



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO, TRANSPARENCIA,
REGULACIONES Y CONTROL

EL CARA O CRUZ DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA

CLAUDIA MARÍA BARBERÁN MANRÍQUEZ

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al Grado de Magister en Derecho Público, Transparencia, Regulaciones y Control.

Profesor Guía: Nancy Barra Gallardo

Santiago, Chile

2019

Dedicado a mis padres, Henry Barberán Merchán y Ada Manríquez Garcés, abogados, por su amor y apoyo incondicional. A mi hija Sofía Victoria, fuente infinita de inspiración y a mi compañero Andrés Lagos Hall, pilar fundamental en esta etapa.

INDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPITULO 1: LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO Y SUS LIMITES | |
| 1.1 La potestad sancionadora como parte del ius puniendi del Estado | 7 |
| 1.2 Límites y garantías propios del derecho administrativo sancionador..... | 8 |
| CAPITULO 2: LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN | |
| 2.1 Origen e historia | 13 |
| 2.2 La Garantía de no autoincriminación y derecho a guardar silencio en el derecho administrativo sancionador..... | 14 |
| CONCLUSIONES..... | 25 |
| BIBLIOGRAFÍA | 27 |

RESUMEN

¿Tiene un funcionario o administrado derecho a guardar silencio durante un proceso administrativo sancionador o sumario administrativo y evitar que su declaración obtenida en sede administrativa sea usada en su contra?

Esta es la principal pregunta que buscamos responder en nuestro trabajo de investigación para obtener el grado de magister en Derecho Público, Transparencia, Regulaciones y Control. Con tal propósito fundamos nuestro trabajo en doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre la materia, desarrollando las garantías constitucionales en materia del debido proceso y derecho a la no autoincriminación, armonizando normas y principios propios del ámbito constitucional, penal y tributario, para arribar finalmente a conclusiones generales y especiales.

INTRODUCCIÓN

Desde todo punto de vista existe un cara o cruz en el derecho a la no auto incriminación: Cara: Guardar silencio; Cruz: Hablar en defensa.

Nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado el derecho a guardar silencio, como aspecto pasivo del derecho a no declarar en contra de uno mismo, en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal. Mas aún dicha prerrogativa, se encuentra contenida en la garantía del derecho a defensa, principio básico de todo debido proceso, en el artículo 19, N° 3, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental. Es precisado, además, en la letra f) del N° 7 del artículo 19 que señala: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio...”

De acuerdo con lo señalado, nuestra Carta fundamental asocia la declaración sobre hecho propio bajo juramento, con un riesgo de vulneración de la garantía del derecho a la libertad personal y seguridad individual, poniendo en perspectiva la existencia de un justo y racional procedimiento, que legitime el ius puniendi estatal.

El mismo aserto viene de la mano de la protección de los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que cuentan con una serie de disposiciones concernientes al derecho a no declarar en contra de uno mismo: El artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana, señala “Durante el proceso toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable”, y el artículo 8.3 especifica “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 letra g) dispone que “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a no ser obligada a declarar en contra de sí misma ni a confesarse culpable”.

Si bien la potestad punitiva del Estado encuentra su máxima expresión en el Derecho penal, nuestra doctrina y jurisprudencia están contestes en concebir al Derecho administrativo sancionador como manifestación también, de dicha potestad punitiva, de tal manera que los principios inspiradores del Derecho Penal se aplican, por regla general y con matices, al derecho administrativo sancionador. Y como se trata de una rama del derecho dinámica, añade nuevos análisis, empezando a construir sus límites propios y autonomía.

De esta forma, la presente Tesis, mediante un estudio de la doctrina y jurisprudencia relevante asociada, expondrá en torno al derecho a no auto incriminarse, y su aspecto pasivo, el derecho a guardar silencio en el ámbito administrativo e infraccional, para probar que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con herramientas suficientes para cautelar debidamente este derecho desde el sustrato constitucional; y desde el ordenamiento internacional contenido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes y ratificados por Chile, reconocido esta vez como derecho autónomo y de principal estatura.

