ámbito administrativo. Producto de esa traslación, emanaría un principio como el de resguardo de los derechos de los Administrados, lo que implicaría que “en la pugna entre la consecución de los fines propios de la Administración y los derechos de los Administrados, la Administración debiese optar por estos últimos. Ello se deriva del rol que la Constitución le asigna al Estado como garante y promotor de los derechos fundamentales. Así, los fines del Estado deben encontrarse supeditados al respecto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”<sup>62</sup>.

Me parece que las conclusiones del autor no pudieron haber ido más lejos. El hecho de establecer artificiosamente un principio a partir de otro, cuya aplicación estamos cuestionando, para concluir tales consecuencias dramáticas para la Administración cuya tarea cotidiana consiste en imponer cargas a los administrados, es una muestra clara de un neoconstitucionalismo. En interpretaciones como la anterior, se aprecia el mero voluntarismo del intérprete, que decide inventar principios sin ninguna consagración positiva en favor de intereses privados y en desmedro del interés general.

En el mismo sentido, el autor nacional Adolfo Alvarado señala que el debido proceso es “aquel Derecho Fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; derecho al proceso debido a que agrupa y se desdobra en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todos ellos como Derechos Fundamentales, y que incluye entre otros principios y garantías el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, el principio de publicidad, el principio de aceleración procesal y el de presunción de inocencia.”<sup>63</sup> Es decir, del debido proceso se extraen una serie de Derechos Fundamentales que incluyen, a su vez, principios y garantías.

Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial, también encuentra adeptos en el derecho comparado. Así, el jurista colombiano Bernardo Carvajal, extrae otra serie de principios del “debido proceso en el procedimiento administrativo”. Por nombrar algunos, encontramos el principio de favorabilidad y del non bis in ídem, la presunción de inocencia, principio de buena fe, principio de confianza legítima, principio de respeto del acto propio, principio de prevención, principio de precaución, entre otros. El autor señala que podrían hacerse limitaciones a la aplicación de todos estos principios, pero si ese fuera el caso, debemos recurrir a nuevos

---

<sup>62</sup> Ibid. P. 167.

<sup>63</sup> Alvarado (1989). P. 8.

principios. En palabras de Carvajal: “las limitaciones que justificadamente se pueden imponer a ciertas garantías del debido proceso aplicable a la administración pública, suponen la aplicación del *juicio de proporcionalidad* y, si es del caso, del *principio pro homine*, para evitar que, so pretexto de una restricción, se esté prácticamente desconociendo toda fuerza vinculante a este derecho”<sup>64</sup>. Por tanto, se combate la indeterminación con mayor indeterminación.

#### 6.1.1. Principio de presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia atañe al orden penal, a pesar de que algunos consideran que es aplicable al procedimiento administrativo sancionador – como el Tribunal Constitucional español – e implica “una garantía del acusado frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, quien no precisará de comportamiento activo alguno para demostrar su inocencia”<sup>65</sup>. Aún más, según el artículo 4º del Código Procesal Penal, “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”. Pero esta garantía del imputado implica también que “[n]o se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” (art. 340 Código Procesal Penal).

Sin embargo, esta lógica no tiene sentido en el Derecho Administrativo y esto por la propia manera en que se ha dispuesto el procedimiento administrativo. Así, ni siquiera en el proceso contencioso-administrativo posterior regiría una regla como la recién anotada, considerando todas las garantías de un verdadero proceso y esto porque “[l]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa”. Por lo tanto, en un proceso contencioso-administrativo, la regla por defecto será que el acto administrativo es válido y produce todos sus efectos desde su entrada en vigencia, o, lo que es lo mismo, desde su incorporación en el ordenamiento jurídico.

Este principio de la presunción de inocencia tiene sentido en el ámbito penal, donde se tiene una especial aversión a los falsos positivos. El nivel de persuasión exigido en sede

---

<sup>64</sup>Carvajal (2010). P. 21.

<sup>65</sup> Bordalí (2003). P. 272.

administrativa es menor, como lo establece el artículo 35, relativo a la prueba: “*Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia*”, lo que es denominado un sistema de libre apreciación probatoria. Por otro lado, en materia penal, la prueba debe ser analizada conforme a la sana crítica, conformada por los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. El juez sólo podrá fallar imponiendo una pena, que puede ser privativa de libertad, cuando ha alcanzado un grado de convicción *más allá de toda duda razonable*.

Se debe agregar, eso sí, que la diferenciación entre un sistema de apreciación en conciencia o de libre valoración para el ámbito administrativo y un sistema de la sana crítica en el ámbito penal no ha estado exenta de críticas. Así, por ejemplo, la doctrina ha dicho que el sistema de la libre valoración habría nacido a comienzos del siglo XIX, con motivo de la Revolución Francesa, donde se trataba de emular el sistema inglés de justicia a través de la participación de personas no expertas en derecho a través del jurado y la libre apreciación de la prueba. Sin embargo, con los años este sistema pasó a ser una regla negativa que excluye la tasación legal de la prueba, pero no exime al juez de ciertos estándares de racionalidad, donde la motivación de las conclusiones que se llegue en materia de prueba adquiere una importancia capital, como forma de control de la racionalidad de las conclusiones a las que llegue el juzgador. En relación al término “en conciencia” la doctrina se divide entre quienes asimilan dicha regla al sistema de sana crítica, de aquellos que se inclinan por un sistema “en conciencia” en stricto sensu.<sup>66</sup> Creo que sería incongruente atribuir el mismo régimen a dos términos deliberadamente distintos, donde el desarrollo de la jurisprudencia ha determinado que la apreciación “en conciencia” o libre valoración de la prueba igualmente exige un régimen de racionalidad para hacer inteligible el razonamiento emitido por el órgano decisor, en este caso la Administración, y que no responde a otra cosa que la motivación del acto administrativo.

Como se ve, existe una decisión del legislador de dar mayor libertad al órgano decisor en una sede u otra, cuestión que se ha puesto en entredicho por nuestros tribunales y por alguna doctrina que se ha llamado del Derecho Administrativo de la “luz roja”, que busca restringir lo más posible la discrecionalidad del Estado administrativo, al traer instituciones propias y que tienen sentido en sede penal al ámbito del Derecho Administrativo. Es del todo lógico en materia penal, en una lógica de última ratio, mas no tiene sentido en una sede donde lo que se persigue

---

<sup>66</sup> Isensee (2018). Pp. 52 y ss.

es muchas veces crear derechos u obligaciones que nunca alcanzan la privación de libertad del afectado y donde se requiere un alto grado de eficiencia y eficacia, por tratarse de la protección de bienes jurídicos relevantes para la sociedad en su conjunto y con un alto grado de especificidad técnica.

Según el profesor Flavio Quezada, diversas son las consecuencias de este principio, a saber: (i) prohibición legislativa de presumir de derecho la comisión de infracciones administrativas; (ii) principio de trato de inocente al presunto infractor de un deber administrativo, hasta que el acto administrativo terminal entre en vigencia, lo que implica específicos deberes “determinables caso a caso”; (iii) la carga de la prueba recae sobre la Administración, quien deberá establecer la verdad respecto de los hechos; (iv) el estándar probatorio será aquel que desvirtúe razonablemente la presunción de inocencia.<sup>67</sup>

Lo más problemático de este planteamiento recae en los puntos (ii), (iii) y (iv), por las siguientes consideraciones: en primer lugar, ningún precepto de la LBPA indicaría que se debe tratar como inocente al presunto infractor. De hecho, para apoyar este razonamiento el autor indica que el artículo 17 letra e) establece que las personas, en su trato con la Administración, tienen derecho a ser tratados “...con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios; que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos”. Esto dice relación con los derechos de las personas en los procedimientos administrativos e implica un trato respetuoso por parte de los funcionarios públicos hacia las personas intervinientes en el procedimiento administrativo, nada se dice respecto a la presunción de inocencia que les ampararía. De hecho, no por el hecho de que ya avanzado el procedimiento administrativo sea más probable que una persona haya cometido la infracción, implicará ello un trato menos respetuoso, lo que no significa que se tenga al infractor como inocente. Por tanto, ninguna relevancia tiene esta constatación.

En segundo lugar, no puede decirse que la carga de la prueba recae únicamente sobre la Administración, dado que un acta de fiscalización podría ser suficiente para acreditar la responsabilidad del particular. En los casos en que los funcionarios constatan la ocurrencia de hechos, este acto administrativo que constituye un dictamen o declaración “de juicio, constancia o conocimiento” (artículo 3° inciso 6° LBPA) es emanado de un funcionario público que actúa como ministro de fe. Existe una presunción de veracidad de lo constatado en dicha acta, siendo

---

<sup>67</sup> Quezada. Op. Cit. Pp. 128 y ss.

acreditada la infracción mediante la misma, siendo de cargo del infractor “torcer el *statu quo*”<sup>68</sup>. Esto genera un incentivo del particular por desvirtuar los hechos que el acta constata o las conclusiones que pueden derivarse de la misma, pero no podrá decirse que la ocurrencia de los hechos depende únicamente de la Administración, por cuanto el particular también puede aportar pruebas para desvirtuar esta presunción de legalidad.

En este sentido también se ha pronunciado la tercera sala de la Corte Suprema, como reseñan los autores Francisco Zúñiga y Cristóbal Osorio. Con fecha 14 de enero de 2016, en el caso “SQM y Seremi de Antofagasta” dictó sentencia en una causa rol N°2267-2015, donde establece que en materia sanitaria la carga de la prueba durante el procedimiento administrativo sancionador recae sobre la autoridad pública, pero en sede jurisdiccional la carga de la prueba corresponde al regulado. Con todo, se debe tener en cuenta que la carga que recae sobre la Administración en sede administrativa no es una carga exigente. Al respecto se señala:

“La carga de la prueba de las infracciones sanitarias está sujeta a un sistema diferenciado. En sede administrativa, ella corresponde a la administración. *No es sin embargo una carga exigente*: ‘el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales’ o el acta que levante el funcionario competente que compruebe la infracción resultan suficientes para acreditarla, sin perjuicio de que también pueda probarse por otras vías. En sede judicial se invierte la carga de la prueba, según se sigue de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 171 del Código Sanitario: es a quien reclama contra la sanción administrativa a quien toca probar que no incurrió en infracción. En consecuencia, tampoco ha incurrido en error la sentencia impugnada al afirmar que ‘no es posible tener por desvirtuados los hechos constatados por el órgano administrativo’. Dicha afirmación corresponde a la correcta aplicación del artículo 171 del Código Sanitario.” (Énfasis agregado).

Con todo, justamente la doctrina que aboga por la aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo ha criticado esta presunción de veracidad con que cuentan las actas de fiscalización, consecuencia lógica de que se traten de actos administrativos que gozan de una presunción de legalidad. Justamente esta presunción de veracidad iría contra el principio de presunción de inocencia según el cual “nadie está obligado a ‘probar’ su propia inocencia”. Se

---

<sup>68</sup> Letelier (2017). P. 642.

busca, de esta forma, restringir el valor probatorio de las actas de fiscalización debido a que “[l]a ley no podrá resumir de derecho la responsabilidad penal” (art. 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política) según el artículo 4° del Código Procesal Penal que establece que “[n]inguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. Todo esto, bajo el alero del Tribunal Constitucional que ha señalado que los principios del orden penal se aplican, por regla general, al derecho administrativo sancionador, por ser manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado.<sup>69</sup>

Como se puede apreciar, esto no es más que las consecuencias doctrinarias que trae consigo la aplicación del tantas veces citado *ius puniendi*. Justamente la aplicación excesivamente incierta del debido proceso penal en el procedimiento administrativo abre la posibilidad de traer instituciones propias del derecho penal al procedimiento administrativo. En primer lugar, las actas de fiscalización no constituyen una presunción de derecho de la responsabilidad del infractor del deber administrativo, por cuanto constituye una presunción simplemente legal que puede ser desvirtuada por la prueba aportada por la parte a quien se le impondrá, eventualmente, una sanción administrativa. En segundo lugar, estos “principios inspiradores del orden penal” tienen sentido allí donde la sanción, la pena penal, tiene un elevado disvalor ético-social de la cual las sanciones administrativas carecen, por no tratarse en ningún caso de sanciones privativas de libertad.

