



Superintendencias, fiscalización y garantías fundamentales

I. Introducción

Cada vez adquiere más fuerza en nuestro país la idea de crear nuevas superintendencias. Instituciones llamadas principalmente a fiscalizar el cumplimiento de las normativas sectoriales puestas a su cargo y a sancionar su transgresión.

Como organismos integrantes de la administración del Estado, están forzadas a observar las disposiciones contenidas en las leyes que rigen la actividad administrativa y, por supuesto, los preceptos y garantías constitucionales. Entre estos últimos, una particularmente relevante: la que reconoce el derecho de toda persona a un racional y justo proceso.

¿Qué relación tiene esta garantía con un órgano como una superintendencia? La experiencia reciente indica que esta garantía podría estar siendo amagada por un privilegio que se les viene otorgando a los funcionarios de las Superintendencias que ejercen funciones fiscalizadoras. Este consiste en que,

RESUMEN EJECUTIVO

Las leyes que han establecido las diversas Superintendencias en nuestro país, han otorgado a los funcionarios fiscalizadores la calidad de ministros de fe respecto de lo que constaten en el ejercicio de sus funciones. La alteración de la carga probatoria que ello supone, no sólo parece vulnerar importantes garantías constitucionales, tales como el derecho a un proceso racional y justo, la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley, sino que constituirían una intromisión estatal indebida en desmedro de los derechos ciudadanos.

según sus respectivas leyes constitutivas, se les tendrá por ministros de fe respecto de lo que constaten en el ejercicio de sus funciones.

La referida calidad altera los debidos equilibrios que deben existir en un contencioso-administrativo. Al revertir la carga de la prueba y entregar una presunción de veracidad a lo consignado por los señalados funcionarios públicos, pone al administrado en la obligación de equiparar un curso procesal que la propia ley a dispuesto en su contra.

En otros términos ¿qué razones ha tenido a la vista el legislador, que ha resuelto entregarle anticipadamente a la versión del Estado un valor superior a la defendida por el sujeto fiscalizado? o ¿acaso el derecho a un racional y justo proceso, a la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley no son imperativos constitucionales supremos, de cuyo cumplimiento la administración no está exceptuada?

II. Privilegios de la administración y ministros de fe en las leyes que crean superintendencias

Nuestro ordenamiento jurídico le entrega expresamente a la administración, potestades públicas que en el contexto constitucional moderno más se asemejan a vestigios de antiguos privilegios emanados graciosamente de una especial posición en la trama social. Su antecedente más remoto se encuentra en las viejas prerrogativas que gozaban todas las actuaciones del príncipe, fundadas en la racionalidad, equidad y prudencia que éste ostentaba¹.

Con todo, a pesar de los avances en lo que se refiere a reconocimiento de derechos fundamentales como límite a la actuación del Estado frente a las personas, al día de hoy el derecho aún pone a disposición del primero, ciertos beneficios que, de una u otra forma, lo elevan a una situación de preeminencia a la hora de enfrentar sus intereses con los de los particulares. Entre los ejemplos de estos beneficios, interesa particularmente revelar aquellos que se refieren y tienen lugar al interior de los procesos contencioso-administrativos. Cabe destacar, entonces, la presunción de legalidad de los actos de la administración, el *solve et repete*, y la inembargabilidad de los bienes públicos².

A estos conocidos privilegios, llamados por algunos reductos de muchas injusticias³, parece estarse uniendo otro más, que por razones de dificultades en la generación probatoria y la fugacidad del momento en que perpetra la transgresión, se lo ha ido instalando como un atributo natural de los funcionarios públicos que ejercitan funciones fiscalizadoras. La referencia es a la calidad de ministros

1 Véase Ferrada Juan Carlos (2007): "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol XX N° 2: pp. 69-94.

2 Véase Ferrada, *Ibidem*.

3 Véase Soto Eduardo (2001): "Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho", *Ius Publicum*, N° 6: pp. 79 y ss. Y Bocksang, Gabriel (2006): "El procedimiento administrativo chileno", Santiago, Chile (Lexis Nexis): pp. 62-66.

de fe que se ha ido entregando a los funcionarios de las superintendencias cuando realizan labores de fiscalización. A modo de ejemplo, algunas normas específicas:

“El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones a la normativa sectorial que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización.