CAPITULO 1

LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO Y SUS LIMITES

1.1.- La potestad sancionadora como parte del ius puniendi del Estado

La potestad sancionadora se encuentra presente como forma de la actividad de la administración del Estado, ya en 1875 el Código Penal en su artículo 501, la establecía y en un sentido amplio comprende tanto la potestad correctiva, como la actividad disciplinaria.

En términos generales Jorge Bermúdez Soto ha señalado que se trata del “Poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas que se estiman constitutivas de infracción administrativa en imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”. Y agrega, “La Constitución Política de la República, no reconoce expresamente la existencia de una potestad sancionadora. Sin embargo, la ley dispone múltiples casos de atribución de la potestad sancionadora a entes de la Administración del Estado. Con todo, la extensión y límites de la potestad sancionadora son, fundamentalmente, determinados por la doctrina y la jurisprudencia”.¹

“La potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi del Estado, que es único”. Esta distinción permite que se dé por superada la idea de subordinación del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, ya que se trata de dos disciplinas autónomas. Sin embargo, este ius puniendi único permite que la libertad y la seguridad de los ciudadanos se vea igualmente garantizada ante los jueces que, ante la Administración mediante la aplicación de principios inspiradores del orden penal, con matices, al derecho administrativo sancionador,

¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª edición. Santiago. Editorial Legal Publishing, 2011. 597 p.

en función de los intereses públicos y la eficacia del actuar administrativo, provocando que tales principios, adquieran autonomía y contenido propio.

En efecto en Sentencia N° 244 del año 1996, en su considerando 9°, el Tribunal Constitucional sostiene que los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, por regla general, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado. Y, en los fallos N°s 479 y 480 del año 2006, dicho Tribunal expresó “Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad del Estado, el llamado ius puniendi, y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19”.

Así también lo ha señalado la Contraloría General de la República en su dictamen N° 14.571, de 2005, en que precisa que “la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora del estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”.

Cabe hacer presente que se hace del todo necesario limitar el ejercicio de las potestades sancionadoras de la administración, fijando sus principios y reglas, ya que ello impide que, en tal ejercicio, se lesionen los derechos y garantías del administrado o perseguido y además evita el trato desigual de los organismos administrativos en casos análogos. En este sentido Alejandro Nieto señala que “Decir que dos fenómenos son iguales, no significa necesariamente que hayan de tener el mismo régimen jurídico”². Por tanto, lo importante es determinar el concreto régimen jurídico aplicable al derecho administrativo sancionador.

En este contexto el derecho administrativo sancionador, tiene una finalidad prioritaria, cual es, la protección del interés público. Y es por ello que las nuevas tendencias jurisprudenciales, consideran a este derecho como una rama

² NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. 3 edición. Madrid, 2002.

autónoma, engarzada en el Derecho Público, para el cual las garantías del inculpado son ciertamente irrenunciables, pero con características propias del mismo derecho público y administrativo, como sistema idóneo propio.

Sin perjuicio de lo señalado en relación a la autonomía del derecho administrativo sancionador, su construcción aún no es sólida, por tanto, como medida de urgencia en el intertanto es indispensable aplicar los principios que informan el derecho penal, considerando la debida flexibilidad en cuanto a su alcance.

1.2.- Límites y garantías propios del derecho administrativo sancionador

La doctrina en general, considera que se aplican al derecho administrativo sancionador los principios sustantivos de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad personal, prohibición de la privación de libertad, proporcionalidad y prescriptibilidad.³ En cuanto a los principios adjetivos o procedimentales, podemos señalar el derecho a un procedimiento administrativo sancionador, esto es, que la sanción aplicable lo sea en virtud de un procedimiento idóneo, seguido ante un organismo administrativo. Es indispensable además, que aquel procedimiento se encuentre legalmente regulado y finalmente, satisfaga las exigencias de un justo y racional procedimiento, es decir, debe estar inserto en un debido proceso, que respete derechos y garantías para el perseguido, en especial, su derecho a defensa jurídica, presunción de inocencia, derecho de acceso a la justicia, ya que la sanción administrativa siempre es susceptible de ser revisada por la vía judicial; el derecho a no declarar contra sí mismo, etc.