En tercer lugar, y respecto a que el estándar probatorio será aquel que desvirtúe razonablemente la presunción de inocencia, se puede decir, con toda claridad, que es un argumento *contra legem*. El estándar probatorio utilizado en el procedimiento administrativo está establecido legalmente en la LBPA y es, como ya se adelantó, un estándar de libre apreciación probatoria. La Administración debe sopesar los medios de prueba que le sean proporcionados, tanto por sus funcionarios como por los particulares “*a conciencia*”. Decir lo contrario es ir contra la letra de la ley, cuestión que sólo podría proponerse *de lege ferenda*. La decisión del legislador por incorporar un sistema de apreciación libre podría explicarse porque en un sistema de prueba legal tasado o un sistema de sana crítica existe una prohibición respecto a incorporar el saber privado del órgano decisor. En cambio, en los casos en que es la Administración la que debe ponderar los medios de prueba, la incorporación de su saber privado, que constituye su *expertise*, es fundamental para tener el mejor acto administrativo posible, un acto administrativo motivado

---

<sup>69</sup> STC rol N° 244, 26.08.1996, considerando 9°.

y respaldado en los conocimientos que la agencia administrativa tenga en el área de su fiscalización, inspección, entre otros.

Una opinión disidente presenta el actual contralor Jorge Bermúdez ha dicho que uno de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora sería el principio de la culpabilidad. De éste se extraería el principio de presunción de inocencia para el infractor administrativo. Pero este principio no operaría como tal, “sino que atribuye un deber de diligencia al infractor el cual fue incumplido por éste. En efecto, lo que imputa la Administración Pública Sancionadora al infractor o sumariado es un incumplimiento de un deber de diligencia, en este caso de no vulnerar la norma tipificada como infracción (o más bien la norma primaria que ella lleva implícita). Ello provocará un traslado en la carga de la prueba, ya que ahora deberá ser el administrado el que tendrá que probar que actuó diligentemente para no resultar responsable de la sanción administrativa”<sup>70</sup>. Por lo tanto, el principio de presunción de inocencia no tendría los mismos alcances que tiene en el derecho penal, debiendo hablar de un “principio de responsabilidad”, ya que se sanciona a quien se estima responsable de un deber de diligencia, sin atender si el infractor ha actuado dolosa o culposamente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha sido proclive a incluir este subprincipio del debido proceso al procedimiento administrativo, al sentenciar: “[q]ue, sin perjuicio de lo anterior y como señalaron las partes en estrados, no puede dejar de repararse que, en la especie, además puede resultar infringido el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad del sedicente infractor. Siendo de anotar, al respecto, que según la jurisprudencia de este Tribunal, de allí se deduce el principio de presunción de inocencia, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas (rol N° 993, considerando 3°). Agregando que dicho principio es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19 (rol N° 825, considerando 24°);”<sup>71</sup> Es decir, el Tribunal Constitucional extrae el principio de presunción

---

<sup>70</sup> Bermúdez (2014). P. 288.

<sup>71</sup> STC Rol N° 1518, C. 13° de fecha 21.10.10.

de inocencia, que tiene sus justificaciones filosóficas en el derecho penal, y lo importa al derecho administrativo, a partir de tres disposiciones de la Constitución.

#### *6.1.2. Derecho a defensa.*

La jurisprudencia y doctrina que aboga por la aplicación del derecho a defensa en el procedimiento administrativo consideran que la posibilidad del presunto infractor de aportar prueba al procedimiento constituye un requisito insoslayable para el cumplimiento a cabalidad de los requisitos del debido proceso.

Tanto es así que el autor Carlos Isensee Rimassa llega a equiparar el derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo al derecho a producir prueba. Señala el autor que para que en un procedimiento administrativo sancionatorio la Administración pueda tener a una persona como culpable, o más bien, como administrativamente responsable, deberá basarse en la evidencia que cuenta de ello, es decir en la prueba que disponga. De lo contrario, el acto administrativo terminal no contaría con los suficientes antecedentes para tener a una persona como administrativamente responsable. Considera que “la prueba es el antecedente que nos permite concluir que algo debe ser tenido por probado, por lo que sin ella el acto administrativo que pone término a un procedimiento carecería de sustento racional, infringiéndose con ello el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.”<sup>72</sup> Respecto a la actividad probatoria, ésta estaría compuesta por: a) la conformación del conjunto de elementos de juicio (o pruebas) sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de estos elementos de juicio; y c) la adopción de la decisión, a raíz de la aplicación de una regla de estándar o suficiencia probatoria.

En cuanto a los elementos que constituirían lo que es el principio a la defensa jurídica, el profesor Bermúdez Soto ha señalado que “[s]e requiere que en el procedimiento administrativo sancionador se asegure el derecho a la defensa, el cual comprende el derecho a ser emplazado y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que se formulen”<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Isensee. Op. Cit. P. 26.

<sup>73</sup> Bermúdez (2012).



Para los autores Jaime Jara y Cristián Maturana, el derecho a defensa estaría reconocido a través del principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la LBPA. Así, indica que “[d]icho principio es consecuencia de la función de garantía que cumple el procedimiento administrativo, en general. Se traduce en el reconocimiento del *derecho a defensa* del administrado, inspirándose en la regla elemental del debido proceso de que “nadie puede ser juzgado sin ser oído” (*audi alteram partem*)”<sup>74</sup>. De esta forma, todas las personas interesadas, en los términos del artículo 21 de la misma ley, deben poder participar de los procedimientos administrativos en que ostenten dicha calidad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante prolífica a este respecto. Por ejemplo, en el fallo rol N°389, de 28.10.2003, “Unidad de análisis financiero”, señaló que:

“Que, no obsta a lo anteriormente expuesto, el que el propio artículo 8° en su inciso tercero, señale que el afectado puede deducir recurso de reposición ante el Director de la Unidad y que, en caso que dicho recurso sea denegado, tiene la facultad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Ello no altera la inconstitucionalidad de las normas en estudio, en atención a que no subsana el hecho de que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19 N°3, inciso segundo, en armonía con el inciso primero del mismo precepto de la Carta Fundamental, le reconocen. Este derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles.

A lo que es necesario agregar, que resulta evidente que el poder recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva no es suficiente para entender que, por esa circunstancia, se ha convalidado una situación administrativa constitucionalmente objetable.”

Por lo tanto, del mismo principio del debido proceso, se entiende incluido el derecho a defensa, que tendrá un contenido variable dependiendo de cuál sea la norma o la situación jurídica en análisis.

---

<sup>74</sup> Jara y Maturana. Op. Cit. P. 5.

### 6.1.3. Síntesis.

Por tanto, y como ya se mencionó al analizar las distintas funciones que se atribuían al procedimiento administrativo, lo que está detrás de la preocupación de esta doctrina y jurisprudencia garantistas, es el miedo de que la actividad de la Administración se torne arbitraria. Pedro Pierry Arrau expresa de forma explícita dicho objetivo, cuando habla acerca de la forma en que los principios creados “o, mejor dicho” reconocidos por la jurisprudencia limitan la discrecionalidad de la Administración: “[e]n la medida que el juez administrativo va definiendo los principios generales y materializándolos en los distintos aspectos del derecho administrativo, para luego aplicarlos a situaciones concretas, va surgiendo una nueva legalidad. La doctrina considera a estos principios como “la síntesis de reglas reveladoras de un principio de base que el juez no hace más que formular”, de tal modo que se les da el carácter de una especie de ley no escrita, ubicándolos al mismo nivel de ella dentro de la jerarquía de las normas jurídicas y, por lo tanto, en calidad de superiores a cualquier decisión administrativa, incluso aquellos actos relativos al poder reglamentario autónomo.”<sup>75</sup>

Estos subprincipios del debido proceso no tienen ninguna justificación en el procedimiento administrativo. En términos prácticos, no tendría sentido un principio como el de presunción de inocencia a favor de una persona jurídica en el contexto de un mercado que requiera regulación. Este tipo de alteración de la carga de la prueba sólo tiene sentido en materia penal, donde la convicción del juez para condenar a una persona debe ir más allá de toda duda razonable. Aquí, en cambio, una regla probatoria en tal sentido no tendría ninguna justificación. Y esto lo podemos ver, por ejemplo, cuando empresarios imputados en sede penal son sobreseídos definitivamente por falta de pruebas suficientes. ¿Queremos un símil respecto del procedimiento administrativo sancionador? Asimismo, existen materias de capital trascendencia social donde la técnica y la práctica exigen una constante actualización, como pudiese ser en materia ambiental ¿tiene, entonces, alguna relevancia el principio *non bis in ídem*?

El artículo 9.3 de la Constitución Española establece: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de

---

<sup>75</sup> Pierry (1984). P. 174.

las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” Creemos que la única interpretación que se le podría dar al artículo 19 N°3 de nuestra Constitución (si se omiten todas las críticas que ya se han formulado), respecto del procedimiento administrativo, es la interdicción a la arbitrariedad, al hablar de procedimiento e investigación “rationales y justos”.

Creemos, asimismo -y en esto sí nos avala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- que es sumamente político que interpretar la Constitución, por lo que la siguiente interpretación que realiza el español Luciano Parejo al artículo transcrito de su constitución (de creación posterior a la dictadura de Franco) me parece pertinente: “[n]adie puede negar ciertamente que ningún poder constituido por la Constitución puede ser arbitrario. Pero se olvida que, desde sí mismo, el principio general en cuestión sólo postula, jurídicamente, la exclusión de las decisiones basadas en la mera y nuda voluntad del poder y no respaldadas por el ordenamiento, en particular por la Ley. El principio de interdicción de la arbitrariedad expresa primariamente el postulado de la democracia liberal de Derecho del gobierno de y por las Leyes y no de y por los hombres. Derivar de él, legítimamente, contenidos o significados jurídicos más concretos sólo es posible, dado el plano de generalidad y abstracción en que se mueve, en su relación y juego con otros principios y otras reglas más concretos. En este sentido ya B. Constant advirtió en su día contra la aplicación de un principio último o fundamental sin más, es decir, sin consideración de todos los principios intermedios que lo median y adecuan a nuestra situación, pues crea gran confusión en la medida en que – extraído así de todas sus relaciones y privado de sus apoyos- opera dislocada y destructivamente, si bien en tal resultado no sería culpable el propio principio, sino el desconocimiento de los intermedios que aún faltan para su adecuada aplicación”<sup>76</sup>.

En el caso chileno, estos principios (que, en Chile, tienen consagración positiva) y reglas más concretas lo constituyen justamente los contenidos en la LBPA y el efecto dislocado y destructivo que anticipa el autor, es el resultado de las interpretaciones de quienes aplican lisa y llanamente el debido proceso en el procedimiento administrativo.