Los hechos así constatados por dicho ministro de fe podrán constituir presunción legal.”⁴

“Los atestados de los funcionarios de la Superintendencia designados como fiscalizadores, referidos a hechos que hayan constatado en el ejercicio de sus funciones y que consten en las actas de fiscalización respectivas, constituirán una presunción cuya fuerza probatoria se apreciará de conformidad a las reglas de la sana crítica.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso precedente, se entenderá que dos atestados referidos a los mismos hechos y suscritos en el mismo año calendario por fiscalizadores que se hayan constituido en la respectiva faena minera, tienen la fuerza probatoria de un testimonio emitido por un ministro de fe.”⁵

“Fiscalizadores. Los funcionarios a los que el Superintendente asigne la calidad de fiscalizadores tendrán la calidad de ministros de fe respecto de los hechos que consignen en el cumplimiento de sus funciones y, debidamente acreditados, tendrán pleno acceso a las obras públicas fiscalizadas, sin otra limitación que el cumplimiento de las normas de seguridad pertinentes.”⁶

“Los funcionarios de la entidad normativa, pertenecientes o asimilados a las plantas de Profesionales y Fiscalizadores, designados como fiscalizadores de los servicios sanitarios y de los establecimientos que generan residuos industriales líquidos, tendrán la calidad de ministros de fe en la verificación de los hechos constitutivos de infracciones de la normativa vigente.

Los hechos establecidos por dichos ministros de fe constituirán una presunción legal.”⁷

“Los funcionarios de la Superintendencia pertenecientes o asimilados a sus plantas de Profesionales y Fiscalizadores, designados como fiscalizadores de un servicio o instalación eléctrica, de gas o combustibles líquidos, tendrán la calidad de ministros de fe en la verificación de los hechos constitutivos de infracciones a la normativa vigente.

Los hechos establecidos por dichos ministros de fe constituirán una presunción legal (...).”⁸

4 Véase Artículo N° 47 del Proyecto de Ley que Crea la Superintendencia de Telecomunicaciones. Boletín 8034-15.

5 Véase -Artículo N° 35 del Proyecto de Ley sobre Seguridad e Institucionalidad Minera. Boletín 7848-08.

6 Véase -Artículo N° 49 del Proyecto de Ley que Crea la Superintendencia de Obras Públicas. Boletín 6366-09.

7 Artículo N° 11A de la Ley que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Ley N° 18.902, de 1990.

8 Artículo 3°D de la Ley que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Ley N° 18.410, de 1985.

“Los funcionarios de la Superintendencia habilitados como fiscalizadores tendrán el carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento. Los hechos constatados por los funcionarios y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial(...)”.⁹

“El Superintendente podrá delegar para estos efectos la representación judicial de la Superintendencia, en conformidad al artículo 109, N° 4 de esta ley; en este caso los funcionarios en quienes haya recaído tal delegación, prestarán declaraciones ante los tribunales a que se refiere este artículo, mediante informes escritos, los que constituirán presunciones legales acerca de los hechos por ellos personalmente constatados, sin perjuicio de la facultad del tribunal de citarlos a declarar personalmente como medida para mejor resolver.”¹⁰

“En los procesos criminales el Superintendente o sus delegados prestarán su declaración por medio de informes, en los casos en que sea solicitada, y tales informes constituirán presunción legal de la efectividad del hecho denunciado, siempre que el informante lo haya comprobado personalmente”.¹¹

Como se puede observar en los ejemplos recién citados, las normas que crean superintendencias, poco a poco, han ido entregando a sus funcionarios fiscalizadores una posición procesal que hace que lo que ellos digan, informen o testifiquen, vaya revestido de un aura de veracidad inversora del *onus probandi*, atentatoria contra la pretendida igualdad que nuestra Carta Fundamental reconoce a todas las personas. Misma observación hacemos acerca de lo contrarias al debido proceso y a la presunción de inocencia que resultan tales entregas presuntas de veracidad.

III. Proceso racional y justo, presunción de inocencia e igualdad ante la ley.

3.1 Proceso racional y justo

En lo que toca a la recepción, por la actuación administrativa fiscalizadora y sancionadora, de los derechos y garantías que la ley reconoce a las personas, puede aludirse, *grosso modo* a dos grandes corrientes doctrinarias: una es aquella que considera que el derecho administrativo sancionador no tiene razón de ser, y que los asuntos que hoy son sometidos a su conocimiento deben ser abordados

9 Artículo N° 43 de la Ley que Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego. Ley N° 19.995, de 2005.

10 Artículo 113 inciso octavo de la Ley que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. DFL N° 1, de 2006. A modo de curiosidad, el mismo artículo, en su inciso cuarto, consagra un caso del cuestionado *Solve et Repete*, cuando dice “Para reclamar contra resoluciones que impongan multas, deberá consignarse, previamente, en la cuenta del tribunal, una cantidad igual al veinte por ciento del monto de dicha multa, que no podrá exceder de cinco unidades tributarias mensuales...”

11 Véase artículo N° 44 último inciso, de la Ley que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. Ley N° 16.395, de 1966.

por el derecho penal. Para la otra postura, el *quid* del asunto no estriba en discutir sobre la existencia o justificación de la potestad administrativa sancionadora, sino de conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales¹².