La Ley Nº 18.575 extiende el derecho fundamental al debido proceso de manera específica a los procedimientos administrativos disciplinarios al establecer: “*En el*

³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República del Proyecto de Bases de Procedimientos Administrativos Sancionatorios, página 14.

ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento". La expresión "racional y justo procedimiento" es la fórmula elegida por la Constitución chilena para aludir al derecho al debido proceso. De este modo, y en virtud de una decisión político-jurídica expresa, este derecho fundamental se aplica a los procedimientos administrativos a través de los cuales se pretende determinar y hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos.

El artículo 19 N° 3 de la Constitución señala que la administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras debe siempre y en todo caso conformarse a un procedimiento idóneo que satisfaga debidamente los imperativos de un justo y racional procedimiento.

El Debido procedimiento se ha definido por el Profesor Gabriel Celis como "*La posibilidad de todo inculpado, de hacer valer en un procedimiento previo, sus alegaciones y defensas en todas las etapas del proceso, mediante la presentación de descargos y medios de prueba, la solicitud de un término probatorio, así como la interposición de recursos*".⁴

Inserto en el concepto de debido proceso, se encuentran una serie de derechos y garantías, entre ellos el principio de la "presunción de inocencia", en cuya virtud en caso de ser una persona imputada de delito se debe presumir su inocencia hasta que se pruebe lo contrario, dentro de un juicio seguido conforme a derecho.

Dicha presunción de inocencia comprende varios aspectos o nociones, dos de dichos aspectos o nociones consisten en los derechos legales y aun constitucionales a guardar silencio y a no auto inculparse, por tanto, en caso de imputación por delito, ningún valor tendrá los antecedentes, pruebas, documentos recopilados u obtenidos por el órgano persecutor penal cuando dichos medios probatorios fueron obtenidos con infracción a las garantías referidas.

⁴ CELIS DANZINGER, Gabriel. Derecho administrativo Sancionador. Apuntes de clases. Universidad Finis Terrae. Santiago, 2017.

Es posible afirmar que el derecho a la presunción de inocencia no se encuentra consagrado como tal, en el texto de la Constitución Política de la República, el que sí contempla en cambio, la garantía del debido proceso, y la doctrina así como la jurisprudencia, consideran que el derecho a la presunción de inocencia forma parte integrante de él. Asimismo, debido a su amplia regulación internacional, su aplicación se extiende en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Por aplicación del artículo 4° del Código Procesal Penal, en cuya virtud: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. El artículo precedente es complementado por el artículo 93 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual se prescribe: “derechos y garantías del imputado: todo imputado podrá hacer valer hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que les confieren las leyes, en especial tendrá derecho a: g) Guardar silencio o en caso de consentir en prestar declaración a no hacerlo bajo juramento.”

En el ámbito internacional, tiene reconocimiento en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuya virtud: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y a un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. La convención americana sobre derechos humanos, más conocida como pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8° señala: “1.-Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, físico o de cualquier otro carácter. 2.-Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a

declararse culpable.” Asimismo, y a mayor abundamiento, en el pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 14 dispone: “2.-Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia; 3.- Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) a no ser obligada declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.”

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también conocido como Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos en sentencia de mayo de 2001 viene a ratificar todo lo señalado anteriormente y a cerrar esta idea configurando un bloque de constitucionalidad destinado a proteger el derecho comentado al señalar: “Aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción del proceso justo garantizadas en el artículo 6.1 del convenio. El derecho a no auto incriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6, en este sentido el derecho está estrechamente vinculado con la presunción de inocencia recogida en el artículo 6 del Convenio”.⁵

La sentencia referida dictada entre J.B con Suiza confirma que las garantías referidas a la no autoincriminación se encuentran también recogidas de manera implícita en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la especie en los artículos 10 y 11 que fundan el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia.