---

<sup>76</sup> Parejo (1993). Pp. 44 y ss.

6.2. La imparcialidad con que debiese actuar la Administración en el procedimiento administrativo.

Para los partidarios del así llamado “debido proceso administrativo” o “debido procedimiento administrativo”, la administración debe actuar de manera imparcial en la sucesión de actos que llevan a la dictación de un acto administrativo terminal. Esta afirmación sólo puede desprenderse si se sostiene la tesis de que al incidir sobre los derechos de los particulares la administración ejercería funciones jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales.

Para efectos del presente trabajo, tomaremos la definición del profesor Juan Colombo respecto al significado de la jurisdicción, entendida esta como el “poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”.<sup>77</sup>

#### *6.2.1. La doctrina de la Administración realizando funciones jurisdiccionales.*

Este principio tiene consagración normativa en la LBPA, que en su artículo 11 establece que: “*La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*”

*Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.*

Me parece que dicha construcción no es adecuada. Obviamente, esto únicamente de *lege ferenda* ya que, como veremos, la Administración no puede ser imparcial al momento de tomar sus decisiones debido a que debe ser parcial al interés general, que tendrá sus contornos específicos, dependiendo del órgano de que se trate.

Para los autores que propugnan esta doctrina, el órgano administrativo actuaría como “juez y parte”: como parte, al aportar pruebas y acusar al presunto infractor; como juez, al

---

<sup>77</sup> Colombo (1968). P. 47.

resolver el asunto mediante un acto decisorio. En otras palabras, se preguntan de si acaso es legítimo que la misma persona o entidad encargada de la investigación y formular los cargos, sea la misma que resuelve el asunto sometido a su conocimiento.

Por una parte, están quienes sostienen que la administración podría ejercer funciones jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales. Así, por ejemplo, Camila Astorga explica la doctrina constitucional de Evans de la Cuadra, quien sostiene que la administración ejerce una función jurisdiccional al imponer sanciones o priva de la administración de sus bienes a un particular. Según de la Cuadra, sostener que la función jurisdiccional comenzaría con la intervención del juez, atentaría contra la garantía del debido proceso consagrado en la constitución. Sin embargo, como correctamente apunta la autora, esta doctrina “ha llevado a sostener que la Administración ejerce funciones de esta naturaleza cada vez que afecta derecho de los particulares, en circunstancias que dichos efectos son propios y característicos de su función que le exige decidir sobre el interés general aplicado a casos concretos, e incidir en posiciones jurídicas de los administrados”<sup>78</sup>.

En el mismo sentido, y a propósito del procedimiento administrativo que genera la interposición de un recurso administrativo, Astorga explica la doctrina de los tratadistas Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González de esta forma: “la Administración está dotada de auténticas facultades jurisdiccionales en el ejercicio de sus competencias, aun cuando no se ejerciten en el marco de un procedimiento judicial. Para ello se hacen de dos principales razones. La primera dice relación con el abandono de que la Administración juega un doble rol de juez y parte en los procedimientos recursivos, y la segunda, se sostiene sobre el principio conforme al cual la Administración debe actuar en todo momento con un inexcusable apego al ordenamiento jurídico, cuestión que la obligaría a resolver el conflicto en forma imparcial”<sup>79</sup>.

En una posición ecléctica podemos situar a Quezada, quien opina que la Administración debe ser siempre parcial al interés público, pero a la hora de considerar intereses particulares debe ser imparcial. Además, explica que tal imparcialidad dice relación con la interdicción de la arbitrariedad, mientras que no podría referirse a determinada estructura de la Administración ya que “no existe justificación constitucional para exigir una determinada estructura orgánica

---

<sup>78</sup> Astorga (2017). P. 172.

<sup>79</sup> Ibid. P. 167.

(separación de órganos instructores y sancionadores), pero sí para que quien instruya y/o decida no lo haga en base a razones ilegítimas o irrelevantes; en otros términos, para que la concreta posición personal del decidor/partícipe en la decisión pública, por parte de la Administración, sea irrelevante. Así se garantiza imparcialidad ante los intereses particulares, en un contexto de parcialidad hacia el interés público.”<sup>80</sup> Con todo, me parece que la solución es conflictiva, ya que la Administración o es parcial al interés general o es imparcial entre el interés general y el interés particular, debiendo ocurrir siempre lo primero.

Como explica el profesor Luis Cordero, bajo la Constitución de 1980, un grupo de juristas, entre ellos, Evans de la Cuadra, entendieron que el “debido proceso” también debía aplicarse a la Administración, siendo que su texto se refería claramente al proceso judicial, lo que terminó por convencer que al decidir situaciones subjetivas de los particulares de modo permanente mediante la dictación de un acto administrativo, su actividad se transformaba en jurisdicción, “vulgarizando de ese modo la idea misma que subyace a esa función constitucional”<sup>81</sup>. Esta tesis fue acogida en su momento por el Tribunal Constitucional, pero en los últimos tiempos ha sido resistida por la Corte Suprema.

#### 6.2.2. *La doctrina de la actividad meramente administrativa.*

Por otro lado, están quienes afirman que la administración no ejerce funciones jurisdiccionales, sino que funciones meramente administrativas en el procedimiento de la misma naturaleza.

Entre ellos, Camila Astorga establece una serie de motivos por los que la actividad de la Administración en el procedimiento administrativo tiene la misma naturaleza. En primer lugar, el artículo 76 de la CPR establece: “*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”. Además, ejerciendo funciones jurisdiccionales estaría constituyéndose en una comisión especial, transgrediendo

---

<sup>80</sup> Quezada. Op. Cit. P. 61.

<sup>81</sup> Cordero (2018).

abiertamente el artículo 19 N°3 de la CPR. Matiza, eso sí, dicha afirmación, dado que la doctrina autorizada como la jurisprudencia, han dicho que nada obsta para que el legislador establezca como un “tribunal” a una autoridad de distinta naturaleza.<sup>82</sup>

Para mayor abundamiento, la Administración no contendría las condiciones suficientes de imparcialidad e independencia que requiere el correcto ejercicio de la jurisdicción. Para lograr una adecuada independencia de los tribunales de los demás poderes (independencia externa), se requieren elementos como “los mecanismos preestablecidos por ley para la designación y las garantías de inamovilidad de sus jueces”. Asimismo, respecto a la independencia interna, señala la autora que “el ordenamiento prevé un sistema de incompatibilidades entre dicha función y mecanismos de recusación e inhabilidad para los casos puntuales en que un juez pudiese tener intereses comprometidos en el asunto que se ha sometido a su conocimiento”.<sup>83</sup> En este segundo tipo de independencia se enfoca Couture al decir que “[e]l problema político de los jueces no es tanto el problema de su nombramiento como el problema de su promoción. Y esto por una razón muy sencilla. Un juez puede, por ser fiel a sus deberes, decidir un asunto en contra de los intereses del presidente o del ministro que lo nombró, pero ese mismo juez ¿tendrá siempre fuerzas suficientes para decidir un asunto en contra del presidente o del ministro que lo debe ascender?”<sup>84</sup>.

Como es sabido, la estructura de la Administración es jerárquica, y esto por razones que la distinguen del Poder Judicial. Así, por ejemplo, la dependencia de los inferiores al superior jerárquico tiene como justificación razones de responsabilidad administrativa. Asimismo, en el entendido del derecho administrativo como una ciencia de dirección, muchas autoridades deben seguir planes y programas definidos por el superior de que se trate, que goza de un pedigrí democrático del que no gozan los jueces. En la actualidad, la Administración debe responder a una serie de problemas de política pública. Para Guiloff, “[n]o es que la administración haya dejado de transmitir la voluntad legislativa al ciudadano, sino más bien que su rol en la actualidad es bastante más amplio. Hoy por hoy, la administración posee potestades normativas que cumplen la función de otorgarle un necesario margen de apreciación para hacer efectiva la

---

<sup>82</sup> Astorga. Op. Cit. P. 185.

<sup>83</sup> Ibid. P. 186.

<sup>84</sup> Couture. Op. Cit. P. 62.

voluntad legislativa, como asimismo para actuar en determinadas materias en procura de la mayor realización del bien público allí donde el legislador aún no lo ha hecho”<sup>85</sup>.

En palabras de Camila Astorga: “Surge inmediatamente una objeción a la independencia que ha de caracterizar a la entidad que ejerce funciones jurisdiccionales, ya que al ser propias de la estructura orgánica de la Administración, las relaciones de jerarquía y supervigilancia entre funcionarios, resulta que son pocos los órganos de esta naturaleza que quedarían fuera del espectro de control del Presidente de la República, los Ministros de Estado o los Jefes de Servicio que influyen directamente en el nombramiento y remoción del personal de su dependencia.”<sup>86</sup>

Es más bien simple distinguir entre la potestad jurisdiccional de la legislativa, pero no pasa lo mismo cuando se trata de distinguir entre la potestad jurisdiccional de la administrativa. Esto, por cuanto la separación de poderes del Estado propuestos desde Montesquieu en adelante, no son tan claros como lo fueron en su momento. Solo a modo ejemplar, cuestiones como la iniciativa del presidente de la República en el origen de un proyecto de ley, difieren de los compartimentos estancos que representaron en su momento los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo. Otro ejemplo es el hecho de que hoy en día sea difícil hablar de Poder Ejecutivo, por cuanto la pretensión de que la Administración tuviera la finalidad de la mera “ejecución de la ley” fue efímera, de hecho, “perseguir el interés general a través de la acción de órganos del Estado obliga a esos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas y el conocimiento experto disponible. Por eso, la Administración se caracteriza por ser una potestad *ordenada de modo finalista*”<sup>87</sup>.

Los autores Bordalí y Ferrada enuncian una serie de argumentos para afirmar que la actividad jurisdiccional es diferente de la meramente administrativa. En primer lugar, ambas potestades aplican el derecho objetivo: la jurisdiccional al caso concreto y la administrativa en el desarrollo de sus funciones al servicio del interés general, pero se diferenciaría esta última en que la Administración no se limita a la simple aplicación normativa, sino que además es un agente creador de normas del propio ordenamiento y en su aplicación utiliza criterios políticos o

---

<sup>85</sup> Guiloff (2012). P. 133.

<sup>86</sup> Astorga. Op. Cit. P. 187.

<sup>87</sup> Atria (2016). P. 192



administrativos discrecionales, que dependen de las políticas públicas impulsadas por el Gobierno.<sup>88</sup>

En el mismo sentido se pronuncia el jurista español Alejandro Nieto, que dice que en el caso de los jueces penales estos están destinados a reprimir delitos de una legislación que les es ajena, mientras que para la Administración la situación sería distinta, ya que es directamente ejecutora de normas que no le son ajenas, al colaborar en su formación a través de reglamentos “y, sobre todo, porque gestiona los intereses públicos y generales”<sup>89</sup>.

En segundo lugar, la actuación del derecho objetivo por la jurisdicción sólo se ejercería ante el ejercicio de pretensiones y resistencias. En este sentido, para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, un particular debe acudir ante la justicia impetrando una acción. La persona demandada, podrá oponer las excepciones que estime pertinentes contraviniendo la pretensión de su contendor. La actividad jurisdiccional, por regla general, no puede iniciarse de oficio y se desarrolla siempre frente a dos partes en un proceso de alteralidad o bilateralidad de la audiencia. En cambio, para la Administración es común iniciar investigaciones de oficio, aunque también pueda hacerlo frente a la denuncia de un particular. Con todo, en este último caso, no se estaría frente a una verdadera pretensión, ya que el derecho objetivo no se actuaría frente a dos partes en todos los casos.