Sin perjuicio de la opción doctrinal que se considere más acertada, parece dable sostener que la potestad que ostenta la Administración -en la especie las superintendencias- para sancionar a los particulares por transgresiones a la normativa sectorial -cuyo cumplimiento el legislador ha dispuesto en su esfera de competencias fiscalizadoras- no es otra cosa que expresión del *ius puniendi* estatal. Como señala Alcalde: “Desde un punto de vista teórico, quienes así piensan¹³ generalmente invocan criterios diferenciadores fundados en la distinta naturaleza que, se dice, tendrían los bienes jurídicos que se quieren amparar a través de uno u otro ordenamiento, lo cual, a su vez, justificaría entender que es igualmente diversa la naturaleza de la sanción aplicable en cada caso. Junto a ello, suelen esgrimirse razones “prácticas”, como la necesidad que afrontaría la administración de adecuar sus prescripciones a una realidad esencialmente dinámica y que, por lo mismo, reclamaría una respuesta estatal oportuna que sólo puede darse en el plano de una menor rigidez en la determinación e imposición de las penas que aquella propia y característica del plano criminal. Todo lo anterior, en procura de otorgar mayor flexibilidad a la Administración al momento de estructurar las sanciones que puede aplicar en los supuestos de infracción a la legislación cuya observancia ha sido llamada a cautelar, cuando no de la reglamentación que la misma ha dictado en ejercicio de sus facultades legales. El resultado de tal concepción -confirmado a la luz de los numerosos ejemplos que nos entrega nuestra realidad jurídica y la experiencia del foro- es evidente: se encomienda al burócrata de turno el ejercicio de un derecho que naturalmente debiera corresponder al legislador o al magistrado -según cuál sea el aspecto de la sanción de que se trate- desconociéndose en muchas ocasiones, si no infringiéndose abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal”.¹⁴

Finalmente, el mismo autor sostiene: “al igual que lo hace el sector dominante de la más autorizada doctrina aquellas teorías que postulan una radical diferencia de naturaleza jurídica entre las sanciones penales y las administrativas, y cuya consecuencia en general se traduce en introducir una cuña entre ambos campos que posibilite desconocer la vigencia de los principios que limitan la aplicación de las primeras cuando se trata de imponer las segundas”.¹⁵

De este modo, parece que los privilegios que la ley entrega a favor del cúmulo de herramientas de la Administración, cuya consagración tiende a profundizar la natural asimetría de la relación Estado-persona, no hace sino subvertir el equilibrio y control en el ejercicio de sus potestades, equilibrio garante, en último término, de los derechos de los gobernados.

12 Véase García, José Francisco (2009): “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. I N° 19: pp. 327-372. GARCÍA (2009) pp. 327-372.

13 Se refiere a los que consideran la potestad sancionadora administrativa como distinta del *ius puniendi* general.

14 Véase Enrique Alcalde, citado por GARCÍA (2003) pp. 327-372.

15 *Ibidem*.

El profesor Soto Kloss duda, incluso de la validez constitucional de la potestad sancionadora de la administración. En efecto, señala que: “De admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración podría decirse entonces: Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez. Todo lo que no se adecua a este régimen es en Chile inconstitucional, antijurídico, injusto. En una palabra: repudiable; es más, parece repugnar al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada”.¹⁶

Todo parece indicar, entonces, que en el mejor de los casos, son plenamente aplicables a la actividad de la Administración las garantías que configuran un debido proceso. De otro modo se podría caer en el peligroso escenario de entregarle a un burócrata la decisión sobre importantes dimensiones de la vida de los ciudadanos. Entre esas garantías constitucionales resaltan con particular importancia, la reconocida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la Ley. “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados...”; el mismo artículo, en su numeral 3°, cuando refiere que se asegura a todos “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos...”, y cuando explicita “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Pues bien, todo parece indicar que los preceptos ya citados en el apartado segundo, son de dudosa constitucionalidad, toda vez que le otorgan a la Administración Pública el beneficio procesal de un valor probatorio superior a sus sanciones: una presunción de veracidad.