Este principio de presunción de inocencia no solo es aplicable al campo procesal penal, sino a todas las ramas jurídicas, tal como acaece en materia administrativa,

⁵ Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos, 3 mayo del año 2001, J.B con Suiza.

en la cual recibe un reconocimiento legal, según lo prevenido en el artículo 34, inciso segundo de la ley N° 19.880.⁶

La presunción de inocencia no puede entenderse reducida al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para ellas o para la limitación de sus derechos.

CAPITULO 2

LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

2.1.- Origen e historia

A través de la historia se ha avanzado hacia la protección del derecho de toda persona a no ser obligada a declarar en contra de sí mismo en causa criminal. En el antiguo derecho común inglés, antes de 1200, existía el juramento por compurgadores, una forma de ordalía. Posteriormente el Papa Inocencio III estableció el juramento inquisitivo: *Jusjurandum de veritate dicenda*, que implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez.

Este principio nace de la expresión latina “*Nemo tenetur se ipsum accusare*”, que literalmente significa: “nadie puede representarse a sí mismo como culpable o como transgresor”, asegura al imputado la posibilidad de decidir, libre de toda presión, si y que medida desea intervenir en el proceso, protegiéndolo de ser

⁶ CELIS DANZINGER, Gabriel. Derecho administrativo Sancionador. 1° edición. Editorial El Jurista. Santiago, 2019. 429 p.

obligado a prestar declaración, y de esta forma, contribuir activamente a la formación de convicción en su contra.

El principio “Nemo tenetur se ipsum” tiene su origen más significativo en la Declaración de Derechos (Bill of Rights), la que agregó a la Constitución de los Estados Unidos la Enmienda V, por la cual nadie puede ser compelido en un proceso criminal a dar testimonio contra uno mismo.

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana (§136), que el inculcado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no.

Por su parte, en España la LECRIM en su art. 789 establece que se informará al inculcado en su primera comparecencia de su derecho a guardar silencio.

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, en su artículo 8° inciso sexto establece el "... derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”, lo mismo se señala en el artículo 14 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro país, como ya se explicó, tiene su consagración positiva en la Constitución Política de la República de 1980, en la letra f) del artículo 19 N° 7, que *“asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual señalando que: “en consecuencia, en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”*.

Se ha señalado por la doctrina que tal disposición no establece directamente el derecho a guardar silencio, sino más bien, el derecho a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio. Por tanto, se trataría de un reconocimiento limitado del derecho. Sin embargo, también podemos decir, del análisis de esta disposición, que nuestra Constitución asocia la declaración sobre hecho propio bajo juramento (aspecto comprendido en el concepto de autoincriminación) con un riesgo de vulneración de la libertad personal y seguridad individual. Tal

perturbación a la libertad no sería tolerable debido a su consecuencia más natural y obvia: la autoincriminación forzada resultante.

Uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal fue el establecimiento de procedimientos penales respetuosos de los derechos fundamentales, tanto de las víctimas como del sujeto perseguido por la comisión del delito. Así, el Código Procesal Penal incluyó dentro del catálogo de derechos y garantías que asegura al imputado el derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

De esta manera, silencio y declaración son, desde un punto de vista procesal, hechos incomparables. Quien decide declarar, por expreso mandato del artículo 93, letra g del Código de Procedimiento Penal, lo hace a sabiendas que su declaración podría ser usada en su contra, como también a su favor; quien calla, lo hace bajo el entendido de que su actitud, no le generará perjuicio, ni beneficio alguno.⁷

El jurista argentino José Cafferata Nores, señala que el derecho a guardar silencio es *"el acto predispuesto por la ley procesal penal para darle al imputado la oportunidad de ejercer su defensa material, frente al hecho que se le atribuye y que se le ha dado a conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada"*⁸

En el proceso penal la declaración del imputado está dirigida hacia su defensa, debido a ello, el Código Procesal Penal impide que ciertas circunstancias o procedimientos propios de la investigación puedan servir o ser empleados con el propósito de provocar una declaración no querida del imputado o un reconocimiento suyo de los hechos no debidamente evaluado por él.