En tercer lugar, existe una distinta manera de actuar el derecho objetivo. Por un lado, la Administración aplica el derecho, en ciertos casos, persiguiendo el interés general o intereses públicos, la jurisdicción sólo lo hace respecto al derecho que está en disputa, mediante las pretensiones y resistencias que las partes del proceso esgrimen. Esto provoca que la potestad administrativa sea controlable, y esto porque el interés general debe haber sido ejecutado conforme a los derechos de los particulares y al ordenamiento en su conjunto. Este control es ejercido por la jurisdicción, en una suerte de control *ex post* inter poderes. Por otro lado, la jurisdicción aplica el derecho objetivo respecto de la contienda sometida a su decisión y luego de ello no existe más. Se produce el efecto de cosa juzgada, que implicará no poder revisar nuevamente el asunto que se ha resuelto.

---

<sup>88</sup> Bordalí y Ferrada (2002). Pp. 187 y ss.

<sup>89</sup> Nieto (2007). P. 8.

En cuarto lugar, si bien ambas actividades pueden juzgar, la Administración lo hace respecto de su propia actividad. En cambio, la jurisdicción debe resolver un conflicto entre partes y limitándose en cuanto a los hechos, a lo que las partes le presenten. A partir de ello, surge la “alienidad”, “terceridad” o desinterés objetivo. Esto dice relación con la diferencia entre la autotutela y la heterotutela. La Administración ocupa la autotutela declarativa para resolver asuntos propios, mientras que la jurisdicción utiliza la heterotutela.

Sobre este último punto, podemos entender que la actividad de la Administración tiene un corte más inquisitivo. La Administración muchas veces no sólo se conformará con una denuncia, sino que deberá reunir todos los antecedentes fácticos que le sirvan de sustento para dictar un acto administrativo terminal. En este ejercicio, se verá disciplinado por el eventual control expuesto por la jurisdicción, dado que es presumible que la Administración, al velar por el interés general, intentará crear el mejor acto administrativo posible, para que luego, en un eventual proceso contencioso-administrativo, su decisión no sea revocada por la voluntad del tribunal.

Una opinión diversa, pero con elementos comunes, era la del profesor Segismundo Royo-Villanova, quien creía que la Administración, en el procedimiento administrativo, actuaba muchas veces casi como un ente jurisdiccional, eso sí, sin ejercer jurisdicción. Decía el catedrático que en los expedientes administrativos también encontramos una serie o sucesión de actos que tienden a una actuación solicitada por la ley, al igual que en el proceso judicial, que en las “reclamaciones gubernativas” también existiría una suerte de demanda, que la autoridad igualmente debía aplicar la ley, que existirían alegaciones, práctica de pruebas, una decisión final. Con todo, lo que a la Administración le interesaría no sería la aplicación directa de la ley, sino que la consecución de fines prácticos, la prestación de servicios públicos.

Consideraba que la Administración era juez y parte. Sin embargo, el autor reconocía que en el procedimiento administrativo regía el llamado principio inquisitivo o de oficialidad, correspondiendo a la autoridad administrativa la dirección del procedimiento y ordenar la práctica de cuantas actuaciones fueren necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la resolución de la cuestión. Las partes no disponen la tramitación del pleito (o, en otras palabras, no recae sobre ellos el impulso procesal para hacer avanzar el procedimiento). Sería la Administración la que ha de comprobar los hechos alegados mediante la práctica *ex officio* de las pruebas oportunas. En el proceso judicial, son las partes las que ofrecen prueba para probar sus

alegaciones, en virtud del principio dispositivo. Las afirmaciones en el procedimiento administrativo han de confrontarse con los hechos, que deben acreditarse como ciertos para poder fundar el acto administrativo terminal, “pues únicamente la certeza de los hechos ofrece la seguridad exigida para el cumplimiento de los fines de la Administración, que son independientes de la voluntad de las partes”<sup>90</sup>.

Como explica Bordalí, si no nos encontramos frente a un proceso, igualmente se podrán tutelar derechos e intereses de las personas, “pero esa actividad no será jurisdiccional, sino administrativa, de policía o del tipo que sea”<sup>91</sup>. “Y es un tribunal aquel órgano establecido por la ley que, además de llevar el nombre de tribunal o juzgado, sea efectivamente independiente e imparcial, según se desprende de la normativa de nuestra Constitución, entre otros requisitos”<sup>92</sup>. La imparcialidad “se refiere al momento dinámico o procesal de la actuación de los tribunales de justicia (función jurisdiccional). La imparcialidad dice relación con el estricto sometimiento del juez a la ley, es decir, que debe decidir el asunto sometido a su conocimiento y decisión no según su arbitrio u opinión personal, sino según el criterio social formalmente publicitado a través de la ley”<sup>93</sup>.

Creo que esta corriente doctrinaria es más convincente, por cuanto intenta explicar las diferencias estructurales y funcionales que presenta el procedimiento administrativo respecto del proceso jurisdiccional. No se puede pretender un desinterés objetivo respecto de una agencia administrativa que está al servicio del interés general. Tampoco se puede pretender una actitud pasiva, en lógica acusatoria, donde la Administración reciba las pruebas presentadas por los interesados de manera imparcial, con el fin de que se resuelva una contienda sometido a su conocimiento. La Administración, por el contrario, puede adoptar una actitud inquisitiva, cuyo alcance dependerá de la ley que le sirva de sustento, levantando actas de fiscalización que constaten la realidad de los hechos denunciados o investigados de oficio, puede oficiar a los distintos actores de un mercado, puede emitir oficios circulares con el fin de recabar antecedentes de diversos actores en un mercado o en un sector en específico, puede citar a declarar a personas que considere como relevantes para la emisión del acto administrativo terminal, entre otros. En fin, puede realizar una serie de actividades que tienen sentido en una lógica de un procedimiento

---

<sup>90</sup> Royo. Op cit. Pp. 65.

<sup>91</sup> Bordalí (2003). P. 280.

<sup>92</sup> Ibid. P. 264.

<sup>93</sup> Ibid. Pp. 264 y ss.

inquisitivo, mas no en la lógica de un sistema acusatorio como el que rige en materia jurisdiccional.

Como ya adelantábamos, la tesis de que la Administración no ejercería potestades jurisdiccionales ha sido ratificada por la Corte Suprema en un fallo del 2017. Conociendo sobre la calidad de árbitro del Intendente de Seguros Previsionales de Salud, sentencia la corte que “un funcionario que ejecuta parte de la potestad administrativa sin estar sujeto a los principios de imparcialidad e independencia, carece de las cualidades esenciales de un tribunal, aun cuando la ley lo nomine como tal, puesto que desconoce la necesaria observancia de elementos fundamentales que configuran la actividad jurisdiccional común, de modo que no puede confundirse entre la actividad administrativa que ejecuta y la jurisdiccional que se le asigna, al tratarse de un órgano que no concentra los elementos mínimos de ésta.”<sup>94</sup>

En síntesis, la imparcialidad sólo puede predicarse de órganos que puedan ejercer correctamente la jurisdicción. Este no es el caso de la Administración, que cuenta con una estructura jerarquizada y que es funcional a la multiplicidad de fines, como concreciones de un interés general sectorial, en el día a día.

### 6.3. La aplicación del debido proceso produce ineficiencia.

En el mensaje del presidente de la República del proyecto de ley que establecería plazos para el procedimiento administrativo y regularía el silencio administrativo, se señala:

“Lo normal es que la Administración responda oportunamente a las demandas de las personas.

Sin embargo, no puede negarse que la administración y la economía, en algunas ocasiones, viven ritmos temporales distintos. En las actuales condiciones de la economía, los empresarios deben, si no quieren sucumbir, reaccionar velozmente a las señales del mercado. Para ello se requiere, en muchos casos, de autorizaciones, permisos, concesiones y, en general, de aprobaciones administrativas que deben entregarse con celeridad.

---

<sup>94</sup> SCS, 17.10.2017, rol 24.994-2017.

La Administración no siempre responde a estos requerimientos oportunamente. Dicha falta de celeridad está dada, entre otras razones, por procedimientos administrativos lentos, en razón de plazos excesivos o indeterminados. Tal falta de adecuación entre demandas y respuestas oportunas, puede originar que los proyectos no se ejecuten, por desestimiento (sic) de los interesados, desaliento o frustración, perdiéndose así puestos de trabajo, impulso económico e ingresos fiscales”.

Como ya hemos señalado, el proyecto de ley derivó en una ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, sin embargo, cabe tener presente este elemento histórico que marcó el motivo del proyecto de ley en sus inicios.

Se debe explicitar que las garantías producen inevitablemente costos en la eficiencia. Mientras más quiera hacerse parecer al procedimiento administrativo a un proceso judicial, mayores costos implicará para la Administración conducir el procedimiento. El profesor Cordero Vega opina que “un exceso de celo en el formalismo comporta el riesgo de “agarrotar” los medios de actuación de la Administración Pública, impidiendo así una adaptación flexible a las circunstancias en concreto. Se origina de este modo una conocida situación de tensión entre dos exigencias que en principio parecen irreconciliables – garantía y eficiencia – y cuya respectiva defensa ha dado, en los sistemas comparados, a sendas posturas doctrinales entre garantistas y efficientistas.

Caer en esta discusión excluyente puede hacer fracasar la implementación de nuestra LBPA”<sup>95</sup>. Sin embargo, no compartimos esta última reflexión. Nos parece de suma relevancia seguir discutiendo sobre la pertinencia de las garantías en el procedimiento administrativo y la relevancia de la eficiencia en el actuar de la Administración. Lo dicho hasta acá nos hace tomar partido por lo que en doctrina se le ha llamado derecho administrativo de la luz verde, donde “[e]l punto ahora es centrar la atención en la gestión y el servicio público en cuanto tales, no como interferencias a la libertad, sino como actuaciones cuyo propósito es contribuir al interés general, incluyendo la libertad”<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Cordero. Op. Cit. P. 340.

<sup>96</sup> Montt. Op. Cit.

Rescato ciertas reflexiones iniciales hechas por el autor Adolfo Menéndez Menéndez<sup>97</sup>, para luego separarme drásticamente de ellas en sus conclusiones. El autor español trata en un primer momento el simplismo de decir que la economía es autosuficiente para resolver los problemas sociales de los mercados sin necesidad del derecho. Así, se llega a la conclusión de que los funcionarios públicos y el Estado no son más que un obstáculo para la economía. Este razonamiento adolecería de graves peligros. Cabe recordar que es la sociedad la que se articula en torno al Estado, en palabras liberales, son las personas las que pactan un contrato para crear al soberano y esto lo hacen porque es más beneficioso para ellas mismas que vivir en un estado de guerra o de inseguridad.

Lo cierto es que ni siquiera desde la perspectiva de la eficiencia de las empresas, tal reducción o desaparición del Estado es conveniente. Con el repliegue de las Administraciones ante el proceso de liberalización económica en el mundo y la defensa de dicho proceso desde la doctrina con principios como el de subsidiariedad del Estado, éste comienza a relegarse a funciones cruciales de regulación, ineludibles desde el fracaso de la autorregulación. El Estado retrocede y pierde su rol protagónico en materia prestacional, pero no desaparece, se reduce a lo mínimo.