3.2 Presunción de inocencia e igualdad ante la ley

Los derechos fundamentales adoptan una dimensión procedimental, en la medida que todos ellos deben ser respetados en el proceso judicial, y también administrativo, siendo éstos ilegítimos e inconstitucionales si no los respetan en su desarrollo o se los vulnera en las conclusiones. Ello es particularmente importante en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, pues aquí el Estado ejercita su poder en la defensa social frente al crimen, a través de la sanción.¹⁷

De este modo, la presunción de inocencia es y debe ser una garantía básica que vertebral la actuación fiscalizadora y sancionatoria del Estado, debiendo constituir un criterio normativo sustantivo y adjetivo. Una concreción clave de este derecho fundamental, es la que determina que nadie debe probar su inocencia, por el contrario, quién acusa debe probar esa culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico. El respeto absoluto a la dignidad humana exige esa limitación indispensable al actuar del Estado. Pero ¿qué ocurre con la presunción de inocencia cuando se le

16 Véase Eduardo Soto citado por ALCALDE (2003) en Op. Cit. p. 225.

17 Véase Nogueira Humberto (2005): “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, vol.XI N° 1: pp. 221-241.

entrega a la Administración el privilegio de la veracidad, invirtiendo la carga de la prueba y obligando al particular a convencer a la autoridad de su inocencia? Tal parece que se configura una violación a las garantías constitucionalmente protegidas. ¿Es racional y justo un proceso que contempla tal índole de distinciones a favor de una de las partes, haciendo superflua la igualdad ante la ley proclamada por nuestra Carta Fundamental? Todo parece inclinarse por la negativa.

Confirma lo anterior la opinión de Soto Kloss cuando señala que “es un artificio de claro corte absolutista (...) incompatible con un régimen de “república democrática”, como establece el texto fundamental (art.4°), además de reconocer éste expresamente la “primacía de la persona humana” (arts. 1° incisos y 4°, en concordancia con el 5° inc. 2°), con la consecuencial servicialidad del Estado y de cada uno de sus órganos”.¹⁸

Y continúa el mismo autor a propósito de dicha presunción de legalidad: “No puede olvidarse que desde los inicios de nuestra República se ha reconocido a nivel constitucional que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados” (art. 19 N° 2 inc. 1°) como asimismo, se ha reconocido a toda persona el derecho fundamental de “igualdad ante la ley” (ídem), siéndole prohibido a la ley establecer diferencias arbitrarias (ídem, inc. 2°). Y si no hay ni se admite, ni puede jurídicamente admitirse la existencia de personas o grupos privilegiados, no es aceptable jurídicamente ni procedente en el Derecho un privilegio tan enorme, mayúsculo y exorbitante, como el que los actos de determinadas autoridades u órganos estatales se presuman válidos simplemente por emanar de ellos. Un tal privilegio contraría directa y brutalmente la Constitución, y no sólo en lo que concierne al derecho fundamental a la igualdad ante la ley, que ella reconoce, asegura y protege, sino también respecto a la prohibición de la existencia de personas o grupos privilegiados, que ella misma dispone perentoriamente y, además, en cuanto a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, esto es, carentes de fundamento jurídico racional”.¹⁹

A la luz de todo lo visto puede concluirse que la presunción de veracidad que asiste a ciertos burócratas de las superintendencias les otorga una calidad especial de ciudadanos de cara a la actuación de la Administración en perjuicio de los gobernados, aquellos que por mandato constitucional son exclusivos destinatarios de los servicios, no de eventuales abusos, del Estado.

Tal parece que existen normas vigentes que sitúan al ciudadano en una condición desmedrada frente al Estado. Ello no es tolerable, pues los derechos fundamentales son y deben ser un marco de contención de la actividad y atribuciones de la Administración.

IV. Conclusiones

De lo expuesto parece posible concluir que la figura de los ministros de fe, establecida en diversas leyes constitutivas de superintendencias a favor de sus funcionarios que realizan labores fiscalizadoras,

18 Véase Soto Kloss, Eduardo. “Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas”. Gaceta Jurídica. Asociación Nacional de Magistrados. Diciembre de 2010 pp. 7-14.

19 Véase Eduardo Soto (2010) Op. Cit. pp. 7-14.

representa una transgresión a las garantías del racional y justo proceso, a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley.

No se ven razones suficientes que justifiquen el establecimiento de un privilegio favorable a la administración en esta materia. Los motivos que se arguyen en su favor suelen decir relación con la dificultad probatoria de las infracciones cometidas, lo que no parece suficiente.

En relación con el punto anterior, parece arbitrario y desproporcionado, y por tanto inconstitucional, que el legislador, habida cuenta de las referidas dificultades probatorias, grave a los gobernados con cargas que naturalmente deben pesar sobre la Administración. Esa dificultad probatoria, que bien puede ser el resultado de una ineficiente actuación por parte de los órganos del Estado, para nada da suficiente sustento jurídico a la consagración de los fiscalizadores como ministros de fe, sobre lo que constaten en el ejercicio de sus funciones.

Las referidas presunciones de veracidad más parecen resabios de concepciones estatistas que no se avienen con la primacía de la persona, y consecuente servicialidad del Estado que nuestra Constitución vigente reconocen.