⁷ RIEGO, Cristián: La declaración del imputado en el juicio oral, <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2378/ladeclaraciondelimputadoeneljuiciooral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁸ CAFFERATA NORES, José. Manual de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2004. Pág. 263.

Por tanto, del análisis normativo expuesto es claro que el derecho a no declarar contra uno mismo se encuentra debidamente cautelado desde el punto de vista constitucional y en el ordenamiento internacional contenido en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.

2.2.- La Garantía de no autoincriminación y el derecho a guardar silencio en el derecho administrativo sancionador

En este afán es importante reconocer la influencia que poseen normas y principios de carácter internacional y que se han desarrollado a propósito de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional que subordina la ley a los principios constitucionales y con ello a todos los convenios sobre derechos humanos ratificados por Chile y los criterios de interpretación que contienen sus principios, provocando el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el ordenamiento jurídico.

Somos partidarios siguiendo a Humberto Nogueira que la jurisprudencia internacional ha creado un “bloque de constitucionalidad”, en cuya virtud quienes interpreten las normas del ordenamiento deben hacerlo a partir de las garantías constitucionales que están previstas no sólo en la Constitución, sino que en todos los tratados de derechos humanos. Con ello no sólo se constitucionalizan los procedimientos administrativos, sino que deben ser analizados desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

“La norma constitucional del artículo 5° inciso 2° actúa como cláusula constitucional de inclusión, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los atributos y garantías de los derechos que se aseguran por el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las

normas imperativas de ius cogens, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas. Este bloque se integra, también, por los derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en el caso chileno, como en general en el derecho comparado europeo y latinoamericano.

La Constitución, en esta nueva perspectiva, es una Carta Fundamental abierta al derecho internacional, no herméticamente cerrada sobre sí misma, como establecía el viejo y sobrepasado paradigma constitucional vigente hasta la primera mitad del siglo XX.”⁹

Dicho bloque de derechos se constituye en el núcleo sustantivo esencial o básico de la Constitución sin que ninguno de los derechos que lo integran tengan preferencia formal unos sobre otros, y donde las tensiones entre ellos se resuelven no en base al tradicional principio de jerarquía sino en virtud del "principio pro homine" o "favor persona”.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado claramente al respecto en variados fallos entre ellos, en sentencia Rol N° 3452-2006: “[...] En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mencionado artículo 5, sino también del artículo inciso primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]”.

En otra sentencia, Rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de 2007, la Corte Suprema, reitera la misma perspectiva, señalando: "Décimo: Que, a lo anterior, y

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Estudios constitucionales, Vol.13, N°.2. Santiago, 2015.

conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5 de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala [...]; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [...]; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: [...]; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio”.

El respeto, aseguramiento y promoción de los atributos y garantías de los derechos precisados en el derecho internacional convencional ratificado, a su vez, lleva a la obligación jurídica de los órganos estatales nacionales a concretar el control de convencional, derivado de las obligaciones contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29 literal d), el cual determina:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Dicho control de convencionalidad lo deben ejercer todos los órganos y autoridades del Estado Parte, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, el cual se concreta en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, entre las normas internas y la Convención Americana, ex officio, interpretando y aplicando el corpus iuris interamericano conforme a la interpretación auténtica determinada por la CIDH.

Así también, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema han asumido la existencia de derechos implícitos o no enumerados en el texto formal de la Constitución, los cuales se deducen de la afirmación de la dignidad de la persona humana asegurada constitucionalmente, como atributos específicos derivados de ella y de principios constitucionales que son explicitados por vía de la jurisdicción constitucional.

En efecto, ya en el año 1995 el Tribunal Constitucional había reconocido explícitamente la existencia de derechos implícitos en nuestro ordenamiento constitucional en su sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25, donde determinó:

"[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".