No se puede extraer como consecuencia lógica de la premisa de que la competencia sea buena para la economía, el hecho de que la economía haga más felices a las personas, las proteja más frente a los abusos de las personas con poder económico o que sea el único a fin a considerar como sociedad. En este contexto, el hecho de que la Administración sea eficiente implica, para el autor, no perturbar el funcionamiento económico con sus propias ineficiencias. Esto porque en economía el tiempo es plata.

La historia que explicaría la relación entre el Estado de Derecho y el Derecho Administrativo estaría marcada por tres momentos, a saber: (1) el advenimiento de un derecho vivo y dinámico frente a concepciones estáticas previas a la Revolución Francesa, un derecho defendido por todos; (2) la batalla del derecho administrativo por ser plenamente jurídico, con aportes doctrinales como la conferencia de “La lucha contra las inmunidades del poder” de García de Enterría durante la dictadura de Franco; y (3) la lucha por una Administración eficiente.

---

<sup>97</sup> Menéndez (2011).

Además, señala el autor, que “[n]o es nada menor que las Administraciones públicas deterioren las formas procedimentales que garantizan la objetividad de su actuación y su control judicial, en aras, una vez más, de ser más <<eficaces>>”<sup>98</sup> De esta forma, si el autor analizara el presente trabajo, podría decir que la no aplicación del debido proceso produce un deterioro en las formas procedimentales, con el fin de ser más eficientes. Esto último estamos defendiendo, pero creemos que el procedimiento administrativo sin un debido proceso no genera un deterioro, sino que ayuda a clarificar el alcance del régimen jurídico aplicable para la Administración en su fase formal.

Nos separamos del autor español también en otros puntos. Por ejemplo, en Chile el Estado ha tomado tanta distancia en pos de la iniciativa privada que ha quedado relegado, en su fase empresarial, a las actividades estratégicas y a los malos negocios que no quieren ser emprendidos por los particulares, al punto de muchas veces preferirse su no intervención como competidor en un mercado. En el ámbito prestacional, ha dejado de ser (si es que llegó a serlo) un Estado garante de ciertos derechos sociales mínimos, ahí donde el mercado no pueda intervenir y sea el Estado proveedor de cuestiones como la salud, la educación, la vivienda, entre otros.

Además, consideramos que hay cosas más relevantes que el dinero de las empresas en abstracto, como son la protección de los consumidores, de los derechos de los trabajadores, del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, entre otros, donde la mano invisible parece no tener benevolencia, por lo que la Administración ha de ser eficiente en vistas de la consecución del interés general, en abstracto y del interés general sectorial, dependiendo del servicio de que se trate, entre otras, la libertad. La preocupación por las personas, por los menores de edad, por las desigualdades sociales, entre otros, son temas fundamentales que requieren de una atención preferente del Estado en una sociedad del riesgo. Será mejor hacer esperar a una empresa para perfeccionar una operación si ello puede atentar contra los derechos de los pueblos indígenas, etc.

En el ámbito de las sanciones administrativas, que son el producto de un procedimiento administrativo sancionatorio, prolífica doctrina ha discutido acerca del trasvase de garantías penales en el derecho administrativo. El profesor Raúl Letelier explica que la asunción de que la

---

<sup>98</sup> Ibid. P. 58.

aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas descansa en que ello sólo traería resultados positivos es radicalmente falsa: “[l]as sanciones no son algo distinto a su regulación y los efectos de aplicar esas garantías no son, en caso alguno, neutros o asépticos, tal como pronto veremos. En realidad, esta necesidad de un trasvase garantista sólo vienen a mostrar – como indicara acertadamente Posner – un simple “sentido visceral de justicia” que entiende que tratar a ambas sanciones de la misma forma dará siempre un resultado positivo. Ese sentido se opone necesariamente a uno más “racional” y “funcional” con el cual mirar los efectos específicos que esas garantías producen para así comprender que lo que hace distintas a ambas sanciones son precisamente esas garantías”<sup>99</sup>.

Para el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, el tema de las sanciones administrativas debe verse desde el Derecho del Estado, considerando aquellos derechos y deberes que el ordenamiento jurídico le impone, así como los instrumentos necesarios para cumplir con sus cometidos. La posición de servicialidad del Estado frente al ser humano, su deber de promoción del bien común y la integración armónica de todos los sectores de la Nación, obliga al Estado a aplicar todas estas medidas y ejercer aquellas atribuciones que le ha otorgado el ordenamiento jurídico con el fin de cumplir un rol de conformación social que cumpla con dichos valores y bienes constitucionales. Esta obligación de la Administración ha crecido exponencialmente frente a la complejidad de la actual sociedad, desde la revolución industrial y hasta la actual moderna sociedad del riesgo. “Todo lo anterior ha demandado una intervención decidida del Estado mediante una acción oportuna y eficaz, la que muchas veces no se encuentra en la naturaleza, dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales y que exige, por lo tanto, asumir tal función por medio de sus órganos administrativos, dejando para una segunda fase el control jurisdiccional”<sup>100</sup>.

En otras palabras, la fisonomía propia de la función jurisdiccional no permite un actuar oportuno y eficaz para concretizar cuestiones técnicas y cotidianas del acontecer en la comunidad. Es en sede judicial donde el instituto del debido proceso tiene sentido, pudiendo satisfacer sus derechos y garantías intrínsecos de manera correcta: ante un tercero imparcial, independiente, con un principio dispositivo, con garantías de alteralidad, entre otros. No ocurre lo mismo en sede administrativa, ya que la urgencia de los acontecimientos obliga a la

---

<sup>99</sup> Letelier. Op. Cit. P. 632.

<sup>100</sup> Cordero (2012). P. 148.



Administración a actuar rápidamente, no pudiendo satisfacer medidas de debido proceso en toda su magnitud. Ello no significa abandonar el procedimiento administrativo a la total arbitrariedad de la autoridad, sino que significa reubicarlo donde realmente pertenece, sin querer asimilarlo a un proceso jurisdiccional, con garantías que no le son propias.

Para ser sucintos, ya es momento de dejar de mirar a las garantías como un bien en sí mismo y empezar a tratarlas desde sus verdaderos efectos prácticos. El introducir subprincipios por aplicación del debido proceso en el procedimiento administrativo no puede sino tener fines axiológicos del intérprete que no son transparentados. La enumeración de todos estos principios nos da luces de que lo que verdaderamente puede hacer perder la efectividad de la aplicación de la LBPA son, justamente, las garantías. Así, la Administración en su actividad diaria, está obligada a regirse por el principio de legalidad, por tanto, someter su actuación a la Constitución y las leyes. Para quienes la Administración debe seguir toda la serie de subprincipios creados de forma doctrinaria y jurisprudencial, esta tarea se vuelve derechamente imposible. Y es imposible porque el alcance de estas garantías variará dependiendo del voluntarismo del intérprete que, como ya se ha visto, suelen propugnar estos principios para limitar la actividad del Estado, en favor de los intereses de los particulares.

Con todo, no quiere decir esto que no existan instituciones garantistas al interior de la actividad de la Administración, y más específicamente hablando, en la impugnación de los actos administrativos, que produce la Administración luego de la realización del procedimiento en estudio. A continuación, expondremos la importancia de los recursos administrativos como una garantía de los administrados.

#### 6.4. El rol garantista que pueden jugar los recursos administrativos.

El procedimiento administrativo debe entenderse como una exigencia del Acto administrativo terminal, que busca crear el mejor acto administrativo posible, con sujeción al principio de juricidad que rige a la Administración y persiguiendo el interés general que dependerá de las necesidades del servicio en cuestión.

Es en este punto donde los recursos administrativos cobran una finalidad crucial, ya que serían un medio más eficaz que los medios jurisdiccionales para lograr el mejor acto administrativo posible. Nos quedaremos con la completa definición que entrega Camila Astorga respecto a los recursos administrativos, que son “los mecanismos para la impugnación de ciertos actos administrativos previos, los que pueden ser resoluciones propiamente tales o actos de trámite calificados, que se interponen ante la propia Administración del Estado, ya sea la misma autoridad de la cual emanó el acto recurrido, ante su superior jerárquico, o bien, ante órganos especiales con facultades para conocer de los mismos, para que resuelva a través de un acto también administrativo, sobre la modificación, el reemplazo o la nulidad del mismo, pretendida por el interesado”<sup>101</sup>

Creemos que un análisis de las instancias de revisión al interior de los distintos poderes del Estado podría darnos luces de cómo generar incentivos para crear mejores actos administrativos, en el contexto de un Estado Prestador y a través de los recursos en comento. En el Poder Judicial se establece como un principio transversal, casi sin excepciones, el principio de la doble instancia. Cada instancia es grado jurisdiccional de conocimiento tanto de los hechos, como del derecho. Esto, por cuanto la revisión por un tribunal superior garantizaría el derecho a ser juzgado por jueces más capacitados, en caso de solicitarse. En el Poder Legislativo, tanto la Cámara de Diputados como el Senado concurren en la formación de las leyes. Esto permite una nueva revisión de un proyecto de ley que salga de una cámara.

Ahora bien, en el caso del Poder Ejecutivo debiese dársele el debido peso a esta función revisora. En particular, me parece que hay que darle la importancia que merecen los recursos administrativos, por cuanto permiten una revisión no sólo de legalidad, sino que también en cuanto a la oportunidad de los actos administrativos.

Sin embargo, la doctrina no es pacífica en este sentido. Una primera vertiente doctrinaria propugna que los recursos administrativos no constituirían un medio de garantía para los administrados frente a la Administración. A este respecto, se esgrimen tres tipos de argumentos: (i) la dificultad de conocer realmente el acto administrativo de que se trate y los medios impugnativos a disposición del particular; (ii) los cortos plazos para la interposición de los recursos administrativos, que en el caso del recurso ordinario de reposición y jerárquico es de

---

<sup>101</sup> Astorga. Op. Cit. P. 109.

apenas 5 días; y (iii) el problema de la imparcialidad: la Administración como juez y parte. Con todo, se rebate la afirmación de la Administración como juez y parte, obste al recurso como garantía, dado que el recurso de reposición en sede jurisdiccional también es interpuesto para ante el juez que ha emitido la resolución cuya revisión se solicita, así como el recurso de apelación también es resuelto por el superior jerárquico del tribunal de que se trate, no pudiendo cuestionárseles por eso, su calidad de garantías.<sup>102</sup>

Una segunda vertiente doctrinaria, es de la opinión que los recursos administrativos son una verdadera garantía para los administrados. En esa línea, “ocurre respecto de los recursos administrativos, que ponen a disposición de los particulares una alternativa verdaderamente accesible para la impugnación, eliminando los altos costos, complejos procedimientos y tardíos resultados que normalmente van aparejados a un procedimiento judicial que, a final de cuentas, limita los recursos jurisdiccionales exclusivamente a los casos en que por la cuantía o lo significativa de la afectación al particular se justifica incurrir en semejante costo.”<sup>103</sup> Y es que en un sistema donde no se exige el agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar los actos de la administración, como es el caso chileno, este rol de garantía para el administrado permite su mayor concreción. El recurso administrativo, permitiría al administrado perjudicado por un acto administrativo exigirle a la autoridad que revise no sólo la legalidad de su decisión, sino que también su mérito y oportunidad, solicitando que adopte tal o cual medida, pudiendo aportar nuevos antecedentes fácticos para la determinación del asunto.