Esta interpretación es la que ha sostenido el Tribunal Constitucional, en sus fallos en causas Rol N° 834 y 1340, de 2009, para señalar que la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, como una manifestación de la libertad de información, el que se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 12 de la misma, aunque no en forma explícita. Así como la Corte Suprema, en sentencia Rol N° 3514 del año 2014, respecto del derecho a la propia imagen, que estima deviene y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona.

Del mismo modo ocurre con el derecho a la presunción de inocencia no asegurado en nuestra Constitución formal, pero que es asegurado utilizando la norma de reenvío del artículo 5° a los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos de Naciones Unidas (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 739-2007).

Parte de la jurisprudencia sostiene la no inclusión o restricción de la garantía de no auto incriminación, o bien, derecho a guardar silencio en los procedimientos administrativos sancionadores. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional en causa Rol N° 2381-2012, en el marco del conocido “Caso Pollos”, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁰, rechazó el requerimiento por la unanimidad de sus ministros, con un voto de prevención; dándole una interpretación restrictiva o literal a la garantía de no autoincriminación. Este pronunciamiento decidió que era inaplicable a este proceso la garantía del derecho a no auto incriminarse en un procedimiento jurisdiccional de orden infraccional, dado que estaría exclusivamente reservada para el ámbito penal.

De esta manera, en el considerando 9º de la sentencia señala que *“La prohibición constitucional se configura en los casos en que concurren los cuatro supuestos de aplicación: debe tratarse de una causa criminal; debe recaer la obligación en imputado o acusado; a obligación ha de consistir en declarar “bajo juramento”; y la declaración debe recaer en “hecho propio”*. De inmediato y a contrario *sensu* es posible entender que en las causas no criminales no resulta posible aplicar dicha garantía, como tampoco en los casos en que no estamos ante un imputado o acusado.

Esta jurisprudencia, restrictiva y literal respecto de la aplicación de la garantía del principio de la no autoincriminación o derecho a guardar silencio en sede administrativa, genera variadas inconsistencias y problemas legales. Es así como margina de esta garantía los procesos jurisdiccionales punitivos distintos del proceso penal, (como ocurre en materia de libre competencia), asimismo, quedan fuera los procesos penales que no tienen por objeto la aplicación de penas privativas de libertad, y los procedimientos administrativos sancionadores, en

¹⁰ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Agrícola Agrosuper S.A. y otro. Rol N° 236-2011.

muchos casos con sanciones pecuniarias muchos más altas que las que se aplican en los procesos penales.¹¹.

Pese a lo anterior, la Contraloría General de la República, ha aceptado esta garantía de no autoincriminación o derecho a guardar silencio, tratándose de declaraciones que posteriormente sean empleadas para fundar una querrela criminal o acusación penal e incluso una sentencia judicial condenatoria.

El dictamen N° 94.425, de 4 de diciembre de 2014, (que reconsidera parcialmente el dictamen N° 81.351, de 2011), se pronuncia en un caso seguido en contra de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile que se negaron a declarar en la sustanciación de una investigación interna, por cuanto supeditaron el cumplimiento de esa obligación a la finalización del proceso penal en el que tenían la calidad de imputados, y en el cual se investigarían los mismos hechos. En efecto el dictamen expresa: “Si bien desde la perspectiva de las normas que rigen la potestad disciplinaria del Estado, el funcionario a quien se le atribuye alguna infracción administrativa tiene el deber de colaborar con los procesos que persiguen determinar esa responsabilidad y, en tal orden, referirse o reconocer hechos o participación que contribuyan a fundar el pertinente cargo y eventual sanción, tal obligación no puede estimarse infringida si el servidor se niega a declarar siendo objeto de un proceso penal, y no una mera denuncia ante el Ministerio Público, en la medida que ese proceso penal se encuentre en curso simultáneamente con el sumario; que en ambas instancias se investiguen los mismos hechos; que la investigación administrativa diga relación con hechos propios del deponente; que de la declaración ante el órgano público puedan derivarse antecedentes que comprometan negativamente la responsabilidad penal del declarante y que el funcionario no haya renunciado a su derecho a guardar silencio”.

¹¹ CORDERO, Eduardo. La garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado. Artículo incluido en la sección Legal del diario El Mercurio de 6 de septiembre de 2013.

Asimismo, la Contraloría, en el dictamen N° 65.120, de 2 de noviembre de 2010, se ha pronunciado a favor del resguardo del debido procedimiento sancionador administrativo, al admitir que el inculpado ejerza el derecho de presenciar, junto a su abogado, declaraciones de testigos rendidas en sumario administrativo. regido por la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

En este contexto, señala que “pese a que la ley N° 18.834 no regula dicha intervención del abogado, aquello no es óbice para permitirla, puesto que del artículo 6° de la Constitución, que consagra el principio de supremacía constitucional, se infiere que las normas de derecho público referidas a derechos, libertades o garantías de las personas, o que limiten las potestades estatales, deben ser interpretadas extensivamente, razón por la cual concluye que en la instrucción de los procedimientos sancionatorios rige plenamente la garantía del debido proceso contenida en el artículo 19, N° 3, inciso quinto, del texto constitucional, que exige al legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Agrega el dictamen que una de las formas de materializar el “derecho a la defensa es la existencia del principio de contradictoriedad en el marco del procedimiento administrativo, que se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”.

Se ha planteado en la doctrina el uso que se puede dar a la información que se obtiene como producto de una investigación administrativa en el contexto de un proceso penal, en especial la declaración del sumariado o infractor.

En las investigaciones administrativas, la obtención de dicha información se lleva a cabo a través de medidas intrusivas con la sola autorización del funcionario a cargo de la investigación, en el proceso penal se requiere de autorización judicial previa.

El artículo 329 del CPP restringe el uso de declaraciones previas en el juicio oral, sin embargo, no abarca tal restricción a la declaración del imputado. En

consecuencia, la declaración del imputado puede ser incorporada al juicio oral no solo por la vía del testimonio de oídas, en este caso del funcionario que la recibió durante la investigación administrativa, sino también por medio de la lectura o reproducción de los registros en los que consta.

Constitucionalmente, la declaración del imputado requiere como condición fundamental de validez para su utilización en el juicio oral la de su voluntariedad. Las condiciones de la declaración del imputado están reguladas con especificidad cuando se trata de la actuación de la policía. El Código Procesal Penal exige en el artículo 91 la presencia del defensor, o una delegación explícita de facultades de parte del fiscal en los agentes policiales que toman la declaración; y el artículo 93 letra g), exige una advertencia de su derecho a permanecer en silencio y del eventual uso posterior en su contra de lo que pueda decir. Si estas condiciones no se cumplen, es razonable sospechar que la voluntariedad de la declaración del imputado está comprometida y el juez de garantía podría decretar su exclusión.

En el caso de las declaraciones que una persona presta en el contexto de una investigación administrativa no existe una regulación especial y en consecuencia debe aplicarse el criterio general consistente en la exigencia de voluntariedad para efectos de determinar su admisibilidad en un proceso penal posterior.

Sin embargo, en algunos casos esas declaraciones son obligatorias de acuerdo con la ley e incluso están previstas sanciones para el caso de que la persona requerida se niegue a efectuarlas.

En nuestra opinión, la obligatoriedad que la ley establece no se aplica a aquellas declaraciones que por su contenido puedan ser consideradas auto incriminatorias. ya que el declarante está protegido por su derecho a no declarar y en consecuencia siempre puede evitar hacerlo y guardar silencio en la medida en que sus respuestas tengan un contenido que signifique admitir su responsabilidad en un hecho delictivo.

En consecuencia, la voluntariedad de una declaración prestada en un proceso administrativo está determinada por la posibilidad de invocar el derecho a no declarar de quien pueda inculparse. En nuestra opinión este derecho puede invocarse siempre por el declarante. No obstante, si, habiendo el declarante invocado su derecho a no declarar, este no se le reconociera por la autoridad a cargo del procedimiento y se le conminare a declarar bajo las sanciones establecidas en la ley, entonces la declaración no sería voluntaria y pudiese ser excluida por haber sido obtenida con vulneración de garantías.