Más aún, otro componente que me parece crucial para destacar la importancia del recurso administrativo es la extensión de la revisión que puede hacer la administración respecto de sus propios actos. En este punto hay que referirse a la distinción entre norma de conducta y norma de control: la primera es aquella que dirige la actividad de la administración; mientras que la segunda es la que utiliza el órgano judicial para llevar a cabo su control de legalidad del acto. “La norma de conducta pretende dirigir eficazmente la actividad administrativa (y se puede medir el grado en que realmente esto se consigue); y la norma de control judicial delimita los criterios jurídicos con los que se llevará a cabo la función de examinar la legalidad de la actuación administrativa impugnada (para vincular a ese enjuiciamiento, en primer término, una de las dos

---

<sup>102</sup> Ibid. P. 142.

<sup>103</sup> Ibid. P. 135.

consecuencias jurídicas del binomio validez o invalidez)”<sup>104</sup>. Por tanto, mientras que la judicatura sólo cuenta con la norma de control para revisar los actos de la administración, la Administración puede revisar sus propios actos de acuerdo a las propias reglas que ella se ha dado.

En palabras de Astorga: “...la revisión a través de mecanismos recursivos puede ser llevada a cabo tanto por la misma Administración, o bien, por una entidad externa como son los tribunales de justicia. La extensión de la revisión será en cada caso diversa, entendiéndose en el derecho chileno que, por regla general, la Administración podrá volver sobre cada uno de los elementos de los actos administrativos, sobre todo cuando es la misma autoridad la que realiza el examen en ejercicio de idénticas potestades que la llevaron a dictar el acto que se cuestiona. En cambio, el espectro de revisión dejado a los jueces es más reducido y se restringe exclusivamente a un examen sobre la juridicidad de la actuación administrativa, no pudiendo inmiscuirse en aquellos aspectos que son dejados exclusivamente a la decisión de dicha autoridad, generalmente en virtud de potestades que han sido configuradas con la inclusión de elementos discrecionales, como son las consideraciones de mérito o de oportunidad. En consecuencia, no puede el juez venir a sustituir a la Administración en su decisión, sino tan solo revisar que dicha decisión sea ajustada a derecho.”<sup>105</sup>

En síntesis, los recursos administrativos podrían constituir una verdadera fuente de garantías de los administrados, por cuanto permiten exigirle a la Administración, sin costo monetario alguno, que revise tanto la legalidad como el mérito u oportunidad de una decisión que la misma o su inferior jerárquico haya tomado.

Dicho esto, ahondaremos en las diferencias entre el procedimiento administrativo que sirve de formación para el acto administrativo terminal y el proceso contencioso administrativo posterior, en sede judicial.

#### 6.5. La relación funcional entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo.

---

<sup>104</sup> Ibid. P. 17.

<sup>105</sup> Ibid. P. 53.

Como ya se ha dicho, los autores que propugnan la tesis de un debido procedimiento administrativo fundan esta exigencia en la norma constitucional del artículo 19 N°3 de la Constitución. Ya hemos expresado nuestro desacuerdo con la interpretación laxa del ejercicio jurisdiccional. Este precepto no debiese ser considerado como un mandato de un debido proceso en el procedimiento administrativo. Si se quisiera dar aplicación a esta norma constitucional en el ámbito administrativo, lo cual sería impropio, su único alcance debería ser el de la interdicción de la arbitrariedad, mas no una puerta de entrada garantista disfuncional a los disímiles fines con que debe lidiar la Administración a diario.

El control está íntimamente vinculado con el régimen democrático de gobierno. Para asegurarse que las esferas administrativas y políticas no caerán en la arbitrariedad, es necesario un control sereno, eficaz, objetivo e independiente. En un estado de derecho, se somete a todos los poderes públicos al orden jurídico, proscribiendo la arbitrariedad y limitando funcional y estructuralmente sus posibilidades de actuación. En este contexto, el control de los poderes públicos, y más específicamente, de la Administración, es la necesidad de limitar el ejercicio del poder público y esto no tiene que ver con la buena fe o rectitud ética de las autoridades, sino que tiene que ver con la limitación de los poderes exorbitantes de la Administración y del rendimiento de cuentas. Con todo, el control puede adoptar muchas formas, agentes y modalidades. Se diferencian doctrinariamente entre el control jurídico y el control político. El primero, es un juicio de conformidad al derecho, en sus diversas fuentes. El control que ejercen los jueces es estrictamente un control de legalidad, que es la conformidad con la norma del acto controlado. Esta forma de control tiene como nota distintiva el hecho de que “el derecho lo es todo. La norma jurídica constituye el canon de valoración, los agentes de control, el propio resultado, su procedimiento.”<sup>106</sup>

No es lo mismo adoptar una decisión que controlar jurídicamente la decisión adoptada por otro. Tradicionalmente, se ha analizado la forma en que los jueces deben aplicar el derecho para la resolución de un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica. Los jueces conocen por primera vez de los hechos; tienen que seguir formalidades descritas detalladamente en la ley para incorporar los hechos en el proceso mediante los medios de prueba (“lo que no consta en el expediente no existe en este mundo”) lo que implica, como señala el artículo 160 del Código de procedimiento civil, que “[l]as sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán

---

<sup>106</sup> Cordero. Op. Cit. Pp. 528 y ss.

*extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio*”; deben valorar la prueba presentada en momentos determinados legalmente de una forma también legalmente establecida (sistema de prueba legal tasada atenuada en el ámbito civil; de la sana crítica en el ámbito penal, etc.); tienen prohibida la incorporación de su saber privado en la valoración de la prueba; y deben decidir el negocio sometido a su conocimiento de forma imparcial.<sup>107</sup>

Junto con ello, se le exige al juez que, en su decisión, plasmada en la sentencia, estructure de forma tal sus argumentos que cualquier persona racional pueda llegar a las mismas conclusiones. En buenas cuentas, el juez debe seguir todos los principios que uniforman el debido proceso.

Sin embargo, la situación es muy distinta cuando interviene la Administración<sup>108</sup>. La Administración (también) conoce los hechos por primera vez; debe seguir con el procedimiento establecido en la ley (general -LBPA- o especial -procedimiento administrativo regulado especialmente-); debe valorar los antecedentes que arrojen su investigación “*en conciencia*” (utilizando la terminología del art. 35 LBPA); tienen la obligación de incorporar su saber privado (que constituye su *expertise*) en la valoración de los antecedentes fácticos aportados o simplemente de los hechos investigados por la propia Administración; toma una decisión dictando un acto administrativo terminal pudiendo imponer, cotidianamente, cargas sobre los administrados; y al dictar este acto administrativo, incorporan una norma jurídica al sistema que debe ser funcional al interés general. Dicho de otro modo, esta “decisión” (si se le puede llamar de esa forma) es parcial.

Asimismo, no se le exige a la Administración que su decisión pueda ser siquiera inteligible para una persona promedio, sólo se le exige que sea motivada. Por razones de *accountability* podríamos sumar esta exigencia, teniendo que realizar una fundamentación detallada y pedagógica de la ponderación que realizó. Sin embargo, el acto administrativo simplemente debe cumplir de la mejor forma posible el interés general que se trate en el caso en particular y que será de dificultad técnica variada.

---

<sup>107</sup> Rodríguez (2015). P. 16.

<sup>108</sup> Ibidem.

Esto, constituye otra razón del por qué no existe un equivalente al debido proceso en el procedimiento administrativo. Simplemente este procedimiento, que es una variedad de actos que se suceden en el tiempo, debe cumplir con el principio de legalidad, al que está sometida la Administración. Sin embargo, cabe agregar que este procedimiento administrativo debe cumplir con las reglas que el propio servicio se dé, en caso de tratarse de un procedimiento administrativo no totalmente regulado por la ley, o visto desde la óptica de su producto, si generará un acto administrativo con una parte discrecional. Esta discrecionalidad administrativa es definida por José María Rodríguez como “la facultad atribuida por la norma a la Administración de completar o integrar (conforme a criterios o parámetros decididos o “encontrados” por ella misma) el supuesto de hecho normativo imperfecto o, en el caso extremo, de crear un supuesto de hecho normativo inexistente (también conforme a esos criterios) determinante de la aplicación en cada caso de una consecuencia jurídica prevista normativamente”<sup>109</sup>.

De esta forma, en algunos casos los tribunales de justicia deberán tener cierta deferencia hacia el actuar de la Administración. En determinadas ocasiones, la Administración se encuentra en la mejor (sino la única) posición para determinar cuál es la forma idónea para satisfacer los intereses generales. Asegurarle cierto margen de apreciación o maniobra en estos casos “permite incrementar la probabilidad de que se establezcan las soluciones que satisfacen mejor los intereses de los ciudadanos. Ello obedece a que muchas veces la Administración competente posee mayor capacidad -por su composición, *sus procedimientos de actuación*, sus medios materiales y personales, etc.- que los Tribunales para decidir acertadamente en el caso considerado”<sup>110</sup> (énfasis agregado).

Existen evidentes diferencias entre la actividad administrativa que emite el acto impugnado y el Tribunal encargado de revisarlo, ya que la Administración puede poseer ciertos conocimientos técnicos que los tribunales ordinarios de justicia no tienen. En palabras del profesor Fernando Atria, existen diferencias entre la discreción con la que pueden actuar en ciertas situaciones los tribunales a la discrecionalidad administrativa con la que pueden actuar los órganos de la Administración en ciertos casos. Para el caso de la discreción en del Poder Judicial, ésta implica que los jueces deben suplir un déficit de la ley, teniendo que realizar la mejor interpretación posible del derecho vigente. Para el caso de la Administración, la discrecionalidad

---

<sup>109</sup> Ibid. P. 1.

<sup>110</sup> Doménech (2018). P. 11.

administrativa “no es el resultado de un déficit legislativo, sino precisamente el modo en que la ley deja a la Administración un espacio para actuar eficazmente en procura de sus fines”<sup>111</sup>

En nuestro país, el legislador no respondió al mandato constitucional del artículo 83 de la Carta de 1925 de crear los Tribunales Administrativos que conocieran de los “*actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas*”. La reforma de 1989 a la Constitución del 80 vino a suprimir toda referencia a los tribunales contencioso-administrativos, lo que abrió las opciones legislativas a la existencia de jurisdicciones especializadas o la propia jurisdicción ordinaria. En este sentido, el legislador ha optado por soluciones muy disímiles al respecto: tribunales administrativos especiales dentro y fuera del Poder Judicial; órganos administrativos que funcionan como una verdadera primera instancia: y, por aplicación de su competencia general y residual, los tribunales ordinarios. Por tanto, para tratar de salvar la poca especialización de los tribunales ordinarios, se han creado verdaderos tribunales boutique o de “alfombra roja”, relacionados con actividades administrativas de contenido económico (a saber, Tribunal de Contratación Pública, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Tribunal de Propiedad Industrial y Tribuna de Defensa de la Libre Competencia). Juan Carlos Ferrada critica de estos tribunales que “en comparación con la jurisdicción ordinaria, otorgando evidentes privilegios para los actores en esta materia, en desmedro de los particulares en otras materias”<sup>112</sup>. Para contrarrestar esto, se deberían crear tribunales administrativos dentro del poder judicial, cuestión tan ansiada por los administrativistas, pero cuyo análisis escapa las pretensiones del presente trabajo.

Fernando Atria expone que la estructura del poder judicial con la estructura de la Administración está erigida por principios opuestos. Por un lado, los funcionarios de la Administración, cuando pertenecen a órganos directivos, no tienen independencia ni inamovilidad, pueden ser removidos por el presidente de la República a arbitrio de éste. Por otro lado, los jueces no son de exclusiva confianza de nadie. En su actuar el juez es independiente y su correlato es la sujeción del juez a la ley. El hecho de que el juez sea independiente hace probable que su decisión (sentencia) sea reflejo del contenido abstracto de la ley. El modo de legitimación material de la Administración difiere ostensiblemente. Así, el contenido de un acto administrativo no se legitima mostrando que es aplicación concreta de la ley, sino que opera a través de una estructura jerárquica, donde la decisión “se sigue de instrucciones, planes, políticas

---

<sup>111</sup> Atria. Op. Cit. P. 201.

<sup>112</sup> Ferrada (2011). P. 136.



o programas materialmente legitimados y realizados a través de mecanismos dotados de la capacidad técnica necesaria y sancionados democráticamente”<sup>113</sup>. El “poder ejecutivo” no tiene como fin poner en ejecución la ley.

Continúa el autor indicando que la estructura de la Administración puede ser entendida en la lógica de un mandato, es decir, una relación en virtud de la cual una persona, llamada mandante, encarga la conducción de uno o más asuntos a otro, llamado mandatario, por cuenta y riesgo de la primera. En ese sentido, regiría dentro de la Administración un principio comisarial (comisión, por tratarse de un mandato especial), donde el mandante es el presidente de la República y los demás (órganos del Estado) son sus comisarios. En realidad, el primer mandatario es el presidente, que recibe su mandato directamente del titular de la soberanía, el pueblo.

En este sentido, la ley aparece en dos momentos ante la Administración: 1) fijándole una finalidad abstracta (como “promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente” como lo hace el artículo 3 de la ley 18.575, ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado) o fijándole una finalidad parcial del bien común que debe perseguir determinado servicio público u otras reparticiones del Estado (como “promover y defender la libre competencia” en el caso de la Fiscalía Nacional Económica, como se desprende del artículo 1 del Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia); y 2) vinculando a la Administración en cuanto a los medios que puede utilizar para perseguir su fin, “*fija límites y crea posibilidades de actuación*”<sup>114</sup>. El principio comisarial tiene por fin permitir la transmisión de instrucciones hacia abajo y responsabilidades hacia arriba.

Lo que ocurre con la potestad jurisdiccional es completamente diverso. La estructura organizada bajo el principio comisarial es incompatible con el principio de independencia que caracteriza institucionalmente a la potestad jurisdiccional. Mientras los órganos del Estado tienen superiores que son esencialmente inamovibles, eso está expresamente prohibido para el caso de los jueces que son inamovibles. Así, de acuerdo con el artículo 80 de la CPR: “[*Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento*”. Asimismo, caracteriza el principio comisarial su avocación, esto es, los superiores pueden avocarse los asuntos que son conocidos

---

<sup>113</sup> Atria. Op. Cit. P. 191.

<sup>114</sup> Ibid. P. 197.

por sus inferiores, esto está prohibido para los jueces, donde la Corte Suprema sólo tiene una supervigilancia sobre las cortes y jueces, pero no pueden avocarse las causas conocidas por éstos. El contenido de la actuación de los jueces está fijado por la ley, “la manera en que sus decisiones se legitima no es al modo de la Administración, es decir, mostrando que su contenido es desarrollo de un programa políticamente legitimado, sino mostrando que el contenido de sus decisiones está determinado por la ley, (...) la legitimación de la jurisdicción es por la vía de su *vinculación inmediata con la ley*”<sup>115</sup>.

Continuando con lo expuesto precedentemente, creemos que existe una relación funcional entre el procedimiento administrativo y su (eventual) posterior impugnación en el proceso contencioso administrativo. Esto porque el hecho de que el acto administrativo pueda ser revisado posteriormente genera incentivos en la Administración de crear el mejor acto administrativo posible para que no sea extraído del ordenamiento jurídico en sede judicial. Este acto administrativo debiese ser uno de carácter motivado, sujeto al principio de legalidad, no arbitrario, que responde al interés general que se le encomienda legalmente al servicio de que se trate y con la prueba suficiente como para que su presunción de legalidad no sea desvirtuada en el proceso contencioso posterior. Con todo, es importante seguir remarcando que el control que puede hacer el juez posteriormente es un control estrictamente de legalidad.

El profesor Raúl Letelier explica que “la existencia de un proceso de control posterior, realizado por un órgano diverso e independiente del que sancionó, con facultades de suspensión del acto sancionatorio y con un proceso acusatorio – aunque sujeto a una regla de *status quo* que pone de cargo del sancionado mostrar la ilegalidad de la sanción – entrega todas las garantías necesarias para que el control contencioso-administrativo se realice de manera correcta, intensa y eficiente. En este sentido, los vicios de legalidad de forma (incompetencia, vicio en procedimiento y vicio en la forma) unidos a los de fondo (ilegalidad en el contenido, ilegalidad de los motivos y desviación de poder) que pueden ser alegados en la impugnación contencioso-administrativa dan cuenta de un control de legalidad de altísima intensidad.”<sup>116</sup>

El profesor español Luciano Parejo señala que “El control judicial contencioso-administrativo no es otra cosa que la comprobación (con la extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y

---

<sup>115</sup> Ibid. P. 200.

<sup>116</sup> Letelier. Op. Cit. P. 646.

el ordenamiento jurídico (en lato sentido, es decir, incluyendo las situaciones jurídicas individualizadas existentes al tiempo de la acción administrativa). La legitimación del Juez para adoptar una decisión propia, distinta de la administrativa, depende directa y totalmente de la efectiva comprobación de una tal contradicción, de suerte que le corresponde legalmente la carga de la acreditación de ésta. Según frase feliz de Chr. Gusy, el Juez contencioso-administrativo es, por ello <<Administración negativa>>, al igual que el Tribunal Constitucional es <<legislador negativo>>. Si no levanta la expresada carga, la decisión administrativa queda fuera de su disposición o, dicho de otra forma, la ausencia de válida comprobación de una infracción jurídica priva al Juez de su competencia sobre la decisión administrativa. El control judicial sólo puede llegar, pues, allí donde una fundamentación jurídica válida otorgue suficiente soporte a una intervención del Juez, por lo que la ausencia de una tal fundamentación determina de suyo un ámbito de control judicial.

*Consecuentemente, las instancias administrativa y de control judicial tienen ámbitos de actuación (competencia) necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa*<sup>117</sup>

En el transcurso del procedimiento administrativo, la Administración averigua acerca de las condiciones fácticas de determinado hecho o aporta elementos fácticos desde su nivel de *expertise*, que va plasmando en el expediente administrativo y va averiguando cuál es la mejor consecuencia en la materia de su competencia (fiscalizadora, de servicio público, de fomento, de planificación, empresarial, por nombrar algunos) para un determinado hecho y/o con un determinado fin, pudiendo esto sólo explicarse por sus características inquisitivas. Mientras que el particular, aporta prueba para que dicha consecuencia no afecte sus derechos o si lo hace, lo haga de la forma más tenue posible. Al realizar esta actividad, encaminada a cierto fin, la Administración debiese pensar en una decisión que no sea revocada por un nuevo acto de autoridad, como podría ser una sentencia en un escenario jurisdiccional (recurso judicial) o su superior jerárquico (recurso administrativo). Al mismo tiempo, el particular buscará que la autoridad (judicial o administrativa) logre un convencimiento que logre desvirtuar la presunción de legalidad que goza el acto administrativo impugnado.

Por tanto, al momento del inicio del procedimiento, el particular sabrá cuál es su posición frente al objeto del procedimiento (el que sea más proclive a su interés, es decir, que no afecte

---

<sup>117</sup> Parejo. Op. Cit. Pp. 58 y ss.

sus derechos), mientras que para la Administración sólo es claro que su decisión debe perseguir el interés general por el que se ha constituido.

Toda esta lógica funcional entre el procedimiento administrativo y su eventual proceso contencioso-administrativo posterior debe ser tomada en cuenta a la hora de analizar sus notas características. Como ya hemos dicho, nada de imparcialidad existe en este procedimiento administrativo. En la búsqueda de su convencimiento, la administración debe tener particulares facultades, dependiendo del ámbito en el que nos encontremos. Así, en mercados regulados, la asimetría informativa podrá ameritar facultades intrusivas. En materia sanitaria, el riesgo para la salud de la población ameritará la destrucción de bienes sin nada parecido a un debido proceso. Se deberá ponderar el interés público en cada sector, para determinar cuáles medidas son funcionales a cada órgano.

Nada parecido podría ocurrir en materia judicial, donde el principio del debido proceso, con toda la extensión que se le pueda dar, mandata que un tercero imparcial decida un asunto que tenga por primera vez en su conocimiento, en virtud de la prueba ofrecida por las partes. En clave subjetivista, deberá proteger los derechos del particular si el acto administrativo impugnado tiene algún vicio de legalidad en la forma o en el fondo. Además, debe recibir de manera pasiva los medios de prueba que se le ofrezcan, reservando sus facultades inquisitivas sólo para determinadas actuaciones estrictamente establecidas en la ley. Como reflexiona Couture, en América, la codificación tuvo lugar a mediados del siglo XIX, en el apogeo de la libertad humana y la voluntad individual, “[t]oda la codificación americana parece tener como colaboración característica el respeto de la autonomía de la voluntad: la parte omnipotente frente al juez atado por los intereses de los particulares”<sup>118</sup>. A pesar de que esto ya es cuestionable para los órganos que ejercen jurisdicción, ¿podría pensarse en un peor escenario si es que tales criterios se aplicaran a la Administración?

Ya se puede vislumbrar lo radicalmente diferentes que resultan las funciones del órgano judicial y del órgano de la Administración de que se trate. En palabras de Mashaw: “Los jueces son los frenos institucionales, en cambio la Administración es la aceleradora institucional. Un juez puede decir “Cuando se encuentre en la duda es necesario proteger la norma constitucional de poderes limitados”, en cambio una Administración prudente debe afirmar “cuando existe

---

<sup>118</sup> Couture. Op. Cit. P. 215.

duda la implementación de la ley debe ser eficaz”. Esto implica determinar prudencialmente la distribución de competencias entre los diversos poderes públicos, y los órganos administrativos, de forma que los jueces y la Administración, frente a las normas administrativas, pueden y deben tener posiciones distintas, pues provienen de contextos normativos diferentes”<sup>119</sup>.

Me parece que LBPA recoge correctamente las exigencias hasta acá planteadas en términos de necesidad de motivación del acto, impugnabilidad del mismo, valoración de los hechos por la Administración, etc.

La regulación en los mercados ya no debiese estar en discusión, pero al mismo tiempo se debe poner atención a evitar las propias fallas de regulación. ¿Cómo lograr esto? Para el premio Nóbel de Economía, Joseph Stiglitz, una parte de la respuesta es “asegurar que la voz de aquellos cuyos intereses fueron lesionados por las fallas [de mercado] estén ampliamente representados en las estructuras de regulación. Demasiado a menudo el sistema regulatorio es capturado por aquellos que se supone deben ser regulados. Ellos son, después de todo, los “expertos” que entienden el sistema.”<sup>120</sup> Esto, es un dato que una Administración eficiente y eficaz, al servicio del interés general y por tanto en contacto con la realidad social del país, no puede ignorar.