CONCLUSIONES

1.- De lo expuesto podemos concluir que la garantía de no autoincriminación no se puede reducir sólo al proceso penal estricto, sino que cobra especial relevancia en un procedimiento administrativo sancionador, ya que posee el estándar de un derecho fundamental, llevando consigo la idea o principio de la inocencia, de quien es perseguido de modo infraccional.

2.- Tiene reconocimiento en los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por nuestro país; como por ejemplo El Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo octavo N°2 letra G consagra el derecho de guardar silencio. De esta forma, al gozar este tratado de rango constitucional por aplicación del inciso segundo, del artículo 5, de la Constitución Política de la República, es que el derecho a guardar silencio adquiere plena vigencia y supremacía por sobre las normativas que tienen rango legal.

3.- En la doctrina es un punto relativamente pacífico que el principio pro homine, tanto en Chile como en muchos otros estados latinoamericanos, tiene rango y fuerza normativa, como un postulado o principio de la afirmación del respeto, garantía y promoción de los derechos humanos que deben concretar los órganos y autoridades del Estado, contenido en las constituciones positivas.

4.- Por tanto, el derecho administrativo sancionador reclama para su existencia el cumplimiento de iguales exigencias que las que debe respetar la potestad punitiva del Estado en el proceso penal, de tal manera que los principios inspiradores del Derecho Penal se aplican, por regla general, también al derecho administrativo sancionador. Principios de legalidad, tipicidad, derecho a defensa jurídica, debido proceso, garantías de un justo y racional procedimiento, derecho a no declarar sobre sí mismo.

5.- Se debe aceptar que, partiendo de una identidad sustantiva entre sanciones y penas, ambas claramente manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado o están dentro del ius puniendi, debe reconocerse el derecho a la no autoincriminación en sede administrativa, porque en esa etapa se recopilan los antecedentes con los cuales posteriormente se podría fundar una acusación infraccional o penal.

6.- La prohibición de autoincriminación busca o se dirige a garantizar la voluntariedad del declarante, no viciada por la coacción o amenaza de una sanción, ya que una confesión fundada en una voluntad viciada o coaccionada puede llevar a una condena infraccional errónea.

7.- El péndulo jurisprudencial chileno no ha terminado de oscilar, por lo que la discusión en estas materias no ha concluido.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2012.
- 2.- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 2° edición. Santiago. Editorial Legal Publishing, 2011.
- 3.- CAFFERATA NORES, José. Manual de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2004. Pág. 263
- 4.- CELIS DANZINGER, Gabriel. Derecho Administrativo Sancionador. Apuntes de clases. Universidad Finis Terrae. Santiago, 2017.
- 5.- CELIS DANZINGER, Gabriel. Derecho Administrativo Sancionador. 1° edición. Editorial el Jurista. Santiago, 2019. 429 p.
- 6.- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Legal Publishing/Thomson Reuters. Santiago, 2014.
- 7.- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado. Artículo incluido en la sección Legal del diario El Mercurio de 6 de septiembre de 2013.
- 8.- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXV- N° 2, pp. 131-157. 2012.

9.- DORN GARRIDO, Carlos. El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación. Revista de Derecho Universidad de Valparaíso, N° 8. 2003.

10.- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. Revista Española de Derecho Administrativo, (N° 10), p. 409 y ss. 1976.

11.- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. «La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Mattar, Jaime y Alarcón, Pablo (coordinadores), Sanciones Administrativas. Editorial Legal Publishing/ Universidad de los Andes. Santiago, 2014

12.- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. 3 edición. Madrid, 2002.

13.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. Estudios constitucionales, Vol.13, N°.2. Santiago, 2015.

14.- OSORIO VARGAS, Cristóbal. Manual de Procedimiento administrativo Sancionador. Parte especial. Jurisprudencia. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2019.

15.- RIEGO, Cristián. La incorporación de la investigación administrativa como prueba en el proceso penal. Revista trimestral de derecho penal. N° 2. Milán, 2018.