Para ser sucintos, la visión de que el debido proceso aplica en el procedimiento administrativo no permite vislumbrar la relación funcional y de incentivos que se genera entre el procedimiento administrativo y su eventual proceso contencioso administrativo posterior en sede judicial. La posibilidad de que el órgano jurisdiccional extraiga del ordenamiento jurídico una decisión adoptada por la Administración, disciplina a esta última para crear el mejor acto administrativo posible.

---

<sup>119</sup> Citado por Cordero. Op. Cit. P. 350.

<sup>120</sup> Stiglitz. Op. Cit. P. 21.

## VII. Conclusiones.

Hoy en día, sigue siendo una técnica recurrente para los litigantes el hecho de invocar vulneraciones a la garantía del debido proceso ante los tribunales de justicia. El debido proceso, a secas. Cuando nos encontramos con un principio – por no ser un concepto, según revisamos más arriba – que parece fundar las bases mismas del ejercicio de la jurisdicción, los incentivos de los jueces están puestos en reconocer la vulneración de dicho principio en sus resoluciones.

El debido proceso es una palabra que se utiliza mucho en el derecho y cuyos alcances son de difícil dilucidación. Algunos intentan describir con detalle los subprincipios, derechos y garantías que emanan de él, mientras otros se esfuerzan por transmitir que se trata de un “concepto” que no se puede describir completamente. Aquí, discurrimos únicamente acerca de cómo el debido proceso no debiese aplicar al procedimiento administrativo.

Alguna voz disidente podría preguntarse: “¿eso no es dejar en indefensión a las personas?”. A eso diríamos que nos referimos al procedimiento administrativo en sectores regulados y no en procedimientos disciplinarios llevados a cabo al interior de la Administración. Es más, esto último sería contrario a la LOCBGAE, que en su artículo 15, inciso segundo señala: “*En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento*”. Eso ya descarta un universo de personas naturales que están frente a un procedimiento disciplinario que podrá servir como antecedente para posteriores (o paralelas) investigaciones civiles o penales.

“¿Qué herramientas quedan para los administrados frente al poder de la Administración?” Todas las que ofrece el ordenamiento jurídico, partiendo por las establecidas en la ley 19.880. Es importante hacer notar que no existe un vacío legal o una omisión en la materia, como sí ocurría con anterioridad a la dictación de la ley en comento. Actualmente es posible defenderse frente a un procedimiento ilegal de la Administración con todos los principios, derechos y garantías con que cuenta la ley de bases, entre ellos, los recursos administrativos.

“¿Pero no son justamente esos los principios, derechos y garantías emanaciones del debido proceso administrativo?” Eso ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia administrativas. Creemos que esto no es así, por cuanto el debido proceso, por los elementos que lo componen (históricamente, independencia e imparcialidad del juez), es incompatible con

el procedimiento administrativo. Sin embargo, lo más problemático de la discusión radica en querer extraer nuevos principios, derechos y garantías a partir de interpretaciones de principios como el debido proceso. Esta búsqueda de principios responde a un “sentido visceral de justicia”, de que los efectos de los principios sobre determinada regulación son neutros o siempre favorables.

“¿Cuál es la utilidad de la discusión, entonces?” La utilidad reside en dos sentidos complementarios: (1) se mejora la argumentación de quienes deben operar en el ámbito del derecho sin necesidad de recurrir a un principio tan abstracto e inaprensible como es el debido proceso, a secas; (2) tanto los administrados como la Administración cuentan con un catálogo claro y exhaustivo de cuál es la normativa a la que han de atenerse, lo que genera más seguridad jurídica y mayor eficiencia y eficacia en el actuar de ambos grupos.

“¿Por qué insistir con la eficiencia y eficacia?” Porque esa es una de las formas de entender el sentido del derecho administrativo. Algunos lo conciben como un derecho que limita la actuación del poder, que controla que la actividad de la Administración no se torne arbitraria. Otros, en cambio, concebimos el derecho administrativo como una ciencia de dirección, donde la actividad misma de la Administración debe ser rápida, eficaz, eficiente, moldeable para concretizar los derechos constitucionales de las personas. Ello implicará, de común ocurrencia, imponer cargas sobre los administrados sin nada parecido a un debido proceso penal.

“¿No será mejor modificar la forma de las instituciones para que estas aseguren principios como la imparcialidad? Por ejemplo, la tendencia actual de ir separando los órganos que sustancian el procedimiento de aquellos que ‘resuelven’ el asunto.” Esa es otra consecuencia de lo que estamos hablando. Creemos que es una falsa concepción de la estructura misma de la Administración el hecho de querer asimilarla a los tribunales de justicia. Ya vimos más arriba que la Administración está encaminada a cumplir con determinados fines, más que aplicar estrictamente la ley, y que no cuenta con algo esencial para lograr la imparcialidad como es la independencia. Ni siquiera podemos decir que sus estructuras son similares, sino que son contrarias. Una se basa en la independencia y la otra en la dependencia. Querer separar funcionarios para que el resultado sea más imparcial es intentar emular, sin lograrlo, a un proceso como el que podría llevar un juez de letras.

“¿Significa todo esto que únicamente se aplican las garantías establecidas positivamente para evitar que la actividad de la Administración?” No necesariamente. Existe una vasta jurisprudencia importada de Francia referente a los vicios de ilegalidad de que pueden adolecer los actos administrativos y, entre ellos, se encuentra el elemento formal como es el procedimiento. En lo demás, debemos atender a la regulación de bases en general y a las sectoriales en particular.

El principal propósito de este trabajo fue cuestionar la conveniencia de ocupar un concepto tan cargado e indeterminado jurídicamente como es el instituto del debido proceso en el procedimiento administrativo. La Administración no está preparada orgánicamente para procesar dicho principio y tampoco es conveniente que lo haga porque no podría actuar sin dilaciones indebidas. Para retomar lo dicho al comienzo de este trabajo: es importante el trabajo de desmitificar la aplicación de ciertas instituciones importadas al derecho administrativo. Esto, porque la confianza en las abstracciones puede llegar demasiado lejos y olvidar la realidad que le sirve de sustento.



## Bibliografía

- Alvarado, A. (1989). El Debido Proceso. *Gaceta Jurídica* (110), 8-17.
- Astorga, C. (2017). *Los recursos administrativos. Tomo I*. Santiago, Chile: CirculoLEGAL.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Santiago, Chile: Editorial Marcial Pons.
- Bermúdez, J. (2012). Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Santiago, Chile: LegalPublishing.
- \_\_\_\_\_ (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Bordalí, A. (2003). El debido proceso civil. En J.C. Ferrada. (Ed.), *La constitucionalización del derecho chileno*. (pp. 251-295). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bordalí, A., & Ferrada, J. C. (2002). Las facultades juzgadoras de la administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho*, Vol. XIII, 187-205.
- Campos, F. (2008). *Implementación de la ley de bases del procedimiento administrativo, ley 19.880, en los municipios de Las Condes, Santiago, Recoleta y El Bosque*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Carvajal, B. (dic. 2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 7-21.
- Colombo Campbell, J. (1968). La Jurisdicción en el Derecho chileno. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 8(8). Consultado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>
- Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*, 131-157.
- \_\_\_\_\_ (2018). “El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema ‘Corpbanca s.a. con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras’”. *Fundación libertad y desarrollo*, (14), pp. 34-55.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de derecho administrativo*, Santiago, Chile: Thomson Reuters.

\_\_\_\_\_ (30 de Octubre de 2017). *El Mercurio Legal*. Obtenido de <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2017/10/30/jurisdiccion-en-la-administracion-una-tramposa-confusion.aspx?disp=1>

Couture, E. (2003). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Cuarta edición. Buenos Aires. Depalma.

Díez Sánchez, S. (2015). “La formación de los conceptos (dogmáticos) en el Derecho público”. *Revista Jurídica de la UAM*, 31, pp. 105-131.

Doménech, G. (2018). Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 131-164.

Dougnac, C. (2016). Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y debido proceso. *Derecho Público Iberoamericano*, (8), pp. 143-186.

Enteiche, N. (2014). La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de derecho (Coquimbo)*, (21, N°2), pp. 137-182.

Ferrada, J. C. (2011). Los Tribunales Que Ejercen La Justicia Administrativa En El Derecho Chileno. *LITIGACIÓN PÚBLICA*, 119-150.

García, G., Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, (11, N°2). Recuperado desde: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200007#20](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007#20)

Guiloff, M. (2012). Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal. *Revista Derecho*, 127-147.

Isensee, C. (2018). *Prueba y Medidas en el Derecho Administrativo Sancionador, Penal y Civil*. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.

Jara, J. (2008). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la ley N°19.880. *Revista de Derecho Público*, (70), pp. 287-311.

\_\_\_\_\_ (2013). Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo. *Diplomado de Derecho Administrativo Económico, UC*.

\_\_\_\_\_ (2013). La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del procedimiento administrativo en Chile. *Revista de Derecho Público* N°78, 63-77

Jara, J., & Maturana, C. (2009). Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, 1-28.

Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, 622-689.

Long, M. Weil, P. Braibant, G. Devolvé, P. (2000). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa frances. Librería del professional.

López, J. (2006). Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En A. Bordalí, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (págs. 181-207). Santiago: Lexis Nexis.

Marioni, L., Pérez, A., Núñez, R., (2010), *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago, Chile: LexisNexis.

Menéndez, A. (2011). La lucha por una Administración eficiente. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54-59.

Montt, S. (2003). El procedimiento administrativo: una tarea esencial aún pendiente para el Congreso. *Revista de Derecho Público*, (65), pp. 118-133.

\_\_\_\_\_ (2011). Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. En J. M. de la Cuétara, J. L. Martínez, F. Villar, & G. Ariño, *Derecho administrativo y regulación económica* (págs. 55-80). Madrid, España: La Ley.

Moraga, C. (2009). Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena. *Editorial Jurídica de Chile*, 327-378.

Nieto, A. (2007). Régimen sancionador de las administraciones públicas. *Cuadernos de derecho local*, 7-13.

Osorio, C., Zúñiga, F. (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Estudios Constitucionales*, (14, N°2). Pp. 461-478.

Parejo, L. (1993). Administrar y juzgar: dos cuestiones constitucionales distintas y complementarias, un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa. Editorial Tecnos.

Pierry, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, N°8, 161-183.

Quezada, F., (2017). *Procedimiento administrativo sancionador en la ley N° 19.880*. Santiago, Chile: Librotecnia.

Rodríguez, J. M. (2015). Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial. *Revista para el Análisis del Derecho*, 1-46.

Román, C., El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Público*, (71), pp. 183-214.

Royo, S. (1949). El procedimiento administrativo como garantía jurídica. *Revista de Estudios Políticos* N° 48, 55-118.

Schmidt-Assmann, E. La teoría general del derecho administrativo como sistema (traducción por Bacigalupo, Mariano et al), Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 2003.

Soto Kloss, E. (2005): La impugnación de las sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el solve et repete y el Estado de Derecho, en AA.W. Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Santiago, Universidad Santo Tomás, pp. 97-117.

\_\_\_\_\_ (2016). Estado de derecho y procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, (28), Pp. 101-124.

Stiglitz, J. (Segundo semestre 2010). Regulación y fallas. *Revista de Economía Institucional* Vol. 12, N°23, 13-28.

Vallejo, R., & Pardow, D. (2008). Derribando mitos sobre el estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 135-156.